

8

PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE: PERSPECTIVA ATUAL E FUNÇÕES NO DIREITO DO CONSUMIDOR CONTEMPORÂNEO

BRUNO MIRAGEM

1. INTRODUÇÃO

O direito do consumidor constrói-se em torno da vulnerabilidade. Só há razão de haver um direito especial fundante de uma ordem pública de proteção, frente a critério que legitime a diferenciação. A Constituição da República refere-se à defesa do consumidor como direito fundamental (art. 5º, XXXII), porém não define quem seja o consumidor, cujo conceito é confiado à conformação do legislador.¹ A ordem jurídica defende o consumidor porque reconhece a necessidade de fazê-lo, identificando sua situação desigual em relação aos demais agentes do mercado (os fornecedores). Seu propósito fundamental é promover o equilíbrio das partes na relação de consumo, mitigando os efeitos de uma relação de subordinação estrutural do consumidor ao fornecedor (igualdade) de modo a assegurar sua regular ação na realização de seus interesses legítimos no mercado (liberdade). Das várias soluções percebidas a partir do direito comparado, o direito brasileiro adotou uma relativamente ampla, admitindo a pessoa física (natural) e a pessoa jurídica, como passíveis de serem qualificadas como consumidoras (art. 2º do CDC).

A noção jurídica de vulnerabilidade tem origem e desenvolvimento, na experiência brasileira, associada ao direito do consumidor. Não que antes dele, a proteção da posição jurídica com menor poder fosse desconhecida, como bem demonstra o reconhecimento da hipossuficiência do trabalhador como princípio fundante do direito do trabalho desde meados do século passado. Seu reconhecimento pela teoria do direito, em especial a partir das transformações do direito constitucional com a consagração dos direitos fundamentais, permitiu que se admitisse uma proteção

¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 58 e ss. Para os limites e diretrizes da conformação do legislador, veja-se: MÖLLERS, Thomas M. J. *Juristische Methodenlehre*, 2. ed. Munique: Beck, 2019, p. 369.

especial, diferenciada, a grupos de pessoas em vista de qualidade ou situação específica que legitime esta distinção. A tradução desta distinção como vulnerabilidade será consagrada expressamente em relação ao consumidor, embora admita sua compreensão mais ampla em relação a outros grupos ou categorias (especialmente crianças e adolescentes, idosos, indígenas, dentre outros).²

O sentido etimológico da expressão é conhecido: *vulnus*, *vulnerare*: aquele que pode ser ferido,³ indicando uma situação de fraqueza ou debilidade de indivíduos ou grupos, podendo ser atribuída tanto em razão de uma qualidade pessoal (criança, idoso), uma determinada posição em relação jurídica identificada (caso do consumidor na relação de consumo), ou ainda e em razão de terminada conjuntura social (vulnerabilidade conjuntural), como ocorre no caso das situações de discriminação estrutural em razão da raça⁴ ou de sexo ou orientação sexual.

Interessa a este estudo, considerando o marco dos 30 anos de promulgação do Código de Defesa do Consumidor brasileiro (CDC), o exame da vulnerabilidade do consumidor nos termos em que é reconhecida pelo Direito, e sua repercussão prática na interpretação e aplicação da lei. É notório que o reconhecimento da vulnerabilidade e a definição de um lugar a ela no Direito resulta da incorporação de certa visão de solidariedade social no ordenamento jurídico – no caso brasileiro, a partir da Constituição da República – rompendo com a visão exclusivamente individualista que marca a tradição do direito privado.

O desenvolvimento dos institutos do direito do consumidor ao longo do tempo de vigência do CDC, seja na delimitação de seu âmbito de aplicação ou na interpretação de suas normas, sempre tomou em conta a vulnerabilidade. Surge no Código, em seu art. 4º, inciso I, que define “o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo. A vulnerabilidade do consumidor é em si, um fato, cujo reconhecimento é definido como princípio, por lei. Também a doutrina acolheu a vulnerabilidade como um princípio jurídico fundante do direito do consumidor,⁵ caminho trilhado pela jurisprudência.⁶

² Veja-se: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 10.

³ FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000. p. 14.

⁴ IANNI, Octavio. *Raças e classes sociais no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 23 e ss. SKIDMORE, Thomas. Preto no branco. *Raça e nacionalidade no pensamento brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 80 e ss.

⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 198.

⁶ “O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios.” (REsp 586.316/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 17/04/2007, DJe 19/03/2009).

Porém, se por um lado multiplicam-se as visões sobre os critérios para reconhecimento da vulnerabilidade, no direito do consumidor ou fora dele, por outro percebe-se certa relativização do conceito. Sobretudo, com o argumento de diferenciação entre consumidores conforme suas qualidades personalíssimas, de modo a afastar a presunção absoluta de vulnerabilidade, ou ainda à imposição, em determinadas situações, de um ônus de informar-se, afastando a eficácia original do dever de informar do fornecedor.

Daí por que se justifica o retorno ao tema da vulnerabilidade e sua repercussão na efetividade do direito do consumidor no marco dos 30 anos de promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em especial, como critério de interpretação e aplicação das suas normas. Para tanto examina-se, em uma primeira parte, a caracterização da vulnerabilidade como princípio e fundamento do direito do consumidor, e os critérios de sua classificação. A segunda parte concentra-se nas duas abordagens da vulnerabilidade, como conceito abstrato e situação concreta, e as funções que atualmente desempenha na interpretação e aplicação das normas do direito do consumidor.

2. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE: FUNDAMENTO E FIM DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Conforme já foi mencionado, a vulnerabilidade é afirmada como princípio do direito do consumidor. É o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor que fundamenta um direito fundamental de promoção de sua defesa (art. 5º, XXXII, da Constituição da República), na forma da lei, que será editada sob a forma de um Código de Defesa do Consumidor (art. 48, do ADCT). Justifica também certa estrutura da própria lei, cujas normas priorizam a definição de direitos aos consumidores e a imposição de deveres aos fornecedores.

Como princípio orienta também a interpretação e aplicação das normas legais, e mesmo a atração, para o regime de proteção instituído por lei, de outras fontes jurídicas, nos termos do art. 7º, do CDC: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”

O entendimento prevalente é de que o princípio da vulnerabilidade estabelece a presunção absoluta de fraqueza ou debilidade do consumidor no mercado, de modo a fundamentar a existência de normas de proteção e orientar sua aplicação na relação de consumo. Poderá, todavia, variar quanto ao modo como se apresenta em relação a cada consumidor, em face de suas características pessoais e condições econômicas, sociais ou intelectuais. Tal variação fundamentará a estruturação, inicialmente, de espécies de vulnerabilidade. A rigor, causas fáticas que justificam o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, que receberam da doutrina triplíce classificação (vulnerabilidades técnica, jurídica e fática), em seguida complementada, frente às novas tecnologias da informação, por uma quarta (informacional). Igualmente, a identificação diferenças de grau/intensidade debilidade ou fraqueza do consumidor

em situações específicas, por conta de determinada qualidade subjetiva pessoal ou ligada a grupos de consumidores, fundamentou o reconhecimento da vulnerabilidade agravada (ou hipervulnerabilidade),⁷ a justificar a intervenção mais ampla do Estado na proteção dos sujeitos que ostentem tal condição.

A afirmação destes critérios pela jurisprudência, e seu exame doutrinário, passaram a designar também derivações, com repercussões práticas na interpretação e aplicação das normas do CDC, e a densificação dos conceitos jurídicos formadores do direito do consumidor. Daí a utilidade de revisitar estes critérios.

2.1. Os critérios originais de classificação da vulnerabilidade do consumidor

A classificação tríplice da vulnerabilidade resulta da doutrina inaugural do direito do consumidor brasileiro.⁸ A distinguiu em três espécies: *vulnerabilidade técnica*; *vulnerabilidade jurídica*; e *vulnerabilidade fática*.

A *vulnerabilidade técnica* resulta da situação em que o consumidor não detém conhecimento especializado sobre o produto ou serviço objeto da relação de consumo. Planta-se a desigualdade na relação jurídica com o fornecedor, mediante a presunção autorizada de que este, ao participar da oferta do produto ou serviço no mercado de consumo, detém um maior grau de informações sobre ele. É de rigor considerar que o fornecedor deve deter mais informações, inclusive como pressuposto do atendimento ao dever de informar que lhe é imputado. Em contraposição ao consumidor, de quem *a priori* não se exige que possua conhecimentos específicos sobre as características do objeto da contratação, além daqueles que são informados pelo fornecedor.

Ao ser definida a partir do critério da existência de conhecimento específico sobre o objeto da relação de consumo, a vulnerabilidade técnica provoca duas questões: a) esta presunção de desconhecimento do consumidor é absoluta, ou pode ser mitigada em vista da situação concreta, ou em relação a informações de amplo conhecimento público? e b) distinguem-se consumidores pessoas físicas e jurídicas na aferição das condições que caracterizam a vulnerabilidade técnica?

A *vulnerabilidade jurídica* compreende a falta de conhecimento, pelo consumidor, dos direitos e deveres inerentes à relação de consumo que estabelece, ou seja, das condições e efeitos jurídicos da incidência da legislação e do próprio conteúdo do contrato de consumo que venha a celebrar. A doutrina considera, em paralelo, uma vulnerabilidade *científica*,⁹ para abranger também a ausência de conhecimentos em economia ou contabilidade pelo consumidor, e sua conseqüente incapacidade de compreensão das conseqüências da contratação sobre seu patrimônio. Já se observou que a vulnerabilidade jurídica é presumida com relação ao consumidor não especialista, pessoa natural, não profissional, a quem não se pode exigir a posse

⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 200.

⁸ MARQUES, Claudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 324 e ss.

⁹ MARQUES, Claudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 329.

específica destes conhecimentos.¹⁰ Todavia, em relação ao *consumidor pessoa jurídica*, ou o *consumidor profissional*, é razoável exigir o conhecimento da legislação e das consequências econômicas dos seus atos, daí por que a presunção neste caso, ainda que relativa (*iuris tantum*) é de que deva ter tais informações ou buscar obtê-las.

