
CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO CONTEXTO DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO ATUAL

Alessandra Francisco Silveira

RESUMO

Esta pesquisa buscou compreender o reconhecido caráter de vulnerabilidade no qual está inserido o consumidor e a (possibilidade de) harmonização dessa prerrogativa com os interesses sociais e econômicos no âmbito do Direito Privado Brasileiro contemporâneo. Para isso, primeiramente, recupera-se em comentários objetivos o surgimento e a evolução da tutela dos direitos do consumidor na história. Num segundo momento, a investigação direciona-se especificamente à presunção de vulnerabilidade do consumidor. Por fim, analisa-se o Direito Privado no Brasil e as influências que permeiam o Código Civil de 2002 para, então, confrontar ou conformar os interesses sociais que o protagonizam, inseridos nas relações contratuais.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Vulnerabilidade. Presunção absoluta. Direito Privado Brasileiro. Princípios. Autonomia. Função Social. Ativismo

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de uma pesquisa qualitativa que buscou interpretar o fenômeno da vulnerabilidade como presunção absoluta dentro do ordenamento jurídico brasileiro vigente e atual. Sob essa premissa, realizou-se o levantamento dos dados que seriam necessários para interpretar e analisar o fenômeno dentro da doutrina nacional que cuida da tutela do Direito do Consumidor.

Na doutrina, interessava-nos, em especial, pelo destaque e relevância que suas inúmeras publicações assumiram para aqueles que atuam no direito do consumidor, os professores Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques. A partir desse primeiro critério, num segundo momento foram objeto de análise as publicações realizadas sobre o tema em revistas jurídicas renomadas e

outras publicações, considerando a atualidade da publicação, o autor e seu conceito no meio jurídico, tomando relevo mestres e autores com larga história na operação do direito do consumidor.

Grande parte das obras utilizadas no trabalho foi consultada na biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O site oficial do referido Tribunal, utilizando os filtros referidos (tema, data da publicação, autor) oportunizaram a seleção da bibliografia com facilidade. Toda bibliografia foi consultada a partir da premissa da vulnerabilidade do consumidor, mas, para chegar a ela, foi necessário contextualizar o surgimento do direito do consumidor, as razões que conduziram a sociedade brasileira contemporânea a prestigiar esses direitos com um microssistema específico de tutela.

A partir da compreensão dessa justificativa, a pesquisa volta-se para a questão da vulnerabilidade do consumidor, o que representa essa presunção, onde ela se encontra no nosso ordenamento, por que razão, qual e se há algum impacto ou algum conflito entre essa presunção e o direito privado brasileiro atual.

A vulnerabilidade como concebida no Código de Defesa do Consumidor é condição inerente à pessoa, bastando, para tanto, que entre as partes exista uma relação de consumo e uma delas seja pessoa física. Essa, independente de sua condição econômica, social, cultural, será vulnerável e assim merecerá tratamento distinto no processo. A vulnerabilidade cuida de algo que vai além ou acima da questão da hipossuficiência; esta, sim, pode ser apurada no caso concreto.

A vulnerabilidade traduz-se na possibilidade de equilibrar a relação existente entre as partes; todavia, equalizar os interesses sociais e os interesses econômicos envolvidos é o desafio que se mostra no direito contemporâneo. De todo modo, não são poucos os esforços e as mudanças legislativas nesse sentido e para fornecer aos operadores do Direito condições de fortalecer essas conquistas, bem como de oportunizar ao judiciário instrumentos a permitir sua intervenção na esfera contratual sempre que a relação entre as partes mostrar-se demasiadamente desequilibrada. Um Direito Privado que prestigie a igualdade e respeite os vulneráveis sem excluí-los: parece ser esse o desafio.

2 COMENTÁRIOS HISTÓRICOS SOBRE A TUTELA DO CONSUMIDOR

Embora existam algumas regras tratando de direitos de consumidores nas épocas passadas, o pensamento voltado à tutela do consumidor, nos moldes como hoje conhecido, emerge timidamente apenas no Estado Liberal do século XVIII (TEIXEIRA, 2014, p.71-73)¹. A configuração do Estado Liberal manifestava o desejo de liberdade que aquela sociedade pretendia. Dentro desse contexto, é erigida a legislação do Estado Liberal, norteada pelo princípio da autonomia da vontade, do *pacta sunt servanda*, prestigiando o liberalismo econômico que, em primeira análise, buscava proteger a propriedade privada sobre qualquer outro valor jurídico.

