

ISSN 3085-8658

CADERNOS ESMAPE



SÉRIE TESES E DISSERTAÇÕES



MARIA CARLA
MOUTINHO NERY

TUTELA JURÍDICA DA VULNERABILIDADE COMO PRINCÍPIO AUTÔNOMO NAS SITUAÇÕES E RELAÇÕES PRIVADAS

Recife
ano 1
número 24
2025

24

CADERNOS ESMAPE



SÉRIE TESES E DISSERTAÇÕES



TUTELA JURÍDICA DA VULNERABILIDADE COMO PRINCÍPIO AUTÔNOMO NAS SITUAÇÕES E RELAÇÕES PRIVADAS

Maria Carla Moutinho Nery



Copyright by Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Coordenação Técnica e Editorial: Msc. Joseane Ramos Duarte Soares

Capa: João Pessoa e Joseane R. Duarte Soares

Diagramação: Luciano Costa

Revisão: Autora

Copiar é crime. Lei do Direito Autoral n.9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

Cadernos Esmape [recurso contínuo online] / Escola Judicial de Pernambuco
(Esmape), a. 1, n. 1, 2025 – Recife: Esmape, 2025 - .

ISSN: 3085-8658

Série Teses e Dissertações, n. 24 - Tutela jurídica da vulnerabilidade como princípio autônomo nas situações e relações privadas, autoria de Maria Carla Moutinho Nery.

274 p.

1. Tutela da vulnerabilidade. 2. Princípio implícito. 3. Autonomia.
4. Consumidor intermediário. I. Título.

Elaboração: Biblioteca Jarbas Maranhão / Esmape

CDU 340.5

Correspondência:

Escola Judicial de Pernambuco (Esmape)

Rua Des. Otílio Neiva Coêlho, s/n – Bairro Ilha Joana Bezerra

Recife – PE - CEP 50080-900

Sítio eletrônico: <https://portal.tjpe.jus.br/web/escolajudicial>

E-mail: cadernos.esmape@tjpe.jus.br



Biênio 2024-2026

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Presidente

Desembargador Fausto de Castro Campos
1. Vice-Presidente

Desembargador Francisco Eduardo Gonçalves Sertório Canto
2. Vice-Presidente

Desembargador Francisco José dos Anjos Bandeira de Mello
Corregedor-Geral da Justiça



Biênio 2024-2026

Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira
Diretor-Geral

Desembargadora Daisy Maria de Andrade Costa Pereira
Vice-Diretora Geral

Juiz de Direito Sílvio Romero Beltrão
Supervisor

Juíza de Direito Fernanda Pessoa Chuahy de Paula
Coordenadora da Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores
(DFAS)

Juiz de Direito Edmilson Cruz Júnior
Coordenador da Diretoria de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
(DFAM)

Juiz de Direito José Faustino Macêdo de Souza Ferreira
Coordenador do Instituto de Desenvolvimento de Inovações Aplicadas
ao Tribunal de Justiça de Pernambuco (Ideias Esmape/TJPE)

Juiz de Direito Haroldo Carneiro Leão
Coordenador dos Cursos de Informatização Jurídica



PREFÁCIO

TUTELA JURÍDICA DA VULNERABILIDADE COMO PRINCÍPIO AUTÔNOMO NAS SITUAÇÕES E RELAÇÕES PRIVADAS

A obra que ora se apresenta ao público, intitulada *Tutela Jurídica da Vulnerabilidade como Princípio Autônomo nas Situações e Relações Privadas*, fruto da tese de doutoramento de Maria Carla Moutinho Nery, vinculada à Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) se distingue por apresentar uma leitura crítica da realidade forense.

A experiência profissional da autora, atuando como servidora do Tribunal de Justiça de Pernambuco, proporcionou-lhe contato direto com as complexidades que envolvem a prática jurisdicional, em especial com casos concretos que evidenciam a vulnerabilidade de sujeitos em diferentes contextos privados. Essa vivência não apenas enriquece a pesquisa, como também confere ao trabalho uma densidade prática que transcende a mera especulação acadêmica, tornando-o de utilidade imediata para a reflexão doutrinária e para a aplicação judicial.

Importa ainda ressaltar a resiliência da autora na superação de obstáculos enfrentados durante a elaboração da pesquisa. A obra nasce sob o signo de desafios que se impuseram em múltiplas dimensões: das limitações e incertezas impostas pela pandemia da Covid-19 aos imperativos de conciliar a intensa vida acadêmica e profissional com as responsabilidades familiares, em especial a maternidade. Tais circunstâncias, longe de enfraquecer o percurso investigativo, revelam a força e a dedicação de uma pesquisadora comprometida com o avanço da ciência jurídica.

Esse compromisso não se manifesta apenas nas páginas desta obra. Ele é fruto de uma trajetória acadêmica marcada pela vocação para a pesquisa, pela seriedade intelectual e pela disposição em contribuir com o desenvolvimento coletivo. Ao longo de sua caminhada, Carla demonstrou generosidade no compartilhamento de sua experiência acadêmica e profissional, sempre disposta a auxiliar colegas pesquisadores e servidores, fortalecendo redes de cooperação e contribuindo para a construção de um

direito mais solidário, humano e atento às demandas da sociedade contemporânea.

Do ponto de vista teórico, a pesquisa parte de uma premissa fundamental: a Constituição Federal, ao consagrar os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade, exigiu a superação o paradigma patrimonialista do Direito Civil, colocando a pessoa no centro das relações privadas. É nesse contexto que a autora propõe a sistematização da teoria da vulnerabilidade, promovendo a ressignificação de seu conceito e a estruturação de suas classificações.

A crítica à teoria do finalismo mitigado, especialmente em razão da ausência de critérios objetivos e das contradições observadas nos julgados analisados ao longo do texto, em especial no que se refere ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao consumidor intermediário, conduz à formulação de uma alternativa que representa a originalidade da tese: o reconhecimento de um princípio constitucional implícito e autônomo da tutela da vulnerabilidade, distinto da igualdade material e capaz de operar como vetor normativo de equilíbrio nas relações jurídicas privadas.

A autora demonstra que esse princípio, de natureza transversal, não se limita às hipóteses contempladas pela legislação infraconstitucional, mas deve incidir de forma ampla e sistemática em todas as relações privadas, simétricas ou assimétricas. Ao longo dos primeiros capítulos ficará claro para o leitor a nova perspectiva construída pela autora: ainda que encontre afinidade axiológica com princípios como a igualdade e a solidariedade, a tutela da vulnerabilidade não se confunde com eles, antes emergindo como valor constitucional independente.

Essa construção hermenêutica tem efeitos práticos de grande alcance, pois permite extrair respostas diferenciadas do ordenamento diante de hipóteses estruturais ou circunstanciais da vulnerabilidade. O exame detido desses episódios permite à autora revelar a tensão entre a proteção do consumidor e a necessidade de assegurar a sustentabilidade de setores estratégicos da economia, destacando que por vezes, é preciso equacionar valores concorrentes.

A leitura deste livro é, portanto, altamente recomendável não apenas a acadêmicos e pesquisadores, mas também a magistrados, advogados e demais operadores do Direito, que encontrarão nas páginas que seguem um referencial seguro para a compreensão e aplicação da vulnerabilidade em sua dimensão principiológica.

Marcos Ehrhardt Júnior

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Estágio pós-doutoral em Novas Tecnologias e Direito, promovido pelo Mediterranean International Centre for Human Rights Research (MICHRR) da Universidade Reggio Calabria (Itália). Professor de Direito Civil dos cursos de mestrado e graduação da Universidade Federal de Alagoas (UFAL) e do Centro Universitário CESMAC. Editor da Revista Fórum de Direito Civil (RFDC). Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL). Presidente da Comissão de Enunciados e Vicepresidente da Comissão de Família e Tecnologia do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBDCont.

*Tese de doutoramento apresentada,
em 2025, ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da
Universidade Federal de Pernambuco,
como requisito parcial para obtenção
do título de doutora em direito. Área
de concentração: Transformações do
Direito Privado.*

*Aos amores da minha vida,
Fábio, Arthur e Alice.*

AGRADECIMENTOS

A realização desta tese é fruto de um longo percurso acadêmico e pessoal, repleto de desafios, aprendizados e conquistas, que não teriam sido possíveis sem o apoio e incentivo de pessoas fundamentais. Não poderia deixar de registrar minha profunda gratidão a Deus e a todos que, de alguma forma, contribuíram para a construção desta tese — com saber, afeto e generosidade.

À minha família, razão de tudo. Ao meu esposo, Fábio Nery, por ser meu apoio diário, por compreender minhas ausências e por nunca deixar de acreditar no meu potencial, mesmo nos momentos mais difíceis. Agradeço especialmente por ter assumido, com dedicação e amor, a rotina com as crianças durante os períodos mais exigentes deste doutorado. Ao meu filho Arthur, por sua paciência nas brincadeiras adiadas e pelo incentivo curioso no número de páginas escritas a cada dia — você me trouxe leveza nas mais árduas tarefas. À minha filha Alice, que me acompanhou desde a primeira semana do doutorado, ainda na barriga, e durante seus três primeiros anos de vida. Entre mamadas, colo, febres, risos, ela cresceu junto com esta tese. Enquanto eu escrevia, ela “trabalhava” ao meu lado em seu computador de brinquedo rosa — espelhando, em seu brincar, a grandeza silenciosa de uma infância que conviveu com a construção de um sonho acadêmico.

Ao professor Sílvio Romero Beltrão, meu orientador nesta tese, agradeço com sinceridade pela liberdade, pela confiança e pelas valiosas contribuições.

Ao professor Paulo Luiz Netto Lôbo, mestre do coração e farol da minha vida acadêmica, registro minha profunda gratidão. Líder do grupo de pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas - CONREP, ao qual tenho orgulho de pertencer, foi com ele que aprendi a pensar juridicamente com método, técnica e sensibilidade. Sua maestria, aliada à humildade que lhe é própria, foi e continuará sendo eterna inspiração para minha trajetória intelectual e pessoal.

À minha família acadêmica, os membros CONREP, que iluminaram minha trajetória com suas presenças, trocas e afetos. Deixo meu carinho e gratidão, em especial a Marcos Ehrhardt, Everilda Brandão, Luciana Brasileiro, Rodrigo Toscano, Gustavo Andrade, Elaine Buarque, Catarina

Oliveira, Maria Rita, Paula Albuquerque, José Barros (*in memoriam*), Pablo Malheiros, Carol Brochado e Simone Tassinari, por cada conversa, debate e partilha em que encontrei abrigo e inspiração.

Aos professores da Faculdade de Direito do Recife — Fabíola Albuquerque Lôbo, Larissa Leal, Roberto Paulino e Torquato de Castro Júnior — e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho – pelo aprendizado diário, pela generosidade na docência e pelo compromisso com a formação acadêmica que me engrandeceram como estudante e como pessoa.

Aos professores e professoras que encontrei ao longo da jornada agradeço o generoso compartilhamento de seus textos e pelas contribuições que fortaleceram esta pesquisa. Em especial, agradeço aos professores e professoras Ana Frazão, Luciana e Marília Xavier, Marcelo Marques, Bruno Casagrande, Fernanda Tartuce, Lucas Buril, Raif Daher, João Paulo Allain, André Arnt, Augusta Prutchansky, Felipe Wener e Vitor Almeida.

A Ariana e Karol pelo suporte emocional necessário as quais me mantiveram firme e serena na realização deste trabalho.

Ao professor Rodrigo Bezerra pelo conhecimento singular da Língua Portuguesa e pelos ensinamentos grandiosos na realização de um texto claro e coeso. A Maria Lia pela presteza e disponibilidade em me orientar sobre as normas da ABNT.

Aos amigos do Tribunal de Justiça de Pernambuco pela confiança, carinho e compreensão. Encontrei em cada lugar por onde passei acolhimento, incentivo e respeito pelo tempo dedicado à vida acadêmica. Minha gratidão ao Des. Evandro Magalhães, Lourdinha, Gerlany, Anne, Ângela, Bete, Ana Karla, Aline, do Centro de Estudos Judiciários, e Joseane e Tatiane, da Escola da Magistratura, e Jaime Zacarias. Levo comigo a certeza de que o afeto e a solidariedade também habitam os espaços institucionais.

Ao meu chefe, o Desembargador Élio Braz, por reconhecer os valores que só o ambiente acadêmico pode nos proporcionar, permitindo-me conciliar, com responsabilidade, o trabalho e a pesquisa. Ao *dream team* que ele formou — em especial, Elaine, Carmem Sophia, Ricardo, Dimitri, Nara e Cassandra — minha profunda gratidão por assumirem com dedicação e excelência as responsabilidades compartilhadas durante minha

ausência, garantindo a continuidade do trabalho com profissionalismo e generosidade.

Aos amigos e amigas da vida — Muxita e Marcella, Marisandra e Eduardo, Rossana e Fred, Paulinha — e da dança, por trazerem leveza aos meus dias e me lembrarem que o afeto, o riso e a dança também sustentam as grandes jornadas. Obrigada por estarem ao meu lado, mesmo nos momentos em que tudo parecia girar em torno das palavras escritas.

DIVERSIDADE

Seja menos preconceito,
seja mais amor no peito,
Seja AMOR, seja muito AMOR,
E se mesmo assim for difícil ser,
não precisa ser perfeito,
Se não der para ser amor,
seja pelo menos respeito.
Há quem nasceu para julgar
e quem nasceu para AMAR,
E é tão simples entender
de que lado a gente está.
E o lado certo é AMAR.
AMAR para respeitar,
AMAR para tolerar,
AMAR para compreender
que ninguém tem o dever de ser igual a
você.
O amor é a própria cura,
remédio para qualquer mal,
Cura o amado e quem ama,
o diferente e o igual.
Talvez seja essa verdade,
que é pela anormalidade
que todo amor é normal.
Não é estranho ser negro,
estranho é ser racista.
Não é estranho ser pobre,
estranho é ser elitista.
O índio não é estranho,
estranho é o desmatamento.
Estranho é ser rico em grana

e pobre de sentimento.
Não é estranho ser gay,
estranho é ser homofóbico.
Nem o meu sotaque é estranho,
estranho é ser xenofóbico.
Meu corpo não é estranho,
estranho é a escravidão
que aprisiona seus olhos
nas grades de um padrão.
Minha fé não é estranha,
estranha é a acusação
que acusa inclusive quem não tem
religião.
O mundo sim é estranho,
com tanta diversidade
ainda não aprendeu a viver em
igualdade.
Entender que estamos percorrendo a
mesma estrada,
pretos, brancos, coloridos em uma só
caminhada.
Não carece de visão por raça, religião,
nem por sotaque
“OXENTE”,
seja homem ou mulher,
você só é o que é
por também ser diferente.
Por isso a minha poesia
que sai aqui do meu peito, diz aqui.
Que a diferença não é nenhum defeito,
eu reforço esse clamor...
SE NÃO DER PARA SER AMOR,
QUE SEJA AO MENOS RESPEITO

Bráulio Bessa, Poesia com rapadura.

RESUMO

A Constituição Federal, ao consagrar os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade, reposiciona a pessoa para o centro das relações de direito privado, superando o paradigma patrimonialista. Este estudo propõe a sistematização da teoria da vulnerabilidade, com a ressignificação do seu conceito e a estruturação de suas espécies e classificações, desde sua condição ontológica universal até sua concretização normativa. A crítica à teoria do finalismo mitigado decorre da ausência de critérios objetivos e da contradição nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, especialmente quanto à figura do consumidor intermediário. Com fundamento na principiologia do Estado Social, defende-se, como alternativa, a afirmação de um princípio constitucional implícito e autônomo da tutela da vulnerabilidade, distinto da igualdade material. Esse princípio é capaz de operar como vetor normativo de equilíbrio nas relações jurídicas privadas, inclusive em situações de colisão entre vulneráveis, sem depender da categorização estanque promovida pelos microsistemas. O trabalho ancora-se na doutrina do direito civil constitucional e propõe soluções principiológicas que viabilizem a aplicação uniforme e efetiva da tutela da vulnerabilidade.

Palavras-chaves: tutela da vulnerabilidade; princípio implícito; autonomia; consumidor intermediário;

SUMMARY

The Federal Constitution, by enshrining the principles of human dignity, solidarity, and equality, shifts the axis of private law from a patrimonial perspective to the centrality of the human person, promoting a repersonalization of Civil Law. This study aims to systematize the theory of legal vulnerability, redefining its concept and classifying its species, from its universal ontological condition to its normative consolidation. The critique of the mitigated finalism theory arises from the absence of objective criteria and the inconsistency in decisions issued by the Superior Court of Justice, especially regarding the classification of the intermediate consumer. Grounded in the principles of the Social State, the study defends, as an alternative, the affirmation of an implicit and autonomous constitutional principle of vulnerability protection, distinct from the traditional material equality. This principle functions as a normative vector to balance private legal relationships, including situations of conflict among vulnerable parties, without relying solely on the categorical divisions established by sectoral legislation. Anchored in the constitutional civil law doctrine, the study offers principled solutions that enable the uniform and effective application of the vulnerability protection standard.

Keywords : protection of vulnerability ; Implicit principle ; autonomy ; intermediate consumer.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	29
2	OS SENTIDOS GERAIS DA VULNERABILIDADE	35
2.1	O ESTADO DA ARTE DA VULNERABILIDADE	36
2.1.1	A vulnerabilidade fática	36
2.1.2	O reconhecimento jurídico da vulnerabilidade	50
2.2	OS CENÁRIOS DA VULNERABILIDADE.....	59
2.2.1	A vulnerabilidade para além do Direito	59
2.2.2	A vulnerabilidade jurídica	66
2.3	A CLASSIFICAÇÃO DA TUTELA DA VULNERABILIDADE JURÍDICA.....	84
2.3.1	Vulnerabilidade existencial	87
2.3.2	Vulnerabilidade patrimonial	96
2.3.3	Vulnerabilidade Digital.....	101
3	A POSIÇÃO OCUPADA PELA TUTELA DA VULNERABILIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	111
3.1	A TUTELA DA VULNERABILIDADE E A PRINCIOLOGIA DO ESTADO SOCIAL	111
3.2	BASES DOGMÁTICAS DA TUTELA DA VULNERABILIDADE: ENTRE O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	128
3.2.1	A doutrina do direito civil constitucional	128
3.2.2	As doutrinas da análise econômica do direito	138
3.3	A JUDICIALIZAÇÃO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA: A EXPANSÃO DA TUTELA DO DIREITO DO CONSUMIDOR E A CRISE EMPRESARIAL DA SAÚDE SUPLEMENTAR	152
4	O RECONHECIMENTO JURISDICIONAL DA TUTELA DA VULNERABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: ENTRE O CASUÍSMO E A SISTEMATIZAÇÃO	171

4.1	O MOVIMENTO LEGISLATIVO REATIVO À EXPANSÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	171
4.2	O CONSUMIDOR INTERMEDIÁRIO E A MITIGAÇÃO DA TEORIA FINALISTA.....	184
5	TUTELA DA VULNERABILIDADE COMO PRINCÍPIO AUTÔNOMO: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E AFIRMAÇÃO NORMATIVA	210
5.1	A NATUREZA PRINCIPIOLÓGICA DA TUTELA DA VULNERABILIDADE	210
5.2	A AFIRMAÇÃO AUTÔNOMA DA TUTELA DA VULNERABILIDADE: PARA ALÉM DA IGUALDADE MATERIAL	223
5.3	UMA SOLUÇÃO PRINCIPIOLÓGICA PARA O CONFLITO ENTRE VULNERÁVEIS	239
	CONCLUSÃO.....	244
	REFERÊNCIAS	255

1 INTRODUÇÃO

O advento do Estado Social, a recentralização da pessoa como sujeito da ordem jurídica privada e o contexto histórico vivenciado pelo país e pelo mundo geraram a necessidade de imputar às categorias de vulneráveis a presunção legal de sujeito mais frágil da relação, fazendo nascer diversos microsistemas para reger essas categorias. Naquele momento, evidenciou-se uma natureza subjetivista da vulnerabilidade, pois consumidores, trabalhadores, mulheres, crianças, adolescentes, idosos, negros, homossexuais clamavam pelo reconhecimento do direito das minorias, tanto em virtude da vulnerabilidade existencial, como também em decorrência da vulnerabilidade patrimonial.

Mais de 30 anos após a promulgação da Carta Constitucional de 1988 e de outras codificações que àquela sucederam, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto do Idoso e, mais recentemente, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, constata-se a necessidade de revisitar criticamente as tutelas oferecidas às categorias de vulneráveis. Isso porque o termo “vulnerabilidade” é utilizado por características subjetivas inerentes a cada categoria de sujeito, resultando em uma conceituação estanque e, por consequência, de aplicação pulverizada, deslocada da evolução normativa e social.

Ainda se convive com a divergência de critérios uniformes para reconhecimento da vulnerabilidade jurídica, ora vista como princípio autônomo, ora como característica própria do sujeito, ora como condição socioeconômica de uma classe social. A polissemia acerca da compreensão de vulnerabilidade, agravada por abordagens casuísticas, reforça a necessidade de sistematização do seu conteúdo. A comparação da concepção de outros ramos da ciência com o Direito demonstra que a vulnerabilidade, na ciência jurídica, precisa desenvolver suas próprias concepções de forma estruturada e uniforme.

A doutrina está longe de chegar a um consenso sobre a plurivocidade de sentidos dados ao termo vulnerabilidade, pois não se tem uma

concordância quanto à existência (ou não) de um princípio da tutela da vulnerabilidade jurídica ou se esta condição se resumiria apenas a uma peculiaridade de alguns desses sujeitos cuja tutela é extraída da aplicação do princípio da igualdade material.

Exemplo disso é o homem branco que pode vir a ser considerado vulnerável em contextos como a proteção de dados pessoais no ambiente digital, diante da possibilidade de devassamento de informações sensíveis. Da mesma forma, no âmbito do mercado de consumo, práticas abusivas ou publicidades discriminatórias podem afetar sua integridade existencial. No contexto pandêmico, esse homem branco, quando dotado de comorbidades, foi alocado na categoria dos grupos de risco para passar à frente na fila de vacinação em relação a outras categorias igualmente vulneráveis. Ora, se até mesmo o homem branco alcança padrões de vulnerabilidade, com mais razão outras categorias podem vir a atingir o estado de impotência.

Percebe-se, a partir dessas constatações, que a vulnerabilidade pode assumir um caráter situacional hábil a afetar qualquer sujeito de direito, a depender das circunstâncias vivenciadas por ele. Portanto, evidencia-se a necessidade de um olhar contextual e fluido para identificar situações de vulnerabilidade no caso concreto, sem limitar o conceito e a aplicação apenas a categorias específicas tuteladas em microssistemas.

Isso porque, se todos – em certa medida – podem ser considerados vulneráveis, o reconhecimento legal dessa impotência substancial, sob o ponto de vista subjetivo, perde a razão de ser, esvaziando a essência garantista, objeto de tantas conquistas sociais. Ademais, estar mais vulnerável em uma determinada hipótese não quer dizer que, necessariamente, o sujeito de direito será sempre o mais vulnerável em todas as demais situações. A admissão da amplitude do alcance da vulnerabilidade aos sujeitos de direito finda por aflorar um vazio protecionista às categorias de vulneráveis.

Tornou-se necessário um estudo aprofundado da vulnerabilidade jurídica relacional, ou seja, em relação ao outro ou à coletividade, extraída das interações interpessoais de uma vida de relação, isto é, na vivência em sociedade, quando se enxerga a ausência de poder do sujeito para garantir a defesa dos próprios interesses em relação aos demais.

Diante do exposto, convém indagar: a tutela da vulnerabilidade pode ser considerada um princípio autônomo?

Esta tese de doutoramento tem por objetivo construir uma teoria da tutela da vulnerabilidade, por meio da releitura do conceito de vulnerabilidade, da sua classificação e das suas espécies.

Assim, a partir da análise da base comum inerente a todos os vulneráveis, qual seja, o estado de impotência substancial, pretende-se verificar o estado de vulnerabilidade assumido pelo sujeito de direito, no caso concreto e, por consequência, eleger critérios para uma tutela mais uniforme e eficiente. Para tanto, foi necessário sistematizar a tutela da vulnerabilidade e propor o seu correto enquadramento no sistema.

A partir dessa sistematização, o trabalho busca revelar o princípio constitucional implícito e autônomo da tutela da vulnerabilidade e, diante da colisão de interesses entre diferentes categorias de vulneráveis, desenvolver soluções principiológicas, por meio de um critério interpretativo hábil a garantir a prevalência da dignidade humana e da justiça social.

Percebeu-se a necessidade de elaborar os contornos desse princípio, analisando sua incidência em diferentes esferas da vulnerabilidade, com ênfase na vulnerabilidade patrimonial do direito do consumidor. O recorte tem fundamento na relevância prática e teórica de compreender como o princípio geral da tutela da vulnerabilidade pode ser aplicado de maneira efetiva, sem recorrer ao controvertido conceito de “consumidor intermediário”, oriundo da teoria do finalismo aprofundado (ou mitigado). Essa teoria decorreu de uma construção jurisprudencial, corroborada pela doutrina do direito do consumidor, que buscou preservar a relação dos empresários nas relações de insumo, quando evidenciada a vulnerabilidade destes.