Aqui também surgem, contudo, questões interessantes: a) um consumidor com formação jurídica estará impedido, em qualquer caso, de alegar falta de entendimento sobre as repercussões jurídico-legais do contrato de consumo que venha a celebrar? b) o mesmo se pergunta em relação ao consumidor com formação na área contábil ou econômica em relação aos conhecimentos específicos das respectivas áreas.

A *vulnerabilidade fática* é espécie ampla, que abrange, genericamente, diversas situações concretas de reconhecimento da debilidade do consumidor a partir de qualidades subjetivas que denotem sua subordinação estrutural em relação ao fornecedor. Poderá se dar em razão da diferença de porte econômico entre as partes, a refletir-se na desproporção dos meios de defesa de interesses e exercício de suas pretensões (vulnerabilidade econômica). Para além daí, a sobreposição de critérios a partir de qualidades subjetivas que se identifiquem também fundamentam a vulnerabilidade agravada (ou hipervulnerabilidade) do consumidor, caso, por exemplo, da criança, do idoso, ou da pessoa com deficiência, os quais podem ser, em razão de características específicas (reduzido discernimento, falta de percepção), mais suscetíveis aos apelos dos fornecedores. Ela também se verifica em razão de circunstâncias fáticas da própria relação, como é o caso do consumidor enfermo que contrata com operadora do plano de saúde, profissionais médicos ou instituição hospitalar; ou o consumidor analfabeto ou estrangeiro que não conheça o idioma utilizado na relação de consumo específico. Este reconhecimento da vulnerabilidade agravada do consumidor¹¹ ao reconhecer o agravamento de sua condição de debilidade frente ao fornecedor, é útil na interpretação e aplicação das normas de proteção – ou como sugere a doutrina, originando um dever de cuidado especial¹² – que atenda a essa situação peculiar.

Uma quarta categoria, da *vulnerabilidade informacional*,¹³ é especialização das repercussões destas condições de fato, que dão conta da maior dificuldade do consumidor tomar em conta as informações relevantes sobre a contratação em si, ou a respeito de seu objeto (produto ou serviço). É fora de dúvida que o déficit ou assimetria informacional¹⁴ é um dos critérios mais significativos do desequilíbrio da

¹⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 200.

¹¹ Assim, o nosso: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012. Em relação à vulnerabilidade agravada dos deficientes, veja-se: DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 18.

¹² Assim sustentam Adalberto Pasqualotto e Flaviana Rampazzo Soares, atentando para o fato de sob o conceito não se eliminar a noção de autodeterminação do consumidor: PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 113, p. 81-109, set.-out. 2017.

¹³ MARQUES. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 8. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 338 e ss.

¹⁴ Sob distintos vieses, também na análise econômica do direito a referência a assimetria informacional conduz a interações com as noções de racionalidade limitada e economia

relação entre consumidor e fornecedor. A falta de acesso às informações do produto, e a confiança despertada em razão da comunicação e da publicidade, colocam o consumidor em uma posição passiva e sem condições, *a priori*, de atestar a veracidade dos dados, bem como suscetível aos apelos do *marketing* dos fornecedores. Nesta perspectiva, informação é um poder, e a imposição do dever de informação aos fornecedores visa, em última análise, promover a equidade informacional das partes (*Informationsgerechtigkeit*).¹⁵

A par da classificação afirmada sobre os critérios de aferição da vulnerabilidade, outras são identificadas e nominadas, especialmente na doutrina, ao examinar aspectos específicos da atuação do consumidor.¹⁶ Em todas elas há utilidade no exame analítico de debilidades específicas do consumidor tomado individualmente (como quando se refere a uma vulnerabilidade biológica) ou como categoria (a denominada vulnerabilidade política), o que, entretanto, se afasta de critérios estritamente jurídicos, e não chega a repercutir, necessariamente, na interpretação e aplicação das regras do CDC.

2.2. **Novos critérios de classificação da vulnerabilidade**

Um dos maiores desafios do direito do consumidor é a velocidade das transformações do mercado de consumo. O surgimento de novos modelos de negócio, com a criação de meios de oferta e contratação – especialmente sob o influxo da internet – assim como de novas estratégias de publicidade por parte do fornecedor, mediante o tratamento de dados pessoais, traduz uma realidade completamente distinta daquela presente quando da promulgação do CDC. Esta realidade repercute na pressão social por atualização legislativa, com alteração do texto da lei. Por outro lado, é evidente que a própria velocidade e intensidade das transformações sociais e econômicas não permite, ou recomenda, que alterações legislativas se processem no mesmo ritmo. Daí o papel do intérprete e aplicador do direito na atualização do sentido da norma pela via da interpretação da norma e concreção de seus conceitos. Situa-se aí uma das funções mais relevantes dos princípios jurídicos, em especial aqueles que caracterizam e fundamentam certa disciplina jurídica, como é o caso do princípio da vulnerabilidade em relação ao direito do consumidor.

Deste modo, afirmado o princípio da vulnerabilidade (ou do reconhecimento da vulnerabilidade) a identificação de diferentes critérios que expressem esta subordinação estrutural do consumidor ao fornecedor na relação de consumo também acompanhará as transformações do mercado de consumo. Para tanto, consideram-se alterações da própria realidade econômica e social ou a interpretação desta mesma realidade.

comportamental, conforme ensina ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 306.

¹⁵ Sobre os fundamentos teóricos da noção de equidade informacional: SCHÜLLER-ZWIERLEIN, André. Grundfragen der Informationsgerechtigkeit: ein interdisziplinärer Überblick. In: SCHÜLLER-ZWIERLEIN, André; ZILLIEN, Nicole (Hrsg.) *Informationsgerechtigkeit: Theorie und Praxis der gesellschaftlichen Informationsverorgung*. Berlin: Walter Gruyter, 2013, p. 15 e ss.

¹⁶ Para um inventário destes critérios, remete-se a MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 200.

As novas tecnologias da informação e o desenvolvimento da internet, com sua incorporação a produtos e serviços, dão causa a uma profunda transformação do mercado de consumo. Introduce, com isso, realidade nova para reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado.

A vulnerabilidade informacional, associada ao déficit de informações (assimetria informacional) do consumidor na relação com o fornecedor, modifica-se na realidade do mercado de consumo digital. Resulta das novas tecnologias da informação o surgimento de novas formas de ofertas de produtos e serviços e sua contratação pelo consumidor, bem como de novos produtos ou serviços, cuja utilidade/funcionalidade é ampliada pela combinação/acoplamento entre eles.¹⁷ Daí a necessidade de superação desta divisão trazida pela era digital (*Überwindung des Digital Divide*)¹⁸ com mais informação e valorização da confiança, mas que nisso não se esgota, exigindo do intérprete o reconhecimento de uma realidade distinta também para a específica interpretação e aplicação das normas do CDC.

Quanto aos novos modelos de oferta, o comércio eletrônico – inclusive por plataformas digitais – assim como o tratamento de dados pessoais dos consumidores para a definição de perfis de consumo, alteram *o modo* de consumir. Por outro lado, o surgimento de bens digitais, a aplicação crescente de inteligência artificial e o desenvolvimento da internet das coisas, acrescentando automação dos produtos e serviços, modificam substancialmente *o objeto* do consumo. Será este o contexto que justifica o reconhecimento de outra dimensão da vulnerabilidade informacional, que não se resume à falta ou à pouca qualidade da informação prestada, mas a ausência de habilidade ou familiaridade com o ambiente digital, o que repercute tanto na interpretação das manifestações nele emitidas ou recebidas, quanto na própria capacidade de resposta adequada a seus interesses nas relações jurídicas que resultem daí. Trata-se de situação de vulnerabilidade do consumidor facilmente percebida, passível de explicação por abordagens distintas. Pode-se recorrer à noção de uma vulnerabilidade neuropsicológica,¹⁹ a partir dos estímulos do meio digital e a resposta dos consumidores, quanto inferências da economia comportamental e a estrutura de incentivos (*nudges*)²⁰ ao comportamento dos consumidores na internet – em especial aqueles que induzem a uma compreensão de maior facilidade na celebração do contrato, minimizando cautelas relativas à exigência do cumprimento das prestações pactuadas. A internet revela-se ambiente propício a

¹⁷ Sobre o tema, seja consentido remeter a: MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, v. 125. São Paulo: RT, set.-out./2019.

¹⁸ KLOEPFER, Michael. *Informationsrecht*. München: C.H.Beck, 2002, p. 128-129.

¹⁹ Refere-se aqui, à explicação de MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais (interpretação sistemática do direito)*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 166 e ss.

²⁰ Da variada bibliografia, remeta-se, por todos, ao conhecido trabalho de THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. New York: Penguin Books, 2008, em especial, p. 83 e ss. Especificamente em relação ao comportamento do consumidor, veja-se o texto de: THALER, Richard. Mental accounting and consumer choice. *Marketing Science*, v. 4, n. 3, 1985 (Summer), p. 199-214.

uma nova estratégia de comunicação, tendo em conta que as escolhas do consumidor não serão totalmente racionais (*bounded rationality*)²¹, mas influenciadas por cores, formatos, design, discurso e outros elementos da apresentação de produtos, serviços ou do próprio contrato, formando incentivos sensoriais ou emocionais direcionados à tomada de decisão.

Assim, por exemplo, o estímulo emocional que pode ser utilizado para promover uma necessidade do consumidor, seja ela real ou criada artificialmente pelo fornecedor. A internet, pela aplicação de *softwares* de apresentação gráfica e, sobretudo, a personalização de ofertas e publicidade ao consumidor mediante tratamento de dados pessoais,²² potencializa os incentivos sensoriais ou emocionais para tomada de decisão do consumidor no mercado de consumo digital. Da mesma forma, as relações estabelecidas pela internet dão causa a novos riscos, como os que envolvem o acesso ilícito a dados, desvios de recursos e fraudes contra o consumidor, favorecidas pelo meio.