Nessa escala evolutiva, nas primeiras décadas do século XX, as relações contratuais de consumo já não eram travadas entre sujeitos livres e autodeterminados, mas entre importantes grupos econômicos e sujeitos isolados, que ignoravam as verdadeiras implicações do acordo ao qual estavam consentindo e se submetendo. Conforme Teixeira, na verdade, existia incongruência contratual em que os empresários e produtores eram juridicamente protegidos, ao passo que cada contrato abusivo e desequilibrado firmado em seu favor retirava o consumidor do mercado e, portanto, significava uma perda para a viabilidade e sobrevivência do próprio sistema econômico (TEIXEIRA, 2014, p. 165).

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor surge como resultado de um comando constitucional. Verifica-se a inserção constitucional da defesa

¹ Odelmir Bilhalva Teixeira recupera informações importantes sobre a evolução histórica da tutela do consumidor para chegarmos até o momento atual. O autor sinaliza, por exemplo, para uma ideia inicial de fornecedor e consumidor inseridas no *Código de Hamurabi*. Refere que no Código de *Hammurabi*, já existia a obrigação legal do fornecedor, em reparar o dano infringido ao consumidor, derivado de um vício de concepção de um produto". O referido Código disciplinava, ainda, decisões envolvendo direitos e obrigações de profissionais liberais, como, por exemplo, arquitetos, cirurgiões, bem como de autônomos, como os empreiteiros estabelecendo sanções de ordem pecuniárias e, nos casos mais graves, castigos corporais e até mesmo a morte. Menciona ainda que na época de Justiniano, no *Corpus Juris Civilis* (Corpo de Direito Civil), publicada entre 529 e 534 d. C. (século VI), por ordens do imperador bizantino Justiniano I, "o vendedor respondia pelos vícios da coisa, mesmo que ignorando os defeitos", ou seja, "o fornecedor respondia pelo vícios mesmo ignorando-os.

do consumidor entre os direitos e garantias fundamentais ao estabelecer no art. 5º, inciso XXXII, que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.² Logo adiante, no artigo 170, inciso V³, o constituinte de 1988 inseriu a defesa do consumidor entre os princípios gerais da ordem econômica no mesmo patamar dos princípios relativos à soberania nacional, à propriedade privada, dentre outros.

Nesse passo, promover a defesa do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988) implica a idealização e implementação de mecanismos capazes de efetivar o reequilíbrio e a igualdade no âmbito das relações de consumo. Em outras palavras, a vulnerabilidade do consumidor é a própria razão de ser do Código de Defesa do Consumidor; ele existe porque o consumidor está em posição de desvantagem técnica e jurídica em face do fornecedor (TEIXEIRA, 2014, p. 168).

A partir daí, em 1990, emerge a Lei 8.078, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), diploma este que dá sequência à lógica racional material desencadeada a partir da Constituição Federal de 1988. O CDC representou uma transformação significativa na lógica das relações contratuais entabuladas no Brasil, pois sua orientação material é ostentada claramente na pretensão de tutela à parte hipossuficiente da relação, constante no inciso VII, do seu art. 6º. Além disso, a consagração da boa fé objetiva fez-se perceber, o que sintetiza a inserção de elemento de ética social numa posição estratégica em referido corpo normativo.

A edição de uma lei de natureza tutelar é extremamente significativa por representar o acolhimento jurídico de uma posição social determinada, no caso, a de consumidor, e sintetiza, ainda, uma valoração sobre a mesma, já que a contextualiza em meio a uma realidade social e reconhece a necessidade de proteção (SOARES, 2006, p. 136).

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor;

No que se refere à finalidade, não se pode esquecer que o direito do consumidor foi idealizado para minorar as profundas desigualdades instaladas nas relações de consumo, a partir do advento da revolução industrial, sendo que, nesse novo contexto, o ato de consumo deixa de ser um movimento isolado para se inserir no contexto contemporâneo de consumo massificado.

3 O RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Como indica a própria etimologia do adjetivo “vulnerável”, que deriva de *vulnus* no latim, a significar machucado, atacado por um mal ou frágil (nas línguas indo-européias: welanos), vulnerabilidade é o estado daquele que pode ter um ponto fraco, uma ferida (*vulnus*), aquele que pode ser ferido (*vulnerare*) ou é vítima facilmente (MARQUES, 2014, p. 314).