O foco está na análise de como a tutela da vulnerabilidade pode ser utilizada de forma a otimizar a sua aplicação e evitar o seu esvaziamento, provocado pelas divergências doutrinárias e jurisprudenciais de critérios para sua aplicação. Assim, busca-se garantir uma proteção fluida, uniforme e eficaz para todos os sujeitos vulneráveis, conformando e informando os microsistemas já existentes.

Pensar na autonomia de um princípio da tutela da vulnerabilidade jurídica, como se pretende no presente trabalho, permite a proteção de

qualquer categoria de vulneráveis, deixando a categorização da massa e a respectiva tutela para a fluidez interpretativa do princípio. Isso porque, na análise do caso concreto, a natureza abstrata dos princípios permite ao intérprete conceder o protagonismo necessário a quem dele precisa, tornando dispensável a divisão em categorias e subcategorias de vulneráveis.

Diante da carga principiológica da tutela da vulnerabilidade, o tema parte da teoria geral do direito para alcançar sua aplicabilidade prática no direito privado. No entanto, o recorte metodológico aqui proposto, não é trazer um vasto debate contido nas diversas correntes de pensamento da Teoria do Direito acerca da natureza jurídica dos princípios, por transbordar os limites propostos nesta tese de doutoramento. Apesar disso, faz-se necessário estabelecer algumas premissas que serviram como lastro argumentativo do presente trabalho.

Adota-se como base metodológica a doutrina do direito civil constitucional, nos termos fundamentados no item 3.2.1., devendo-se ter como premissas: i) as normas constitucionais estão posicionadas no topo da pirâmide normativa, em harmonia com a concepção unitária e hierarquicamente centralizada do ordenamento; ii) é reconhecida a máxima efetividade ao texto constitucional, devendo ser extraído dele o maior número possível de normas; iii) as normas constitucionais possuem aplicação direta nas relações privadas, isto é, produzem seus efeitos imediatamente, abandonando-se a natureza de normas programáticas de outrora; iv) a legislação deve ser interpretadas em conformidade com a Constituição Federal; v) os princípios são dotados de força normativa.

O marco teórico da tese tem por diretriz a teoria do direito civil-constitucional, tomando como pilar a doutrina do Professor Paulo Luiz Netto Lôbo, e, no direito do consumidor, a doutrina do professor Bruno Miragem.

A justificativa decorre, portanto, da necessidade de uma melhor estruturação a respeito da tutela da vulnerabilidade que, apesar da robusta principiológica iniciada pela Constituição Federal de 1988 e concretizada pela legislação subsequente, contém uma variação de acepções e de subdivisões a seu respeito. Espera-se que a delimitação proposta contribua para uma maior compreensão e aplicação do princípio geral da tutela da vulnerabilidade, reafirmando sua centralidade como ferramenta de equilíbrio nas relações jurídicas contemporâneas.

A pesquisa está estruturada em cinco capítulos.

Considerando que esta introdução é enumerada como sendo o primeiro capítulo, o segundo capítulo aborda os sentidos gerais dados à vulnerabilidade e apresenta o seu estado da arte, partindo do reconhecimento da vulnerabilidade fática para identificar em quais momentos o seu enfrentamento foi ventilado, sem a pretensão de fazer uma evolução histórica ou filosófica acerca do tema. Com isso, pretende-se visualizar os indícios de reconhecimento jurídico da vulnerabilidade. Em um segundo momento, é traçado o cenário da vulnerabilidade por meio da análise do conceito trazido pela Bioética e pela saúde pública para enxergar o conceito utilizado pela ciência jurídica.

O terceiro capítulo traz o caminho trilhado pelo sistema jurídico brasileiro em prol da tutela dos vulneráveis, conectando a vulnerabilidade com a principiologia que rege o Estado Social. O capítulo se dedica a traçar um mapa jurídico da vulnerabilidade, diante de doutrinas divergentes, quais sejam, a doutrina do direito civil constitucional e a doutrina da análise econômica do direito, e a estabelecer a base teórica, conceitual e normativa do tema, identificando as classificações e espécies de vulnerabilidade no contexto jurídico.

Embora se reconheça a existência de múltiplas facetas de vulnerabilidade — incluindo as de origem patrimonial e existencial — o foco deste trabalho será direcionado, no quarto capítulo, para a vulnerabilidade patrimonial.

Sob essa perspectiva, o quarto capítulo, tem início com a abordagem das consequências legislativas decorrentes da ausência de critérios para utilização da tutela da vulnerabilidade. Esse movimento legislativo, iniciado em 2018, provocou a promulgação de leis tendentes a proteger determinados segmentos econômicos, preterindo os interesses de categorias de vulneráveis já sedimentadas e tuteladas pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Em seguida, demonstra-se o equívoco da Teoria Finalista mitigada que, por meio da utilização extensiva e analógica do Código de Defesa do Consumidor, provocou contradição na compreensão e na aplicação da tutela da vulnerabilidade nos julgamentos elaborados pelo STJ. Para demonstrar essa divergência, optou-se por selecionar quatro julgamentos prolatados pelo STJ defendendo a mitigação da Teoria Finalista e outros

quatro aplicando a Teoria Finalista Pura, a partir do destaque dado pela doutrina de Bruno Miragem.

O quinto capítulo tem início na identificação da natureza principiológica da tutela da vulnerabilidade, evidenciando como este princípio pode atuar como um vetor normativo autônomo, capaz de influenciar a interpretação e aplicação do direito em diferentes contextos. Propõe-se a adequação de sua nomenclatura, para, em seguida, apresentar a autonomia do princípio da tutela da vulnerabilidade jurídica.

Em seguida, aborda-se a autonomia do princípio da tutela da vulnerabilidade em relação ao princípio da igualdade material. Nesse ponto, faz-se a análise da relação entre as ações afirmativas e a tutela da vulnerabilidade existencial, destacando casos emblemáticos e legislações que objetivam corrigir disparidades históricas e sociais. No campo patrimonial, a equivalência material é analisada sob o prisma da proteção de bens jurídicos em situações de desequilíbrio econômico, buscando demonstrar como o princípio da tutela da vulnerabilidade pode contribuir para a mitigação dessas desigualdades.

Por fim, o capítulo apresenta uma proposta de solução principiológica diante da colisão de interesses entre diferentes categorias de vulneráveis, por meio de um critério interpretativo hábil a garantir a prevalência da dignidade humana e da justiça social. Espera-se que a delimitação proposta contribua para uma maior compreensão e aplicação do princípio geral da tutela da vulnerabilidade, reafirmando sua centralidade como ferramenta de equilíbrio nas relações jurídicas contemporâneas e trazendo soluções para o conflito entre vulneráveis.

2 OS SENTIDOS GERAIS DA VULNERABILIDADE

Sumário: 2. Os sentidos gerais da vulnerabilidade. 2.1. O estado da arte da vulnerabilidade. 2.1.1 A vulnerabilidade fática. 2.1.2. O reconhecimento jurídico da vulnerabilidade. 2.2. Os cenários da vulnerabilidade. 2.2.1. A vulnerabilidade para além do Direito. 2.2.2. A vulnerabilidade jurídica. 2.3 A classificação jurídica da tutela da vulnerabilidade: origem e bem jurídico tutelado. 2.3.1 Vulnerabilidade existencial. 2.3.2 Vulnerabilidade patrimonial. 2.3.3 Vulnerabilidade Mista.

É assente na doutrina¹ que o termo vulnerabilidade é polissêmico e, a depender do ramo da ciência em que está posicionado, pode revelar sentidos variados. A expressão “sentidos da vulnerabilidade” foi cunhada por Maria do Céu Patrão Neves que, ao analisar a vulnerabilidade sob as lentes da Bioética², destaca essa multiplicidade de interpretações.

Diante dessa pluralidade de acepções e conceitos, optou-se por nominar este capítulo de “os sentidos gerais da vulnerabilidade”, com o objetivo de, em um primeiro momento, fazer uma análise acerca do tratamento jurídico dado à vulnerabilidade fática, para avaliar como o Direito, no curso da construção normativa do tema, conferiu proteção jurídica às categorias de vulneráveis. Decidiu-se pela apresentação do percurso trilhado desde a sua concepção, quando muitas das categorias de vulneráveis eram tratadas como coisas, passando por uma noção de fenômeno humano sem qualquer tutela jurídica até chegar ao século XXI e alcançar um nível de valor hábil a ser positivado como norma jurídica. Não há, portanto, qualquer pretensão de realizar uma profunda evolução histórica sobre a matéria, por não ser objeto do presente trabalho.

Em um segundo momento, almeja-se apresentar os conceitos de vulnerabilidade na Bioética, na Saúde Pública para, assim, demonstrar de onde e como o Direito extraiu a conceituação desse tema, apresentando as espécies de vulnerabilidade jurídica apontadas pela doutrina. Ao final do

¹ Por todos: BARBOZA, Heloísa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In Pereira, T. S., Oliveira, G. (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 106-118.

² PATRÃO NEVES, Maria do Céu. Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição, princípio. **Rev. Brasileira de Bioética**, vl. II, jan. 2007, pp. 157-172.

capítulo, é apresentada a classificação jurídica da tutela da vulnerabilidade adotada neste trabalho.

2.1 O ESTADO DA ARTE DA VULNERABILIDADE

2.1.1 A vulnerabilidade fática

Tradicionalmente, a noção de vulnerabilidade esteve ligada ao amparo dos miseráveis, realizado pela Igreja durante a difusão do Cristianismo. Antes disso, porém, já havia alguns registros de identificação de categorias de vulneráveis tais como: as mulheres, as crianças e os escravos. Apesar dessa percepção, não se pode dizer que havia um reconhecimento normativo para a proteção de todos esses grupos sociais, pois, durante muito tempo, tanto as mulheres como os escravos eram considerados bens de titularidade de seus senhores. Já as crianças, quando portadoras de deficiência, eram abandonadas em vasos de barro ou atiradas das montanhas³.

A noção de proteção a determinados segmentos sociais, embora de modo rudimentar, pragmaticamente, mitigava o quadro institucionalizado de desigualdades em várias civilizações, cuja base de sua estrutura era a exploração. Assim, em algumas sociedades, havia uma espécie de código moral que oferecia, em determinada medida, uma proteção a doentes, órfãos, viúvas e idosos, mas não havia um reconhecimento jurídico de proteção.

Na antiguidade, a proteção aos vulneráveis se referia às relações pessoais e familiares, uma vez que as estruturas sociais e políticas eram sedimentadas a partir da subserviência de determinados grupos sociais. Na Grécia Antiga, por exemplo, a vulnerabilidade era frequentemente vista como uma característica feminina, associada à fragilidade e à necessidade de proteção⁴. No século VI a.C., o legislador ateniense Solón institucionalizou a distinção entre as cidadãs e as prostitutas, além de proibir todas as formas de venda de crianças e de si próprios para fins de escravização.

³ PLUTARCO. *Vidas Paralelas*. I. Teseo – Rómulo, Licurgo – Numa. Tradução Aurélio Pérez Jiménez. Madrid: Gredos, 1985. pp. 308-309.

⁴ POMEROY, S. B. (1975). *Goddesses, Whores, Wives, and Slaves: Women in Classical Antiquity*. Pimlico, 1994, p. 50-58.

Excepcionalmente, o pai era autorizado a vender a filha solteira caso ela houvesse perdido sua virgindade⁵. É possível identificar, ainda, um movimento favorável aos vulneráveis em relação à redução dos juros aos menos favorecidos⁶. Na estrutura organizacional da sociedade grega, contudo, em virtude do seu sistema essencialmente escravista, tido como sustentáculo do seu modo de produção, não era possível enxergar qualquer vestígio normativo protecionista à categoria dos escravos⁷.

Já na sociedade Romana, os decênviros, ao regressarem da Grécia, onde teriam buscado compreender as leis de Solón, elaboraram as dez primeiras leis que, posteriormente, formaram as leis das XII Tábuas. Essa legislação permitiu a introdução de um ideário de compartilhamento do saber, anteriormente reservado apenas aos sacerdotes. Naquele contexto histórico, Menezes Cordeiro reconhece que a base dos ordenamentos ocidentais foi lastreada pela proteção aos mais frágeis, apontando como exemplo a Tábua III, responsável por tutelar “o devedor infeliz”. Isso porque essa lei estabeleceu meios de evitar a morte do devedor obrigacional ao autorizar o *se nexum dare* (entrega voluntária do devedor como escravo)⁸. Por óbvio, a escravidão está longe de ser um gesto protetivo para os dias atuais, porém, para aquele momento da história, a preservação da vida (e a proibição de esquartejamento), ainda que aprisionada, implicavam um indício de proteção.

Em Roma, três normas podem ser identificadas como indiciárias de proteção aos vulneráveis: i) a *Lex Poetelia Papiria de nexis* responsável por proibir a prisão, a escravidão ou a morte dos devedores civis, ii) o *Senattus Consultum Velleianum* que protegeu as mulheres da execução de dívidas de mútuos e fianças por elas herdadas e iii) a *Senattus Consultum Macedoniano* que vedou a concessão de mútuos a filhos-famílias, isto é, proibiu a contratação de empréstimos por menores de idade⁹.

⁵ POMEROY, S. B. (1975). *Goddesses, Whores, Wives, and Slaves: Women in Classical Antiquity*. Pimlico, 1994, p. 49.

⁶ CORDEIRO, António Menezes. Vulnerabilidades e Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 62, n. 1, 2021, p. 33.

⁷ FINLEY, Moses I. *Economia sociedade na Grécia Antiga*. Tradução de Marylene Pinto, 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2013, p.109-129.

⁸ CORDEIRO, António Menezes. Vulnerabilidades e Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 62, n. 1, 2021, p. 27.

⁹ *Ibidem*, p. 27.

Importa destacar, também, o "*patronato*" da sociedade romana, consistente na relação entre um patrono – visto como um indivíduo de destaque e prestígio na sociedade – e um cliente – tido como a parte mais fraca e carente de proteção. Nesse contexto, o poder do patrono carecia da dependência socioeconômica dos seus clientes para se retroalimentar. O patronato romano era uma forma de organização social que permitia que o poder e o *status* fossem distribuídos verticalmente entre as elites e a plebe. O sistema criou uma rede de dependência mútua que uniu patrões e clientes em uma teia de obrigações e deveres recíprocos¹⁰, sem qualquer abordagem protecionista significativa em relação aos mais frágeis.

Em 312 d.C., a conversão de Constantino ao catolicismo, trouxe a propagação do cristianismo e, em razão disso, apontava-se a benevolência cristã como fator de proteção aos vulneráveis. Assim, a ideia de subsidiariedade das garantias decorreu da influência cristã como, por exemplo, o *beneficium excussionis*, isto é, a possibilidade de executar os bens livres e desembaraçados do devedor antes de se adentrar no patrimônio do fiador¹¹. Imbuído também da influência cristã, Justiniano baixou o limite dos juros para 6% ao ano, para a população em geral, e, para os senadores, 4%.

Na Idade Média, a desigualdade social e a dependência econômica eram latentes, em razão da imposição da ruralização e suas inerentes dificuldades. Logo, a sociedade passava por um desafio primário de se manter enquanto estrutura social minimamente organizada, pois as bases de outrora haviam sido aniquiladas pelas invasões de diversos povos que orbitavam em torno da sociedade romana e eram por esta dominados. Diante desse contexto, a condição dos grupos vulneráveis, na Europa, era socialmente contrastante¹². A proteção aos vulneráveis, no sistema feudal,

¹⁰ FAVERSANI, Fábio. **Estado e sociedade no alto Império Romano: um estudo das obras de Sêneca**. Coleção Impérios Romanos. Ouro Preto: Série Estudos, 2012, p.54-56.

¹¹ CORDEIRO, António Menezes. Vulnerabilidades e Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. 62, n. 1, 2021, p. 30.

¹² “Abaixo do nobre e do clérigo, a literatura de inspiração cavaleiresca simulava não distinguir senão um povo uniforme de camponeses ou de vilãos. Na realidade, esta multidão imensa era atravessada por um grande número de linhas de clivagem social, profundamente marcadas. Isto era autêntico acerca dos próprios camponeses, no sentido exato e restrito da palavra. Não só, nas suas fileiras, os vários graus de sujeição para com o senhor traçavam oscilantes fronteiras jurídicas, pouco a pouco conduzidas à antítese entre a servidão e a liberdade; lado a lado com estas diferenças de estatuto e sem se confundir com elas, graves desigualdades económicas

portanto, era uma questão que perpassava pela responsabilidade pessoal do senhorio, consubstanciada na relação existente entre senhores e vassalos. Os primeiros eram vistos como responsáveis pela proteção e assistência dos camponeses que viviam em suas terras. Os segundos, por sua vez, deviam prestar serviços e pagar tributos aos seus senhores.

Durante essa época, não havia o sistema de tripartição de poderes utilizado atualmente, pois os núcleos de poder eram divididos entre a Igreja e o Estado. As autoridades religiosas desempenharam um papel importante na governança do território ao ditar, frequentemente, o “dever ser” da sociedade. Assim, as decisões políticas sofriam forte influência da Igreja Católica, controladora de grande parte das terras e riquezas da época e responsável por alocar a proteção dos grupos de vulneráveis para uma perspectiva de caridade, em contraponto a uma visão de garantia de amparo social¹³.

Assim, a vulnerabilidade, ausente de qualquer quadro protecionista normativo, era posicionada no campo da caridade cristã, pois mosteiros e conventos ofereciam abrigo e assistência a pobres, doentes e órfãos. Nesse sentido, Thomas Woods:

Os próprios Padres da Igreja, que legaram um enorme corpo literário e erudito à civilização ocidental, encontraram tempo para se dedicarem pessoalmente ao serviço dos seus semelhantes. Santo Agostinho fundou um albergue para peregrinos e escravos em fuga e distribuiu roupas entre os pobres. [...] São João Crisóstomo fundou uma série de hospitais em Constantinopla. São Cipriano e Santo Efrém empenharam-se em promover obras de assistência em tempos de fome e de epidemias. A Igreja primitiva também institucionalizou a atenção às viúvas e aos

dividiam também as pequenas comunidades rurais.” BLOCH, Marc. **A sociedade feudal**, trad. Liz Silva, Lisboa, Edições, v. 70, 1987. p.391

¹³ “A Igreja busca satisfazer seus próprios interesses, sem se preocupar com as razões dos Estados bárbaros assim como não tinha se preocupado com o Império romano. Por doações arrancadas dos reis e dos poderosos, e até dos mais humildes, acumula terras, rendimentos, isenções e, num mundo em que o entesouramento esteriliza cada vez mais a vida econômica, submete a produção à mais grave punção. Seus bispos, que pertencem quase todos à aristocracia dos grandes proprietários, todo-poderosos em suas cidades, em suas circunscrições episcopais, procuram sê-lo também no reino.” LE GOFF, Jacques. **A civilização do ocidente medieval**. Tradução José Rivair de Macedo. Bauru, SP: Edusc, 2005, pp.40-41.

órfãos, bem como aos enfermos, especialmente durante as epidemias, por ocasião das pestes que assolaram Cartago e Alexandria no século III, os cristãos suscitaram respeito e admiração pela coragem com que consolavam os moribundos e enterravam os mortos, enquanto os pagãos abandonavam ao seu terrível destino até os próprios amigos¹⁴.

Outrossim, é possível perceber que a figura das pessoas marginalizadas e o tratamento social dado a elas variavam entre a assistência e a repressão. Isso porque ora a imagem do pobre era vista como um vagabundo errante e, portanto, preguiçoso, ora se encarnava no mendigo miserável, visto como digno de receber esmolas da caridade¹⁵. Assim, os marginalizados faziam aflorar questionamentos como: os marginais não trabalham porque são preguiçosos e sedentários? Ou por que estão à margem da sociedade laboral? Certamente, mendigos e vagabundos pertenciam ao mundo de extrema pobreza e, portanto, eram incapazes de prover um mínimo de subsistência, ficando evidente a dependência e a exclusão.

A exposição desses grupos sociais a fome, violência, doenças e falta de moradia era frequente, culminando em uma situação de vulneração ainda mais grave quando estes grupos marginalizados eram explorados pelos senhores feudais e pela Igreja, tanto pela cobrança de impostos e taxas excessivas quanto pela restrição de acesso à educação e aos direitos civis sem qualquer regramento normativo de preservação dessas categorias.

Por outro lado, a vulnerabilidade dos pobres também pode ser vista, ao longo da história, como um tipo de maldição divina, pois eles eram tidos como mercedores do flagelo e da insalubridade. Afinal, o pecado, a preguiça e a falta de ofício daqueles indivíduos, segundo os dogmas cristãos, levaram-nos a uma vida de infortúnios. Ademais, a categoria dos marginais representava uma ameaça à ordem, razão pela qual o acesso destes a melhores oportunidades era cerceado pelas altas castas.

¹⁴ WOODS JR., Thomas E. (2010). **Como a Igreja Católica Construiu a Civilização Ocidental**. São Paulo, p. 164. Quadrante.

¹⁵ KITTS ANTONY, Mendicité, vagabondage et contrôle social du moyen âge au XIXe siècle : état des recherches, *Revue d'histoire de la protection sociale*, 2008/1 (N° 1), p. 37-56. DOI: 10.3917/rhps.001.0037. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-d-histoire-de-la-protection-sociale-2008-1-page-37.htm>. Acesso em: 03 out 2023.

Durante o período absolutista, o poder se concentrava nas mãos do Rei, tido como o representante de Deus na terra, que detinha as funções de legislar, administrar e julgar. Diante da necessidade premente de manter a pacificação social na Europa, surgiram algumas leis que buscavam proteger as crianças, os pobres, os então denominados "doentes mentais" e os presos. A Rainha Elizabeth foi pioneira ao editar, na Inglaterra, a *Poor Law*, de 1601, que impunha às paróquias o dever de fornecer assistência aos pobres e necessitados¹⁶. No entanto, o dever de cuidado não se destinava aos vadios, mas tão somente aos miseráveis:

A Lei Poor Law de 1601 estabeleceu o princípio da "obrigação do socorro", que exigia que os paroquianos cuidassem dos pobres da sua própria paróquia. No entanto, essa lei também tinha disposições rigorosas e punitivas para aqueles que eram considerados vagabundos ou preguiçosos, levando a muita controvérsia e críticas¹⁷.

O advento do Estado Moderno, aliado ao descaso estrutural com os problemas sociais afetos à grande parcela da população, fez com que a proteção dos vulneráveis passasse a ser reconhecida como uma espécie de política pública. Na França, ao mesmo tempo em que se reconhecia a obrigação do Estado de fornecer trabalho e assistência aos mendigos, instituíam-se o ócio como crime. Nesse contexto, apesar de a redação originária do Código Penal Francês de 25.09.1791 não conter disposição acerca da mendicância, o Estado Francês positivou o crime de vadiagem e seus desdobramentos por meio de decretos imperiais, obrigando os indivíduos a terem um ofício sob pena de multa, de trabalhos forçados (a chamada pena de galé) e de prisão. O decreto de 05.07.1808 foi o responsável por estabelecer a extirpação da mendicância no território

¹⁶ Proclamada pela Rainha Elizabeth, as Leis dos Pobres classificaram três categorias de vulneráveis: o vagabundo, o desempregado involuntário e o indefeso e se destinava a contribuir para o bem geral do reino, dando ao governo local o poder de aumentar impostos e usar os fundos para construir e manter casas de caridade, fornecer sustento para os idosos, deficientes dentre outros, indicando meios necessários para reempregar os desempregados. In HANSAN, J.E. (2011). English poor laws: Historical precedents of tax-supported relief for the poor. **Social Welfare History Project**. Disponível em: <https://socialwelfare.library.vcu.edu/programs/poor-laws/>. Acesso em: 27 mar. 2023.

¹⁷ HINDLE, Steve. *The State and Social Change in Early Modern England, 1550-1640*. Basingstoke: Palgrave, 2000.

francês e reconhecer, como vagabundo, a pessoa sem domicílio, sem profissão e sem recursos para sobreviver. Não obstante a determinação estatal, os marginais não desapareceram da sociedade francesa subitamente na virada do século XVIII, pois não havia uma política de Estado para inserção dessa categoria na sociedade¹⁸.

Assim, no final do século XVIII, a situação dos camponeses europeus foi vista como um grande exemplo de vulnerabilidade social e econômica. O campesinato europeu, sendo o grupo mais numeroso da sociedade, enfrentava, além da exploração feudal, a inflação de preços (hábeis a destruir os pequenos negócios) e as consequências das crises de subsistência e das guerras¹⁹.

Concomitante a esse processo, a Europa passava por um período de descoberta de novos mercados que levaram ao desenvolvimento de colônias ao redor do mundo. Nesse contexto, houve o descobrimento do Brasil, para os Europeus, o que gerou uma nova estrutura de poder e, conseqüentemente, novos vulneráveis, isto é, a população nativa da terra conquistada.