Estes aspectos que caracterizam o mercado de consumo digital permitem identificar uma posição própria do consumidor na internet, de vulnerabilidade em relação ao meio (ambiente), à forma de contratação e ao seu objeto (produto ou serviço): o reconhecimento da *vulnerabilidade digital*. Será ela o fundamento de um critério de diferenciação sobre as consequências/efeitos de certas relações jurídicas quando se estabeleçam em paralelo, ao mesmo tempo, na internet e fora dela. Ou ainda, para justificar determinada interpretação sobre o sentido e alcance de normas legais cujo preceito não se direcione especificamente para a internet, mas nele colha, com as transformações do mercado de consumo digital, exemplos mais significativos. Duas situações já afirmadas no direito do consumidor brasileiro, bem expressam o que aqui se busca demonstrar: a) o art. 49 do CDC, quando se refere a compras feitas fora do estabelecimento do fornecedor, não mirava as relações de comércio eletrônico; identificado, porém, que as características do comércio eletrônico impunham ao consumidor condições semelhantes às compras a distância, a extensão do direito de arrependimento nos casos previstos nesta regra é o principal exemplo contemporâneo sobre seu exercício; e b) a distinção entre o caso fortuito interno e externo, pelo qual o primeiro compreende um risco inerente a certa atividade, insuficiente para eximir a responsabilidade pelo dano que dele decorra, foi recebido pela jurisprudência para a proteção dos consumidores de serviços bancários, em relação a fraudes de que seja vítima, o que atualmente se agrava pelo uso de canais digitais, submetendo-os a tais riscos.²³

Um segundo critério que encontrou apreço jurisprudencial para reconhecimento da vulnerabilidade – embora não sem contestação – foi o da *dependência* em

²¹ Simon, Herbert A. Rational choice and the structure of the environment. *Psychological Review*, v. 63 (2). Washington: APA, 1956, p. 129-138.

²² MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. *Revista de direito do consumidor*, v. 102. São Paulo: RT, nov.-dez./2015, p. 19-43; MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 1009. São Paulo: RT, nov./2019.

²³ Assim, a Súmula 479 do STJ: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

relação a produtos ou serviços fornecidos pela outra parte em determinada relação jurídica. Sua identificação como critério para reconhecimento da vulnerabilidade, inclusive, dá causa à própria extensão do âmbito de aplicação do CDC, uma vez eleito como elemento característico para determinar a equiparação as pessoas expostas às práticas comerciais e contratuais disciplinadas pelo CDC (art. 30 e ss.), mediante aplicação do seu art. 29.

Assim sustentou a eminente Ministra Nancy Andrighi, ao relatar o Recurso Especial nº 476.428/SC,²⁴ referindo que “não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores”. Segundo este entendimento, há situações tipicamente de mercado, as quais não se confundem com necessidades puramente de consumo ou da posição individual do consumidor, senão de fatos que anteriormente encontravam-se confinados aos domínios de outras disciplinas jurídicas, como o direito da concorrência ou o direito empresarial. Em outros termos, segundo esta linha de entendimento, a dependência de uma das partes de uma relação interempresarial, em acordo com circunstâncias específicas, poderá caracterizar sua vulnerabilidade para efeito da aplicação das normas do CDC de modo exclusivo, ou em comum com outras incidentes no caso.

Já se observou que o objetivo desta interpretação seria estender a noção de consumidor, para o que, contudo, supõe a resposta a duas questões específicas: a) se o reconhecimento da vulnerabilidade e a aplicação das normas do CDC afastam a aplicação das leis próprias da relação entre empresários (Código Civil) ou de proteção da concorrência (Lei 12.529/2011); b) se há de se considerar, para identificação da vulnerabilidade, certo grau de intensidade na desigualdade de posições jurídicas e consequente fraqueza da parte a ser qualificada como consumidora.²⁵

A inclusão do art. 421-A do Código Civil, pela cognominada Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), reaviva a questão. Dispõe a nova regra: “Art. 421-A: Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento desta presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I – as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II – a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III – a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.”

²⁴ STJ, REsp 476.428/SC, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 19.04.2005, DJU 09.05.2005. No mesmo sentido: meu comentário sobre o julgado: MIRAGEM, Bruno. Aplicação do CDC na proteção contratual do consumidor-empresário: concreção do conceito de vulnerabilidade como critério para equiparação legal Comentário de jurisprudência. *Revista de direito do consumidor*, v. 62. São Paulo: RT, abr.-jun. 2007 p. 259.

²⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 247.

É evidenciado, na nova regra, o propósito de limitar a extensão do âmbito de aplicação do CDC a contratos civis e empresariais, presumindo a igualdade das partes.²⁶ Todavia, alguns aspectos merecem atenção. Ao ressaltar os regimes jurídicos previstos em leis especiais preserva, em tese, a possibilidade da mesma interpretação do art. 29 do CDC, associada ao critério da dependência do produto ou serviço para equiparação a consumidor e extensão do âmbito de aplicação da lei.

Por outro lado, o mesmo art. 421-A do Código Civil, ao enunciar que além da ressalva às leis especiais, prevê, igualmente, que as partes possam estabelecer parâmetros objetivos para interpretação de suas cláusulas, para sua revisão, ou para a resolução do contrato, que a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada, assim como a excepcionalidade da revisão do contrato. Pode ser interpretado, a partir destas regras, como obstáculo ao reconhecimento da vulnerabilidade-dependência que atrai a incidência do CDC. Percebe-se, contudo, que em termos lógicos este obstáculo não se firma. Afinal, uma vez ressaltado o regime da lei especial, se esta for o CDC, quaisquer parâmetros definidos pelas partes para interpretação, ou para revisão ou resolução do contrato, se contrários ao disposto no próprio Código, serão nulos (art. 51, § 1º). O mesmo se diga em relação à decisão sobre alocação de riscos, que distribua em desfavor do consumidor dever ou ônus que o CDC atribui ao fornecedor. Já a excepcionalidade da revisão contratual enuncia uma regra de interpretação dos fatos que fundamentem a pretensão revisional. Mais uma vez aqui, contudo, sendo aplicável o CDC à relação contratual das partes, quaisquer cláusulas que limitem o disposto no seu art. 6º, inciso V, ou no art. 51, serão, igualmente, cominadas de nulidade.

De fato, questão fundamental do reconhecimento da vulnerabilidade pela dependência em relação ao produto ou serviço diz respeito aos seus limites. Afinal, como regra, os agentes econômicos que recorrem ao mercado para obter produto ou serviço, o fazem para atender uma necessidade, seja ela de caráter pessoal ou para o exercício de atividade econômica. Trata-se de saber como diferenciar a situação de uma pessoa jurídica empresária que dependa de um determinado insumo, da condição de vulnerabilidade que fundamente a incidência do CDC. A jurisprudência do STJ consagra este entendimento, ao dispensar a caracterização da destinação final do produto ou serviço quando presente a vulnerabilidade do adquirente.²⁷ Esta vulnerabilidade identificada em uma situação concreta determinada, contudo, não pode equivaler a simples dependência do produto ou serviço em si; supõe a circunstância de que só possa ser oferecido, em termos úteis e a custo compatível com a atividade do adquirente, por aquele determinado contratante parte da relação jurídica, razão pela qual sua substituição se torna excessivamente custosa, ou mesmo impossível (especialmente em situações do fornecimento com exclusividade por força de lei ou de contrato). Da mesma forma, o prejuízo decorrente da falta do produto ou serviço para

²⁶ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Luckasheck. A liberdade contratual e a função social do contrato: alteração do art. 421-A do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: RT, 2019, p. 309 e ss.

²⁷ STJ, AgRg no AREsp 735.249/SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 15/12/2015, DJe 04/02/2016.

a atividade do adquirente deve ser grave, a ponto de reduzir seu poder de negociação com o cocontratante, situação que se relaciona também a restrições ou obstáculos a outros competidores no mercado, capazes de oferecê-los em condições comparáveis.

A aplicação desses critérios pelo intérprete, contudo, nem sempre levará a conclusões unânimes. Assim por exemplo: no caso de uma revendedora de veículos que tenha feito publicidade de seus produtos, oferecendo para contato telefones que deixam de funcionar por falha da prestação de serviço pela operadora de telefonia, existiria de vulnerabilidade decorrente do custo de troca da operadora e/ou dos números de contato anunciados, ou o risco de frustração dos negócios projetados? Embora destacando o caráter essencial do serviço para o exercício da atividade empresarial em questão, o STJ entendeu que não era o caso de ter sido demonstrada, só por isso, a vulnerabilidade da revendedora de veículos.²⁸

A identificação destes novos critérios para o reconhecimento da vulnerabilidade e, especialmente, suas vicissitudes frente à realidade fática, tornam mais relevante o exame do conceito não apenas em razão do seu significado abstrato (princípio de vulnerabilidade), mas da forma como se apresenta em situações concretas, de modo a legitimar a aplicação do CDC, e a interpretação e suas normas.

3. NOVAS VISÕES SOBRE A VULNERABILIDADE NOS 30 ANOS DO CDC

O protagonismo do princípio da vulnerabilidade no direito do consumidor afirmou-se não apenas para justificar a existência de normas de proteção, como também de orientar sua aplicação. Para tanto, o reconhecimento da vulnerabilidade, tomada como presunção absoluta em relação às pessoas naturais consumidoras, valoriza, em relação às pessoas jurídicas, a situação concreta em que se estabelece a relação de consumo.

A previsão da pessoa jurídica como consumidora – opção da legislação brasileira – desde a promulgação do CDC transitou entre dúvidas e divergências. Dúvidas sobre o alcance da disposição (em especial para apartá-las de relações civis e empresariais); divergências sobre o resultado de sua aplicação, em especial, para evitar o desequilíbrio de relações paritárias. A resposta a estas questões supõe a distinção entre a definição abstrata de vulnerabilidade e seu exame em situações concretas. Da mesma forma, o exame das próprias funções que podem ser exercidas pelo princípio da vulnerabilidade, orientadas a garantir a efetividade das normas de direito do consumidor, contribuem para a solução da questão.