Compreendendo então que a vulnerabilidade é um estado da pessoa que resume a confrontação excessiva de interesses, podemos racionalizar que pode se tratar de uma condição permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. Assim, transcrevendo Marques, a vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco; é apenas a explicação destas regras ou da atuação do legislador; é a técnica para aplicar bem; é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protéticas e reequilibradoras à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa (MARQUES, 2014, p. 318).

A vulnerabilidade que justifica esse estudo é aquela que decorre da posição de inferioridade do consumidor diante do fornecedor ou prestador de serviço e a importância do reconhecimento dessa condição. Rogério Zuel Gomes refere que o reconhecimento da fraqueza de um dos polos do contrato era o que se pleiteava para que se pudesse alcançar uma relação jurídica equilibrada e proba. É um direito que decorre de previsão constitucional, aquele que o cidadão tem de requerer do Estado a promoção de seus interesses como consumidor. Se na cadeia de consumo o consumidor é o elo mais fraco, esta fraqueza demanda a criação de mecanismos legais de modo a restabelecer o equilíbrio na relação de consumo. Tutelar a parte mais fraca na relação jurídica

é, sem dúvidas, fazer valer os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, que funcionam como vetores de limitação negativa à autonomia privada (GOMES, 2009, 113).

Inicialmente, convém diferenciar “vulnerabilidade” e “hipossuficiência” no âmbito do direito do consumidor, já que os termos, muitas vezes, são utilizados como sinônimos, o que é um equívoco porque esses conceitos apresentam realidades e consequências jurídicas distintas. O reconhecimento da vulnerabilidade é um princípio-diretriz (norma-objetivo) para o desenvolvimento de políticas nacionais de relações de consumo. Já a “hipossuficiência” é um princípio específico (norma-garantia) que informa a proteção e defesa do consumidor. A vulnerabilidade é inerente a todos os consumidores; por sua vez, a hipossuficiência diz respeito a determinado consumidor no mercado de consumo, ou seja, trata-se de uma característica subjetiva de determinado consumidor em particular, devendo ser verificada pelo magistrado a partir da análise do caso *sub judice* (TEIXEIRA, 2014, p. 176).

Logo, o reconhecimento da vulnerabilidade como condição do consumidor revela-se como algo mais amplo do que a constatação da hipossuficiência do consumidor em determinado conflito de interesses envolvendo relação de consumo. Todavia, o entendimento doutrinário até aqui apontado, e ao qual nos filiamos, admite que o reconhecimento de uma fraqueza ou condição de desigualdade não deva importar sua perpetuação, justamente para não legitimar essa desigualdade. Nesse sentido, Campomizzi ressalta que os instrumentos de defesa do consumidor devem ser suficientes para potencializá-lo diante de um fornecedor reconhecidamente mais forte, equilibrando as forças pela paridade de armas, o que faz afastar sua vulnerabilidade – cuja existência somente se reconhece no momento anterior à instrumentalização. O exercício dos direitos é a própria igualdade em ação para materializar-se (CAMPOMIZZI, 2014, p. 55).

Faz-se oportuno assinalar que hoje a única fonte normativa brasileira que contempla expressamente a vulnerabilidade é o Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual o referido Diploma Legal desponta como importante referência sobre o tema (TARTUCE, 2012, p. 172). Consta no inciso I, do artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, que a política nacional de relações de consumo deve reconhecer a “vulnerabilidade do consumidor

no mercado de consumo”. O legislador consumerista, ao consolidar-se como diploma constituído por normas principiológicas, atendeu importante, senão das mais relevantes garantias constitucionais, ao reconhecer em seu artigo 4º, inciso I, a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (TEIXEIRA, 2014, p. 175).

O mencionado inciso I do artigo 4º insere na legislação brasileira uma presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor, ou seja, qualquer consumidor ou sujeito de direito qualificado como consumidor é vulnerável, independente de sua condição cultural, social ou econômica, desde que pessoa física. Assim, referindo Marques (2014, p. 318), “presume-se que seja vulnerável sempre que atue na posição (social e estruturalmente desequilibrada) de consumidora, como destinatária final (*Endverbraucher*) de qualquer produto e do serviço, seja essencial, supérfluo, valioso ou de bagatela”.