Já no âmbito nacional, desde o descobrimento, o Brasil foi regido pelas legislações da Coroa Portuguesa, notadamente, as Ordenações Manuelinas, de 1521, e as Ordenações Filipinas²⁰, aplicadas no Brasil desde 1603 até 1917, quando entrou em vigor o primeiro Código Civil Brasileiro²¹. Ambas foram responsáveis por regulamentar a administração e a justiça das colônias portuguesas e, assim como os demais ordenamentos vigentes à

¹⁸ KITTS ANTONY, Mendicité, vagabondage et contrôle social du moyen âge au XIXe siècle : état des recherches, *Revue d'histoire de la protection sociale*, 2008/1 (N° 1), p. 37-56. DOI: 10.3917/rhps.001.0037. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-d-histoire-de-la-protection-sociale-2008-1-page-37.htm>. Acesso em: 03 out. 2023.

¹⁹ HOBBSAWM, Eric J. **A Era do Capital: 1848-1875**. Tradução de Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2ª ed. 1979, p.50.

²⁰ Quando Portugal voltou a ser independente da Espanha, porém, ao invés de se elaborarem novas compilações, houve uma confirmação das “Ordenações Filipinas”, em 1643, que como disse, regeriam a vida jurídica de Portugal e do Brasil com o advento ulterior de poucas leis dignas de menção, como a Lei da Boa Razão, por ocasião da reforma modernizadora promovida pelo Marquês de Pombal. CASTRO JÚNIOR, Torquato Castro. O lugar do direito civil: entre troncos, ramos e céus. In: **Direito Civil na contemporaneidade: estudos em homenagem a Sílvio Neves Baptista**. Tomo 2. Orgs. VENTURA, Gustavo; GODOY, Mário; FONSECA, Cleodon; PAULINO, Roberto. Recife: Editora Império, 2024, p. 530

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil - v. 1: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral do Direito Civil. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 68.

época, apesar de identificarem mulheres, escravos e crianças como classes de vulneráveis, os dispositivos de reconhecimento de proteção legal para essas categorias eram escassos.

Com o desenvolvimento do sistema mercantilista, o trabalho escravo tornou-se a mola mestra da engrenagem exploradora da relação entre o reino e as suas colônias. Assim, o tratamento dos escravos, como coisas passíveis de apropriação (e não como pessoas), era oriundo de uma construção de político-religiosa, para justificar a lógica econômica do momento histórico vivido.

Nesse contexto, a natureza jurídica do escravo, durante o período das Ordenações Filipinas, não foi tratada de forma clara. Isso porque ora é possível identificá-lo como sujeito de deveres²², ora ele é visto como bem jurídico²³, objeto de relação negocial²⁴. Quando visto como sujeito de deveres, o Livro V, Título XCIX, das Ordenações Filipinas, previa incumbências e restrições ao escravo, pois eles eram obrigados a serem batizados²⁵, para atender aos preceitos cristãos da época, em detrimento das suas crenças pessoais, e não podiam ser testemunhas, podendo ser

²² Longe de ser pessoa, no contexto vivenciado pelos escravos não era possível reconhecê-los como sujeito de direitos, pois a ele não era reconhecido direito algum.

²³ Nesse sentido: a difícil situação dos escravos africanos, que compunham uma parcela majoritária da população <sic>e que tinham uma situação ambígua no seio da sociedade, parte como coisas, parte como pessoas. Como isso não acontecia da mesma maneira na Europa, fonte de inspiração ideológica para as nações periféricas, muito debate se travou sobre a questão. Certamente, não se pode depositar aí a causa única do atraso, o próprio acaso terá desempenhado um papel relevante em tudo que se deu, mas o interesse da elite rural sempre foi um obstáculo real à modernização do País. CASTRO JÚNIOR, Torquato Castro. O lugar do direito civil: entre troncos, ramos e céus. In: **Direito Civil na contemporaneidade: estudos em homenagem a Sílvio Neves Baptista**. Tomo 2. Orgs. VENTURA, Gustavo; GODOY, Mário; Fonseca, Cleodon e Paulino, Roberto. Recife: Editora Império, 2024, p. 531.

²⁴ "A natureza jurídica do escravo, durante o período das Ordenações Filipinas, não era clara. Em alguns momentos, ele era tratado como sujeito de direito, em outros como objeto de relação negocial. Por um lado, o escravo não era uma pessoa livre e não tinha direitos civis, políticos e sociais como os demais membros da sociedade. Por outro, havia algumas disposições nas Ordenações Filipinas que indicavam certo grau de humanização do escravo, como a obrigação de batizá-lo, a proibição do uso excessivo da violência na sua punição e a permissão para que o escravo denunciasse maus-tratos do seu senhor. No entanto, o fato de o escravo não poder ser testemunha em juízo e poder ser punido com penas de açoite, cárcere e morte indicava a sua condição de coisa, de objeto de propriedade do seu senhor" (Oliveira, Janaína Martins Cordeiro de. O escravo nas Ordenações Filipinas. **Revista de História**, São Paulo, n. 163, p. 91-112, 2010).

²⁵ ALMEIDA, Candido Mendes de. Portugal [Ordenações Filipinas] **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Typhographia do Instituto Philomathico, 1870. Livro V, Título XCIX. p. 1.217.

punidos com penas de açoite, cárcere e morte. Quando visto como bem jurídico, o escravo era categorizado como bem móvel²⁶ e indivisível²⁷, que podia ser objeto de roubo²⁸ e ser devolvido em caso de vício redibitório²⁹.

A falta de clara separação e de identificação dos poderes estatais e religiosos, misturados entre si, resultou em um tratamento ambíguo dos escravos, perpetuando sua condição de vulnerável – enquanto situação de fato – de forma quase irremediável.

Ao longo da história, diversas correntes filosóficas foram utilizadas para justificar a escravidão negra. Desde a Antiguidade, passando pela Idade Média e Renascimento, até o Iluminismo, foram propostas teorias que defendiam a inferioridade moral, intelectual e física dos africanos em relação aos europeus. Essas teorias utilizavam argumentos científicos e religiosos para sustentar que os negros eram naturalmente escravos, que a escravidão era um mal necessário para sua salvação ou que eles eram incapazes de governar a si mesmos. Essas justificativas filosóficas serviram como base para a exploração e opressão de milhões de seres humanos, deixando marcas profundas na história e na sociedade até os dias de hoje³⁰.

Nesse contexto, os fundamentos que buscavam explicar a escravidão enfrentavam uma contradição evidente e inegável, pois visivelmente a cor

²⁶ "E porque os escravos são coisa móvel, e facilmente se transportam de humas partes para outras, é necessario que elles andem sempre com o seu testemunho, para se saberem seus senhores, e nunca se acharem sem elle" Almeida, Candido Mendes de. Portugal [Ordenações Filipinas] **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Typhographia do Instituto Philomathico, 1870. Livro IV, Título I, § 2. pp. 779-770.

²⁷ *Ibidem*. pp. 957-958.

²⁸ "Os escravos, e bestas de jugo, e carga, não se devem lançar no meio dos outros bens, que se herdaram, porque facilmente se podem confundir, e ser occultados, por serem coisa servil, e roubavel; pelo que hão de ser declarados á parte, os quaes hão de ficar em poder dos seus senhores, enquanto elles durarem, e depois dos ditos escravos se acabarem, se fará o respectivo lançamento". *Ibidem*. pp. 957-958.

²⁹ "Os escravos, como as outras cousas, que se compram, e vendem, são sujeitos aos vícios redhibitorios, quando haja algum defeito occulto, que os faça improprios para o uso, que se lhe destinou, ou que lhes diminua muito o valor, por não poderem servir tão bem como devem" *Ibidem*. pp. 798-799.

³⁰ RIBEIRO, Djamila. Filosofia e escravidão negra. **Revista Cult**, n. 227, 2017, p. 36-41.

da pele não era uma justificativa plausível para referendar a tese de coisificação do sujeito escravizado.

Em relação às crianças, no Brasil Colônia, é possível identificar, nas Ordenações Filipinas, alguns dispositivos que podem ser tidos como indícios do reconhecimento da vulnerabilidade de alguns grupos sociais. No Livro I, Título LXXXVIII, por exemplo, o item 22 estabelece regras para a proteção dos órfãos e dos respectivos bens deixados pelos pais falecidos, com o objetivo de evitar a apropriação indevida desses bens por parte de terceiros.³¹

Vê-se, portanto, que havia a identificação de grupos de vulneráveis como um fato social, mas, nem por isso, havia regramento protecionista em favor desses grupos. Isso porque as Ordenações Filipinas refletem as normas e os valores de uma sociedade hierárquica e patriarcal, em que algumas pessoas eram consideradas naturalmente superiores a outras. Portanto, embora a legislação fosse capaz de prever algumas disposições pontuais, contendo indícios de proteção a algumas categorias de vulneráveis, essas deliberações estavam limitadas pela visão de mundo da época.

A Revolução Francesa e a Queda da Bastilha marcam o início do Estado Liberal e a luta da burguesia contra os privilégios feudais. Nessa concepção clássica, as relações privadas tinham como pilar a autonomia da vontade, razão pela qual a lei atuava como centro do individualismo, limitando a atuação estatal e, no âmbito contratual, limitava-se a suplementar a autonomia da vontade apenas para assegurar o cumprimento dos pactos celebrados. As constituições burguesas cumpriam os anseios do Estado Mínimo, sem ingerência do Poder Público na liberdade privada, preservando a igualdade formal e sem levar em consideração as classes de vulneráveis.

O século das luzes também foi marcado pela Revolução Industrial e tecnológica, pela contratação em massa e por jornadas de trabalho infundáveis. Nesse contexto, o “Contrato Social”, de *Rousseau*, proclamava a supremacia da lei e dos pactos como meio de concretizar os ideais de

³¹ Bens dos órfãos. E terá cuidado o Juiz dos Órfãos de saber como os bens delles são aproveitados. E se não o forem, faça os aproveitar logo: e os que danificados forem saiba por cuja culpa. E pelos bens dos que nisso forem culpados os faça aproveitar e tornar a seu stado com os fructos e rendas, que delles poderam haver, se aproveitados foram. ALMEIDA, Candido Mendes de. Portugal [Ordenações Filipinas] **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Typhographia do Instituto Philomathico, 1870. Livro I, Título LXXXVIII. p. 213.

liberdade preconizados pelo Iluminismo, em meados do século XVIII. A esse respeito, o Professor Paulo Lôbo:

Ao juiz estava vedada a consideração da desigualdade real dos poderes contratuais ou o desequilíbrio de direitos e deveres, pois o contrato fazia lei entre as partes, formalmente iguais, pouco importando o abuso ou exploração da parte vulnerável³².

Diante da necessidade de autolimitação do poder e da redistribuição da autoridade estatal, *Montesquieu*, no *Espírito das Leis*, desenvolveu a Teoria da Tripartição dos Poderes que busca distribuir a autoridade por meios legais, de modo a evitar o arbítrio e a violência.

Durante a era das codificações, o Código Civil Francês, de 1804, trouxe a base do modelo do liberalismo europeu, servindo de inspiração, para as codificações subseqüentes, lastreadas na liberdade negocial plena. Assim, o Estado Liberal assegurou ao indivíduo os direitos de primeira geração, cuja essência era o individualismo e o exercício pleno da liberdade, mediante a preservação da igualdade formal, da vida e da propriedade privadas. Nesse sentido, o Professor Paulo Lôbo aponta a ausência de tutela dos vulneráveis por parte do Estado Liberal:

O Estado liberal era tendencialmente não-cogente, pois a função básica do direito era a de suplementar a autonomia privada. A doutrina tradicional pôs como fontes de limitação apenas os bons costumes e a ordem pública, repercutindo o ideário liberal burguês da primazia do individualismo, negando-se o poder de intervenção do Estado legislador, administrativo ou judicial, para realização da justiça social nas atividades econômicas³³.

Durante o liberalismo, a lei atua como centro do individualismo, limitando a atuação estatal. No entanto, a igualdade formal trazida pela lei tornava ainda mais evidente a vulnerabilidade da classe trabalhadora, oprimida pelos espaços de poder. Nesse contexto, Anatole France, em uma crítica ácida acerca da Revolução Francesa, chamou de "majestosa" a

³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante vulnerável e autonomia privada. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa: IDB, ano 1, n. 10, 2012, p. 6200.

³³ *Ibidem*. p. 6194.

igualdade que veda, ao mesmo tempo, ricos e pobres de dormirem embaixo de pontes, de mendigar nas ruas e de roubar pão. Afinal, sustentar o ócio dos ricos era "dever" dos pobres³⁴.

O fim do século XIX marcou o auge do capitalismo e do pleno crescimento industrial do Velho Mundo. Entretanto, essa época também foi caracterizada por péssimas condições de trabalho e de vida para a maioria da população. Na economia, prevalecia o sistema capitalista, cuja essência era o individualismo econômico e jurídico, a propriedade (vista como valor absoluto), a liberdade dos mercados, de contratar e do trabalho que beirava a escravidão. O mercado era regido pela lei da oferta e da procura e tinha como essência a busca desenfreada pelo lucro empresarial, marcado pelo não intervencionismo estatal da política do *Laissez Faire*.

Neste período, a Igreja Católica foi alvo de isolamento, diante da diminuição dos seus territórios e todo o poder secular, em decorrência das laicizações do Estado. Enquanto uma multidão vivia em condições subumanas, um pequeno grupo privilegiado dominava a indústria e o comércio, além de todos os cargos do governo. Nesse contexto, o Papa Leão XIII, preocupado com a condição de vida e trabalho dos operários, diante do crescimento estrondoso da industrialização e do novo sistema de produção, editou a Encíclica *Rerum Novarum*, tratando da situação dos trabalhadores e da justa medida de seus salários. Na oportunidade, o Papa alertou os patrões a respeito do caráter sagrado do sustento dos vulneráveis, demonstrando a proibição cristã do rico de atentar contra o salário do pobre, diante da impossibilidade destes de se defenderem:

Mas, entre os deveres principais do patrão, é necessário colocar em primeiro lugar o de dar a cada um o salário que convém. Certamente, para fixar a justa medida do salário, há numerosos pontos de vista a considerar. De uma maneira geral, recordem-se o rico e o patrão de que explorar a pobreza e a miséria, e especular com a indigência, são coisas igualmente reprovadas pelas leis divinas e humanas; que cometeria um crime de clamar vingança ao céu quem defraudace a qualquer preço os seus labores: "Eis que o salário que tem nos extorquido por fraude aos vossos operários, clama contra a voz; e seu clamor subiu até os ouvidos do Deus dos Exércitos (Tgo 5,

³⁴ FRANCE, Anatole. **Le Lys Rouge**. French edition. Une oeuvre domaine public. 1894. p. 1293-1294.

4). Enfim os ricos devem precaver-se religiosamente de todo o ato violento, toda a fraude, toda a manobra usurária que seja de natureza a atentar contra a economia do pobre, e isto mais ainda, porque este é menos apto para defender-se, e porque os seus haveres, por serem de mínima importância, revestem um caráter mais sagrado. A obediência a estas leis, - perguntamos nós - não bastaria só, de per si, para fazer cessar todo antagonismo e suprir lhes as causas³⁵.

A encíclica *Rerum Novarum* desempenhou um papel significativo na parte XIII do Tratado de Versalhes, responsável por trazer indicativos garantistas e protecionistas da classe trabalhadora e por estender estes direitos a todos os países signatários. Dentre esses direitos, pode-se destacar: i) a fixação de um salário suficiente para proporcionar um nível de vida digna a todos os assalariados, ii) a adoção de um repouso semanal de 24 horas, que, se possível, deve recair aos domingos e iii) a supressão do trabalho infantil³⁶.

O direito brasileiro acompanhou os mesmos ideais trazidos pela Revolução Francesa dando relevância à liberdade, vista como uma forma de o indivíduo ditar suas próprias leis, sem a interferência estatal. A separação entre o direito público e o privado se evidenciou no individualismo do Código Civil Brasileiro de 1916, base da teoria contratual clássica brasileira, firmada na valorização do patrimônio, na igualdade formal e na autonomia privada, vistos como fundamento para a circulação de riquezas sem que houvesse qualquer preocupação com o sujeito.

Diante do mapeamento até aqui apresentado, durante o período que antecede ao Estado Social, é possível eleger a vulnerabilidade como um fenômeno humano. No entanto, apesar de haver uma fácil identificação dos grupos de vulneráveis, os dispositivos legais destinados a protegê-los eram escassos e insuficientes. Isso porque, embora existente, a vulnerabilidade

³⁵ LEÃO XIII. **Rerum Novarum: Carta Encíclica de sua Santidade o Papa LEÃO XIII sobre a condição dos operários**. Tradução: Manuel Alves da Silva, S.J. 18ª. ed. São Paulo: Editora Paulinas. 2010. p. 14.

³⁶ LEITE, Luiz Rabelo. Uma visão da *Rerum Novarum*. In Fontes, José Silvério Leite (coord.). **Igreja e Século: centenário da rerum novarum 1891-1991**. Recife: impressão, 1991, p. 15-22

não era reconhecida como um valor apto a ser integrado às normas jurídicas do período jurídico-legislativo anterior ao Estado Social³⁷.

O Estado até então absenteísta, preocupado com o individualismo e o liberalismo, foi pressionado a mitigar as disparidades sociais decorrentes do liberalismo. Nesse contexto, em 1831, foi aprovada, na Inglaterra, a *Truck Act*, cujo objetivo era assegurar aos trabalhadores a remuneração em pecúnia, em vez de serem compensados por meio de produtos³⁸.

No final do século XIX, a produção em massa e os danos dela decorrentes fez nascer um novo horizonte voltado à proteção do trabalho e do consumo, iniciado, em 1891, com o surgimento da *New York Consumer's League*³⁹, associação de advogados americanos cujo objetivo era trazer melhores condições de trabalho ao proletariado para, assim, atingir um fornecimento de produtos e serviços de qualidade. Defendia-se que, quando os trabalhadores recebiam condições de trabalhos hígidas, a produção era mais satisfatória e livre de vícios. Por outro lado, empresários em desacordo com as conquistas sociais trabalhistas eram alvo de boicote por parte do mercado de consumo. Nesse sentido, Hélio Zaghetto Gama:

Um mau comerciante, que explorasse menores, velhos ou mulheres, ou que não se mostrasse razoável frente ao progresso dos direitos sociais, era execrado pelos sindicatos. Um curioso mecanismo de interligação entre as reivindicações trabalhistas e as aspirações dos consumidores gerou boicote aos maus fornecedores⁴⁰.

Foi nesse panorama que, após a 2ª Guerra mundial, emergiram os direitos de segunda geração, de natureza intervencionista e de ideais garantistas. A mudança de perspectiva jurídica em relação à *pessoa humana* ocorreu, portanto, na virada do século XIX, com o advento do Estado Social, inaugurado pelas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar (Alemanha) de 1919. De ideais garantistas, ambas, regularam a ordem social e

³⁷ Com o advento do Estado Social, tomando por base a primeira metade do Século XX, a vulnerabilidade começa a ter relevância jurídica quando as constituições passam a trazer regramento próprio e passa a ser identificada em certos grupos de pessoas em situação de total desamparo, a exemplo de grupos étnicos vulneráveis como as pessoas pretas e os judeus, considerados, em certo momento histórico da humanidade, grupos sub-humanos.

³⁸ HILTON, George W. The Truck Act of 1831. **The Economic History Review**. vol. 10, n.3, 1958, pp.470. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/2591266>. Acesso em: 12 mar. 2024.

³⁹ Liga dos Consumidores de Nova York, tradução livre.

⁴⁰ GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 2.

econômica e passaram a alicerçar o Estado de Direito em outros valores para além da igualdade formal e da legalidade estrita, vertendo o paradigma principiológico para a proteção da pessoa, tida como centro da tutela jurídica.

2.1.2 O reconhecimento jurídico da vulnerabilidade

O pós-guerra, no Brasil, deflagrou, na seara infralegal, os primeiros passos para a tutela de vulneráveis, a partir das lutas por melhores condições de trabalho, podendo-se apontar o Decreto n. 3.724/1919, detentor das primeiras previsões sobre acidentes do trabalho, como responsável pelo pontapé inicial para tanto. Em seguida, a denominada “Lei de Férias” (Decreto n. 4.982/ 1925) trouxe regramento sobre as férias trabalhistas.

Paralelamente, as constituições mundiais do pós-guerra passaram a regular a ordem social e econômica e a contemplar princípios de obediência compulsória, para proteger o indivíduo da mão invisível do mercado, fazendo com que Administração Pública observe não só a lei formal como também os princípios, vistos como normas que conformam e informam o ordenamento jurídico.

No Brasil, a Constituição Federal de 1934 foi a precursora do intervencionismo estatal. Já no campo infraconstitucional, sob a perspectiva patrimonial, alguns regramentos despontaram com vistas ao reconhecimento da tutela da vulnerabilidade como, por exemplo, o Decreto n. 22.626 de 1933, que determinou a proibição de juros usurários ao mutuário. A legislação subsequente reconheceu a proteção contratual a categorias de vulneráveis mediante o oferecimento de proteção normativa ao locatário comercial (Decreto n. 24.150 de 1934), ao trabalhador alvo de despedida sem justa causa (Lei n. 63/1935), ao promitente comprador de imóveis loteados (Decreto-Lei n. 58 de 1937), ao trabalhador carente de remuneração mínima (Decreto-Lei n. 162/1940), ao trabalhador assalariado (Consolidação das Leis do Trabalho de 1943), ao locatário residencial (Lei n. 4.494 de 1964), ao trabalhador grevista (Lei n. 4.330/1964), ao contratante rural (Estatuto da Terra de 1964) e aos titulares de direitos autorais (Lei n. 5.988 de 1973). Sob o aspecto existencial, o Estatuto da Mulher casada (Lei n. 4.121 de 1962) e o Código de Menores (Lei n. 6.697/1979) podem ser

citados como exemplos de registros de vulnerabilidade existencial na legislação brasileira.

Apesar do conjunto normativo citado acima, o grande marco na valorização da justiça social veio com a Constituição Federal de 1988, responsável por: i) proclamar a legalidade a partir de um Estado Democrático de Direito (art. 1º), ii) reconhecer a independência e harmonia entre os poderes estatais (art. 2º), iii) estabelecer o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República Federativa do Brasil, iv) positivizar o princípio da Solidariedade Social como objetivo da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso I), v) trazer protagonismo jurídico-legislativo para o sujeito, no direito privado brasileiro (art. 5º), vi) expressar o fundamento da liberdade individual (art. 5º, II), vii) instituir a função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII), viii) submeter o estado-administração às balizas legais (art. 37), ix) regular a ordem econômica e social (artigos 170 e segs.), dentre outras disposições.

Assim, o Estado de Bem-Estar Social, consolidado ao longo do Século XX, foi caracterizado pela intervenção estatal na economia e na sociedade e apresenta, dentre os seus objetivos, a promoção da redução das desigualdades sociais e a garantia do exercício da autonomia privada. Nesse sentido, Professor Paulo Lôbo destaca o papel transformador da justiça social e a posiciona um passo à frente em relação à justiça comutativa e à justiça distributiva⁴¹:

[...] a justiça social implica transformação, promoção, mudança, segundo o preciso enunciado constitucional: “reduzir as desigualdades sociais” (arts. 3º, III, e 170, VII, da Constituição brasileira). Com efeito, enquanto as justiças comutativa e distributiva qualificam as coisas como estão, a justiça social tem por fito transformá-las, de modo a reduzir as desigualdades.⁴²

⁴¹ Não é objeto deste trabalho fazer um estudo aprofundado e filosófico acerca do significado de justiça, bastando, para tanto, a simples compreensão clássica de que a justiça comutativa é o dever de dar a cada um o que é seu dentro de uma igualdade formal entre privados e, na justiça distributiva, este dever evolui para uma igualdade material. Por todos: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante vulnerável e autonomia privada. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa: IDB, ano 1, n. 10, 2012, p. 6197.

⁴² *Ibidem*. p. 6184.

Na perspectiva do Estado Social, portanto, o reconhecimento do dever de proteção dos vulneráveis vai além do tratamento trazido pelo princípio da igualdade material, diante desse aspecto promocional trazido pela justiça social, evidenciado ainda mais – como se verá – a partir da análise objetivista. Percebe-se, portanto, que a vulnerabilidade foi, paulatinamente, sendo eleita como um valor apto a ser integrado em todo o arcabouço normativo. A esse respeito, o Prof. Paulo Lôbo:

No Brasil, ao longo do século XX, o direito passou a presumir a vulnerabilidade de determinados figurantes, mercedores de proteção legal e de consequente restrição do âmbito de autonomia privada, quando esta é instrumento de exercício de poder do outro figurante (ou parte contratual)⁴³.