3.1. A vulnerabilidade como conceito abstrato e situação concreta

Resulta do princípio da vulnerabilidade a presunção absoluta de que todo o consumidor é vulnerável, modificando-se apenas o critério que a caracteriza. Em relação às pessoas jurídicas, cuja opção legislativa brasileira em prevê-la como consumidora se aparta de vários outros sistemas jurídicos,²⁹ o primeiro critério definido

²⁸ STJ, REsp 1195642/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 13/11/2012, DJe 21/11/2012.

²⁹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 230. Antonio Herman Benjamin, em conhecido trabalho anterior ao CDC, definiu consumidor como sendo “todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por

pelo CDC para sua definição é a destinação final do produto ou serviço objeto da relação de consumo. Desde sempre, contudo, este critério expresso na definição legal de consumidor (art. 2º do CDC), foi objeto de interpretações divergentes em soluções tópicas.³⁰ A iniciativa de sistematização, pela doutrina, de critérios para concreção do conceito de destinatário final (destinatário final fático, econômico ou fático e econômico), não logrou afirmar uma unidade de sentido para o intérprete, submetendo-se também a soluções tópicas que, não raro, com recurso ao princípio da vulnerabilidade para consagrar certo entendimento.

Em síntese, o destinatário final fático seria aquele que, ao utilizar ou fruir do produto ou serviço, exaure sua própria integridade e/ou utilidade; o destinatário final econômico, ao consumir, retira o produto ou serviço do mercado, sem voltar a recolocá-lo como objeto de novas relações jurídicas; o destinatário fático e econômico reuniria os dois critérios anteriores. A distinção mais utilizada para fins didáticos, neste último caso, seria a que distinguiria consumo e insumo, para excluir este último, já que embora possa haver o exaurimento da integridade ou utilidade do bem, ela ocorre para promover/viabilizar certa atividade com fins econômicos.³¹ O exemplo da mercancia, no qual o empresário compra para revender, é insuficiente para esclarecer os conceitos. Uma visão mais estrita de destinação final exclui qualquer insumo da atividade com fins econômicos – o que, a rigor, se projeta tanto em relação às pessoas naturais quanto às pessoas jurídicas. Em relação a estas últimas, inclusive, não apenas o que diz respeito, diretamente ao objeto da sua atividade (e.g. as mercadorias adquiridas para revender), mas também quaisquer outros produtos e serviços adquiridos para estruturar ou manter a atividade (desde os balcões para a exposição da mercadoria, até o serviço de energia elétrica necessário para o contato com clientes).

As espécies definidas na classificação tradicional, contudo, não são utilizadas isoladamente para delimitação do conceito de consumidor. Não faltam situações difíceis, sobretudo quando examinadas apenas sob o critério de destinatário final expresso na lei. Uma sociedade simples com dois sócios advogados, que adquira um

vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços, ou quaisquer outros bens ou informação colocados a sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais". BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. O conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 628. São Paulo: RT, fev. 1988, p. 78.

³⁰ A referência à tópica aqui, no sentido que é empregada por Viehweg, para quem a noção de direito deve ser pensada a partir da decisão jurídica, e dos argumentos que a justificam, o que conduz a seu exame a partir de um problema que se destina a solução. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 89. Este entendimento, que conta com adesão no Brasil como uma técnica que se orienta para (solução) de problemas: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 290. Sobre a conciliação entre o pensamento sistemático e a tópica, refira-se o estudo de Canaris, influente no direito brasileiro: CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 245 e ss.

³¹ STJ, REsp 660.026/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª Turma, j, em 03/05/2005, DJ 27/06/2005.

computador para uso comum no exercício de sua atividade, será consumidora? E uma sociedade simples com centenas de sócios advogados adquirindo um computador para cada sócio? O critério do destinatário final fático e econômico afastaria a incidência do CDC de ambas as situações. Porém, é provável que no primeiro caso, a jurisprudência brasileira defina sua aplicação. A razão desta distinção será notada então, não pelo critério da destinação final (ambos se destinam ao exercício profissional, incrementam a atividade econômica do adquirente do produto), mas pela pressuposição de vulnerabilidade de um deles.

Mesmo outros sistemas jurídicos não são unânimes na definição, alternando situações de ampliação do conceito para proteção de pequenos comerciantes (caso do direito francês)³², equiparar pessoas físicas e jurídicas independentemente do seu fim econômico para determinados fins (e.g. no direito italiano, para comunicação comercial e publicidade, art. 18 do *Codice de Consumo*), ou afastar qualquer finalidade profissional como pressuposto para atribuição do conceito (§13 do BGB alemão).³³

Daí por que um exame mais atento, inclusive da experiência na interpretação e aplicação do CDC nas últimas três décadas, permite identificar que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor coloca-se em dois planos distintos. De um lado, sua concepção em abstrato, que permite presumir que todo o consumidor é vulnerável, o que fundamenta a própria existência de normas de proteção e sua aplicação para reequilibrar a relação jurídica entre as partes. Outra é seu reconhecimento em situações concretas, a partir das circunstâncias do caso e das qualidades subjetivas daquele sobre quem a vulnerabilidade se perquire, frente à relação jurídica estabelecida. Este exame da vulnerabilidade *in concreto* repercute de diferentes modos sobre a relação jurídica. Em primeiro lugar, poderá determinar a definição da relação de consumo, seja por equiparação (art. 29), ou influenciando na própria interpretação e aplicação do art. 2º do CDC (definição standard). Igualmente orienta a identificação situações nas quais estejam presentes diferentes critérios a agravar a situação de desigualdade do consumidor (vulnerabilidade agravada), bem como a interpretação das normas do Código.

Afinal, a vulnerabilidade (ou o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, nos estritos termos do art. 4º, I, do CDC) é princípio jurídico, o que a par do caráter polivalente de definição desta categoria jurídica,³⁴ que lhe impede uma definição unitária, tem seu significado associado a critérios ou fundamentos para

³² CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006, p. 11 e ss.

³³ Não se deixe de notar, contudo, que o controle das cláusulas contratuais, especialmente à luz da boa-fé objetiva é assegurado já há muitos anos pelo direito alemão (ao menos desde a lei das condições gerais dos contratos – AGB-Gesetz, de 1976), hoje definido no §305 do BGB.

³⁴ A crítica ao recurso excessivo aos princípios e os seus diferentes significados é talvez, hoje, tão abundante na literatura jurídica quanto a posição que sustenta a importância e protagonismo de sua aplicação. Resume o argumento a expressão de Lênio Luiz Streck, fundado em Larenz, para quem a aplicação do princípio deve ser uma solução *para* o sistema e não *contra* o sistema: STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 498.

a justificação de uma determinada ordem.³⁵ Estabelecidos de modo genérico, “são ideias diretrizes, cuja transformação em regras que possibilitem uma resolução tem lugar em parte pela legislação, em parte pela jurisprudência”,³⁶ devendo ser concretizados, e ao servirem de fundamento para ordem jurídica possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), pela qual, no caso de colisão entre princípios, o de maior peso prevaleça, sem que o outro perca sua validade.³⁷ Razão pela qual serão considerados, na conhecida fórmula de Robert Alexy, como mandados de otimização, um estado ideal de coisas³⁸ caracterizado pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida do seu cumprimento não apenas depende das possibilidades reais, mas também jurídico-normativas.³⁹

Os efeitos do princípio da vulnerabilidade se produzem em diferentes níveis,⁴⁰ informando a *definição* dos conceitos essenciais do microsistema de defesa do consumidor, a *interpretação* de suas disposições (como se caracteriza a informação adequada ou a segurança legitimamente esperada), assim como a *rejeição de um resultado da aplicação incompatível* com o princípio (assim, por exemplo, a que equipare a consumidor o empresário parte de um contrato paritário, ou mitigue riscos empresariais mediante aplicação das regras do CDC).

3.2. Funções da vulnerabilidade

Um exame da experiência de quase três décadas de vigência do Código de Defesa do Consumidor permite observar a centralidade do princípio da vulnerabilidade como reitor de sua interpretação e aplicação. Ao lado do desenvolvimento doutrinário, fixando-lhe não apenas o conceito, mas também sua classificação (espécies), e efeitos, a jurisprudência o desenvolveu para além do uso meramente retórico, especialmente como critério de diferenciação das hipóteses de incidência das normas do CDC. Devem ser reconhecidas ao princípio da vulnerabilidade três funções essenciais. A primeira, mais conhecida, para definir o âmbito de aplicação do CDC, delimitando o conceito de consumidor a partir do critério de destinatário final presente no art. 2º,

³⁵ ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. impressão, Tübingen, 1990, p. 51.

³⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 599.

³⁷ A dimensão de peso dos princípios resulta da influente contribuição de Ronald Dworkin, no direito anglo-saxão, e recepcionada no direito brasileiro. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 26. Na mesma linha o entendimento de ALEXY, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips, *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*. Beiheft I: Rechtstheorie. Berlin: Duncker und Humblot, 1979, p. 59-87. Para a conhecida sugestão sobre a “ponderação de bens”. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 574 e ss.

³⁸ FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: CEPC, 1998, p. 192-193.

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón-Valdez. Madrid: CEPC, 2002, p. 86.

⁴⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 306.

caput, ou das regras de equiparação (em especial, o art. 29 do CDC). A segunda para interpretação das normas do CDC, fixando seu sentido de modo a otimizar a proteção dos consumidores vulneráveis. A terceira para diferenciação, especialmente, quanto ao resultado da aplicação, de modo a assegurar que expresse a maior efetividade para o consumidor e ao mesmo tempo rejeite aquele incompatível com este fim (como por exemplo, que subverta a distribuição ordinária dos riscos em um contrato paritário) ou seja contrário a um interesse legítimo do consumidor.