Foi com base no reconhecimento dessa vulnerabilidade que o Código de Defesa do Consumidor resgatou a tradicional concepção do contrato, dotando-a de uma perspectiva social. Conforme se pode observar da evolução histórica do Direito do Consumidor, o contexto social foi relevante para seu surgimento nos moldes como hoje conhecemos. Somente com a massificação da economia e o novo perfil de sociedade que se desenhou a partir de então é que tomou relevo o reconhecimento do desequilíbrio de algumas relações de mercado e, por força disso, a necessidade da intervenção do Estado no mercado de consumo como forma de reequilibrar essas relações.

No Brasil, conferir direitos especiais a quem se encontrava em situação vulnerável tornou-se tradição jurídica após o advento da Constituição Federal de 1988, que previu em diversos dispositivos a promoção pelo Estado de amparo a certas categorias; destacam-se nesse contexto as previsões de proteção ao consumidor, à criança, ao adolescente e ao idoso (TARTUCE, 2012, p. 167).

Inserido nesse contexto, o legislador consumerista, para atender ao princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, munuiu o poder público de meios capazes de amparar o consumidor contra a posição privilegiada do fornecedor, o que este último deve fazer, no nosso entendimento, sem perder de vista a harmonização dos interesses sociais e econômicos.

4 DIREITO PRIVADO BRASILEIRO E A HARMONIZAÇÃO DE INTERESSES

A construção da cidadania está ligada à relação das pessoas com a nação e com o Estado, surgindo cidadãos “na medida em que as pessoas passam a se sentir parte de um Estado, e com isso passam a ser sujeitos de determinados direitos e obrigações para com este mesmo Estado” (TARTUCE, 2012, p. 47).

Ainda que lenta, é inegável a evolução legislativa no sentido da proteção do consumidor que, em primeira análise, nasce da necessidade de construção de um sistema jurídico destinado às pessoas que participam da vida em sociedade. Na expressão de Tartuce (2012, p. 165), “seres reais existentes no mundo dos fatos e não mais sujeitos ideais, titulares abstratos de direitos equitativamente atribuídos e assegurados com base numa igualdade formal”.

Se no século XX os sistemas jurídicos foram reflexamente abalados pela crise geral da civilização contemporânea – marcada por duas guerras mundiais e pelo grande impacto das ciências na vida social – de sorte que o Direito acabou exposto em seu distanciamento da realidade social a ponto de revelar a insuficiência e a fragilidade de suas estruturas formais (TARTUCE, 2012, p. 165), a realidade do direito privado contemporâneo no Brasil impõe a inserção e criação de legislações como hipótese de concretização e equalização das demandas que emergem da ordem econômica, social e de forma global. É nesse sentido que caminha o nosso ordenamento, voltando-se para os interesses dos indivíduos em sobreposição ao patrimônio e à propriedade privada.

No sentido da realização desse Direito justo e flexível, refere Gonçalves que o Código Civil de 2002 trouxe regras de interpretação dos contratos e introduziu a figura da função social do contrato como princípio do Direito, atendendo também às exigências da competitividade econômica (GONÇALVES, 2012, p. 34). Assim, na esteira dos entendimentos firmados pela doutrina e jurisprudência na vigência do Código de 1916, o art. 421 do novo Código Civil tratou de regras gerais aplicáveis a todos os contratos, trazendo em seu corpo questões, como a limitação da máxima da autonomia da vontade como regra obrigatória entre as partes contratantes, a contratação

e consideração do desequilíbrio entre as partes contratantes e entre as partes para avaliação da liberdade e validade da declaração. Outra inovação do atual Código foi o interesse social e o princípio da boa-fé como parâmetros dessa limitação (GONÇALVES, 2012, p. 35).

Arenhart também aponta para o escopo material trazido pelo novo Código. Refere que:

“além da função social dos contratos (art. 421), o Código Civil de 2002 impõe aos contratos a observância dos princípios da probidade e boa-fé (art. 422), a interpretação favorável ao aderente nos contratos de adesão (art. 423) e a nulidade de suas cláusulas abusivas (art. 424). Tal conjunto de normas dá nova dimensão ao direito contratual, exigindo uma renovação em seus fundamentos teóricos” (ARENHART, 2013, p. 211).

Essa nova leitura do Código Civil se dá, em especial, por inspiração do texto constitucional, promovendo, na dimensão contratual, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se soma aos princípios da isonomia, da solidariedade social, autonomia privada, da supremacia da ordem pública, da força obrigatória dos contratos e da relatividade de seus efeitos, da boa-fé objetiva e da função social dos contratos e que, via de consequência, reflete no Código de Defesa do Consumidor⁴.