Já no campo infraconstitucional, a vulnerabilidade ganhou espaço a partir da década de 90, por meio de promulgação de microsistemas, tendo como marcos legislativos a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990), criados para realizar os objetivos do Estado Social, afastando-se do individualismo preconizado pelo então Código Civil de 1916. É possível identificar, também, a atualização da lei de locação residencial (Lei 8.245, de 1991), da lei de direitos autorais (Lei 9.610, de 1998) e o estatuto das cidades (Lei 10.257/2001), responsável por regulamentar a política urbana nela estando incluída a usucapião especial e a usucapião especial coletiva (implementada pela Lei 13.465/2017). Note-se que as categorias de vulneráveis foram sendo reconhecidas e tuteladas por meio de microsistemas e de legislações esparsas, por ser o Código Civil refratário à ideia de ausência de relação paritária. Afinal, as relações regidas pelo Código Civil de 1916 eram voltadas unicamente à ideia de paridade entre os iguais.

A tríade normativa formada pela Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código de Defesa do Consumidor teve um papel significativo para a vulnerabilidade no Direito Brasileiro, representando a fase inicial da construção do princípio da

⁴³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Vulnerabilidade Jurídica do Contratante. In EHRHARDT, Marcos; LÔBO, Fabíola (Coord.) *Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 2.

vulnerabilidade com a previsão expressa no art. 4º, inciso I, do CDC⁴⁴. O ECA, estranhamente, apesar de reger uma das principais categorias de vulneráveis (crianças e adolescente) sequer fez referência ao termo “vulnerabilidade”.

A promulgação de microssistemas, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, importou na deflagração do processo de publicização e de descodificação do direito privado. A publicização é consequência do processo de crescente intervenção estatal, no âmbito legislativo, mediante a redução do espaço coletivo de autonomia privada em favor da proteção jurídica dos mais vulneráveis. Essa ação intervencionista do legislador levou à descodificação, isto é, a remoção integral de temáticas do Código Civil, reduzindo sua abrangência por meio da promulgação de microssistemas. Nesse sentido, Gustavo Tepedino:

Tais diplomas não se circunscreve a tratar do direito substantivo, mas, no que tange ao setor temático de incidência, introduzem dispositivos processuais, não raro instituem tipos penais, veiculam normas de direito administrativo e estabelecem, inclusive, princípios interpretativos⁴⁵.

Os microssistemas, por sua vez, são conjuntos normativos formados por princípios próprios e por normas abertas, de ordem pública e de interesse social, responsáveis por trazer regramento específico e multidisciplinar dessas temáticas, muitas das quais foram transformadas em ramos autônomos do direito, a exemplo do direito da criança e do adolescente e direito do consumidor⁴⁶. Esses sistemas normativos são assim denominados porque reúnem em um só texto legislativo normas de direito

⁴⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Lei Ordinária n. 8.078/ 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 8-9.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil**, v. 1, 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 17-19.

material e direito processual, criando um “micro” ordem para regência de uma categoria.

O início do século XXI foi marcado pela promulgação do Código Civil de 2002 que veio com o ideal de realizar os objetivos constitucionais e repersonalizar o direito privado. Para tanto, dispôs de capítulo próprio para reger os direitos da personalidade, vistos como direitos inatos ao conceito de pessoa. Esses direitos foram lançados de forma enunciativa no artigo 11 e cujas características são a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e indisponibilidade.

Na seara contratual, o Código Civil trouxe como balizas para o secular *pacta sunt servanda* os princípios da função social do contrato (art. 421 do CC/2002), a boa-fé objetiva (art. 422 do CC/2002) e, implicitamente, a equivalência material (arts. 423 e 424 do CC/2002). Por outro lado, no âmbito do direito dos danos, a previsão de reparação integral e de responsabilização objetiva, como exceção à regra da responsabilidade subjetiva (art. 927 do CC/2002).

O direito de propriedade, a garantia clássica do direito à propriedade privada passou a ter lastro no princípio da função social da propriedade (art. 2.035 do CC/2002). No âmbito das relações familiares, a família recuperou suas origens remotas, mediante uma tutela jurídica mínima com respeito à liberdade de constituição, à convivência e à dissolução, ao reconhecimento de diferenças sociais, à solidariedade recíproca, em conformidade com a previsão constitucional de enxergar a família como espaço de convivência afetiva e de realização da dignidade de seus membros.

Todo esse regramento trazido pelo Código Civil de 2002 foi pautado na presença da repersonalização e do protagonismo trazido à pessoa, mas não se apresenta suficiente para o reconhecimento de um Código Civil capaz de tutelar vulneráveis.

Após o Código Civil de 2002, a tutela da vulnerabilidade seguiu um período fecundo de sedimentação legislativa e de construção de um pensamento jurisprudencial favorável nas Cortes de Justiça em prol dos vulneráveis. Em 2003, a Lei 10.674/2003 (lei do glúten) foi promulgada para reger uma categoria específica de consumidores vulneráveis, os portadores de doença celíaca. A lei do glúten obrigou os fornecedores de produtos alimentícios a advertirem acerca da presença de glúten, como medida preventiva e de controle da doença celíaca.

Além disso, o movimento de valorização das categorias de vulneráveis nas relações privadas seguiu com a promulgação de outro microsistema, o Estatuto da Pessoa Idosa (Lei 10.741 de 2003) que, assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente, também não faz qualquer menção ao termo vulnerabilidade, apesar de reger e proteger a categoria dos mais longevos.

Em seguida, a Lei n. 11.340/2006 (lei Maria da Penha) foi promulgada para resguardar a vulnerabilidade feminina, mediante a proteção das mulheres em situação de violência doméstica. A lei Maria da Penha, no artigo 23⁴⁷, também se equivoca na atribuição do sentido dado ao termo ‘vulnerabilidade’, ao tratá-lo como sinônimo de extrema pobreza. O dispositivo autoriza o recebimento de auxílio-aluguel para as mulheres que se encontrarem “em situação de vulnerabilidade social e econômica”.

Ainda em 2006, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, instrumento internacional de direitos humanos, foi promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 13 de dezembro de 2006, e entrou em vigor em 3 de maio de 2008. Esta Convenção marcou um momento histórico internacional ao reconhecer os direitos das pessoas com deficiência em escala global e promover a sua inclusão em todas as esferas da vida social.

No Brasil, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi ratificada com *status* de emenda constitucional por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. A ratificação pelo Congresso Nacional aliada à sua natureza de pactos relativos aos direitos humanos implicou em conceder-lhe a mesma hierarquia das normas constitucionais, trazendo mais uma tutela de vulneráveis para o patamar constitucional.

Depois, em 2015, houve a promulgação de mais um microsistema, o Estatuto da Pessoa com Deficiência que se utilizou dos termos “vulneráveis” e “vulnerabilidade”, nos artigos 5º, 10 e 39, conferindo-lhes

⁴⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Lei 11.340/2006 Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: VI – conceder à ofendida auxílio-aluguel, com valor fixado em função de sua situação de vulnerabilidade social e econômica, por período não superior a 6 (seis) meses. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm . Acesso em: 28 ago. 2024.

sentidos distintos. O artigo 5º do EPD⁴⁸ estabelece medidas de proteção para as pessoas com deficiência e se utiliza da expressão “especialmente vulneráveis” para as categorias de crianças, adolescentes, mulheres e idosos, com a finalidade de conceder-lhes um tratamento especial em relação às demais pessoas com deficiência. O legislador se utilizou da ideia de *hipervulnerabilidade* sem, contudo, mencionar expressamente este termo para tanto. Lembre-se, por oportuno, como já referenciado anteriormente, que essa terminologia não favorece as categorias de vulneráveis; ao invés, esvazia a sua proteção.

Já no artigo 10 do EPD⁴⁹ o legislador quis se utilizar do sentido trazido pela Bioética, isto é, a *susceptibilidade de ser ferido*, quando as pessoas com deficiência estão em situações de risco, emergência ou calamidades. O dispositivo considera a pessoa com deficiência como vulnerável quando há circunstâncias calamitosas, sugerindo que esta será mais afetada pela tragédia em relação aos demais envolvidos, devendo receber um maior cuidado e uma atenção especial. De fato, circunstâncias dessa natureza são mais desafiadoras para as pessoas com deficiência. Apesar disso, a forma como o termo foi utilizado pode levar à interpretação – equivocada – de que há vulnerabilidade apenas quando as pessoas com deficiência estão diante de um desastre. Na realidade, todas as pessoas com deficiência são vulneráveis independentemente de estarem – ou não – diante de uma situação catastrófica.

O artigo 39 do EPD⁵⁰, ao versar sobre as formas de políticas públicas assistenciais, utiliza a vulnerabilidade como sinônimo de extrema pobreza para promover o acesso das pessoas com deficiência a direitos assistenciais.

⁴⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Lei Ordinária n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante. Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no *caput* deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm?msclkid=e03ca915a93011eca55b7de3600188ab. Acesso em: 28 ago. 2024.

⁴⁹ *Ibidem*. Art. 10. Compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida.

Parágrafo único. Em situações de risco, emergência ou estado de calamidade pública, a pessoa com deficiência será considerada vulnerável, devendo o poder público adotar medidas para sua proteção e segurança.

⁵⁰ *Ibidem*. Art. 39. Os serviços, os programas, os projetos e os benefícios no âmbito da política pública de assistência social à pessoa com deficiência e sua família têm como objetivo a garantia

No mesmo período de construção legislativa da tutela das pessoas com deficiência, em 2010, houve também o debate e a verificação da necessidade de edificação de uma tutela para as pessoas pretas que resultou na promulgação do Estatuto da Igualdade Racial (Lei no 12.288/2010⁵¹). O objetivo do Estatuto foi descrito no *caput* do artigo 1º é o de *garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica*.

Note-se que, o legislador, amarrado à ideia de dependência da vulnerabilidade em relação à igualdade, utilizou a expressão “igualdade de oportunidades”. Na realidade, a norma busca afastar a vulnerabilidade da população negra, fornecendo um Estatuto de tutela desta categoria de vulneráveis. Isso se confirma quando, mais adiante, no artigo 7º, inciso III, o legislador propõe como uma das diretrizes da Política Nacional de Saúde Integral da População Negra o *desenvolvimento de processos de informação, comunicação e educação para contribuir com a redução das vulnerabilidades da população negra*. Como se verá mais adiante, apesar de igualdade e vulnerabilidade caminharem juntas, a promoção de igualdade e a tutela da vulnerabilidade não se confundem, pois tutelar vulneráveis vai além da promoção da igualdade de oportunidades, diante do necessário papel transformador da tutela da vulnerabilidade.

Mais recentemente, a Lei 14.874/2024⁵², que dispõe sobre um Sistema Nacional de Ética em relação à pesquisa com seres humanos trouxe um conceito legal de vulnerabilidade nos seguintes termos:

LVI - vulnerabilidade: condição na qual pessoa ou grupo de pessoas tenha reduzida a capacidade de tomar

da segurança de renda, da acolhida, da habilitação e da reabilitação, do desenvolvimento da autonomia e da convivência familiar e comunitária, para a promoção do acesso a direitos e da plena participação social. § 1º A assistência social à pessoa com deficiência, nos termos do *caput* deste artigo, deve envolver conjunto articulado de serviços do âmbito da Proteção Social Básica e da Proteção Social Especial, ofertados pelo Suas, para a garantia de segurança fundamentais no enfrentamento de situações de vulnerabilidade e de risco, por fragilização de vínculos e ameaça ou violação de direitos.

⁵¹ BRASIL. Congresso Nacional. Lei Ordinária n. 11.288/2010. Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

⁵² BRASIL. Congresso Nacional. Lei Ordinária n. 14.874/2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/l14874.htm. Acesso em: 28 out. 2024.

decisões e de opor resistência na situação de pesquisa, em decorrência de fatores individuais, psicológicos, econômicos, culturais, sociais ou políticos, observado, em qualquer caso, o consentimento descrito para situações de vulnerabilidade.

O legislador trouxe, pela primeira vez, uma tentativa de conceituar a vulnerabilidade como uma condição na qual uma *pessoa ou um grupo de pessoas tenha reduzida a capacidade de tomar decisões ou de opor resistência* em relação à submissão de um procedimento de pesquisa em seu corpo.

Veja-se que até então cinco categorias de vulneráveis foram disciplinadas em microssistemas: crianças e adolescentes, consumidores, idosos, pessoas pretas, mulheres, pessoas com deficiência e, mais recentemente, pacientes. No entanto, os sentidos trazidos pelo legislador corroboram a crítica trazida neste trabalho de que não há uniformidade no tratamento da vulnerabilidade, demonstrando-se necessária a construção e estruturação de uma teoria geral da vulnerabilidade. Nesse sentido, Anderson Schreiber e Carlos Konder:

Aos chamados Estatutos não compete, portanto, reescrever as noções fundantes do sistema jurídico ou desenhar seus princípios próprios e autônomos, mas realizar o projeto constitucional em dado campo específico, sempre atendendo à necessidade de preservação do caráter sistêmico da ordem jurídica. Defender o contrário significaria atribuir aos Estatutos a condição de microssistemas, fechados sobre si mesmos, imunes à influência do todo⁵³.

Os Estatutos devem, portanto, ser vistos como legislações elaboradas para cumprir os preceitos constitucionais, destinados a especificar e reforçar seus princípios em áreas particulares, sempre em harmonia com o sistema jurídico maior, preservando a unidade do ordenamento jurídico.

⁵³ SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 10, n. 04, 2016, p. 23.

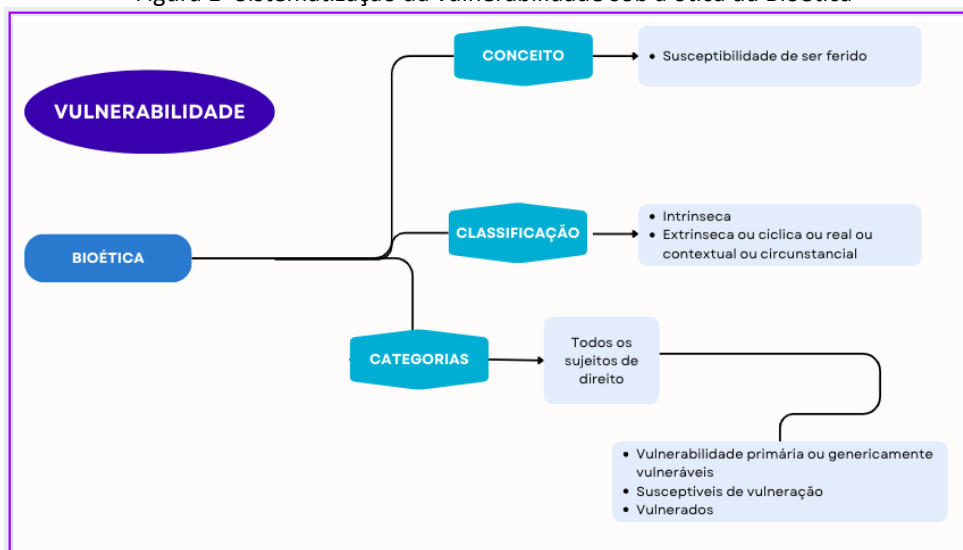
2.2 OS CENÁRIOS DA VULNERABILIDADE

2.2.1 A vulnerabilidade para além do Direito

A vulnerabilidade é um fenômeno passível de ser observado e estudado em diversas áreas científicas. Para integrar o Direito, os estudos acerca dessa temática percorreram, dentre outros domínios, a bioética e a saúde pública, ramos da ciência que foram responsáveis por levar ao Direito o protagonismo da vulnerabilidade, desempenhando um papel primordial para o alcance de sua tutela no ordenamento jurídico.

Para melhor compreensão da temática, tem-se abaixo uma sistematização da vulnerabilidade sob a ótica da Bioética, com a finalidade de se ter um panorama desta primeira parte deste tópico.

Figura 1- Sistematização da vulnerabilidade sob a ótica da Bioética



Fonte: A autora (2025).

Da análise semântica do vocábulo, pode-se dizer que o significado etimológico da palavra vulnerabilidade é uma tautologia, pois se refere à “qualidade ou estado do que é vulnerável” e tem por sinônimos a “susceptibilidade de ser ferido ou atingido por uma doença; fragilidade”⁵⁴.

⁵⁴ "vulnerabilidade" in Dicionário Michaelis de Português Disponível em:

Ao analisar o sentido trazido pela Bioética, Maria do Céu Patrão Neves destaca: “Vulnerabilidade é uma palavra de origem latina, derivando de *vulnus (eris)*, que significa ferida. Assim sendo, ela é irredutivelmente definida como susceptibilidade de se ser ferido”⁵⁵. A partir desta compreensão de que todos podem ser vulnerados (isto é, feridos), a vulnerabilidade foi posicionada, a partir de uma perspectiva existencial, como característica ontológica de todos os seres humanos. Nesse sentido, Heloísa Helena Barboza:

Todos os humanos são, por natureza, vulneráveis, visto que todos os seres humanos são passíveis de serem feridos, atingidos em seu complexo psicofísico. Mas nem todos serão atingidos do mesmo modo, ainda que se encontrem em situações idênticas, em razão de circunstâncias pessoais, que agravam o estado de susceptibilidade que lhes é inerente. Embora em princípio iguais, os humanos se revelam diferentes no que respeita à vulnerabilidade⁵⁶.

A autora, em mais de uma oportunidade, aponta a vulnerabilidade como característica própria dos seres humanos para, em seguida, ampliar a conceituação para abarcar todos os seres vivos⁵⁷. No entanto, o panorama protecionista da vulnerabilidade vai mais além e deve abarcar outras categorias de vulneráveis como, por exemplo, a fauna, a flora, os nascituros, as pessoas mortas e, ainda, as pessoas jurídicas, desde que quaisquer destas estejam diante de um estado de vulneração. Nesse sentido, Frédéricque Fiechter-Boulevard afirma ser desnecessária a existência de personalidade jurídica para o reconhecimento de um estado de

<https://michaelis.uol.com.br/busca?id=w4yE7>. Acesso em: 17 jan. 2023.

⁵⁵ PATRÃO NEVES, Maria do Céu. *Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição, princípio*. **Rev. Brasileira de Bioética**, vl. II, jan. 2007, p. 29-30.

⁵⁶ BARBOZA, Heloísa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In Pereira, T. S., Oliveira, G. (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 107.

⁵⁷ ALMEIDA, Vitor, Barbosa, HELOÍSA Helena. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional: os desafios da função protetiva em face da autodeterminação. In BARLETA, Fabiana; ALMEIDA, Vitor (coord.). *Vulnerabilidades e suas dimensões jurídicas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 4.

vulnerabilidade⁵⁸. Em razão disto, parte-se de uma premissa mais ampla segundo a qual a vulnerabilidade é uma característica inerente a todos os sujeitos de direito.

Nesse contexto, a partir desse reconhecimento da possibilidade de ser ferido que Fermin Ronald Schramm⁵⁹, ao discorrer sobre a Bioética da Proteção, elenca, em torno da vulnerabilidade, três categorias de sujeitos de direito: i) os genericamente vulneráveis, isto é, a coletividade, cuja condição ontológica de quaisquer dos seus membros é ser vulnerável; ii) os susceptíveis de vulneração, ou seja, aqueles cujos atributos os tornam elegíveis, abstratamente, de serem considerados incapazes de vencer – sozinhos – as circunstâncias adversas nas quais se encontram e os iii) os vulnerados, isto é, aqueles que, concretamente, são incapazes de sair sozinhos da condição de inferioridade a eles imposta, independentemente de suas vontades.

Esta percepção possui uma diferença sutil, porém essencial, pois, partindo do pressuposto de que todos, sem exceção, são suscetíveis de serem feridos, torna-se evidente que o grupo denominado “genericamente vulneráveis” se apresenta como uma espécie de “vulnerabilidade primária”, dotada do mais alto grau de abstração e, portanto, vista como uma característica universal a todos os sujeitos de direito, tornando a coletividade um conjunto unitário de vulneráveis. A partir desta premissa, pode-se dizer que todos – sem exceção – são vulneráveis perante a lei.

Por outro lado, os susceptíveis de vulneração se encontram nas hipóteses de presunção legal de vulnerabilidade, isto é, a lei elege – abstratamente – as categorias de vulneráveis, a exemplo das crianças e dos adolescentes, das mulheres, dos idosos, dos consumidores, dos trabalhadores etc. Em razão disso, é possível afirmar: os susceptíveis de vulneração são presumidamente vulneráveis por imposição legal.

Diversamente dos grupos de vulneráveis anteriores, a categoria dos *vulnerados* se encontram no campo da violação de direitos, isto é, numa posição de inferioridade concreta, seja de ordem existencial, seja de ordem patrimonial⁶⁰. Em virtude disso, é factível compreender a vulnerabilidade sob a perspectiva objetiva, pois a análise do caso concreto e do respectivo

⁵⁸ FIECHTER-Boulevard, Frederique. La notion de vulnérabilité et la consécration par le droit. In COHET-CORDEY, Frederique (coord.). **Vulnérabilité et droit le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit**. Grenoble. Presses universitaires, 2000. p. 14.

⁵⁹ SCHRAMM, Fermin, Ronald. Bioética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas Morais na era da globalização. **Revista Bioética**. v. 16, n. 1, p. 20, 2008.

⁶⁰ Apesar disso, a perspectiva trazida pela Bioética é de cunho unicamente existencial.

estado de vulneração de quaisquer das partes, ou mesmo de ambas, torna viável a efetiva proteção a quem detiver o maior grau desta vulneração.

Maria do Céu Patrão Neves defende a existência da vulnerabilidade, ainda sob o prisma da Bioética, como sendo uma característica do sujeito a ser superada por meio de empoderamento das categorias de vulneráveis:

Em síntese, a noção de vulnerabilidade é introduzida e persiste no vocabulário bioético numa função adjectivante, como uma característica, particular e relativa, contingente e provisória, de utilização restrita ao plano da experimentação humana, tornando-se cada vez mais frequente na constatação de uma realidade que se pretende ultrapassar ou mesmo suprimir por meio da atribuição de um poder crescente aos vulneráveis.

Retirar o vulnerado do estado de vulneração é dever do Estado, não só porque este indivíduo se encontra em uma situação de violação de direitos, mas também por ser materialmente incapaz de fazê-lo unilateralmente. Para alcançar esse objetivo, deve-se identificar o grau de vulnerabilidade por ele atingido e, em seguida, proporcionar a esse sujeito condições de vida digna hábeis de torná-lo apto a fazer suas próprias escolhas, trilhar seus próprios caminhos e, assim, exercer sua autonomia privada de forma plena. A necessidade de proteção dos grupos de vulneráveis, portanto, se dá como via mais adequada para garantir o exercício da liberdade, pois circunstâncias físicas, psíquicas, sociais ou econômicas podem vir a interferir diretamente no exercício da autonomia privada dos grupos de vulneráveis.

François-Xavier atribui à vulnerabilidade dois sentidos: o intrínseco e o cíclico. O primeiro ocorre quando a fragilidade é vista a partir do sujeito em si, seja em razão da idade (crianças, adolescentes e idosos), seja em razão da saúde (gestantes, pessoas com deficiência e pacientes terminais)⁶¹.

A vulnerabilidade intrínseca guarda, portanto, um estado latente de fragilidade independentemente de haver – ou não – ofensa à incolumidade psicofísica ou jurídica do sujeito. A vulnerabilidade cíclica, por outro lado, é a chamada por François-Xavier de vulnerabilidade real, contextual, circunstancial ou situacional e se dá em decorrência de uma situação pessoal, familiar ou econômica

⁶¹ ROUX-DEMARE, François-Xavier. La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe. *Les cahiers de la justice*, n. 4, 2019, p. 622.

de impotência substancial do sujeito vulnerável. O autor cita como exemplo a vulnerabilidade do locatário em relação ao locador e destaca que o desaparecimento desta condição provoca a retirada da proteção legal correspondente. Apesar disso, o autor reconhece que a vulnerabilidade pode se evidenciar no proprietário quando o inquilino se aproveita dos critérios protetivos do processo de despejo para retardar tanto quanto possível a desocupação do imóvel⁶². Há, portanto, a possibilidade de inversão de papéis, isto é, o presumidamente vulnerável (locatário) pode, no caso concreto, não estar em situação de vulnerabilidade concreta e, em decorrência disso, aproveitar-se de sua proteção legal para abusar do seu direito⁶³.