3.2.1. Função de delimitação conceitual

A primeira função do princípio da vulnerabilidade é a delimitação conceitual de quem seja consumidor e, nestes termos, sobre a própria caracterização da relação de consumo, definindo o âmbito de aplicação do CDC. Esta função de delimitação conceitual opera-se de dois modos: a) na concreção do conceito de destinatário final presente no art. 2º do CDC; e b) na definição do critério de equiparação legal previsto no art. 29 do CDC, para efeito de aplicação das normas relativas aos contratos de consumo, previstas nos seus arts. 30 a 54.

O conceito de destinatário final, como já mencionado, permite diferentes critérios para sua concreção. Todavia, a eleição de qualquer destes critérios não pode ser arbitrária, mas necessariamente orientada pelo princípio da vulnerabilidade, para o que se reconhece sua função de delimitação conceitual. Em relação ao consumidor pessoa natural há presunção de vulnerabilidade, porque não se supõe que tenha, isoladamente, poder de barganha ou domínio técnico dos aspectos essenciais que envolvem a relação de consumo, independentemente de quem seja o fornecedor. Com isso não se desconhece que possa haver situações específicas nas quais, sob determinado critério, haja vantagem do consumidor na situação fática. Assim a maior capacidade econômica de um consumidor, pessoa natural, em relação a determinado fornecedor microempresário, por exemplo. Isso, por si só, não desnatura a presunção que poderá justificar-se a partir de outros critérios (vulnerabilidade técnica, jurídica ou fática). Como regra, todavia, a noção de consumo vincula-se mais adequadamente ao critério de destinação fática e econômica do produto ou serviço: ou seja, o consumidor aproveita a utilidade do bem para si, retirando-o do mercado. Adquire ou contrata sem o objetivo de realizar nova transação, ainda que de modo eventual possa fazê-lo legitimamente, uma vez que o objeto integra seu patrimônio (e.g. o consumidor que adquire, frui, e a certa altura revende o produto já usado).

Ocorre que em situações de uso intermediário, no qual utiliza para viabilizar direta ou indiretamente uma atividade profissional, será admitida a qualificação como consumidor em vista da sua vulnerabilidade. Já nos casos de equiparação legal, a vulnerabilidade será o critério adotado para estender a aplicação do CDC a situações em que não há propriamente consumo. Ou seja, situações em que não há um destinatário final, na qual o produto ou serviço serve claramente como insumo da atividade econômica do adquirente ou usuário. Porém, em razão da vulnerabilidade presente na situação concreta, se estende a ele a eficácia das normas de proteção previstas no CDC.

O art. 29 do CDC refere: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele

previstas”. Os capítulos mencionados na regra, já se disse, são aqueles que dispõem sobre as regras relativas às etapas pré e pós-contratuais, e de execução dos contratos de consumo, assim como de normas que disciplinam a relação independentemente da existência do contrato (“Das práticas comerciais” e “Da proteção contratual”). O elemento nuclear do preceito do art. 29 compreende a *exposição às práticas* previstas nos respectivos capítulos. Perceba-se: *mera exposição*. Não exige que haja a celebração do contrato, tampouco a presença de outro elemento objetivo previsto na definição legal de consumidor (art. 2º do CDC). Tomando em conta o conteúdo dos capítulos em referência, as práticas comerciais nele previstas e as regras contratuais são comuns às práticas no mercado, tanto em relações de consumo, quanto relações civis e empresariais. A interpretação e aplicação literal da regra do art. 29, nestes termos, atrairia a incidência do CDC, nesta parte, a todas as relações contratuais privadas, indistintamente.

Daí o esforço doutrinário e jurisprudencial, desde o início da vigência do Código, para delimitar o âmbito de incidência da regra e, conseqüentemente, de aplicação das normas do CDC. Embora, em um primeiro momento, será o art. 29 fundamento para uma corrente de interpretação expansiva das normas do Código (comumente referida como “maximalista”), com o advento do Código Civil de 2002 é que a exigência de uma distinção mais precisa passa a dar maior destaque ao reconhecimento da vulnerabilidade *in concreto* do sujeito qualificável como consumidor como pressuposto de aplicação da regra. O disposto na regra adquire sentido específico: exposição às práticas que coloque o exposto em condição vulnerável perante o outro sujeito da relação jurídica.

Daí decorre a definição de uma corrente de interpretação – o “finalismo aprofundado” – que admite a aplicação do CDC à pessoa jurídicas quando presente na situação concreta, sua vulnerabilidade frente aquele que será definido como fornecedor.⁴¹ Em termos conceituais, a aplicação do princípio da vulnerabilidade à interpretação do art. 29 do CDC, conduziu a uma delimitação conceitual estrita, reduzindo o alcance do seu art. 2º em relação à definição do consumidor pessoa jurídica. Nestes termos é que se percebe, inclusive, as referências da jurisprudência quanto à excepcionalidade da aplicação do CDC às pessoas jurídicas.⁴² Será pelo reconhecimento da vulnerabilidade *in concreto* que se admitirá a incidência do CDC a relações entre pequenos empresários e bancos relativamente a certas operações,⁴³ ou mesmo entre empresários de diferentes portes, sobretudo quando lhe faltem condições para conhecimento pormenorizado sobre as características do produto⁴⁴ ou do contrato.⁴⁵

⁴¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 243.

⁴² STJ, REsp 476.428, Rel. Min. Fátima Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 19.04.2005, DJU 09.05.2005; AgRg no AREsp 735.249/SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 15.12.2015, DJe 04.02.2016.

⁴³ STJ, AgInt no AREsp 383.168/RJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. 24/09/2019, DJe 02/10/2019.

⁴⁴ STJ, AgRg no AREsp 735.249/SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 15/12/2015, DJe 04/02/2016.

⁴⁵ STJ, AgRg no REsp 1.321.083/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 09.09.2014, DJe 25.09.2014; REsp 861.711/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 14/04/2011, DJe 17/05/2011.

Por outro lado, ao referir-se também a *peças determináveis ou não* o art. 29 também em relação a este aspecto sofrerá interpretação informada pelo princípio da vulnerabilidade para efeito de considerar a exposição da coletividade de consumidores, em razão do reconhecimento do risco que certas práticas comerciais podem oferecer à coletividade. Conforme ensina a jurisprudência, “notadamente os riscos que, *in abstracto*, acarretam para toda a coletividade, e não apenas para os eventuais contratantes *in concreto*”.⁴⁶

Duas questões merecem atenção. A primeira delas diz respeito aos critérios para o reconhecimento da vulnerabilidade, além daqueles tradicionalmente identificados pela doutrina. Em especial, para efeito da interpretação do art. 29 do CDC, a dependência econômica como critério para reconhecimento da vulnerabilidade. Afirma a jurisprudência que “em uma relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei 8.078/1990, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora”.⁴⁷

Esta vulnerabilidade por dependência econômica, conforme já foi sustentado, não pode ser reconhecida por simples necessidade do produto ou serviço no processo produtivo da pessoa que se pretenda qualificar como consumidora. A dependência resultará da ausência de substitutos, do elevado custo ou das dificuldades concretas de substituição daquele fornecedor por outro concorrente.

Da mesma forma, note-se que a questão do reconhecimento *in concreto* da vulnerabilidade pode envolver dilação probatória, o que restringirá, eventualmente seu exame às instâncias ordinárias, dados os requisitos de admissibilidade do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.⁴⁸

3.2.2. Função interpretativa

A segunda função do princípio da vulnerabilidade (ou do reconhecimento da vulnerabilidade, nos termos em que define o art. 4º, I, do CDC) se dá na interpretação de normas legais de proteção do consumidor e do próprio contrato de consumo (*função interpretativa*). A obtenção do direito a partir de uma visão sistemática pressupõe o controle teleológico do resultado da interpretação da norma, de modo a assegurar sua coerência com o próprio conjunto de valores que formam o sistema.⁴⁹ O direito do consumidor e sua matriz normativa – o CDC – fundam-se no reconhecimento de sua vulnerabilidade para legitimar a intervenção tutelar do

⁴⁶ STJ, RMS 27.541/TO, 2ª T., j. 18.08.2009, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 27.04.2011.

⁴⁷ STJ, AgInt no AREsp 1415864/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 04/05/2020, DJe 07/05/2020.

⁴⁸ STJ, AgInt no AREsp 1476190/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. 10/03/2020, DJe 17/03/2020; REsp 567.192/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, j. 05/09/2013, DJe 29/10/2014.

⁴⁹ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 187 e ss.

Estado no domínio econômico. A finalidade de proteção (defesa) do consumidor pressupõe sua vulnerabilidade e necessidade de reequilíbrio da relação jurídica. Daí por que a interpretação das normas que integram o Código deve orientar-se também segundo esta diretriz. A norma, nestes termos, é resultado de um processo de concreção do preceito normativo, é potência em texto, cuja precisão cabe ao intérprete.⁵⁰ Este processo pode envolver certa imprecisão da linguagem (*Unge-nauigkeit der Sprache*),⁵¹ em decorrência da vagueza ou polissemia que envolvem as expressões ou conceitos do texto normativo, operando os princípios jurídicos na orientação de sua interpretação.

Assim, por exemplo, o princípio da vulnerabilidade informa a interpretação das normas do CDC, em especial quando estas exijam considerar a situação do consumidor *in concreto* no caso de verificar sua aptidão para compreensão das informações repassadas pelo fornecedor, ou mesmo na avaliação do que será esperado do seu comportamento. No primeiro caso, há de se considerar o horizonte de conhecimento do consumidor como destinatário da informação, de modo a avaliar-se sua capacidade de compreender ou prever situações futuras, em face de sua vulnerabilidade em distintos graus. Afinal, não se considera dizer que seja adequadamente informado quando se proceda do mesmo modo em relação a um consumidor analfabeto e outro com maior grau de instrução.