A cláusula geral do art. 421 é assim:

“uma norma endereçada ao juiz, para que esse torne preciso seu significado de acordo com o caso, e segundo os esforços de interpretação que a doutrina e a jurisprudência desenvolverão em razão da nova realidade social e suas exigências quanto

⁴ ARENHART faz referência a III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal, idealizado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar, cujo Enunciado 167 preconiza: “Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral de contratos”. E segue afirmando a quebra do paradigma da individualidade pela nova ideia de socialidade, conforme se observa do Enunciado 23 da mesma Jornada: “Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual à dignidade da pessoa humana”.

à finalidade e à utilidade da concepção de contrato no direito brasileiro” (MIRAGEM, 2005, p. 29).

A função social do contrato reveste-se de caráter procedimental; de verdadeiro instrumento a oportunizar a atuação do juiz no caso concreto. Bruno Miragem refere que “a função social do contrato ilumina o raciocínio e o procedimento de tomada de decisão do juiz no exame da conduta dos contratantes assim como seu resultado (adimplemento ou inadimplemento do contrato)” (MIRAGEM, 2005, p. 32). Afirma ainda:

“Neste aspecto, a função social poderá informar o juiz, tanto na identificação da necessidade de conservação do contrato – e a partir disto determinar aos esforços de integração do juiz a finalidade de mantê-lo – quanto na possibilidade de, em certos casos, promover a revisão dos termos do contrato. Esta revisão contratual, no caso, encontra sua sede normativa pela aplicação estrita da teoria da imprevisão (art. 317 do CC/2002), ou mesmo pela interpretação mais flexível das causa de desequilíbrio do pacto, como as expressões “imprevisíveis e extraordinários”, presentes no art. 478 do CC/2002, relativo à resolução por onerosidade excessiva, ou simplesmente a expressão “fatos supervenientes”, do art. 6º, V, do CDC” (MIRAGEM, 2005, p. 33).

A função social do contrato introduz as noções de igualdade contratual e, por conseguinte, de equilíbrio contratual, presentes no direito do consumidor, no regime geral do direito civil. Angeluci afirma que o microsistema do Código de Defesa do Consumidor, desde sua promulgação em 1990, representou verdadeiro avanço não só na proteção e defesa do consumidor, consumidor, considerado hipossuficiente e vulnerável na relação diante do fornecedor, mas, também, pela técnica utilizada para a sua elaboração; além de ser um sistema de defesa, representa também um importante referencial na utilização das cláusulas gerais (ANGELUCI, 2011, p. 85), como aqueles impressos no Código Civil atual que referimos.

Para Marques (2014, p. 311):

“na atualidade, e também no Brasil com a denominada constitucionalização do Direito, o Direito Privado tem uma função social, função que vai além dos interesses individuais e passa pela proteção dos vulneráveis. Trata-se de um Direito Privado mais

social é guiado pela ordem pública constitucional e seu valor-guia e *Ubergrundeckt*: a dignidade da pessoa humana. Nada mais apropriado, pois, do que examinar a proteção dos vulneráveis no direito brasileiro, como forma de estabelecer a visão de pessoa do novo direito privado brasileiro.”

Essa é a nova inspiração do Direito Privado Brasileiro atual e não destoa, ao contrário, contribui para a conformação das diretrizes e operacionalização do Direito do Consumidor. A proteção do consumidor representa essa nova face social do Direito Privado, num cenário onde não se pode prescindir do reconhecimento da fraqueza de certos grupos da sociedade que nada mais são senão pontos de encontro entre a função individual e sua função social, “afirmada no direito privado solidário que emerge da Constituição”(MARQUES, 2014, p. 312).

O grande desafio desse novo contrato firmado no âmbito desse direito privado é reconhecer a vulnerabilidade desse consumidor e não tentar desqualificá-lo no caso concreto, ao argumento, que os bens adquiridos por determinado consumidor são artigos de luxo ou que seriam pessoas detentoras de conhecimentos suficientes para se igualar na relação, como advogados ou “especialistas”.

Já mencionamos que a presunção de vulnerabilidade do consumidor é absoluta, conforme prevê o art. 4º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor. Cláudia Lima Marques afirma que sequer é necessário discutir a qualificação como consumidora, pois se reconhece e presume o Código de Defesa do Consumidor a sua vulnerabilidade perante fornecedores e as normas protetivas do Código da Defesa do Consumidor que a ela se aplicam (MARQUES, 2014, p. 322). Esse pensamento vem no cotejo da doutrina do direito do consumidor brasileira moderna.