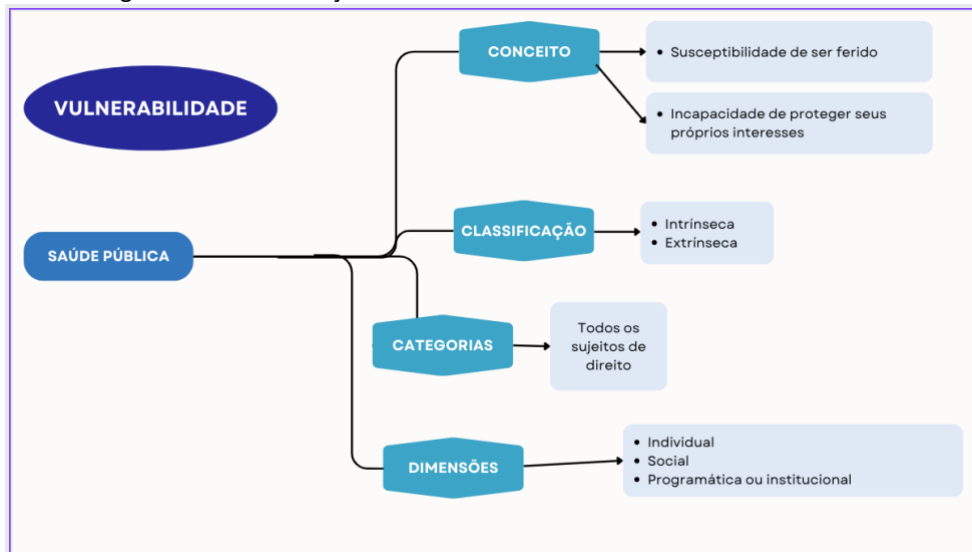
Sob a perspectiva da saúde pública, o sentido de vulnerabilidade emergiu diante da epidemia do vírus HIV quando foi relacionado à susceptibilidade de infecção (e, portanto, susceptibilidade de ser ferido) a partir da análise dos grupos de risco. Nesse viés, percebeu-se que a maior probabilidade de contaminação estava relacionada ao perfil social, econômico, cultural e político da população, isto é, grupos sociais marginalizados tinham maior chance de serem infectados, diante da informação deficitária a respeito da doença e de como evitar o contágio.

Para melhor compreensão da temática, tem-se abaixo uma sistematização da vulnerabilidade sob a ótica da saúde pública:

⁶² ROUX-DEMARE, François-Xavier. La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe. **Les cahiers de la justice**, n. 4, 2019, p. 625-627.

⁶³ A vulnerabilidade é, portanto, uma categoria *sui generis*. Pode ser aplicada a qualquer ser vivo, o qual pode ser ferido, de acordo com o sentido da palavra latina *vulnus*, mas não o será necessariamente. ALMEIDA, Leonor Duarte de. Suscetibilidade: novo sentido para a vulnerabilidade. **Revista Bioética**, v. 18, n. 3, 2010, p. 539.

Figura 2 - Sistematização da vulnerabilidade sob a ótica da Saúde Pública



Fonte: A autora (2025).

Diante desse contexto epidemiológico, José Ricardo de Carvalho Mesquita Ayres elege três dimensões para a vulnerabilidade: a individual, a social e a programática (ou institucional). A dimensão individual da vulnerabilidade aponta todos os sujeitos como susceptíveis de contaminação, razão pela qual todos são considerados vulneráveis. No entanto, o nível comportamental de cada um contribuirá para um maior (ou menor) grau de exposição e, por consequência, de vulnerabilidade⁶⁴.

A dimensão social relaciona a vulnerabilidade ao nível de miserabilidade e de escolaridade (informacional) de cada comunidade. Assim, fatores como educação, emprego, cultura, relações de raça e de gênero trazem valores e senso de coletividade ao corpo social e, portanto, funcionam como termômetros de vulnerabilidade deste grupo. Isso porque quanto maior o alcance social das políticas públicas menor é o grau de vulnerabilidade da coletividade.

A respeito da dimensão social, importa registrar que, a partir da Emenda Constitucional n. 114/2021, a Constituição Federal de 1988

⁶⁴ AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita et al. Risco, vulnerabilidade e práticas de prevenção e promoção da saúde. In: **Tratado de saúde coletiva**. 2006. p. 380.

positivou o termo “vulnerabilidade” no artigo 6º, parágrafo único⁶⁵, e no artigo 203, inciso VI⁶⁶, ambos fazendo referência à concepção dimensional de “vulnerabilidade social”, trazida pela saúde pública, em que o termo é visto como sinônimo de condição miserabilidade.

Nesse viés, a Constituição Federal reconheceu como direito social a inclusão da categoria de vulneráveis em situação de miserabilidade a programas de recebimento de renda básica familiar, elegendo como objetivo da Assistência Social governamental a redução da condição de extrema pobreza das famílias brasileiras. O constituinte, portanto, não se apropriou do conceito jurídico de vulnerabilidade, mas da concepção social trazida pela saúde pública.

No mesmo sentido, a dimensão programática se refere ao aparelhamento estatal de saúde, educação, cultura e propagação de conhecimento como meio transformador e capaz de contribuir para a redução da vulnerabilidade (miserabilidade) individual e coletiva⁶⁷.

Sob a mesma perspectiva da saúde pública, as pesquisadoras Wendy Rogers e Angela Ballantyne, ao avaliar a realização de pesquisas populacionais em categorias de vulneráveis, trazem um sentido distinto para o termo, pois consideram a vulnerabilidade como sinônimo de ausência de poder, isto é, *a incapacidade de proteger os próprios interesses*⁶⁸. Sob esse viés, as autoras classificam a vulnerabilidade em extrínseca ou intrínseca. A vulnerabilidade extrínseca se refere ao contexto social e econômico no qual o indivíduo está inserido que o conduz para um

⁶⁵ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária. BRASIL. Congresso Nacional. Constituição Federal de República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

⁶⁶ *Ibidem*. Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: VI - a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza.

⁶⁷ AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita et al. Risco, vulnerabilidade e práticas de prevenção e promoção da saúde. In: **Tratado de saúde coletiva**. 2006. p. 381.

⁶⁸ ROGERS, Wendy. Ballantyne, Angela. Populações especiais: vulnerabilidade e proteção. In **Revista Eletrônica de Comunicação Informação Saúde & Inovação em Saúde**. Rio de Janeiro, v. 2. dez. 2008. p. 31.

ambiente de ausência de poder em razão da condição financeira, da raça ou do gênero. Por outro lado, a vulnerabilidade intrínseca diz respeito a uma condição interna do sujeito que o leva a uma insuficiência de poder como, por exemplo, as pessoas com deficiência, os pacientes terminais, as crianças e os idosos⁶⁹.

Deve-se esclarecer, contudo, que incapacidade trazida no conceito referenciado acima não se refere à incapacidade jurídica, relativa às restrições para a prática de atos da vida civil, mas à incapacidade no sentido de impossibilidade, inaptidão, insuficiência e, em última análise, ausência de poder para se desvencilhar da condição de insalubridade a qual o vulnerável está inserido. Assim, seja pelo contexto social, seja por uma condição pessoal que conduz o sujeito a um meio insalubre, há uma ausência de poder necessário para sair desta posição de sujeição.

A divergência de sentidos dados à vulnerabilidade dentro de um mesmo objeto de estudo qual seja, a saúde pública, evidencia, mais uma vez, a falta de sistematização da temática e corrobora a necessidade de identificar o conceito, as espécies e a classificação da vulnerabilidade.

2.2.2 A vulnerabilidade jurídica

Sob a perspectiva do Direito, o sentido da vulnerabilidade também é variante, pois se convive com a dissonância acerca dos critérios para reconhecimento da vulnerabilidade jurídica⁷⁰.

⁶⁹ *Ibidem*. pp. 32-34.

⁷⁰ 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. MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: _____; MARQUES, Cláudia; MAGALHÃES, Lúcia Ancona. **Direito do consumidor: 30 anos do CDC – da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 235.

No direito privado⁷¹, após a Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor⁷² foi o responsável por trazer uma menção explícita de princípio da vulnerabilidade para o ordenamento jurídico brasileiro. O sentido de vulnerabilidade partiu de um critério objetivo porque lastreado na aquisição de produto ou serviço na qualidade de destinatário final (art. 2º do CDC⁷³). Assim, não é relevante para a proteção contida no Código de Defesa do Consumidor, em quais as condições subjetivas de vulnerabilidade o consumidor se encaixa, mas se – objetivamente – este adquiriu produto ou serviço na condição de destinatário final.

Além disso, a presunção legal de vulnerabilidade nas relações de consumo, decorre de norma de ordem pública e de interesse social e, além de ser absoluta e de não admitir prova em contrário, dispensa a confirmação de veracidade, por ser uma ficção jurídica imposta por lei⁷⁴.

⁷¹ Apesar da análise publicista não ser objeto deste estudo importa registrar as considerações de Menezes Cordeiro: “no direito público, toda uma bateria de institutos, com relevo para os níveis constitucionais e os direitos fundamentais, vem sendo afeiçoada, para defesa dos sujeitos fragilizados. a tutela penal desempenha, neste como noutros planos, um núcleo protetor sempre necessário”. CORDEIRO, António Menezes. Vulnerabilidades e Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. 62, n. 1, 2021, p. 22.

⁷² Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Brasil. Congresso Nacional. Lei Ordinária n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

⁷³ *Ibidem*. Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

⁷⁴ A vulnerabilidade contratual independe de aferição real ou de prova. A presunção legal absoluta não admite prova em contrário ou considerações valorativas, até porque a presunção é consequência que a lei deduz de certos fatos, às vezes prevalecendo sobre as provas em contrário. A presunção é o meio de prova pressuposta que dispensa a comprovação real. Qualifica-se como prova indireta. Tem natureza de ficção jurídica, pois é juízo fundado em aparências, como instrumento operacional para resolução de conflitos, substituindo os demais meios de prova. A presunção simplifica a prova, pois a dispensa. O legislador define *a priori* qual a posição contratual que deve ser merecedora de proteção ou do grau desta proteção, o que afasta a verificação judicial caso a caso. Não pode o juiz decidir se o trabalhador, o consumidor, o aderente, por exemplo, são mais ou menos vulneráveis, em razão de maior ou menor condição econômica, para modular a proteção legal, ou mesmo excluí-la. LÔBO, Paulo Luiz Neto. Vulnerabilidade Jurídica do Contratante. In EHRHARDT, Marcos; LÔBO, Fabiola (Coord.) **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 15.

Diante desta percepção de vulnerabilidade, a doutrina moderna do direito conceitua vulnerabilidade sob esse viés objetivo ao reconhecê-la como uma circunstância em que o sujeito se encontra envolvido. Nesse sentido,

A vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado; é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação⁷⁵.

Há, portanto, uma evidente evolução acerca do sentido a ser dado à vulnerabilidade para o Direito, despojando-se da ideia inicial de fragilidade, para se alcançar um estado de impotência substancial do sujeito. Assim, apesar de o sentido semântico, bioético e da saúde pública terem papéis relevantes na construção do conceito moderno de vulnerabilidade jurídica, esta não deve ser vista como uma condição psicofísica do sujeito ou como a susceptibilidade de ser ferido, pois esta acepção está voltada para a vulnerabilidade intrínseca, isto é, sob o ponto de vista individual de cada um, independentemente de qualquer situação de confronto em relação a outro sujeito.

Paulo Lôbo, desde 2012, já havia apontado os indícios que levaram à construção do sentido atual de vulnerabilidade, isto é, a posição de impotência do sujeito vulnerável, quando declarou:

A vulnerabilidade, sob o ponto de vista jurídico, é o reconhecimento pelo direito de que determinadas posições contratuais, nas quais se inserem as pessoas, são merecedoras de proteção. [...] A vulnerabilidade jurídica pode radicar na desigualdade do domínio das informações, para que o interessado em algum bem ou serviço possa exercer sua escolha, como ocorre com o consumidor; pode estar fundada na impossibilidade de exercer escolhas negociais, como ocorre com o aderente em contrato de adesão a condições gerais⁷⁶.

⁷⁵ MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 120.

⁷⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante vulnerável e autonomia privada. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa: IDB, ano 1, n. 10, 2012, p. 6188.

No mesmo texto, o autor reconhece a larga abrangência da vulnerabilidade jurídica quando identifica a possibilidade de empresas se encontrarem nesta posição seja por estarem submetidas a condições gerais contratuais pré-estabelecidas, seja por dependerem de insumos de outras empresas para o exercício da sua atividade fim. Nesse sentido,

Até mesmo entre empresas pode ocorrer vulnerabilidade jurídica, quando uma delas esteja submetida a condições gerais dos contratos predispostas pela outra, qualificando-se como contratante aderente em contrato de adesão (Código Civil, art. 423). São situações comuns de vínculos contratuais permanentes interempresariais para fornecimento de produtos ou serviços a pessoas físicas ou a empresas, como as das concessionárias, as das fornecedoras de água, de luz, de telefonia, de seguros, de acesso à rede de computadores; de manutenção de programas etc.⁷⁷.

Diante disso, todos os sujeitos de direito, sejam pessoas físicas ou pessoas jurídicas ou, ainda, entes despersonalizados, podem se encontrar em um contexto carecedor de tutela da vulnerabilidade. Nesta última hipótese, a lei tutela os direitos do nascituro, das futuras gerações, do meio ambiente. Em razão disso, quando as categorias de vulneráveis são reunidas em um só grupo se constata que todos, em algum momento e em certa medida, são juridicamente vulneráveis.

Para o Direito, diferentemente da Bioética e da Saúde Pública, a vulnerabilidade é relacional (e não intrínseca), pois é observada quando o sujeito de direito está em situação de ausência ou redução substancial de poderes e posições em relação às outras pessoas, ou às entidades ou coletividades, em virtude de fatores permanentes (ex: idoso), temporários (ex: criança) ou circunstanciais (ex: gestante, paciente terminal). A tutela das vulnerabilidades permanentes ou temporárias não dependem de caso concreto e antecedem qualquer relação jurídica concreta.

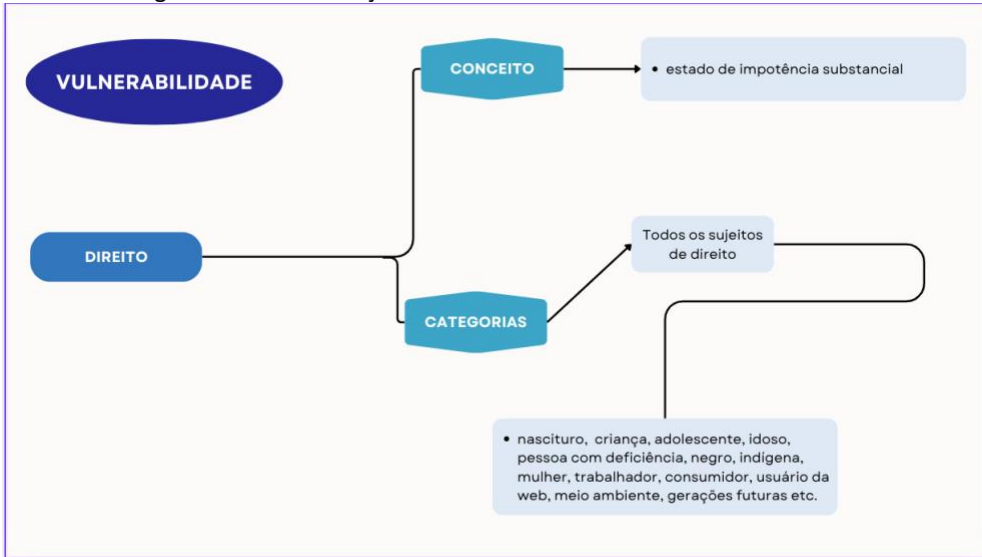
Dentro dessa percepção, o conceito contemporâneo, portanto, a ser dado à vulnerabilidade é a *ausência de poder relacional oponível a todos ou aos outros figurantes da relação jurídica*. Em outras palavras: é um *estado de impotência substancial* em que uma das partes se encontra em relação à

⁷⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil em Princípios. (2025) p.143 [no prelo]

outra ou à coletividade, seja para as situações existenciais, seja para as relações jurídicas, cabendo ao Direito trazer mecanismos para estabilizar essa relação jurídica.

Para melhor ilustrar, tem-se a seguinte sistematização:

Figura 3 - Sistematização da vulnerabilidade sob a ótica do Direito



Fonte: A autora (2025).

Ressalte-se, por oportuno, que a impotência aqui tratada deve ser *substancial*, embora não necessariamente total ou absoluta. Isso porque a *impotência pode ser parcial*, quando reduzir substancialmente a capacidade do sujeito de direito à défcits reais de atuação na via jurídica, justificando-se o recebimento da tutela. O trabalhador vítima de assédio moral, por exemplo, apesar de não estar completamente desprovido dos seus direitos (salário, licença médica, descanso remunerado), encontra-se em uma posição de vulnerabilidade substancial parcial em relação ao empregador, seja pela dependência econômica ou pelo temor de demissão. Outro exemplo de impotência parcial é o consumidor superendividado que, por se encontrar impossibilitado de adimplir com suas obrigações sem comprometer o seu mínimo existencial, tem sua capacidade negocial reduzida em relação aos credores. Apesar disso, não está impossibilitado de contratar serviços essenciais.

A tutela da vulnerabilidade deve, portanto, promover mecanismos de suporte hábeis a assegurar ao sujeito meios efetivos de realização, razão pela qual a via principiológica se apresenta como a mais eficiente para evitar interpretações fragmentadas e instáveis. Veja-se que a estabilidade da relação jurídica não está aqui atrelada unicamente ao cumprimento do princípio da igualdade material. Ao invés, uma relação jurídica estabilizada implica na eficácia harmônica de diversos princípios jurídicos como, por exemplo, dignidade humana, autonomia privada, tutela da vulnerabilidade jurídica para, em última análise, alcançar a solução adequada para o caso concreto.

Importa registrar também que, no Direito, a tutela da vulnerabilidade carece de uma estruturação sólida. Isso se depreende da multiplicidade de espécies e termos apontados pela doutrina para tratar do assunto, a exemplo do vocábulo “hipervulnerabilidade” ou da expressão “vulnerabilidade agravada”. Além disso, há um tratamento indistinto entre a noção de “vulnerabilidade” e a de “hipossuficiência”, frequentemente utilizados como sinônimos pela jurisprudência, reforçando a necessidade de uma abordagem mais estruturada e transversal a respeito do tema.

Note-se que, apesar de essas nomenclaturas encontrarem base mais estruturadas no direito do consumidor, o surgimento de novos termos, a multiplicidade de espécies e a confusão entre os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência, não estão restritos a essa área. Esses conceitos também encontram aplicação em outros ramos do Direito como, por exemplo, no Direito do Trabalho, a vulnerabilidade econômica do trabalhador é tratada como sinônimo de hipossuficiência. Já no Direito Previdenciário, por sua vez, a ideia de hipossuficiência é utilizada para identificar beneficiários de direitos assistenciais. Em relação às espécies, o direito do trabalho subdivide a vulnerabilidade em econômica e técnica enquanto o direito previdenciário classifica como econômica e jurídica. Apesar do tratamento desses conceitos ser frequentemente superficial em diversos ramos do Direito, diante da necessidade de um recorte temático, o enfoque dado neste trabalho será no Direito do Consumidor.

Já o termo “hipervulnerabilidade” ou os sinônimos “multivulnerabilidade” ou “supervulnerabilidade” ou, ainda, a expressão “vulnerabilidade agravada”, é utilizado para justificar um tratamento mais protecionista a subgrupos dentro de uma mesma categoria, que, em tese, detém um estado de

impotência superior aos demais⁷⁸. O vocábulo foi cunhado por Antônio Herman Benjamin, ao enfrentar amplamente o direito à informação do consumidor, na análise do REsp 586.316/MG, quando foi travada vasta discussão acerca da Lei do Glúten. No julgamento, o Ministro fez constar no seu voto:

O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas⁷⁹.

⁷⁸ ROUX-DEMARE, François-Xavier. La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe. *Les cahiers de la justice*, n. 4, 2019, p. 622.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial 586316/MG. Recorrente. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação - ABIA. Relator. Min. Antônio Herman Benjamin, 19 de março de 2009. DIREITO DO CONSUMIDOR. ADMINISTRATIVO. NORMAS DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA. DIREITO À INFORMAÇÃO. DEVER POSITIVO DO FORNECEDOR DE INFORMAR, ADEQUADA E CLARAMENTE, SOBRE RISCOS DE PRODUTOS E SERVIÇOS. DISTINÇÃO ENTRE INFORMAÇÃO-CONTEÚDO E INFORMAÇÃO-ADVERTÊNCIA. ROTULAGEM. PROTEÇÃO DE CONSUMIDORES HIPERVULNERÁVEIS. CAMPO DE APLICAÇÃO DA LEI DO GLÚTEN (LEI 8.543/92 AB-ROGADA PELA LEI 10.674/2003) E EVENTUAL ANTINOMIA COM O ART. 31 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. JUSTO RECEIO DA IMPETRANTE DE OFENSA À SUA LIVRE INICIATIVA E À COMERCIALIZAÇÃO DE SEUS PRODUTOS. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS POR DEIXAR DE ADVERTIR SOBRE OS RISCOS DO GLÚTEN AOS DOENTES CELÍACOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. [...] 17. No campo da saúde e da segurança do consumidor (e com maior razão quanto a alimentos e medicamentos), em que as normas de proteção devem ser interpretadas com maior rigor, por conta dos bens jurídicos em questão, seria um despropósito falar em dever de informar baseado no homo medius ou na generalidade dos consumidores, o que levaria a informação a não atingir quem mais dela precisa, pois os que padecem de enfermidades ou de necessidades especiais são frequentemente a minoria no amplo universo dos consumidores.

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

A doutrina acampou a orientação jurisprudencial e passou a definir hipervulnerabilidade como uma circunstância de agravamento da vulnerabilidade do sujeito consumidor de natureza pessoal e aparente (ou de fácil constatação)⁸⁰. No mesmo sentido, a professora Cláudia Lima Marques exemplifica crianças, idoso ou enfermo como hipervulneráveis:

Hipervulnerabilidade - Presunção de vulnerabilidade por doença, idade e necessidades especiais: A jurisprudência pátria aceita tanto a presunção de vulnerabilidade da pessoa física (art. 2º combinado com o art. 4º, §1º, do CDC), como destinatário final do produto e do serviço, quanto considera a hipervulnerabilidade da criança e do idoso consumidor, assim como daquele doente ou com necessidades especiais. Produtos e serviços destinados a estes consumidores, assim como a publicidade a eles destinada deve guardar parâmetros mais qualificados (art. 37, § 2º e art.39,IV), ou além do abuso pode dar azo a danos morais (REsp980860-SP)⁸¹.

Nesse contexto, utiliza-se “hipervulnerabilidade” para identificar grupos de consumidores que, por certas características, encontram-se em situação de desvantagem mais acentuada nas relações de consumo, haja vista os idosos, as crianças, as pessoas com deficiência ou consumidores em situação superendividamento – os chamados “superendividados”. Para a doutrina consumerista majoritária, apesar de todos os consumidores serem vulneráveis, existem subcategorias que possuem uma “vulnerabilidade agravada”, razão pela qual as regras gerais de proteção ao consumidor podem, em princípio, não ser suficientes para os interesses desses subgrupos⁸².

enriquecem a sociedade moderna. 19. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. [...] 22. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301612085&dt_publicacao=19/03/2009. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁸⁰ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 125. O consumidor com deficiência: hipervulnerabilidade, decisão apoiada e deveres anexos nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, 2018.

⁸¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 230.

⁸² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 142.

Com esse entendimento busca-se destacar uma categoria “especial” de vulneráveis que reúne peculiaridades que vão além da vulnerabilidade usual, a exemplo da pessoa idosa e, mais recentemente, da “super” idosa, do portador de deficiência ou, ainda, da criança. Em que pese ser essa a posição majoritária, esse trabalho, por escolha epistemológica, não adota essa forma de pensar, pois a divisão dos consumidores em categorias “hiper”, “super” ou simples implica, paradoxalmente, o esvaziamento do princípio da tutela da vulnerabilidade, ao fragmentar a proteção jurídica. Com isso, exige-se do legislador ordinário a concentração de esforços em grupos específicos mediante a confecção de legislação para cada espécie de nova subcategoria. Neste sentido, prefere-se o posicionamento de Carlos Nelson Konder que entende ser desnecessária a estratificação das vulnerabilidades:

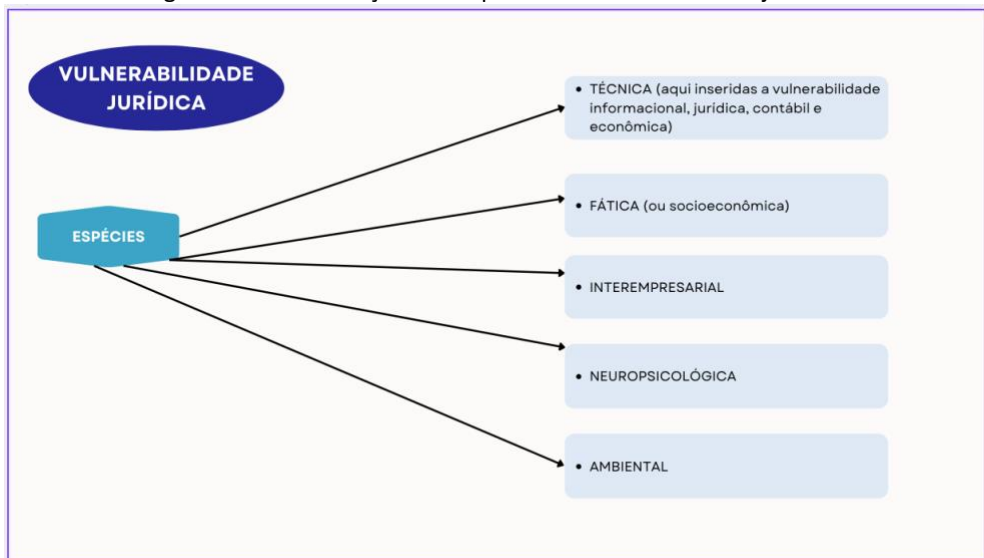
Esse panorama revela que a criação de categorias, embora possa ser útil em alguns casos, é prescindível. O fundamental, dessa forma, é reconhecer que a vulnerabilidade existencial prescinde de qualquer tipificação, eis que decorrência da aplicação direta dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, devendo sempre ser avaliada em atenção às circunstâncias do caso concreto.⁸³

Esse fracionamento, portanto, finda por hierarquizar a classe de vulneráveis em maior ou menor grau de importância, diluindo a proteção universal constitucionalmente reconhecida a todos os consumidores. Ademais, além de esvaziar o princípio da vulnerabilidade, macula o princípio da igualdade, ao viabilizar distinções dentro de uma mesma categoria como, por exemplo, a dos consumidores idosos e super idosos. Soa contraditório, portanto, eleger critérios de distinção de ordem subjetiva quando um dos pontos essenciais do trabalho é pontuar critérios de verificação para reconhecimento da vulnerabilidade de forma mais objetiva possível.