Deste modo, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor incide no exame de sua aptidão para compreender informações ou prever riscos, como ocorre na concreção do significado do que sejam *riscos “considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição”* (art. 8º do CDC), *adequação ou não da informação* (arts. 9º, 12 e 14 do CDC), *segurança legitimamente esperada* (arts. 12, § 1º, e 14, § 1º, do CDC), *indução a erro* (art. 37, § 1º, do CDC) ou *capacidade de indução a comportamento prejudicial do consumidor* (art. 37, § 2º, do CDC), assim como a prática de *prevaler-se de sua fraqueza ou ignorância* (art. 39, IV, do CDC). O mesmo ocorre em relação ao modo como se caracterize o *conhecimento prévio do conteúdo do contrato*, ou como se caracterize a *redação dos respectivos instrumentos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance pelo consumidor* (art. 46 do CDC), ou o que caracteriza sua *informação prévia e adequada* (art. 52 do CDC). E no caso da disciplina dos contratos de adesão, *“seus termos claros (...) de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”* (art. 54, § 3º, do CDC), ou ainda sua *“imediate e fácil compreensão”* (art. 53, § 4º, do CDC).

Com relação ao comportamento que dele se espera, o princípio da vulnerabilidade terá especial importância na interpretação do que se considere *culpa exclusiva do consumidor* (arts. 12, § 3º, III, e 14, § 3º, do CDC) como causa para rompimento do nexo causal e exclusão da responsabilidade do fornecedor no caso da responsabilidade por acidentes de consumo. Afinal, pressupõe-se neste caso uma falha do comportamento do consumidor, definida como causa do dano que ele próprio venha a sofrer. Não se trata, neste caso, de identificar, simplesmente, a ação ou abstenção do

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19-21.

⁵¹ RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie*. 3. Aufl. München: C.H. Beck, 2007, p. 112.

consumidor, senão a razão pela qual tenha adotado o comportamento, para o que o reconhecimento da sua vulnerabilidade também implica a avaliação da capacidade para adoção da conduta necessária para evitar o dano (e.g. pode ser que o consumidor tenha agido de determinado modo, causando o dano, porque não lhe foi informado o comportamento esperado, o qual também não tinha como prever). O mesmo se diga nas situações em que consumidor não presta ao fornecedor informação relevante, caso em que, reconhecida sua vulnerabilidade, perquire-se sobre a existência de um dever de prestá-la ou de responder à pergunta que lhe tenha de ser feita (e.g. a anamnese médica e o dever de declaração inicial do risco no seguro).

Ainda é de referir, neste caso, a interpretação do que se considere *constrangimento* ou *ameaça*, elementos nucleares para caracterização da cobrança abusiva de dívidas (art. 42 do CDC), cuja concreção deve ter em conta a condição específica do consumidor.

No tocante à interpretação do contrato, o art. 47 do CDC define que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, regra que é fundamentada no princípio da vulnerabilidade, ademais porque devem “ser postas de modo a evitar falsas expectativas, tais como aquelas dissociadas da realidade, em especial quanto ao consumidor desprovido de conhecimentos técnicos”.⁵²

Um olhar contemporâneo da realidade do mercado de consumo e das normas de proteção previstas pela legislação ao sujeito vulnerável na relação de consumo vem sustentando uma heterogeneidade da posição do consumidor, a reclamar uma diferenciação na sua proteção conforme as qualidades subjetivas que apresentam. Em breve síntese, este argumento sustenta a necessidade de maior proteção a consumidores de menor capacidade cognitiva, sobretudo devido a sua formação, e menor poder de negociação, em relação a consumidores em melhor posição cultural ou econômica. Ou, por outro lado, a diferenciação definida não mais por critérios subjetivos relativos à pessoa do consumidor, mas a partir de situações especiais de risco.⁵³

O propósito da diferenciação entre consumidores orienta-se, predominantemente, no reconhecimento de situações que apresentam características ainda mais intensas de debilidade do consumidor, como ocorre na vulnerabilidade agravada de determinados grupos (e.g. consumidores crianças, idosos, doentes, analfabetos). Contudo, esta mesma diferenciação orientada a promover a efetividade da proteção do consumidor (reconhecendo aspectos específicos da sua vulnerabilidade) pode ser vista em sentido oposto, para reduzir o nível de proteção de consumidores que alegadamente ostentem melhores condições de conhecimento e informação sobre a relação de consumo, e defesa dos seus interesses. Neste caso, a versão de um consumidor razoável e atento acaba sendo estabelecida para mitigar a proteção legal.

Exemplo deste argumento é a determinação, para o consumidor, de um ônus de se informar. Reconhecida nos estudos mais recentes associados ao direito civil e

⁵² STJ, REsp 1344967/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 26/08/2014, DJ 15/09/2014.

⁵³ GRUNDMAN, Stefan. A proteção funcional do consumidor: novos modelos de consumidor à luz de teorias recentes. *Revista de direito do consumidor*, v. 101. São Paulo: RT, set.-out./2015, p. 17-42.

empresarial (relações paritárias), compreende a imputação de comportamento para que faça tudo o que estiver razoavelmente ao seu alcance para se auto informar. Não constitui, todavia, dever, mas ônus, uma vez que não se trata de um comportamento exigível, de modo que seu descumprimento pode dar causa à limitação ou exclusão de eventual responsabilidade do titular do dever de informar.⁵⁴ Note-se que o ônus de se informar é expressão de comportamento diligente dos contratantes, afirmado em contratos paritários. A pergunta é se será possível reconhecê-lo nos contratos de consumo, em vista da vulnerabilidade do consumidor.

É indubitável que, frente a quantidade de informações disponíveis, o cumprimento do dever de informar do fornecedor exige não apenas diligência e técnica, organizando a prestação de informações ao consumidor em vista de sua relevância, e quanto ao conteúdo, tempo e modo que permitam sua adequada compreensão.⁵⁵ Afinal, o dever de prestar informação ao consumidor tem o propósito de assegurar sua autonomia da vontade.⁵⁶

Não há como se exigir que toda a informação seja prestada, mas toda a informação relevante. Por outro lado, não é irrazoável exigir que o consumidor detenha informações sobre fatos notórios em determinadas circunstâncias, o que na responsabilidade por acidentes de consumo, por exemplo, poderá concentrar-se no exame de eventual culpa exclusiva da vítima (será preciso dizer que o fogo queima, ou a água molha?). Isso não equivale, contudo, a reconhecer um ônus de se informar ao consumidor. A pergunta prossegue sendo sobre a existência e o conteúdo do dever do fornecedor de prestar a informação (dever de informar), não de um comportamento imputável (ainda que não exigível) do consumidor de se informar. O próprio exemplo examinado pela doutrina, colhido dos tribunais, merece atenção. Trata-se de caso de pacote de viagem internacional contratado em agência de turismo, no qual o consumidor, ao apresentar-se para *check-in* e embarque, é surpreendido com a exigência de passaporte. A decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, no caso, foi o de reconhecer descumprimento do dever de informar da agência de turismo que contratou o pacote; compara-se à decisão estrangeira que em situação análoga, deixou de reconhecer o dever de informar da agência de turismo, cujo conteúdo variado não implicava prestar informação sobre a exigência de passaporte.⁵⁷ Nestes dois casos, contudo, o que se discute é o conteúdo do dever de informar, que se concentra no comportamento devido/esperado do fornecedor. Nas relações de consumo, é impróprio imputar-se ao consumidor um dever de se informar.⁵⁸ No direito

⁵⁴ Veja-se, neste sentido, a excelente tese de: TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 264-265.

⁵⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 375.

⁵⁶ GRUNDMAN, Stefan. Informação, autonomia da vontade e agentes econômicos no direito dos contratos europeu (2002). *Revista de direito do consumidor*, v. 58. São Paulo: RT, abr.-jun./2006, p. 275-303.

⁵⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 268-269.

⁵⁸ Conforme jurisprudência ao “impõe ao fornecedor uma obrigação de diligência na atividade de esclarecer o consumidor, sob pena de desfazimento do negócio jurídico ou de responsabilização objetiva por eventual dano causado, ao passo que, num sistema jurídico

brasileiro, o próprio CDC não permite esta conclusão segundo o conteúdo expresso de suas normas, ademais interpretadas de acordo com o princípio da vulnerabilidade.

A questão se resolve é no tocante ao conteúdo e o modo de prestação da informação pelo fornecedor. Conforme quem seja o consumidor ao qual ela se destina, e às circunstâncias em que é prestada, poderá haver distintos graus de intensidade quanto ao que se exija do comportamento do fornecedor – não do consumidor. Afinal, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor não impõe que a lei identifique, em abstrato, dever de que possua informação sobre a relação de consumo ou seu objeto, tampouco um ônus específico de obter a informação. O grau de vulnerabilidade do consumidor modula o dever de informar do fornecedor. Não significa que se deixe de exigir ao consumidor dever ou ônus de informar conforme a natureza do contrato celebrado (e.g. dever de declaração inicial do risco, ou de informar seu agravamento no seguro; ônus de informar ao médico o que lhe for perguntado para permitir diagnóstico). Por fim, refira-se que a rejeição de um ônus de se informar do consumidor, em razão do reconhecimento de sua vulnerabilidade, não se deve colocar no plano da dicotomia entre o comportamento de boa-fé e de má-fé, tampouco se confunde com a negligência deliberada do consumidor, que permite ser aferida no caso concreto e cotejada – uma vez mais – com o conteúdo e modo de cumprimento do dever de informar do fornecedor.