Existe uma tendência no direito privado atual de humanizar e proteger os vulneráveis, entre eles o consumidor, destacando-se na espécie os contratos de adesão ou contratos massificados. A pós-modernidade atual também é a era de uma sociedade cada vez mais consumista, cujos antivalores de *laissez faire*⁵ econômico levam alguns a aceitar a exclusão social de muitos; a aceitar

⁵ *Laissezfaire* é hoje expressão-símbolo do liberalismo econômico, na versão mais pura de capitalismo de que o mercado deve funcionar livremente, sem interferência, apenas com

uma visão passiva do Estado diante do hedonismo do mercado e da nova sociedade (MARQUES, 2014, p 300). Nesse prisma, harmonizar os interesses de fornecedores e consumidores equilibrando essa relação de tal forma que a economia do país desenvolva-se e gere benefícios a todos é o desafio que se mostra para todos os envolvidos nessa cadeia e, em especial, para quem deseja atuar na operação desse direito.

Para tanto, não se pode perder de vista a condição de vulnerabilidade do consumidor. É imprescindível seu reconhecimento para que haja inclusão e participação:

“na busca da promoção genuína da equalização de oportunidades e da real humanização do processo, as regras processuais deverão ser cuidadosamente aplicadas pelo intérprete para que uma exegese porventura desatenta não acabe por aprofundar as desigualdades verificadas no tecido social” (TARTUCE, 2012, p. 186).

Para Tartuce (2012, p. 189), no campo processual, a humanização repercute demandando análise mais cuidadosa e personalizada dos litigantes – especialmente se estiverem em situações extremas. Em tempos de massificação do processo e de adoção de técnicas de julgamento “em bloco” e apreciação “por amostragem”, é importante lembrar que certos litigantes precisam ser tratados de maneira particularizada nos feitos por sua diferenciada condição.

A interpretação e a aplicação do CDC, de forma mais incisiva, em consonância com os anseios sociais, impuseram, desde sua promulgação, uma atitude mais positiva dos magistrados consumeristas; a própria aplicação do art. 130 do Código de Processo Civil⁶, no tocante à instrução do processo, nestas relações, em especial na inversão do ônus da prova, gerando críticas acerca dessa postura ativista, que foram veementemente rechaçadas (ANGELUCI, 2011, p. 99).

regulamentos suficientes para proteger os direitos de propriedade. Esta filosofia tornou-se dominante nos Estados Unidos e nos países ricos da Europa durante o final do século XIX até o início do século XX.

⁶ Art. 130 - Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Na disposição do inciso III, do já citado artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, todo o esforço do Estado, ao regular os contratos de consumo, deve ser no sentido da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor, com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica previstos no artigo 179 da Constituição Federal⁷, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (TEIXEIRA, 2014, p. 191).

Concordamos igualmente com Teixeira quando sugere que da interpretação do referido dispositivo consumerista extrai-se que a harmonia das relações de consumo não pode ser fundamentada apenas no tratamento das partes envolvidas, mas, principalmente, na adoção de parâmetros, inclusive de ordem prática, pois, se de um lado não restam dúvidas de que o consumidor é a parte vulnerável nas relações de consumo, merecendo especial tutela do direito, de outro não se pode admitir exageros a ponto de, por exemplo, impedir o progresso econômico e tecnológico do país (TEIXEIRA, 2014, p. 190).

O que se observa no cotidiano da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, é o crescente número de demandas propostas em sede de relações consumeristas. Em todas se espera seja observado o caráter vulnerável do consumidor. Mas, para além disso, e consoante o comentário acima de Teixeira, não se pode deixar de ver com certa frequência uma banalização desse que deveria ser um critério de proteção.

Nas Turmas Recursais Gaúchas, e somente nelas em todo o País, encontramos decisões referindo o que por elas foi denominado como “litígios artificiais”. Essa e a denominação utilizada pelas referidas Turmas na fundamentação de acórdãos para referir uma espécie de ação onde o consumidor, legitimamente reconhecido como vulnerável, perverte sua natureza para obter benefício injusto.