No que se refere às espécies, com o objetivo de proporcionar uma visualização mais clara daquelas utilizadas neste trabalho, apresenta-se a figura a seguir e, na sequência, expõe-se os fundamentos que justificam a utilização destas espécies para integrar o gênero “vulnerabilidade jurídica”.

⁸³ KONDER, Carlos Nelson, Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor** – RDC, v. 24, n. 99, p. 110, maio/jun. 2015.

Figura 4- Sistematização das espécies de vulnerabilidade jurídica



Fonte: A autora (2025).

A professora Cláudia Lima Marques concebe quatro espécies de vulnerabilidade: a informacional, técnica, a jurídica (ou científica), a fática (ou socioeconômica) e a profissional⁸⁴. Ademais, apesar de essas espécies serem as mais frequentes, com o passar dos anos, outras espécies de vulnerabilidade começaram a ser apontadas pela doutrina, a exemplo da política ou legislativa, da neuropsicológica, da econômica e social e da ambiental⁸⁵.

A vulnerabilidade informacional diz respeito à falha de informação que resulta em nulidade da contratação, por repercutir diretamente no processo decisório de contratação do consumidor.

⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 229.

⁸⁵ O autor acrescenta como espécie, ainda, a vulnerabilidade tributária, citando como exemplos a taxa de iluminação pública e a Contribuição Provisória sobre Manifestação Financeira - CPMF. No entanto, a tributação decorre do viver em sociedade dentro de um Estado Democrático de Direito, não se tratando, necessariamente, de uma espécie de vulnerabilidade. 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**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 141-201.

A vulnerabilidade técnica está relacionada à falta de conhecimento técnico em sentido amplo, isto é, sobre as especificações do produto ou serviço utilizado, modo de utilização ou qualquer outra característica de ordem técnica atinente ao objeto do contrato celebrado pelo sujeito vulnerável. O contratante, portanto, assume um estado de impotência porque não conhece – nem é capaz de conhecer – informações de ordem técnica, tecnológica, ou mesmo da forma de utilização quanto aos cuidados a serem tomados no manuseio do produto ou na fruição do serviço.

Por outro lado, a vulnerabilidade jurídica ou científica decorre da impotência do sujeito acerca das consequências jurídicas decorrentes da contratação as quais o contratante vulnerável é incapaz de conhecer ou avaliar, por sua notável falta de conhecimento a respeito. Não se trata de uma falha de informação pura e simples, mas da impossibilidade de compreensão das consequências do contrato. Assim, ainda que a informação tenha sido prestada adequadamente o consumidor desconhece as consequências da contratação. Em razão disso, o CDC regrou de forma ampla a nulidade de cláusulas contratuais abusivas em seção própria (seção II do Capítulo VI do CDC) e, recentemente, trouxe capítulo específico acerca da prevenção ao superendividamento (Capítulo VI-A), contendo dispositivos acerca do dever de informar as consequências do contrato.

A professora Cláudia Lima Marques⁸⁶ insere a vulnerabilidade econômica e contábil dentro do conceito amplo de vulnerabilidade jurídica. Por outro lado, Paulo Valério Dal Pai Moraes, aponta entendimento divergente justificado na autonomia das ciências econômica e contábil, razão pela qual no entender deste autor essas espécies de vulnerabilidade deveriam estar dentro do conceito de vulnerabilidade técnica⁸⁷. Na realidade, o conceito de vulnerabilidade técnica deveria abranger tanto a vulnerabilidade técnica em sentido estrito, como a informacional, a jurídica, contábil e econômica, pois todas dizem respeito à incapacidade de compreensão do consumidor acerca do objeto do contrato ou de suas cláusulas. Destaque-se, por oportuno, que quanto mais subdivisões e

⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 229.

⁸⁷ 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**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 145-146.

espécies são apresentadas mais espaço para esvaziamento da tutela dos vulneráveis se dá.

Já vulnerabilidade fática ou socioeconômica é o estado de impotência econômica alcançado pelo sujeito, isto é, a falência diante da impossibilidade de sustento próprio. Exemplo disso são os titulares de alimentos, os superendividados ou, no âmbito empresarial, as empresas em recuperação judicial ou cuja falência foi decretada. Importa registrar, ainda, que a vulnerabilidade econômica não se confunde com a hipossuficiência, por ser de ordem material, isto é, está relacionada ao mínimo existencial do sujeito, enquanto a hipossuficiência é de natureza processual.

A hipossuficiência é uma “falta de suficiência”, de natureza processual, seja de ordem econômica, seja de ordem probatória. A hipossuficiência econômica confere ao sujeito hipossuficiente os benefícios da gratuidade da justiça; já a hipossuficiência processual viabiliza a inversão do ônus da prova seja por meio distribuição dinâmica do ônus da prova do CPC (art. 373, §1º, do CPC), seja com previsão específica para as relações de consumo (art. 81 do CDC). Nesse sentido, Bruno Miragem:

Neste sentido, é necessário distinguir entre vulnerabilidade e hipossuficiência, ambas expressões presentes no CDC. No caso da hipossuficiência, presente no artigo 6º, VIII, do CDC, a noção aparece como critério de avaliação judicial para a decisão sobre a possibilidade ou não de inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Refere a norma em comento, indicando direito básico do consumidor: “A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. Ou seja, nem todo o consumidor será hipossuficiente, devendo esta condição ser identificada pelo juiz no caso concreto. Trata-se, portanto, de um critério que depende, segundo duas linhas de entendimento: a) da discricionariedade do juiz, permitindo que ele identifique, topicamente, a existência ou não de debilidade que dificulte ao consumidor, no processo, sustentar suas alegações com provas que demonstrem a veracidade das suas alegações; b) de

conceito indeterminado, cujo preenchimento de significado deve se dar segundo critérios objetivos, porém, sem espaço de escolha para o juiz, senão de mera avaliação dos fatos da causa e sua subsunção à norma. De qualquer sorte, a impossibilidade de realizar a prova no processo, a nosso ver, não se restringe apenas à falta de meios econômicos para tanto, mas pode se caracterizar também pela ausência de meios para obtê-la (por exemplo, o fornecedor que se recusa a oferecer a cópia do contrato para o consumidor, ou simplesmente a realização do contrato meramente verbal, com ausência de um documento escrito)⁸⁸.

Assim, apesar da clara distinção dos conceitos tanto pelo legislador como por parte da doutrina, é comum a jurisprudência misturar os conceitos de hipossuficiência e de vulnerabilidade e, por vezes, utilizá-los como sinônimos.

A vulnerabilidade profissional, segundo a professora Cláudia Lima Marques, diz respeito às situações do consumidor intermediário, isto é, quando os microempresários individuais, ou as microempresas ou as pessoas jurídicas de pequeno porte demonstram, no caso concreto, estarem em estado de impotência e, por consequência, buscam em juízo a aplicação extensiva do CDC⁸⁹.

Essa vulnerabilidade “profissional”, na qual se persegue a aplicação inapropriada do CDC, distingue-se da espécie vulnerabilidade interempresarial, adotada no presente trabalho. Nesta última, a empresa, independentemente do seu porte, seja por dependência de insumo, ou pelo monopólio da produção de determinado bem, ou por impossibilidade de acesso aos próprios sistemas, ou, ainda, por adesão a cláusulas contratuais preestabelecidas atinge um estágio de impotência. Em situações dessa natureza, a empresa pretende o reconhecimento do estado de impotência para a obtenção do empoderamento necessário ao reestabelecimento da estabilidade da relação, mesmo diante da incidência das regras de paridade do Código Civil ou de proteção da concorrência (Lei n. 12.529/2011).

⁸⁸ MARQUES, Claudia Lima; Benjamin, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123.

⁸⁹ *Ibidem*. p. 171.

Já a vulnerabilidade política ou legislativa se extrai, segundo Paulo Valério Dal Pai Moraes, da promulgação de leis que não traduzem à vontade da maioria tampouco atendem aos direitos dos vulneráveis⁹⁰. Exemplo disso seria a modificação legislativa realizada pela Lei n. 13.043/2014 no Decreto-Lei n. 911 que trata dos contratos de alienação fiduciária. A referida lei alterou o artigo 2º para reconhece a mora a partir do termo final do prazo para pagamento e impõe como consequência o vencimento antecipado de todas as obrigações contratuais, independentemente de notificação extrajudicial. A modificação legislativa foi imposta sem levar em consideração a vulnerabilidade do consumidor e o seu direito de ser notificado, cobrado e informado acerca do inadimplemento e do vencimento das parcelas. Afinal, no direito obrigacional, a dívida continua sendo quesível.

Não se nega que os poderes Legislativo e Executivo, por vezes, promulgam leis e atos em desfavor de categorias de vulneráveis. No entanto, não se pode eleger o resultado do exercício pleno da democracia e das escolhas de gestão destes Poderes como uma espécie vulnerabilidade, pois os membros que os compõem representam a vontade da coletividade, tendo sido legitimamente eleitos pelo voto. Não há a imposição de um estágio de impotência, mas a má escolha de representantes políticos que podem ser trocados a cada período legislativo.

A vulnerabilidade neuropsicológica é vista como a predisposição de um indivíduo em reagir de maneira mais favorável ou desfavorável a determinados estímulos, em virtude de características, cognitivas e comportamentais, a ele inerentes. Essa predisposição está relacionada à forma como o cérebro responde a determinadas informações, estímulos externos e estrutura de padrões de comportamento frente a influências sensoriais e emocionais. Nesse sentido Paulo Valério Dal Pai Moraes:

Fácil compreender, portanto, a extrema vulnerabilidade psíquica e fisiológica do ser humano, pois, a partir do conhecimento da “arquitetura” nervosa os interessados na sua estimulação se valerão de todas as técnicas para aflorar necessidades, criar desejos, manipular manifestações de vontade, e, assim, gerar indefinidas

⁹⁰ 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. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 155-156.

circunstâncias que poderão ter como resultado o maior consumo e, em grau mais perverso, inclusive obrigar ao consumo de produtos ou serviços inadequados⁹¹.

Dentro desse contexto, ainda que o sujeito seja conhecedor dos mecanismos neuronais capazes de vulnerá-lo, a vulnerabilidade fisiológica subsiste, permanecendo o sujeito biologicamente vulnerável aos estímulos sensoriais a ele expostos⁹². Atualmente, a vulnerabilidade neuropsicológica, defendida há anos por Dal Pai, está evidenciada, de forma mais ampla, nas plataformas digitais. Os usuários ficam expostos a uma série de estímulos capazes de modular seus estados emocionais, influenciar suas decisões e, muitas vezes, gerar comportamentos impulsivos.

Os usuários do *Facebook*, do *Instagram* e do *Tik Tok*, por exemplo, são psiquicamente vulneráveis aos estímulos de consumo projetados para os seus perfis de navegação. Isso porque essas plataformas operam algoritmos sofisticados de captação e processamento de dados, por meio de inteligência artificial, capazes de estabelecer padrões de navegação, preferências, histórico de interações e emoções, manifestadas por meio de “curtidas”, compartilhamentos e comentários. Dentro desse contexto, os conteúdos apresentados pelas plataformas são construídos de forma a maximizar o engajamento e manter os usuários regularmente expostos aos incentivos de consumo.

A publicidade realizada nas plataformas digitais é capaz de provocar desejos irracionais de compra, impulsionar a compulsão pelo consumo, aflorando a vulnerabilidade psíquica dos usuários. A denominada publicidade orgânica, promovida por influenciadores digitais, possui um alto poder de convencimento, por não ser percebida de imediato pelo consumidor. Isso porque o conteúdo publicitário está inserido nas postagens do cotidiano destas personalidades digitais, por meio de uma ilusão de espontaneidade e autenticidade, responsável por reforçar a interação do público com os produtos e serviços por ele promovidos.

Os *unboxings* (conhecidos, no Brasil, como “recebidos do dia”), isto é, vídeos nos quais os influenciadores abrem e demonstram produtos enviados gratuitamente pelas empresas, são a principal ferramenta de

⁹¹ *Ibidem*. p. 172.

⁹² *Ibidem*. p. 173.

incentivo ao consumo do ambiente digital. Essa atividade não passa de uma repaginada à antiga dinâmica de amostragem e testes de produtos realizados por emissoras de televisão. A principal distinção entre ambas as atividades reside na proximidade estabelecida entre o público-alvo e os influenciadores, que exercem um papel primordial na decisão de compra. Isso se extrai não só pelo entusiasmo do influenciador na demonstração do produto recebido, mas também pelo estado de pertencimento provocado no espectador cujo efeito psicológico é, sem dúvida, uma explosão de dopamina e do sentimento de satisfação por meio da realização da compra dos produtos, sem qualquer reflexão acerca de sua qualidade ou do seu preço. O impulso pelo consumo é agravado pela tendência natural do ser humano de imitar comportamentos socialmente desejáveis.

Outra prática realizada por esses influenciadores, causadora de graves danos ao patrimônio do consumidor, é a divulgação e incentivo de jogos de azar, a exemplo do “jogo do tigrinho”. Nesse caso, promove-se a falsa ideia de lucro rápido e fácil por parte do usuário que muitas vezes se torna viciado ao uso do aplicativo e, na esperança de recuperar o dinheiro gasto, realiza empréstimos para continuar jogando.

A interseção entre o uso da neurociência nas plataformas digitais e a publicidade evidencia questões importantes sobre ética e regulação, exigindo um olhar atento por parte do Direito, da atividade empresarial e do Poder Público. Fica evidente a necessidade de adoção de mecanismos de transparência e conscientização que podem ser materializados pela promoção da educação digital dos usuários, da identificação clara e precisa de postagens patrocinadas e o do exercício responsável da atividade de influenciador digital.

Por sua vez, a econômica e social, na visão de Paulo Valério Dal Pai Moraes, “decorre diretamente da disparidade de forças existente entre os consumidores e os agentes econômicos, relevado que estes possuem maiores condições de impor a sua vontade àqueles, por intermédio da utilização dos mecanismos técnicos mais avançados que o poderio monetário pode conseguir”⁹³. Essa percepção se confunde com a ideia de vulnerabilidade extrínseca utilizada na perspectiva da saúde pública, na perspectiva das autoras Wendy Rogers e Ângela Ballantyne, já trabalhada no item anterior, vista como a impossibilidade de defender seus próprios

⁹³ *Ibidem*. p. 175.

interesses em razão do contexto econômico e/ou social ao qual o sujeito está inserido.

Essa espécie de vulnerabilidade trazida pelo autor se equivoca quando intrinsecamente se demonstra ligada à ideia de condições reais de igualdade. No entanto, é fundamental que não seja utilizada como sinônimo dessa noção, evitando confusões conceituais, pois o objetivo final deste trabalho é distinguir o princípio da igualdade do princípio da tutela da vulnerabilidade, assegurando que cada um seja compreendido e aplicado de forma autônoma dentro do ordenamento jurídico.

A vulnerabilidade ambiental, por outro lado, refere-se ao estado de impotência do meio ambiente em relação aos grandes desastres a exemplo de quebra de barragens, enchentes, provocando a extinção de espécies da fauna ou da flora em prejuízo das próximas gerações. Note-se que os sujeitos vulneráveis (meio ambiente e futuras gerações) são sujeitos de direito, porque alvo de tutela, mas não são pessoas, porque desprovidos de personalidade. François-Xavier conceitua vulnerabilidade ambiental como a *“suscetibilidade de uma sociedade ser prejudicada por uma mudança, abrupta ou não do seu ambiente”*, citando como exemplo as catástrofes naturais, a poluição e as alterações climáticas⁹⁴.

O CDC, em alteração recente trazida pela Lei n. 14.181/2021, acresceu dentre os princípios atinentes à Política das Relações de Consumo, no art. 4º, inciso IX, para promoção e o fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores.

Da interpretação harmônica entre o artigo 4º, inciso III, do CDC com o artigo 170, VI, da CF/1988 extrai-se que a vulnerabilidade ambiental está diretamente ligada às práticas de produção e consumo, exigindo um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente, isto é, este não deve ocorrer às custas da degradação ambiental e de ofensa aos direitos do consumidor. Quando o CDC prevê, entre artigos 8º e 10, norma protetiva para minimizar os impactos de produtos perigosos ou nocivos no mercado de consumo, está tutelando não só o consumidor

⁹⁴ ROUX-DEMARE, François-Xavier. La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe. *Les cahiers de la justice*, n. 4, 2019, p. 629.

como também o meio ambiente, ao incentivar práticas sustentáveis de descarte e reciclagem⁹⁵.

Para a doutrina brasileira, a tutela da vulnerabilidade ambiental é mais bem alocada no campo da responsabilidade civil. Isso porque não só o meio ambiente – em sua forma complexa – como também as formas fracionadas de florestas, rios, mares e animais se apresentam como sujeitos de direito vulneráveis, susceptíveis de tutela e de reparação integral. O artigo 225 da Constituição Federal reconhece o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental de todos, impondo ao poder público e à coletividade o dever de protegê-lo e preservá-lo para as gerações presentes e futuras.

O rompimento da barragem de resíduos de minério em Mariana, Minas Gerais, é nominado por Romualdo Baptista dos Santos de “dano enorme”, isto é, dano de proporções catastróficas, que causam considerável clamor social, relacionados ao modo de vida da sociedade moderna e cuja causalidade é múltipla, difusa ou indeterminada⁹⁶. Nesse sentido, o autor:

As centenas de toneladas de lama tóxica que foram liberadas pelas barragens alcançaram o leito do Rio Doce, tornando sua água imprópria para o consumo e aniquilando imediatamente os peixes e outras formas de vida no rio. A lama percorreu toda a extensão do rio até sua foz no litoral do Espírito Santo, trazendo também enorme poluição para as águas do oceano e prejuízo para a vida marinha. Várias são as espécies animais afetadas definitivamente pelo desastre ecológico. Enorme é o prejuízo para as pessoas e animais que vivem em torno do Rio Doce. Em determinado momento, chegou-se a decretar a morte do rio, o que não deixa de ser um eufemismo diante da possibilidade de medidas de recuperação e do próprio poder de regeneração natural. No entanto, não se pode negar a ocorrência de enorme

⁹⁵ 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. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 182-183.

⁹⁶ SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Responsabilidade civil por dano enorme**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 204.

dano ambiental que demandará tempo e muitos investimentos até a integral recuperação.⁹⁷

A tutela da vulnerabilidade ambiental, portanto, deve equacionar os direitos das futuras gerações, os direitos dos consumidores, a responsabilidade pós-consumo, mediante políticas adequadas de descarte de resíduos e embalagens, a sustentabilidade, por meio do incentivo de práticas de reciclagem e o desenvolvimento econômico.

Diante desse estudo mais moderno acerca das espécies de vulnerabilidade, pelas razões acima expostas, entende-se, em suma, como mais adequadas as seguintes espécies: i) técnica (aqui inseridas a vulnerabilidade informacional, jurídica, contábil e econômica); ii) fática (ou socioeconômica); iii) interempresarial, iv) neuropsicológica e v) ambiental.

2.3 A CLASSIFICAÇÃO DA TUTELA DA VULNERABILIDADE JURÍDICA

A compreensão da vulnerabilidade jurídica exige não apenas a identificação do seu eixo comum — o estado de impotência vivenciado pelo sujeito de direito —, mas também o esforço de sistematização de suas múltiplas manifestações. Ao longo das últimas décadas, a doutrina vem construindo distintos modelos classificatórios com o objetivo de operacionalizar essa noção no campo das relações privadas. Entre essas contribuições, destacam-se as formulações de Paulo Lôbo e Carlos Nelson Konder, que propõem distinções fundamentais para a delimitação da vulnerabilidade sob diferentes prismas.

Paulo Lôbo propõe uma classificação da vulnerabilidade contratual a partir de dois grandes vetores: a vulnerabilidade estrutural e a vulnerabilidade circunstancial. A vulnerabilidade estrutural, segundo o autor, ocorre quando há presunção legal absoluta de que determinada parte da relação é merecedora de tutela jurídica especial. Diz respeito à posição jurídica ocupada pelo sujeito de direito, independentemente da demonstração de condições reais desta vulnerabilidade. É assim, por exemplo, que o consumidor, pobre ou rico, é juridicamente vulnerável. Já a vulnerabilidade circunstancial emerge do caso concreto, quando se verifica

⁹⁷ SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Responsabilidade civil por dano enorme**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 207.

o rompimento da paridade inicial estabelecida entre as partes. Nessa hipótese, a proteção jurídica depende da demonstração da frustração da base negocial firmada na contratação, em razão de alterações supervenientes nas condições contratuais ou da configuração de onerosidade excessiva⁹⁸.

Em complementação à distinção traçada por Paulo Lôbo, Carlos Nelson Konder aprofunda a compreensão da vulnerabilidade ao introduzir uma diferenciação qualitativa entre vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial. Para o autor, a vulnerabilidade patrimonial se manifesta em situações de inferioridade negocial, nas quais o sujeito encontra-se exposto a lesões essencialmente econômicas, com impactos apenas reflexos sobre sua personalidade. Nesses casos, o ordenamento jurídico atua por meio de mecanismos clássicos das relações patrimoniais, como a invalidação de cláusulas abusivas e a imposição de reparação civil. Por outro lado, a vulnerabilidade existencial é compreendida como uma condição subjetiva de acentuada fragilidade, na qual o titular se encontra mais suscetível a danos em sua esfera não patrimonial⁹⁹.

A partir dessas formulações doutrinárias, delinea-se neste trabalho uma sistematização ampliada da vulnerabilidade jurídica, com o intuito de expandir a aplicabilidade do conceito de vulnerabilidade aqui desenvolvido. A utilidade dessa classificação é oferecer um direcionamento interpretativo para a construção da norma jurídica de tutela da vulnerabilidade de maneira eficaz e específica para cada esfera de proteção do indivíduo.

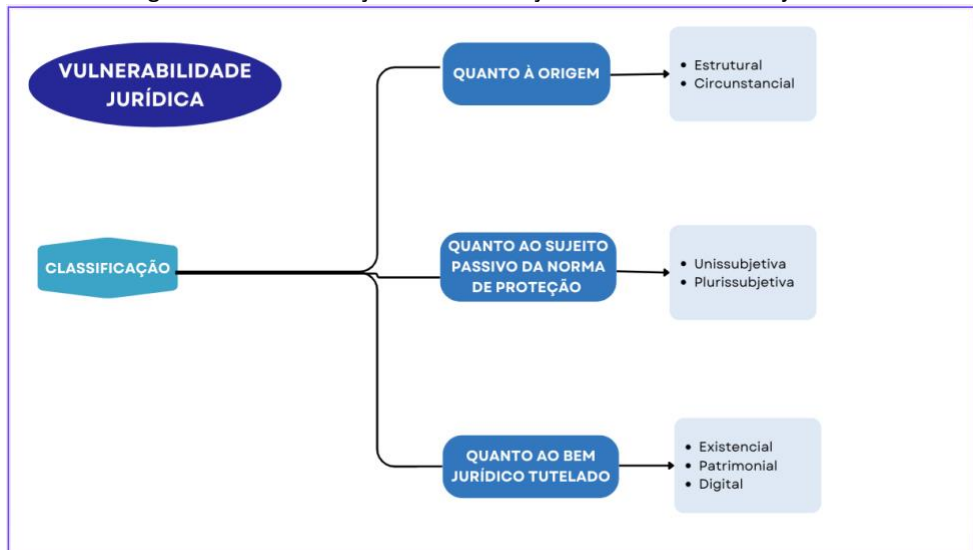
Assim, a partir do eixo comum da vulnerabilidade jurídica – o estado de impotência do sujeito de direito – estruturou-se um modelo classificatório segundo três critérios fundamentais: (i) quanto à origem da vulnerabilidade, que pode ser estrutural ou circunstancial, conforme decorra de uma condição permanente ou de uma situação transitória; (ii) quanto ao sujeito passivo da norma de proteção, a vulnerabilidade pode ser unissubjetiva ou plurissubjetiva e (iii) quanto ao bem jurídico tutelado, ela pode ser existencial, patrimonial e digital (ou mista), a depender da natureza

⁹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Vulnerabilidade Jurídica do Contratante. In Ehrhardt, Marcos; LÔBO, Fabíola (Coord.) **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, pp. 1-2.