A eficácia do princípio da vulnerabilidade na interpretação da lei não se restringe a determinação do sentido da norma a partir de seus propósitos originais. A interpretação compreende também a tarefa de atualização da lei, ou seja, o desenvolvimento do Direito que se dá em consonância com seus princípios fundantes, muitas vezes “motivado precisamente pela aspiração a fazer valer estes princípios em maior escala do que aconteceu na lei”.⁵⁹

A atualização do sentido e alcance da lei, por intermédio da função interpretativa do princípio da vulnerabilidade, tem especial relevância frente às transformações do mercado de consumo promovidas pelo desenvolvimento da internet – o mercado de consumo digital. O reconhecimento de uma vulnerabilidade digital informa a interpretação e aplicação das normas do CDC às relações de consumo pela internet. Um exemplo diz respeito mesmo à noção de publicidade na internet. O CDC, ao ser editado, dispôs sobre a publicidade, sem defini-la expressamente. Concentrou sua disciplina em quatro aspectos principais: a) sua eficácia vinculativa (art. 30); b) o dever de sua identificação para o consumidor (art. 36); c) a proibição da publicidade enganosa e abusiva (art. 37); e d) a imposição do ônus da prova sobre a veracidade da informação para o fornecedor (art. 38).⁶⁰ O desenvolvimento da internet,

liberal, aplica-se a regra inversa, *caveat emptor* (acautele-se comprador), incumbindo ao comprador o ônus de buscar as informações necessárias sobre o negócio jurídico que pretende celebrar.” (STJ, REsp 1599511/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 24/08/2016, DJe 06/09/2016)

⁵⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 519.

⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 341 e ss; DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 63 e ss.

contudo, transformou o modo como se realiza a publicidade neste meio, seja por uma maior simbiose entre o conteúdo informativo e de entretenimento próprio do meio e mensagens publicitárias (publicidade clandestina), seja como a expansão da denominada publicidade testemunhal, pela qual celebridades ou pessoas que tenham reconhecida credibilidade ou apreço social testemunham, expressamente ou de modo implícito, sobre vantagens relativas a produtos ou serviços que anunciam.

A publicidade testemunhal sempre levantou dúvidas sobre a extensão da responsabilidade daqueles que dela participavam atestando qualidade e demais atributos de produtos e serviços anunciados.⁶¹ No caso da internet, contudo, observa-se uma articulação entre a noção tradicional de publicidade testemunhal – na qual alguém participa, episodicamente, exclusivamente para atestar a qualidade do produto ou serviço (e.g. celebridades, atores, esportistas reconhecidos) – com a organização de um modelo de divulgação de produtos e serviços pela própria pessoa que presta não só o testemunho expresso ou tácito, mas dirige a comunicação com o público, orientada a esta promoção. Trata-se do fenômeno dos influenciadores digitais (*digital influencers*), que registram perfis em redes sociais (Facebook, Instagram, Twitter, YouTube, etc.), desenvolvendo estratégias para conquista de seguidores e manifestação de apreço (*likes*, curtidas) a mensagens publicadas (*posts*) ou vídeos, com o objetivo de aumentar seu reconhecimento e capacidade de influência no ambiente digital como um todo. Em determinadas redes sociais há, inclusive, a remuneração do *digital influencer* conforme o número de acessos ao conteúdo que publica, por vezes associado à veiculação de publicidade tradicional. Todavia, em boa parte dos casos, a publicidade de produtos e serviços é organizada a partir de relação entre o próprio *digital influencer* e o fornecedor, sem intermediação da plataforma.

Em outros sistemas jurídicos, sinaliza-se que a importância dos *digital influencers* no mercado de consumo digital é acompanhada pela insuficiência das normas existentes para sua disciplina,⁶² levando à construção, pela via interpretativa, de um dever de correção (*duty to trade fairly*) aplicável de modo geral, a todas as pessoas envolvidas na atividade de marketing dos influenciadores digitais.⁶³ Isso é especialmente relevante no tocante a influenciadores digitais cuja atuação se direcione a crianças. Nestes casos, inclusive, tais influenciadores tanto podem ser adultos quanto crianças que testemunham a qualidade e demais atributos positivos de produtos e serviços divulgados e direcionados para influenciar outras crianças, sem a aparência

⁶¹ Sustentando sua responsabilidade, ao considera-las integrantes da cadeia de fornecimento: SCARTEZZINI GUIMARÃES, Paulo Jorge. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: RT, 2001. p. 152 e 195; RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 454; FERNANDES NETO. *Direito da comunicação social*. São Paulo: RT, 2004, p. 231-232.

⁶² RIEFA, Christine; CLAUSEN, Laura. Towards fairness in digital influencers' marketing practices. *Journal of European Consumer and Market Law*, issue 2/2019, München: C.H. Beck, 2019, p. 66 e ss.

⁶³ RIEFA, Christine; CLAUSEN, Laura. Towards fairness in digital influencers' marketing practices, p. 73.

de publicidade, que é promovida de modo clandestino.⁶⁴ Em muitas aplicações de internet, o conteúdo de entretenimento infantil é entremeado de mensagens publicitárias, cujo direcionamento pode ser definido, inclusive, por intermédio do tratamento de dados do consumidor.

A participação das celebridades na publicidade testemunhal fora da internet, ou dos veículos de comunicação que divulgam a mensagem publicitária, não é suficiente, segundo o entendimento majoritário, para qualificá-los como fornecedores, integrantes da cadeia de fornecimento.⁶⁵ A atuação dos influenciadores digitais, porém, não se restringe a testemunhar qualidades do produto ou serviço, tampouco seus “canais” ou “programas” são simples veículos para divulgação. Ao contrário, combinam esta atuação com a definição de estratégias para alcance do maior número de pessoas e maximização do retorno econômico relativo aos produtos e serviços que divulgam. Organizam-se considerando a vulnerabilidade digital do consumidor, ou ainda, em relação às crianças, sua vulnerabilidade agravada. Tais características permitem, ao tomar o conjunto de sua atuação, identificá-los como integrantes da cadeia de fornecimento.

Estas situações, e em todas as outras que envolvam a atividade de promoção de produtos e serviços, são abrangidas, segundo as regras do CDC, como publicidade ou mensagem publicitária, independentemente do meio e das características de divulgação. Considerando o efeito frente ao consumidor, pelo proveito de sua vulnerabilidade, sob a expressão publicidade disciplinam-se todos os atos de promoção de produtos e serviços, inclusive o que hoje se incluem como comunicação mercadológica e outras convenções técnicas ou de praxe negocial que se possam estabelecer no mercado.

3.2.3. Função diferenciadora

Uma terceira função do princípio da vulnerabilidade é a de diferenciação. Diferenciar ou distinguir significa estabelecer uma classificação a partir de critério relevante, cuja consequência é atribuir sentido ou efeito diverso, em acordo com a finalidade do princípio, que é a proteção dos consumidores vulneráveis, em razão e na medida desta vulnerabilidade. Para tanto, a *função diferenciadora* conferida ao princípio compreende, inicialmente, a distinção da posição de diferentes consumidores (em especial pessoa física e pessoa jurídica), e as situações de contratos paritários, cuja exclusão do âmbito de aplicação do CDC justifica-se pela ausência de vulnerabilidade dos contratantes, que a torne incompatível a assunção e distribuição de riscos inerentes à contratação. Uma segunda consequência relaciona-se ao controle do resultado da aplicação de outras normas que prevejam direitos dos consumidores (art. 7º, *caput*, do CDC), cujo resultado não poderá ser contrário ao interesse legítimo do consumidor. Por fim, a função de diferenciação permite distinguir entre

⁶⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 352. Examinando a publicidade clandestina e subliminar na internet, veja-se: BRITO, Dante Ponte de. *Publicidade subliminar na internet*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 189 e ss.

⁶⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 357.

duas dimensões qualitativas da vulnerabilidade do consumidor: a *vulnerabilidade existencial* (quando diga respeito a interesses existenciais vinculados à pessoa) e a *vulnerabilidade patrimonial* (relativa à tutela dos seus interesses econômicos).

A diferenciação entre consumidores pessoas físicas e jurídicas resulta, mesmo de normas do CDC. É o caso do art. 51, I, última parte, que ao declarar nulas cláusulas abusivas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor, ou ainda impliquem renúncia ou disposição de direitos, faz exceção às hipóteses de relação de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, autorizando neste caso que “a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”. *Situações justificáveis* é conceito indeterminado, cuja concreção orienta-se pelo exame da vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica em determinada situação específica. Assim, por exemplo, a presença de poder negocial do consumidor pessoa jurídica na fase pré-negocial ou na elaboração dos termos do contrato, ou a proporcionalidade entre o limite à indenização e os riscos conhecidos e assumidos pelas partes no contrato, serão considerados para efeito de manter, excepcionalmente, a validade da cláusula.

Da mesma forma, a função de diferenciação do princípio da vulnerabilidade também implica na rejeição de resultado de interpretação das normas do CDC que seja com ele incompatível. Deste modo, se estabelece a diferenciação entre contratos nos quais se autorizam a extensão do âmbito de aplicação das normas do CDC, e contratos paritários, cujos riscos que lhe são inerentes – sobretudo riscos empresariais – não devem ser mitigados em razão da aplicação das normas de proteção do consumidor em favor de um dos contratantes. Como se percebe na jurisprudência, em contratos interempresariais a ausência de vulnerabilidade *in concreto* legitima o afastamento da incidência do CDC em casos de aquisição de matéria prima⁶⁶, cédulas de crédito industrial,⁶⁷ *factoring*⁶⁸ representação comercial⁶⁹, ou ainda quando empresa seja contratada para redução de custos de insumos da atividade econômica da tomadora do serviço.⁷⁰ Da mesma forma, o porte financeiro da pessoa jurídica definida como consumidora afasta a vulnerabilidade em relação a eventual abusividade da cláusula de eleição de foro.⁷¹ Já no caso de contratos que envolvam investimentos imobiliários com a formação de sociedades em conta de participação, decidiu o STJ que “o CDC poderá ser utilizado para amparar concretamente o investidor ocasional (figura do consumidor investidor), não abrangendo em seu âmbito de proteção aquele que desenvolve a atividade de investimento de maneira reiterada e profissional”⁷².

⁶⁶ STJ, REsp 932.557/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 07/02/2012, DJe 23/02/2012.