⁷ Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Transcreve-se trecho de acórdão da Segunda Turma Recursal nesse sentido:

*"[...]Em verdade, demandas como esta representam, infelizmente, uma triste realidade da jurisdição atual, onde **litígios artificiais** são criados, valendo-se de um sistema judicial sem custo e sem risco, para eventualmente buscar-se restituição de valores regularmente pagos, se possível acrescido de um dano moral punitivo. Conforme restou apurado em vários processos similares, a contratação do seguro em questão é feita a partir da adesão do consumidor, sendo que este recebe uma proposta em separado, denominada "conta adesão", onde são esclarecidas as condições do produto oferecido e a opção pela contratação se dá no momento que o consumidor optar por fazer o primeiro pagamento. Efetivado o adimplemento, a Companhia ré inclui, nas faturas subseqüentes, o valor correspondente ao seguro. Esta situação restou comprovada, mas mesmo que assim não fosse, é fugir-se da realidade acreditar que o consumidor aceitou pagar por tanto tempo, sem nenhum tipo de oposição formal, para vir buscar, anos depois, todos os valores pagos em dobro, acrescido de uma reparação por danos morais. Afora essa constatação fática e que induz aceitação ao produtor oferecido, note-se que durante todo este tempo a parte restou segurada, recebendo, portanto, a contraprestação por aquilo que pagou. Exigir-se, agora, a restituição dobrada pelo que adimpliu corresponderá, em verdade, em enriquecimento sem causa.[...]”⁸*

Os “litígios artificiais”⁹ são, no nosso entendimento, um exemplo da possível deturpação que pode oportunizar a proteção do consumidor em contrariedade a sua finalidade e igualmente em contrariedade aos interesses econômicos que, por fim, contribuem ou devem contribuir para o desenvolvimento de todos em certa medida. Nesse aspecto, o Direito Privado Brasileiro atual não admite um Poder Judiciário que seja mero partícipe da estrutura organizacional. A atuação deste Poder deve revelar sua importância para harmonia do sistema e para resolução dos conflitos, pois sua omissão,

⁸ Recurso Cível Nº 71003842408, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 21/05/2013.

⁹ Apenas por amostragem, destaca-se mais dois acórdãos: Recurso Cível Nº 71003848363, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 21/05/2013 e; Recurso Cível Nº 71004239281, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 28/03/2013.

além de desequilibrar a estrutura, imporia uma série de consequências e prejuízos à própria Democracia.

Em linhas finais, sempre que o consumidor ocupar um dos polos da relação jurídica, há que se lembrar da especial proteção que a Constituição lhe confere, associando tal proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana. Quanto maior a posição de vulnerabilidade de um dos polos da relação jurídica maior será a necessidade de resguardo da dignidade desta (GOMES, 2009, p. 211). Todavia, a harmonização dos interesses sociais e econômicos deve contemplar especialmente os interesses da parte mais frágil da relação, respeitando a sua desigualdade, mas cuidando para não oportunizar nenhuma deturpação desse caráter.

5 CONCLUSÕES

Conseguimos observar, no decorrer da construção dessas considerações sobre a vulnerabilidade absoluta do consumidor, que foi longa a caminhada para reconhecer a pessoa que realmente existe no mundo dos fatos e lançar o interesse jurídico sobre ela. Todas as transformações legislativas trouxeram a tutela do consumidor para um contexto relevante dentro do novo direito privado que admite e reconhece essas diferenças, não mais para excluir o diferente, mas para protegê-lo, denotando uma mudança de paradigma.

No Brasil, observa-se a inclusão de milhões de brasileiros na classe média. Do mesmo modo, vê-se o crescimento do mercado interno, já não tão expressivo como há poucos anos, mas ainda interessante economicamente. A democracia, algo ainda tão recente no nosso País, tem oportunizado a superação de algumas fragilidades e outro tanto de aprendizado em especial no contexto das relações sociais. Pudemos observar que a Constituição Federal vigente inaugurou um novo tempo, com novos princípios, com nova ordem, onde o protagonismo foi transferido para a realização dos direitos do cidadão, relativizando dogmas como a autonomia da vontade.

A vulnerabilidade representa a essência da condição humana. Representa a imperfeição da natureza humana que, do ponto de vista jurídico, quando reconhecida, deve ser fundamento para construção de regras de proteção do sujeito mais fraco. A vulnerabilidade é a justificativa para a

realização desse regramento e para a atuação do legislador que deverá aplicar a técnica prevista dentro dessas normas protetivas e equilibradoras, em vista da procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.