⁹⁹ KONDER, Carlos Nelson. A distinção entre vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial. In Barleta, Fabiana e Almeida, Vitor (coords.). **Vulnerabilidades e suas dimensões jurídicas**. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, pp. 22-23.

da esfera de direito atingida. Para melhor ilustrar esse modelo classificatório, apresenta-se a seguir uma figura esquemática que sintetiza visualmente os três critérios adotados:

Figura 5 - Sistematização da classificação da vulnerabilidade jurídica



Fonte: A autora (2025).

A vulnerabilidade estrutural, em complemento aos ensinamentos de Paulo Lôbo, pode ir além da vulnerabilidade do contratante, pois diz respeito à posição jurídica ocupada pelo sujeito de direito, independentemente da demonstração de condições reais desta vulnerabilidade. O idoso, a pessoa com deficiência, a mulher, a criança e o adolescente, o meio ambiente, todos, são presumidamente vulneráveis nos termos e limites previstos no ordenamento jurídico. Do mesmo modo, a vulnerabilidade circunstancial vai além do direito negocial e pode ser reconhecida, a depender da prova de circunstâncias específicas como, por exemplo, a gestação, para a titular dos alimentos gravídicos, ou a posse do imóvel por parte do companheiro sobrevivente, fato gerador do direito real de habitação ou, ainda, a hipótese da vulnerabilidade da pessoa jurídica, denominada de consumo intermediário.

A segunda classificação proposta refere-se ao sujeito passivo da norma jurídica de proteção, ou seja, ao destinatário – individual ou coletivo

– que deve se submeter aos efeitos da tutela conferida ao sujeito vulnerável. Nessa perspectiva a vulnerabilidade pode ser unissubjetiva ou plurissubjetiva, a depender de sua estrutura de oponibilidade. A vulnerabilidade unissubjetiva apresenta natureza relacional, pois a sua tutela é *interpartes*, ou seja, oponível apenas aos sujeitos diretamente envolvidos na relação jurídica em que a vulnerabilidade se manifesta, a exemplo dos contratos de consumo ou nas relações trabalhistas. A vulnerabilidade plurissubjetiva ocorre quando a tutela é *erga omnes*, isto é, oponível contra todos, a exemplo da coletividade de pessoas que prestam concursos públicos e devem respeitar a política de cotas voltada à reserva de vagas.

No que diz respeito à natureza do bem jurídico tutelado, a vulnerabilidade pode ser classificada como existencial, patrimonial e digital (ou mista). Essa última ocorre dentro do ambiente digital e, por ser *sui generis*, justifica-se em razão da impossibilidade de se dissociar os aspectos existências e patrimoniais do sujeito neste mesmo ambiente.

Considerando que as duas primeiras classificações — origem da vulnerabilidade e sujeito passivo da norma — vem sendo exploradas ao longo do trabalho, os subtópicos seguintes serão dedicados ao aprofundamento da terceira classificação, relativa ao bem jurídico tutelado.

2.3.1 Vulnerabilidade existencial

Dentre as diversas categorias de vulneráveis já elencadas, a pessoa humana e o nascituro¹⁰⁰ se apresentam, dentre os sujeitos de direitos, como os susceptíveis de sofrer danos de natureza existencial. A tutela da vulnerabilidade existencial, portanto, está mais voltada ao ser humano em si, visto como o protagonista das relações jurídicas e, por consequência, como o bem maior a ser protegido pelo direito. Reconhecer a vulnerabilidade existencial para proteger os direitos personalíssimos constitui um dos caminhos possíveis para concretizar a dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, Carlos Konder:

[...] a categoria da vulnerabilidade existencial, que pode ser entendida como a situação jurídica subjetiva em que

¹⁰⁰ Apesar de o Código Civil adotar a Teoria Natalista, os nascituros são reconhecidos como sujeitos de direitos pelo STJ (vide Recursos Especiais n. 1.415.727, 1.120.676, 1.170.239, 931.556).

o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰¹

Por esse prisma, no início da linha de existência, os denominados alimentos gravídicos, estabelecidos pela Lei 11.804, de 5.11.2008, são garantidos à mulher grávida¹⁰² como meio de preservar a dignidade da gestação e a saúde do nascituro. Além disso, a gestante faz jus não só a sua proteção contra práticas invasivas que possam vir a resultar em violência obstétrica¹⁰³, como também deve receber tratamento prioritário em filas e estacionamentos de estabelecimentos comerciais¹⁰⁴, além de assentos identificados nos transportes públicos¹⁰⁵. Nessas situações, preserva-se a existência da gestante e do nascituro.

Já as crianças e os adolescentes formam a categoria dos vulneráveis por excelência, em decorrência do discernimento deficitário e da imaturidade oriunda da pouca idade, necessitando, desde o nascimento, de apoio material e de suporte afetivo, para se desenvolverem enquanto

¹⁰¹ KONDER, Carlos Nelson. A distinção entre vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial. In Barleta, Fabiana e Almeida, Vitor (coords.). **Vulnerabilidades e suas dimensões jurídicas**. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, pp. 22-23.

¹⁰² Foge ao tema deste trabalho, uma discussão mais aprofundada acerca da natureza jurídica dos alimentos gravídicos e da sua titularidade, devendo ficar registrada, contudo, a lição de Rodrigo da Cunha Pereira acerca do assunto: "São os alimentos, ou pensão alimentícia, para cobrir as despesas da gestante no período de gravidez e do parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, interações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e indispensáveis [...]". PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**. 3ª Ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2023. p. 60.

¹⁰³ Apesar de não haver Lei Federal vigente regulamentando a violência obstétrica especificamente, o projeto de lei n. 422/2023, de relatoria da Deputada Laura Carneiro, é o mais recente em trâmite no Congresso Nacional. No âmbito estadual, o tema é regulado por algumas leis como, por exemplo, a Lei n. 16.499/2018 do Estado de Pernambuco, a Lei n. 20.127/2020 do Estado do Paraná, a Lei 18.322/2022 do Estado de Santa Catarina.

¹⁰⁴ O Decreto n. 5.296 de 2 de dezembro de 2004 é o regulamentador da Lei n. 10.048/2000, que institui a prioridade de atendimento às pessoas com deficiência, idosos e gestantes, e da Lei n. 10.098/2000, responsável por instituir normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade para essas categorias.

¹⁰⁵ A prioridade de assentos é reconhecida pela Lei 10.048 de 8 de novembro de 2000.

peças¹⁰⁶. O art. 227 da Constituição Federal¹⁰⁷ assegurou proteção integral e prioridade absoluta de direitos e garantias a crianças e adolescentes, encarregando a família, a sociedade e o Estado o dever de prestar-lhes uma vida digna. Tudo isso foi regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13.7.1990), primeiro microssistema criado para reger e proteger uma categoria de vulneráveis após a Constituição Federal de 1988. Nesse universo,

Fala-se em uma tríade de proteção e promoção: princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, doutrina da proteção integral e a parentalidade responsável. Com o escopo de viabilizar esse desenvolvimento, as relações parentais – formais e autoritárias – tornaram-se dialógicas e abrangem os mais variados aspectos da vida dos filhos, os quais passaram a ter vez e voz, instituindo-se sua participação no próprio exercício da autoridade parental¹⁰⁸.

No estágio mais avançado do ciclo da vida, os idosos experimentam, em decorrência do processo de envelhecimento natural, a diminuição da sua capacidade motora e, em determinadas circunstâncias, podem vir a enfrentar um declínio na sagacidade cognitiva, peculiar aos anos de juventude. Essas características, por consequência, os tornam mais vulneráveis. Por outro lado, a senilidade, por si só, não transforma essa categoria em pessoas incapazes ou mesmo portadores de deficiência, devendo ser tratados como o devido respeito e dignidade a partir de uma tutela real ao processo de envelhecimento. Nesse cenário, o art. 230 da

¹⁰⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

¹⁰⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹⁰⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. MOUTINHO, Maria Carla. Vulnerabilidade Digital de Crianças e Adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. In: EHRARDT JR. Marcos. LOBO, Fabíola (Org.) **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indiatuba (SP): Ed. Foco, 2021 p. 135.

Constituição Federal¹⁰⁹ atribuiu também à família, à sociedade e ao Estado a responsabilidade de garantir aos maiores de 60 anos o direito de participar ativamente da vida em comunidade, preservando-lhes a dignidade, o bem-estar, a participação ativa na comunidade e, em última análise, a vida.

Sob a perspectiva da classe dos idosos, Leonor Duarte de Almeida aponta o idoso vulnerável como “alguém que possui cidadania frágil, que não consegue exercer seu direito à integridade física e psicológica como condição de acesso à plenitude existencial em sociedade”¹¹⁰.

Já a Lei 8.842/1994 instituiu a Política Nacional do Idoso cujos pilares são a promoção da cidadania, da autonomia e da integração social das pessoas idosas por meio da integração familiar e estatal. Paralelamente, a Lei n. 10.403/2003 implementou mais um microssistema: o Estatuto do Idoso, responsável por tutelar a proteção integral desta categoria de vulneráveis e garantir o exercício de seus direitos fundamentais. Nesse sentido, importa destacar o reconhecimento da vulnerabilidade a partir de um direito ao envelhecimento digno, extraído da proteção constitucional e regulamentado pelo Estatuto do Idoso:

O direito ao envelhecimento digno é personalíssimo e a sua tutela está na categoria dos direitos sociais (art. 8º), sendo essencial à vida e ao desenvolvimento humano, razão pela qual inclui, dentre outras incursões, o cuidado com a *vida de relações* da pessoa idosa e sua inserção no mundo. Nesse contexto, o Estatuto do Idoso prevê, no art. 10, §1º, V, que o direito à liberdade alcança a participação familiar e comunitária e o inciso VI, a participação na vida política. Já é ultrapassada a ideia de que o idoso não se adequa mais aos tempos contemporâneos, limitando-se às atividades domésticas, ao crochê ou ao xadrez. A pessoa idosa hoje busca muito mais e esses anseios são devidamente tutelados pelo Estatuto do Idoso, ao proteger-lhe a dignidade, a liberdade e o respeito (art. 10). Nessa esteira, o §3º do art. 10 determina que “todos devem defender a

¹⁰⁹ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

¹¹⁰ ALMEIDA, Leonor Duarte de. Suscetibilidade: novo sentido para a vulnerabilidade. **Revista Bioética**, v. 18, n. 3, p. 539, 2010.

dignidade do idoso, para que esteja a salvo de qualquer tratamento desumano, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”¹¹¹.

Nesse contexto, o legislador brasileiro, ao reconhecer a vulnerabilidade existencial dos idosos, concedeu a estes prioridade nas filas de bancos, nos embarques e desembarques de transportes¹¹², na concessão de vagas de estacionamentos exclusivas em estabelecimentos públicos ou privados¹¹³, na gratuidade em transporte coletivo público¹¹⁴, na aquisição de imóvel para moradia dos programas habitacionais públicos¹¹⁵, além do critério de desempate prioritário nos concursos públicos¹¹⁶.

Apesar disso, recentemente, durante os anos mais críticos da pandemia da Covid-19, o sentido semasiológico dado à vulnerabilidade, vista como via legal para dar prioridade de vacinação aos idosos, foi oscilante. Na Indonésia, a classe trabalhadora, formada por jovens, em sua maioria, foi eleita como o primeiro grupo de vulneráveis para a vacinação prioritária, pois o critério levado em consideração para ressignificar a vulnerabilidade foi a utilidade laboral, razão pela qual os idosos foram alocados ao final da fila de vacinação¹¹⁷. Diversamente, no Brasil, os idosos

¹¹¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MOUTINHO, Maria Carla. Vulnerabilidade digital da pessoa idosa. In SILVA, Michael César [et. al]. *Impactos do coronavírus: diálogos, reflexões e perspectivas contemporâneas*. vol. II. Belo Horizonte: Editora Newton Paiva, 2022, p. 97.

¹¹² DECRETO n. 5.296 de 2 de dezembro de 2004.

¹¹³ RESOLUÇÃO n. 303/304 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN).

¹¹⁴ LEI 10.741/2003. Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

¹¹⁵ LEI 10.741/2003. Art. 38. Nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, a pessoa idosa goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, observado o seguinte: I - reserva de pelo menos 3% (três por cento) das unidades habitacionais residenciais para atendimento às pessoas idosas; II – implantação de equipamentos urbanos comunitários voltados à pessoa idosa; III – eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas, para garantia de acessibilidade à pessoa idosa; IV – critérios de financiamento compatíveis com os rendimentos de aposentadoria e pensão. Parágrafo único. As unidades residenciais reservadas para atendimento a pessoas idosas devem situar-se, preferencialmente, no pavimento térreo.

¹¹⁶ LEI 10.741/2003. Art. 27. Na admissão da pessoa idosa em qualquer trabalho ou emprego, são vedadas a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir. Parágrafo único. O primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada.

¹¹⁷ Na Indonésia, o grupo prioritário eleito pelo governo foi o de trabalhadores mais jovens com idade entre 18 e 59 anos, antes do grupo de idosos. HENSCHKE, Rebecca; ANUGRAH, Pijar. *Vacina*

foram os primeiros a serem vacinados, diante do critério existencial da fragilidade da vida destes e em respeito ao já mencionado arcabouço normativo em prol do direito ao envelhecimento digno.

No entanto, no curso da pandemia, diante da possibilidade concreta de esgotamento de recursos, a Associação de Medicina Intensiva Brasileira - AMIB e a Associação Brasileira de Medicina de Emergência - ABRAMEDE emitiram recomendação de protocolo de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia da Covid-19, com o propósito de auxiliar os profissionais de saúde na tomada de decisões complexas relacionadas à distribuição de leitos e ventiladores. O ponto mais controverso foi apontar a faixa etária como um dos principais critérios de triagem. Diante das incertezas sanitárias, o preconceito velado aos idosos em relação à distribuição de leitos nos hospitais superlotados ficou evidente, pois, em um primeiro momento, presumiu-se a menor viabilidade de sobrevivência destes em relação aos mais jovens, deturpando o alcance dado à vulnerabilidade.

A conduta discriminatória e inconstitucional resultou na modificação imediata do protocolo para inclusão do critério funcional, em substituição ao critério etário, após a intervenção de outras duas instituições, a Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia e a Academia Nacional de Cuidados Paliativos. Nesse sentido, a recomendação fez constar:

No modelo de triagem em sua versão atual buscamos um critério alternativo à idade e que pudesse, sem impor viés discriminatório direto a nenhum subgrupo social, representar melhor o reconhecimento de que além da gravidade das disfunções orgânicas e da presença de comorbidades a reserva fisiológica de um paciente também está associada a piores desfechos como mortalidade hospitalar e mortalidade a longo prazo. Duas medidas candidatas e que estão associadas ao conceito de reserva fisiológica e que podem ser facilmente

contra covid-19: a estratégia do país que decidiu vacinar os jovens antes dos idosos. <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55664307> Acesso em:17 jan. 2023. Já no Brasil, o plano nacional de vacinação optou por eleger como prioritários os idosos. Vide Ministério da Saúde. Plano Nacional de Operacionalização da vacinação contra a Covid – 19. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes-tecnicas/guias-e-planos/plano-nacional-de-operacionalizacao-da-vacinacao-contra-covid-19.pdf>. Acesso em:02 out. 2023.

utilizadas como estratificação de risco seriam a fragilidade e a funcionalidade¹¹⁸.

A opção pelo modelo funcional no sistema de triagem de alocação de leitos adveio de uma escala desenvolvida para avaliar a capacidade física e a independência de pacientes oncológicos. Isso porque – independentemente da presença de outros fatores clínicos como, por exemplo, a idade, o diagnóstico afirmativo de doenças pré-existentes e a gravidade dessas comorbidades – quanto mais baixa a performance do paciente, menor é a resposta clínica ao tratamento e maior é o tempo de internação e a taxa de mortalidade¹¹⁹.

Assim, em meio a um ambiente extremo de crise sanitária, os critérios de prioridade para grupos de vulneráveis foram extremamente díspares e oscilantes, a depender da seletividade dada pelo intérprete. Ora, viu-se o idoso vulnerável ser priorizado para receber a vacinação contra a Covid-19; ora se utilizou dessa mesma vulnerabilidade para eleger os mais jovens como grupo prioritário a receber os respiradores nos hospitais em detrimento dos idosos que já não teriam tanta chance de sobrevivência, diante do caos instaurado pelo esgotamento de recursos.

Ao final da linha de existência, tem-se a vulnerabilidade do paciente terminal e a necessidade de garantia de uma morte sem prolongamento artificial. Nesse aspecto, o instituto da ortotanásia, materializado na medicina paliativa, tem o propósito de permitir que o processo de morte ocorra naturalmente, com o mínimo de sofrimento possível e o máximo de conforto prestado ao paciente em estágio terminal. Isso se concretiza não só pelos cuidados paliativos a serem prestados ao paciente, mas também pelo respeito às escolhas de tratamento a ele afetas. Nesse sentido:

¹¹⁸ ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA E ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DE EMERGÊNCIA. **Recomendações de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19**. Disponível em: <https://crmsc.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Versa%CC%83o-2-0106-Protocolo-AMIB-de-alocac%CC%A7a%CC%83o-de-recursos-em-esgotamento-durante-a-pandemia-por-COVID.pdf>. Acesso em: 12 set. 2023.

¹¹⁹ ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA E ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DE EMERGÊNCIA. **Recomendações de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19**. Disponível em: <https://crmsc.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Versa%CC%83o-2-0106-Protocolo-AMIB-de-alocac%CC%A7a%CC%83o-de-recursos-em-esgotamento-durante-a-pandemia-por-COVID.pdf>. Acesso em: 12 set. 2023.

No âmbito da terminalidade da vida, a materialização dessa integridade psicofísica consiste em viabilizar meios ao indivíduo para viver os últimos dias de sua existência com o mínimo de sofrimento e o máximo de conforto físico e mental.

Tal se concretiza pela filosofia dos *hospices*. Esta palavra está vinculada ao radical do vocábulo ‘*hospitium*’ que se significa ‘acolhimento’. Nos dias atuais, o *hospices* designa o ambiente onde são ministradas medidas de conforto, em que não mais se obstina a cura, mas o bem-estar dos doentes para reumanizar o processo de finitude, por meio de um atendimento especial prestado por uma equipe multidisciplinar.

A ideologia defendida pelo *hospices* busca, na medida do possível, viabilizar a liberdade do doente fora dos hospitais, como forma de abrandar sua dor e aflição, deixando o internamento hospitalar seja a última opção de tratamento. Isso se materializa por meio de hospitais residência e de atendimento domiciliar¹²⁰.

A ortotanásia harmoniza a técnica médica à sensibilidade ética e realiza a filosofia do *hospices*. Distingue-se o curar do cuidar, de maneira que o foco deixa de ser a cura – já não possível – e passa a ser o bem-estar do doente, deixando-o morrer no momento certo. Renata Oliveira Menezes destaca que a ortotanásia não contraria a indisponibilidade do direito à vida, pois parte do pressuposto de que a morte, entendida como um processo iniciado pelo adoecimento incurável, já está em curso¹²¹. Assim, permitir que a finitude da vida aconteça sem prolongamentos nada mais é do que tutelar a vulnerabilidade do paciente terminal e atender ao escopo da ortotanásia, isto é, do morrer corretamente, respeitando o exercício da sua autonomia privada.

¹²⁰ MOUTINHO, Maria Carla. **O direito de viver sem o prolongamento artificial**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

¹²¹ MENEZES, Renata Oliveira. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a tutela da vontade do paciente terminal**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. p. 97

Por outro lado, sob o ponto de vista das pessoas com deficiência, é possível compreender uma evolução significativa na legislação em reconhecimento à tutela de vulneráveis pessoas com deficiência. Isso por que a concepção da categoria de vulneráveis com “deficiência mental” – utilizada pelo Código Civil de 1916 – é distinta da percepção trazida no Código Civil de 2002 que, por sua vez, difere da ideia de independência de pessoa com deficiência apontada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. A sociedade saiu de um aprisionamento da incapacidade, com expressões ofensivas (“loucos de todo gênero”) para enxergar essa categoria de vulneráveis como pessoas incapazes e, em outro momento, trazer-lhes a capacidade e a inclusão social. Essa transformação social é implementada no direito a partir da releitura dos princípios jurídicos da dignidade da pessoa humana em comunhão com o da tutela da vulnerabilidade jurídica.

Outro aspecto relevante ocorre quando há preterição de vulnerabilidade existencial por imposição legal, diante da concorrência de vulnerabilidades em ambos os polos da relação. No direito brasileiro, por exemplo, a Lei n. 9.278/1996, no parágrafo único do art. 7º¹²² e o artigo 1.831 do Código Civil¹²³ reconhecem a vulnerabilidade do(a) viúvo(a), ao conceder-lhes o direito real de habitação do imóvel instituído como residência da família enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento. Este direito de habitação, contudo, não é concedido a nenhum outro herdeiro ainda que em estado de vulneração de maior grau. Assim, havendo apenas o imóvel do casal como bem partilhável e, tendo o falecido deixado como herdeiros, além do(a) cônjuge ou convivente supérstite (saudável e em idade laboral), um filho portador de deficiência severa e incapacitante oriundo de relacionamento anterior do(a) falecido(a), o imóvel, em princípio, permaneceria como residência do cônjuge (ou convivente) sobrevivente por imposição legal.

Na hipótese acima, frise-se, o estado de impotência substancial do sujeito vulnerável se dá por submissão à determinação legal, pois caso o imóvel fosse partilhável antes do falecimento do cônjuge sobrevivente ou

¹²² Art. 7º. Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

¹²³ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

houvesse uniformidade de tratamento deste em relação ao herdeiro vulnerável este estado de impotência seria dirimido. Nesse contexto, a incongruência do sistema e a ausência de reconhecimento de um princípio geral da tutela vulnerabilidade, de conteúdo aberto, de ordem pública e interesse social, responsável por conformar e informar os regramentos jurídicos já existentes acerca da diversidade de categorias de vulneráveis e vulnerados, inviabiliza equanimidade no caso concreto.

2.3.2 Vulnerabilidade patrimonial

A vulnerabilidade patrimonial, por sua vez, é vista como uma peculiaridade do sujeito nas suas relações negociais. Nesse contexto, ao fazer a distinção entre a vulnerabilidade existencial e a patrimonial, Carlos Konder pondera:

Diferencia-se da vulnerabilidade patrimonial, que se limita a uma posição de inferioridade contratual, na qual o titular fica sob a ameaça de uma lesão basicamente ao seu patrimônio, com efeitos somente indiretos à sua personalidade. Diante disso, a intervenção reequilibradora do ordenamento no caso de vulnerabilidade patrimonial costuma ser viabilizada com recurso aos instrumentos jurídicos tradicionalmente referidos às relações patrimoniais, como a invalidade de disposições negociais e a responsabilidade, com imposição da obrigação de indenizar¹²⁴.

Na fase pré-contratual, em princípio, as partes figuram em uma relação presumidamente paritária em que se reconhece a presença da igualdade formal e do equilíbrio negocial, por não ter havido, ainda, a formação do contrato. Na prática, é possível acontecer, na execução do contrato, um desequilíbrio não desejado pelas partes proveniente da existência de uma vulnerabilidade pretérita de uma delas, ocorrida na fase negocial. Isso porque, a depender do contexto social, econômico ou jurídico um dos figurantes pode estar em posição de superioridade e de monopólio

¹²⁴ KONDER, Carlos Nelson. A distinção entre vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial. In BARLETA, Fabiana; ALMEIDA, Vitor (coords.). **Vulnerabilidades e suas dimensões jurídicas**. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, pp. 19-29.

em relação ao outro e, por consequência, ditar as regras da negociação ao vulnerável¹²⁵.

Em princípio, as situações contratuais de tutela de vulnerabilidade são destacadas pelo legislador, a exemplo dos contratos de consumo e dos contratos de trabalho. Nesse ambiente, o princípio da tutela da vulnerabilidade serve como fundamento normativo e interpretativo para orientar a elaboração de leis e a aplicação de direitos. Assim, o princípio não cria direitos subjetivos automáticos a quem se diga vulnerável, mas, ao impor a máxima realização de um valor reconhecido pela ordem jurídica, estabelece diretrizes interpretativas para a promoção do papel transformador da tutela da vulnerabilidade, a partir da incidência da sua função social e econômica.