⁶⁷ STJ, REsp 1196951/PI, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 14/02/2012, DJe 09/04/2012.

⁶⁸ STJ, REsp 938.979/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 19/06/2012, DJe 29/06/2012.

⁶⁹ STJ, REsp 761.557/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 24/11/2009, DJe 03/12/2009.

⁷⁰ STJ, AgInt no AREsp 1212302/PR, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, j. 21/11/2019, DJe 19/12/2019.

⁷¹ STJ, REsp 684.613/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j. 21/06/2005, DJ 01/07/2005.

⁷² STJ, REsp 1785802/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 19/02/2019, DJe 06/03/2019.

A função de diferenciação do princípio da vulnerabilidade ainda deve rejeitar soluções incompatíveis, resultantes da aplicação em comum das normas do CDC e de outras fontes normativas – o denominado diálogo das fontes. Nestes termos, prevalece desta interpretação sistemática,⁷³ que viabiliza o art. 7º do CDC, sempre resultado de aplicação mais favorável ao consumidor.⁷⁴

Um último efeito desta função diferenciadora do princípio projeta-se na distinção entre a *vulnerabilidade patrimonial* e a *vulnerabilidade existencial* do consumidor. Não há dúvida que a relação de consumo tem conteúdo econômico, afinal trata-se de relação de mercado pela qual o fornecedor oferta, e o consumidor adquire ou utiliza produtos ou serviços para satisfação de suas necessidades. As consequências desta relação se destacam no plano obrigacional, segundo seu conteúdo econômico, seja no plano das expectativas do consumidor, seja no tocante ao adimplemento ou inadimplemento da obrigação. Neste sentido, a vulnerabilidade patrimonial do consumidor (relativa a seus interesses econômicos) tem presença recorrente, em especial nas pretensões deduzidas em caso de inadimplemento contratual.

Contudo, a subordinação estrutural do consumidor ao fornecedor, e sua dependência do consumo para subsistência, bem como a exposição a riscos para saúde e segurança no mercado, colocam em destaque sua vulnerabilidade existencial. A proteção da vida, saúde e segurança do consumidor em relação a riscos (art. 6º, I, do CDC), o consequente sistema que visa assegurar sua prevenção (arts. 8º a 10 do CDC) e o regime de responsabilidade por acidentes de consumo (arts. 12 a 14 do CDC), dentre outras regras que tutelam sua integridade psicofísica, expressam reconhecimento e tutela desta vulnerabilidade existencial.

Porém, no caso de inadimplemento contratual, a presença de interesse patrimonial não exclui, em muitas situações, a necessária tutela do interesse existencial do consumidor. A recusa ou retardamento de autorização pela operadora de plano de saúde para que o consumidor se submeta a tratamento ou procedimento hospitalar, quando indevidos, atinge interesses existenciais; o mesmo se dá na venda de produtos cuja composição ou estado de conservação possa causar danos à saúde do consumidor; também é o que ocorre na recusa de atendimento pelo fornecedor por razões de discriminação inadmissível; e em menor grau, também deve ser objeto de tutela na hipótese da cobrança abusiva de dívidas, quando o consumidor é submetido a constrangimento que ofenda sua personalidade. Em todos estes casos se destaca a vulnerabilidade existencial do consumidor, e embora, muitas vezes, sua tutela opere a partir de pretensão indenizatória, não deve se restringir à compensação econômica. Ganha relevância, nestes casos a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, visando a adoção de comportamentos que impeçam ou reduzam os

⁷³ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.) *Diálogo das fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 67 e ss.

⁷⁴ MARQUES, Claudia Lima. Teoria do diálogo das fontes hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.) *Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação de norma no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2020, p. 17 e ss.

danos ao consumidor, assim como medidas de prevenção e desestímulo à violação de direitos – adotadas, por exemplo, pela regulação estatal ou pela autorregulação.

4. SÍNTESE CONCLUSIVA

O princípio da vulnerabilidade – ou do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, conforme expresso no art. 4º, I, do CDC – consiste na base do sistema de proteção do consumidor, ao tempo em que justifica sua própria existência e informa a interpretação e aplicação de suas normas. O desenvolvimento do direito brasileiro afirmou que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor implica que tanto seja presumida em relação às pessoas naturais – variando quanto ao critério para sua identificação –, quanto deva, em relação às pessoas jurídicas, ser identificada a partir do exame da situação específica (vulnerabilidade *in concreto*).

Ao mesmo tempo, a interpretação do que se considere vulnerabilidade *in concreto*, ao lado dos critérios tradicionais para sua aferição (vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional), coloca em relevo outros, em razão das transformações do mercado de consumo e o advento do mercado de consumo digital (vulnerabilidade digital), bem como pelo desenvolvimento judicial do direito. Caso em que o refinamento de seus conceitos serve para delimitar o âmbito de incidência das normas de proteção do consumidor (vulnerabilidade por dependência).

Desempenha, o princípio da vulnerabilidade, três funções essenciais para o direito do consumidor brasileiro: a) a *função de delimitação conceitual*, que visa circunscrever o âmbito de incidência do CDC, em especial no tocante às pessoas jurídicas; b) a *função interpretativa*, que informa a interpretação das normas do CDC, em especial para efeito de assegurar sua finalidade de proteção do consumidor vulnerável; e c) a *função diferenciadora*, pela qual rejeita-se aplicação incompatível com o fundamento das normas de proteção do consumidor (reequilíbrio de relações desiguais), assim como distingue, qualitativamente, entre os próprios interesses protegidos (vulnerabilidade existencial e vulnerabilidade patrimonial), para efeito, inclusive, de melhor seleção dos seus instrumentos de tutela.

A eficácia e efetividade das normas de direito do consumidor pressupõem, no sistema jurídico brasileiro, a correta interpretação e aplicação do princípio da vulnerabilidade. Trata-se de seu fundamento ético-jurídico, cujas funções asseguram sua precisão conceitual e atualização normativa frente à evolução da realidade social (transformações do mercado de consumo), ao mesmo tempo em que permitem o desenvolvimento do direito pela via da interpretação e aplicação de suas normas.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón-Valdez. Madrid: CEPC, 2002.
- ALEXY, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips. *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*. Beiheft I: Rechtstheorie. Berlin: Duncker und Humblot, 1979.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. O conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 628. São Paulo: RT, fev. 1988.
- BRITO, Dante Ponte de. *Publicidade subliminar na internet*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de consommation*. 7. ed. Paris: Dalloz, 2006.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnerabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000.
- DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. impressão, Tübingen, 1990.
- FERNANDES NETO. *Direito da comunicação social*. São Paulo: RT, 2004.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnerabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000.
- FIGUEROA, Alfonso García. *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: CEPC, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRUNDMAN, Stefan. A proteção funcional do consumidor: novos modelos de consumidor à luz de teorias recentes. *Revista de direito do consumidor*, v. 101. São Paulo: RT, set.-out./2015.
- GRUNDMAN, Stefan. Informação, autonomia da vontade e agentes econômicos no direito dos contratos europeu (2002). *Revista de direito do consumidor*, v. 58. São Paulo: RT, abr.-jun./2006.
- IANNI, Octavio. *Raças e classes sociais no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- KLOEPFER, Michael. *Informationsrecht*. München: C.H.Beck, 2002.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2016.
- MARQUES, Claudia Lima. Teoria do diálogo das fontes hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.) *Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação de norma no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2020.

- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.
- MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. *Revista de direito do consumidor*, v. 102. São Paulo: RT, nov.-dez./2015.
- MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 1009. São Paulo: RT, nov./2019.
- MIRAGEM, Bruno. Aplicação do CDC na proteção contratual do consumidor-empresário: concreção do conceito de vulnerabilidade como critério para equiparação legal Comentário de jurisprudência. *Revista de direito do consumidor*, v. 62. São Paulo: RT, abr.-jun. 2007.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019.
- MIRAGEM, Bruno. Eppure si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.) *Diálogo das fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.
- MIRAGEM, Bruno. Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, v. 125. São Paulo: RT, set.-out./2019.
- MÖLLERS, Thomas M. J. *Juristische Methodenlehre*. 2. ed. Munique: Beck, 2019.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais (interpretação sistemática do direito)*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 113, p. 81-109, set.-out. 2017.
- RIEFA, Christine; CLAUSEN, Laura. Towards fairness in digital influencers' marketing practices. *Journal of European Consumer and Market Law*, issue 2/2019, München: C.H. Beck, 2019.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Luckasheck. A liberdade contratual e a função social do contrato: alteração do art. 421-A do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: RT, 2019.
- RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie*. 3. Auf. München: C.H. Beck, 2007.
- SCARTEZZINI GUIMARÃES, Paulo Jorge. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: RT, 2001.
- SCHÜLLER-ZWIERLEIN, André. Grundfragen der Informationsgerechtigkeit: ein interdisziplinärer Überblick. In: SCHÜLLER-ZWIERLEIN, André; ZILLIEN, Nicole (Hrsg.) *Informationsgerechtigkeit: Theorie und Praxis der gesellschaftlichen Informationsverorgung*. Berlin: Walter Gruyter, 2013.
- SCHÜLLER-ZWIERLEIN, André; ZILLIEN, Nicole (Hrsg.) *Informationsgerechtigkeit: Theorie und Praxis der gesellschaftlichen Informationsverorgung*. Berlin: Walter Gruyter, 2013.

- SIMON, Herbert A. Rational choice and the structure of the environment. *Psychological Review*, v. 63 (2). Washington: APA, 1956.
- SKIDMORE, Thomas. Preto no branco. *Raça e nacionalidade no pensamento brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TAHLER, Richard. Mental accounting and consumer choice. *Marketing Science*, v. 4, n. 3, 1985 (Summer).
- THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. New York: Penguin Books, 2008.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 89.

MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. *In*: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de. (Org.). **Direito do Consumidor: 30 anos do CDC**. 1ª. Ed. São Paulo: Forense, 2020. 592 p. ISBN: 9788530991906