Os mecanismos de regulação e controle dos desvios nas relações de consumo estão erigidos no Código de Defesa do Consumidor e sua inspiração decorre da Constituição Federal e seus princípios integradores. Sofrendo da mesma inspiração, o direito contratual passou por intensa modificação em sua concepção, refletida no Código Civil de 2002 e seus princípios gerais relacionados aos contratos. Enquanto no Código Civil de 1916 representava um individualismo jurídico, o Novo Código Civil brasileiro representa uma relativização da liberdade contratual; todavia, com respeito e atenção aos interesses sociais.

É sob a influência desse modelo renovado de contrato, o Novo Código Civil, como já fazia o Código de Defesa do Consumidor, limita e dirige a liberdade contratual, elegendo como princípios norteadores a probidade e a boa-fé. Ainda que os princípios da probidade e boa-fé, de alguma forma, já estivessem permeando o antigo Código, é certo que hoje a leitura destes, à luz de toda evolução do direito ocorrida em especial, no Século XX, é muito mais efetiva e operacional.

Com referência ao direito contratual, à crise do contrato e à sua reconstrução através de cláusulas gerais tais como a função social do contrato, permitiram uma maior integração desses institutos com relação aos demais microssistemas legais, em especial, com relação à tutela dos direitos do consumidor. Nesse aspecto, ganha especial significado a função social dos contratos no momento que revela um novo olhar da sociedade sobre si mesma. Esse olhar permite a construção de uma nova dogmática jurídica em busca de um mundo mais justo.

Concluimos que o diálogo do art. 421 do Código Civil com as normas de direito do consumidor é recomendável, pois dá coerência e unidade aos sistemas que orbitam em face da Constituição e dos novos direitos e garantias. Contudo, a cláusula da função social dos contratos deve respeitar, quando aplicada ao caso concreto, as peculiaridades da relação a que visa dar sentido.

O que se espera é que a proteção do consumidor, construída tão longamente, não oportunize a deturpação do instituto. O que se deseja é que as partes possam reequilibrar as desigualdades inerentes das relações de consumo sem se locupletar de qualquer forma, o que é fácil ocorrer em tempos onde, por força da cultura assistencialista do nosso país, as demandas massificadas e os julgamentos em bloco são cada vez em maior número.

O Direito Privado Brasileiro necessita realmente avançar em suas teorias e reforçar paradigmas e valores sociais e éticos para vencer os desafios da sociedade contemporânea. Do mesmo modo, a descodificação revelou-se como a atuação do Estado que não pode mais assistir inerte às mudanças sociais. Cada vez mais observamos um sem número de normas sendo publicadas e cujo único objetivo é regular situações novas, em razão de demandas incansáveis da realidade que não encontram efetiva solução nos Códigos. Nesse sentido, mais uma vez ressalta-se a importância do Judiciário para utilizar esses instrumentos como forma de harmonizar todos os interesses envolvidos, sabendo que agora o interesse dos vulneráveis merece destaque e atenção diferenciada para torná-los iguais nessas relações.

REFERÊNCIAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. Ativismo judicial, cláusulas gerais e a inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor e o projeto de Código de Processo Civil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 59, n. 399, p. 81-112, jan. 2011.

ARENHART, Fernando Santos. Função social dos contratos: a nova teoria contratual e o diálogo entre fontes. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 22, n. 89, p. 205-229, set./out. 2013.

CAMPOMIZZI, Jacson. Ir além do princípio da vulnerabilidade em favor do protagonismo do consumidor nas relações de consumo. **MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, n. esp, p. 54-56, maio 2014.

GOMES, Rogério Zuel. Questões processuais em lides de consumo. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, v.69, p. 102-139, jan./mar. 2009.

GONÇALVES, Juliana de Assis Aires. A função social do contrato. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 8, n. 44, p. 44-38, abr./mai 2012.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Constitucionalização do Direito Civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor. **Revista jurídica**, Porto Alegre, v.368, p. 71-102, jun. 2008.

LAZZARINI, Álvaro. Tutela administrativa e relações de consumo. **Justitia**, São Paulo, v. 160, p. 137-150, out. 1992.

MARQUES, Cláudia Lima. Algumas observações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado brasileiro. In: GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Cláudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel (Org.). **Direito privado, constituição e fronteiras**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 56, p. 22-45, out/dez, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeira anotações. **Revista dos tribunais**. São Paulo, 2004. v. 823, p. 67-86.

SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. Contrato e racionalidade. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 60, p. 122-161, out./dez 2006.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TEIXEIRA, Odelmir Bilhalva. **Aspectos principiológicos do Código de Defesa do Consumidor**. Campinas: Russell Editores, 2014.