Até o momento, a via utilizada pelo legislador brasileiro para preservar o equilíbrio da fase negocial foi reconhecer o dever de boa-fé das partes contratantes desde a fase pré-contratual, conforme art. 422 do Código Civil¹²⁶. As negociações ocorridas entre empresas de grande porte e pequenos fornecedores ou prestadores de serviços, por exemplo, podem evidenciar uma posição de impotência fática e jurídica destes em relação àquelas, cabendo ao direito, diante do arcabouço principiológico normativo vigente, trazer o equilíbrio concreto dessa relação e dar eficácia à função social e econômica da tutela da vulnerabilidade, conforme se verá mais adiante, no último capítulo.

Esse equilíbrio é promovido com a conjugação dos princípios da boa-fé e da tutela da vulnerabilidade. Levando-se em consideração que, na fase negocial, há uma relação de paridade por presunção, uma vez demonstrada a impotência de quaisquer das partes no caso concreto, o princípio da boa-fé teria uma maior efetividade se acompanhado do espírito transformador trazido pelo princípio da tutela da vulnerabilidade. A incidência conjunta de ambos tem a finalidade de prestar aos contratantes um caminho de alcançar uma contratação lúdima, garantidora da liberdade de contratar, livre de

¹²⁵ CORDEIRO, António Menezes. Vulnerabilidades e Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 62, n. 1, 2021, p. 45.

¹²⁶ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

vícios e cuja paridade seria efetiva porque evidenciada no caso concreto independentemente de presunção¹²⁷.

Em relação aos contratos, as situações de desequilíbrio contratual superveniente, resultante da alteração das circunstâncias existentes à época da contratação, no mais das vezes são solucionadas dentro da perspectiva do princípio da equivalência material, tema a ser desenvolvido mais adiante, aliado à aplicação das teorias de mitigação da eficácia vinculante do acordo de vontades, a exemplo da onerosidade excessiva, utilizada no direito privado brasileiro.

Não se pretende, diante do recorte metodológico que o trabalho impõe, realizar um estudo sobre a doutrina secular do direito contratual, mas deve-se registrar que o equilíbrio da relação contratual pode ser alcançado tão somente pela incidência do princípio da equivalência material em consonância com as regras contidas no Código Civil. Isso porque tal princípio, segundo Anderson Schreiber, "consiste em assegurar a proporcionalidade interna do contrato, concentrando-se sobre o seu objeto em sua dimensão econômica"¹²⁸. A incidência do princípio da tutela da vulnerabilidade, em situações de desequilíbrio contratual, contudo, justifica-se quando houver a necessidade de um impacto transformador da relação, ponto a ser mais bem desenvolvido no capítulo 5.

No campo da responsabilidade civil, a acepção dada ao vulnerável por Frederique Fiechter-Boulevard é o de vítima em potencial, por estar exposto ao risco. Isso porque em um estado anterior de coisas, o sujeito é abstratamente vulnerável e, após a ocorrência do evento danoso, este mesmo sujeito assume a condição de vítima. Estar susceptível de ser ferido, para o autor, implicaria em estar passível de sofrer danos. A partir dessa concepção, Frederique Fiechter-Boulevard concebe uma classificação de vulnerabilidade *a priori*, isto é, a que antecede o dano, e vulnerabilidade *a posteriori*, quando, após a ocorrência do dano, torna-se evidente a

¹²⁷ Em sentido contrário, Menezes Cordeiro entende que os deveres acessórios da boa-fé são suficientes para a proteção das vulnerabilidades: "Os deveres acessórios protegem o patrimônio e as próprias partes, prevenindo danos. Digamos que os deveres acessórios dão corpo às exigências axiológicas nucleares da tutela de confiança e da primazia da materialidade subjacente, protegendo, precisamente, as concretas vulnerabilidades." Cordeiro, António Menezes. Vulnerabilidades e Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 62, n. 1, 2021, p. 47.

¹²⁸ SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio contratual e dever de renegociar. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 414.

vulnerabilidade da vítima¹²⁹. Segundo o autor, todo indivíduo guarda consigo uma vulnerabilidade primária e, portanto, pré-estabelecida ou *a priori*, confundindo-se com a própria ideia de susceptibilidade de sofrer dano. Nesse contexto, o autor cita como exemplo a lei de acidentes de trânsito francesa que reconhece uma vulnerabilidade *a priori*, quando concede um tratamento especial para vítimas menores de dezesseis anos e maiores de 70 anos¹³⁰.

A vulnerabilidade *a posteriori*, por outro lado, surgiria em decorrência do dano quando este agrava uma condição de vulnerabilidade prévia, ou seja, o dano tornou relevante uma peculiaridade da vítima até então insignificante juridicamente. O autor cita como exemplo o direito de vizinhança¹³¹.

Assim, seguindo a linha de pensar defendida pelo autor francês, quando o causador do dano coloca uma música com o volume desarrazoado durante certo período, o critério para constatação de eventual dano é objetivo porque lastreado no volume do som, independentemente da condição subjetiva das vítimas. No entanto, se eventualmente, o causador do dano é vizinho de uma clínica de crianças portadoras do espectro autista o volume desarrazoado de qualquer tipo de som causa animosidade nestas crianças, sabidamente sensíveis ao barulho. As condições subjetivas das vítimas até então desnecessárias para a configuração do dano e do eventual dever de repará-lo se tornariam relevantes diante da conduta praticada e poderiam vir a ter uma repercussão maior na valoração da reparação.

Apesar das ponderações trazidas pelo autor francês, no campo da responsabilidade civil, as condições subjetivas da vítima não são levadas em consideração para verificação da existência do dano, razão pela qual reputa-se equivocada essa percepção da vulnerabilidade, pois ela não se confunde com a ideia de risco. Isso porque estar susceptível a sofrer um dano não implica, necessariamente, no reconhecimento de uma vulnerabilidade em

¹²⁹ FIECHTER-BOULEVARD, Frederique. La notion de vulnérabilité et la consécration par le droit. In Cohet-Cordey, Frederique (coord). Vulnérabilité et droit le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit. Grenoble. Presses universitaires, 2000. pp. 17-21.

¹³⁰ O autor cita como exemplo a lei de acidentes de trânsito francesa que reconhece a vulnerabilidade *a priori* quando concede um tratamento especial para vítimas menores de dezesseis anos e maiores de 70 anos.

¹³¹ FIECHTER-BOULEVARD, Frederique. La notion de vulnérabilité et la consécration par le droit. In Cohet-Cordey, Frederique (coord). Vulnérabilité et droit le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit. Grenoble. Presses universitaires, 2000. p. 21.

favor do sujeito. Ademais, as condições subjetivas da vítima, caso sejam relevantes no caso concreto, devem ser levadas em consideração na análise da extensão do dano e na fixação da sua reparação.

Quando um consumidor ou um Banco optam em adquirir ações na bolsa de valores, por exemplo, fica evidente a escolha por uma operação de risco, susceptível a ocorrência de danos em razão da oscilação do mercado. No entanto, esta escolha não faz do Banco investidor um sujeito vulnerável¹³².

No direito das coisas, cuja essência é patrimonial, a tutela da vulnerabilidade é vista, na Constituição Federal, no capítulo de política fundiária e de reforma agrária, garantindo aos trabalhadores e produtores rurais a posse produtiva da terra, a eletrificação e irrigação rural, o seguro agrícola e a habitação, além da promoção da pesquisa, da tecnologia e do cooperativismo. Nesse contexto, enxerga-se na reforma agrária um meio de tutela da vulnerabilidade dos trabalhadores rurais, em virtude do empoderamento desta categoria por meio da redistribuição fundiária, condicionada ao aproveitamento racional da terra e à preservação ambiental (art. 186 da CF/1988).

Ademais, o caráter protetivo dos direitos possessórios, estabelecidos nos artigos 183 e 191 da Constituição Federal, evidencia a tutela da vulnerabilidade por meio da estabilidade da posse ao possuidor vulnerável. A propriedade é reconhecida, por meio da usucapião, a quem detiver a posse de imóvel (urbano ou rural), por cinco anos ininterruptos, desde que não seja titular de outro imóvel.

No âmbito infraconstitucional, aponta-se o direito real de laje (art. 1.510-A do CC/2002) como uma forma de promover a tutela da vulnerabilidade dos ocupantes que estavam à margem da legalidade porque impedidos de regulamentar suas moradias. A positivação do direito real de laje implica em uma solução habitacional do legislador para a realidade das favelas e ocupações urbanas, verticalizadas informalmente por moradias edificadas acima de habitações já existentes. O direito real de laje – ao permitir a integração dessas habitações ao mercado imobiliário – funciona como um mecanismo de inclusão

¹³² ROUX-DEMARE, François-Xavier. La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe. *Les cahiers de la justice*, n. 4, 2019, p. 626.

social e de regularização residencial da população de baixa renda, fruto da materialização do princípio da tutela da vulnerabilidade.

2.3.3 Vulnerabilidade Digital

A revolução tecnológica dos últimos anos aliada ao protagonismo da vida digital de relação trouxe implicações no comportamento das pessoas no meio social e, por consequência, fez aflorar uma nova classificação da vulnerabilidade. A vulnerabilidade digital ou mista, diante da sua natureza *sui generis*, decorre de um estado de impotência híbrido, podendo atingir direitos patrimoniais, extrapatrimoniais ou ambos ao mesmo tempo, a depender do caso concreto.

Embora o termo “mista” possa expressar a ambivalência do bem jurídico tutelado — por envolver simultaneamente aspectos patrimoniais e existenciais —, adota-se, com maior propriedade, a expressão “vulnerabilidade digital”. Essa escolha terminológica revela-se mais adequada por evidenciar, de forma precisa e impactante, o ambiente específico em que a tutela se desenvolve: o meio digital. Trata-se, portanto, de um conceito que não apenas delimita o espaço de manifestação da vulnerabilidade, mas também destaca a complexidade e a transversalidade dos danos que podem ser ali sofridos.

Com o surgimento do *Facebook* e, posteriormente, do *Instagram* e do *Whatsapp*, o comportamento da sociedade atravessou uma estrondosa mudança de hábito, potencializada não só pelo aumento do uso da tecnologia como também pelo confinamento decorrente da pandemia da Covid-19. A velocidade dos acontecimentos diariamente retratada nas redes sociais trouxe não só a redução da privacidade e da intimidade, mas o aumento da ocorrência de danos. Hoje as pessoas assumiram uma vida digital, uma personalidade digital e movimentam uma economia digital, abrindo o leque para uma vulnerabilidade híbrida porque reúne danos de ordem existencial, danos de ordem patrimonial e, por vezes, misturam estas duas espécies de danos. Este tópico pretende tratar dos seguintes pontos acerca da vulnerabilidade digital: os golpes sofridos no ambiente digital, a prática de *oversharenting* e a vulnerabilidade por violação da privacidade.

Os *smartphones*, cuja função, em princípio, seria a de telefonar e aproximar as pessoas onde quer que elas se encontrem, assumiram um papel relevante no distanciamento do convívio presencial, provocado pelos encantos das redes sociais e dos *chats* de conversa virtual. Muitas vezes, quem está ao seu lado está mais distante para um diálogo do que aquele que se encontra há milhas

de distância e teclando tantas outras conversas pelo *WhatsApp*. O diálogo falado foi substituído por troca de mensagens, as palavras deram lugar aos “*emogis*” e às “*figurinhas*”, relacionamentos começam e se destroem pelas redes sociais (ou em razão delas), eleições são vencidas pelas redes sociais, dinheiro para campanhas eleitorais ou sociais são arrecadados por meio de “*vaquinhas virtuais*”.

No mesmo sentido, as compras no ambiente digital são cada vez mais frequentes, notadamente, no período pós-pandêmico. As pessoas cada vez mais se afastam das lojas físicas, das grandes filas, do estresse no trânsito e do estacionamento para adquirir produtos e serviços por meio de um clique. Em decorrência disso, os perfis de compras – contendo as principais buscas e preferências do consumidor – e os dados pessoais do indivíduo ganham espaço no ambiente virtual das lojas e aplicativos de vendas pela *Internet*.

O grande desafio da contemporaneidade é navegar no mundo digital de forma segura, notadamente, para aqueles que têm dificuldades de transitar neste ambiente aqui denominados de “*iletrados digitais*”, isto é, pessoas que, apesar de serem alfabetizadas, não detêm autonomia digital para navegar com segurança nas redes de forma independente. Atividades como declarar imposto de renda, realizar cadastro nos programas governamentais, transações bancárias, fazer compras *online* sem cair em golpes são situações que fazem parte do cotidiano da vida adulta e expõem as dificuldades da população no trato com o ambiente digital. Isso evidencia a vulnerabilidade daqueles que – independentemente da idade – não conseguem, por si, atuar em uma vida digital independente, pois o acesso ao trânsito digital não é efetivamente equitativo, prejudicando a inserção social e a comunicação no meio digital.

Não é demais lembrar que o período pandêmico fez com que as empresas assumissem as plataformas de vendas *online* para sobreviver no mercado, fazendo a vida de relação no ambiente digital assumir um caráter prioritário, abandonando-se a perspectiva mais analógica de outrora. A tecnologia se fez ainda mais presente nas movimentações bancárias e os antigos riscos assumiram novas roupagens, tornando-se um fator de preocupação para Estado e sociedade, por ser necessário desenvolver meios de proteção àqueles que, por alguma razão, apresentam-se mais vulneráveis diante desse universo digital. Segundo Menezes Cordeiro:

A Internet e as denominadas redes sociais constituem um bem extraordinário, que abre perspectivas ilimitadas à

Humanidade. Infelizmente, ela tem dado campo livre à agressividade irresponsável, com novas exigências de proteção no tocante ao comércio de massas e aos bens envolvidos. Colocam-se, sempre com níveis de proteção, com questões dogmáticas no plano do próprio método e nas dimensões funcionais¹³³.

Uma das fraudes contidas na *Internet* é o *phishing*: terceiros enviam armadilhas para os usuários por meio de ofertas promocionais, pontos de cartão fidelidade, alertas financeiros, brindes. A promoção enganosa é enviada por *WhatsApp*, SMS ou *e-mails* ao usuário, contendo um *link* de acesso que o redireciona para *sites* não oficiais com objetivo de obtenção de dados como CPF, número da agência e conta, além das senhas dos correntistas. De posse dessas informações, os golpistas realizam transferências sem o consentimento do titular da conta. Por essa razão, especialistas em segurança digital recomendam que os usuários evitem utilizar *links* de atalhos, devendo sempre digitar diretamente o endereço da instituição financeira para acessar suas contas bancárias por meio de computadores de uso doméstico cuja rede fornece um nível maior de segurança.

Importa registrar que quando uma instituição financeira opta por uma carteira eminentemente digital, incentivando o uso de computadores e de aplicativos, tem por objetivo a redução do fluxo de pessoas nas agências e – consequentemente – a diminuição das despesas com estrutura física e de pessoal. Ao assim proceder, a instituição assume o risco dos danos eventualmente sofridos por seus clientes na realização de operações bancárias exclusivamente digitais. Assim, o usuário tem o direito de solicitar o reembolso dos valores indevidamente retirados, em razão de serem riscos inerentes à atividade bancária. Nessas situações, é incontestável que o ordenamento jurídico impõe às instituições financeiras o dever de manter um ambiente eletrônico seguro, a fim de evitar a invasão de contas correntes de seus clientes ou a realização de transações não autorizadas. Em casos excepcionais, quando configurada a culpa exclusiva da vítima, o usuário poderá assumir o custo dos danos por ele sofridos.

¹³³ CORDEIRO, António Menezes. Vulnerabilidades e Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 62, n. 1, 2021, p. 23.

Outra prática comum é a *clonagem da central telefônica* de instituição financeira com a finalidade de acessar o aplicativo do banco do celular do usuário. Golpistas utilizam aplicativos que emulam o número dos telefones oficiais das instituições financeiras e entram em contato com o usuário, pedindo a confirmação da realização de uma suposta compra de alto valor no seu cartão de crédito. A vítima, impactada emocionalmente pela ameaça de uma utilização indevida do cartão de crédito, finda por autorizar o acesso remoto do golpista no seu aplicativo do banco para a suposta correção da tentativa de fraude. No entanto, na realidade, a liberação do dispositivo por parte da vítima resultará na transferência dos valores contidos na sua conta corrente por parte do golpista.

A clonagem do aplicativo *WhatsApp* já se tornou comum nomeio digital. Ela acontece quando golpistas entram em contato com o usuário, oferecendo brindes, prêmios, viagens ou convites para eventos supostamente organizados por conhecidos da vítima, cujos nomes são obtidos por meio de redes sociais. Em seguida, os criminosos enviam um link por mensagem de texto (SMS), induzindo a pessoa a fornecer a senha de acesso remoto ao *WhatsApp*. De posse dessas informações, o golpista fingindo ser a vítima no aplicativo, solicita dinheiro emprestado aos contatos desta. Nessa situação, o prejuízo é suportado pelos contatos do usuário ou pelo próprio titular da conta do *WhatsApp*, caso este opte por reembolsar os amigos lesados pela clonagem.

É crucial, portanto, promover a inclusão digital e a educação tecnológica, como forma de garantir a todos a participação plena da sociedade digital, por meio do exercício dos seus direitos fundamentais. A responsabilidade é compartilhada entre o Estado, as instituições financeiras e a sociedade em geral para criar um ambiente digital mais seguro e inclusivo, minimizando os riscos e protegendo os direitos dos cidadãos.

A percepção de inaptidão para o uso de novas tecnologias por parte do sujeito acentua ainda mais a exclusão dele da sociedade digital, ao ferir o seu sentimento de independência em sua vida de relação no ambiente digital. O impacto no exercício da cidadania dos *iletrados digitais* é grande, principalmente porque a dependência de terceiros aumenta enquanto a autoestima e a qualidade de vida do sujeito reduzem. Por isso, é de suma relevância a existência de formas de inclusão digital da população, para, assim, oportunizar o exercício dos direitos fundamentais, principalmente, o exercício da autonomia privada no ambiente digital.

Algumas categorias apresentam maior grau de vulnerabilidade no ambiente digital, a exemplo da população idosa que, por não ter tanto acesso ou habilidade para interagir neste ambiente, acaba ficando mais suscetível a golpes e manipulações. Nesse sentido:

Apesar da certeza do perfeito estado de racionalidade e informação, os idosos tendem a precisar da ajuda das pessoas no trato com algumas ferramentas tecnológicas, notadamente, as que exigem mais atenção quanto às etapas de segurança do usuário, e findam por confiar na gentileza dos golpistas. Não é sem razão que muitos idosos são alvo de golpes, na maioria das vezes, decorrentes da falta de manejo com as ferramentas fornecidas pela *Internet*. O juízo e o discernimento ainda perfeitos não são capazes de acender nos mais experientes a luz da desconfiança de uma atmosfera cruel e cheio de manipulações, o inseparável “mundo das redes”. Esse cenário se torna mais grave quando, diversamente do ambiente infantil, os familiares não têm (nem podem ter) nenhum controle sobre a autonomia virtual dos idosos, pois a autoridade parental, existente entre pais e filhos menores, aqui não tem vez¹³⁴.

Nesse contexto, o Brasil ainda está longe da promoção de uma educação digital que resulte em um comportamento cauteloso e seguro, notadamente, voltada para a população mais idosa.

Se de um lado a população idosa figura como alvo de golpes e vê a sua vida de relação limitada pela tecnologia, em contraste com essa realidade, no outro extremo da linha da vida, crianças e adolescentes enfrentam seus desafios próprios quando são alvo de excessivo compartilhamento de suas vidas por parte dos pais ou responsáveis legais, mediante postagens de fotos e vídeos de seus filhos nas redes sociais. O termo cunhado para traduzir esse comportamento excessivo de partilha da vida familiar nas redes é o *(over)sharenting*, resultado da

¹³⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MOUTINHO, Maria Carla. Vulnerabilidade digital da pessoa idosa. In SILVA, Michael César [et. al]. **Impactos do coronavírus: diálogos, reflexões e perspectivas contemporâneas**. vol. II. Belo Horizonte: Editora Newton Paiva, 2022, p. 95.

junção do verbo *to share* (compartilhar) com os termos *parenting* (parentalidade), acrescido do prefixo *over* (em excesso, demais)¹³⁵.

O *oversharenting* é um fenômeno preocupante em razão da excessiva exposição de crianças por meio de fotografia, vídeos, contendo desde dancinhas sensuais por parte das crianças até imagens de velórios de entes queridos que se eternizam nas redes sociais ao longo dos anos. Embora a intenção inicial não seja a de comprometer a privacidade dessas crianças e adolescentes, a permanência dessas imagens pode vir a gerar consequências negativas, pois quando alcançarem a maturidade e adquirirem autonomia para fazer suas próprias escolhas, eles podem se tornar alvos de piadas desagradáveis por parte dos colegas de escola, causando vergonha ou desconforto em relação às postagens de seus pais, além de abrir uma vala para danos emocionais.

A situação se agrava quando os pais criam perfis individuais em nome dos filhos, documentando minuciosamente suas vidas desde a gestação, nascimento, maternidade, primeiro banho, celebração do primeiro mês de vida, batismo, primeiro aniversário, primeiro dia de aula, primeiro dente que caiu entre outros marcos significativos. Imagens que, em um ambiente analógico, ficavam guardadas nos álbuns de família, hoje podem ser vistas a qualquer momento e por qualquer “seguidor” no ambiente digital. A depender do perfil da rede social dos pais dessas crianças os seguidores podem ser desde amigos de infância, colegas de trabalho, babás e ex-babás da família, desafetos anônimos ou até mesmo pessoas desconhecidas. Note-se que nem sempre – ou quase nunca – os personagens dessas imagens querem compartilhar esses momentos com os amigos (ou inimigos) virtuais de seus pais. A vida infantil se tornou ainda mais exposta durante o confinamento, decorrente da pandemia da Covid-19, pois a prática foi ampliada para transmissões ao vivo do cotidiano da criança, muitas vezes acompanhadas de dicas de brincadeiras, receitas infantis e mensagens de apoio aos profissionais de saúde que atuaram na linha de frente durante a quarentena.

Essa exposição contínua e detalhada apesar de inocente por parte dos pais, pode comprometer a privacidade e a segurança das crianças, quando se cria uma espécie de identidade digital antes mesmo de elas terem a capacidade de consentir ou entender plenamente as implicações disso. Assim, torna-se

¹³⁵ MEDON, Filipe. (Over) Shareting: a superexposição da imagem e dos dados pessoais de crianças e adolescentes a partir de casos concretos. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 31, n. 02, p. 265-265, 2022.

imperativo refletir sobre as implicações éticas e legais dessa prática, considerando sempre a proteção e o bem-estar das crianças envolvidas.

Outro ponto importante a se destacar no ambiente digital são os danos por violação à direito da personalidade, a exemplo do sequestro da personalidade digital por invasão *hacker* e da violação da privacidade por abuso do direito de liberdade de expressão.

Um dos grandes problemas vivenciados hoje no ambiente digital é a propagação da era *hacker* que evidencia a vulnerabilidade de todos, e, a depender das características dos usuários, a exemplo de idosos e crianças, o grau dessa vulnerabilidade se apresenta ainda maior. Não é mais preciso sair de casa para ser furtado ou sequestrado. A violência no universo digital tomou novos contornos a exemplo da clonagem de contas ou de cartões bancários, invasão de *chip* telefônico, vilipêndio de senhas ou disseminação de dados sensíveis, demonstrando-se cada vez mais necessária uma política digital de segurança de forma contínua. Navegar de forma segura tornou-se um grande desafio, pois a exposição a antigos riscos, agora apresentam novas roupagens, a exemplo do sequestro digital.

O sequestro de conta de *Instagram* é uma das espécies de danos sofridos por usuários de redes sociais. O golpe se dá da seguinte forma: *hackers*, em conluio com prepostos de operadoras de telefonia, clonam o "*SIM Card*" (*chip*) do telefone da vítima. Eles conseguem fazer isso porque cada operadora de telefonia possui um código *PIN* (senha) padrão, disponível para quem quiser no *Google* e, no momento da compra desse *chip*, a operadora de telefonia não orienta o usuário a trocar essa senha na configuração do telefone. Com isso, eles transformam a conta do usuário em uma conta pré-paga e impedem que este receba mensagens de texto por meio de SMS.

Em seguida, os fraudadores invadem as contas de *Instagram*, *Whatsapp* e *e-mail* do usuário ao mesmo tempo. Normalmente, essas senhas são frágeis e de fácil identificação e são obtidas por programas randômicos da *deep web*. Na sequência, os invasores trocam as senhas dos usuários por outras bem mais seguras e, com programas de dupla autenticação, inviabilizam a pronta recuperação da conta. Isso porque normalmente se utiliza das mensagens de SMS para recuperar as senhas de *e-mail* e de redes sociais em geral. Se o sujeito fica sem receber as mensagens, por consequência, não recebe o *link* de recuperação de senha e não consegue reaver a conta. Além disso, o usuário lesado geralmente não sabe que precisa trocar o *chip* por um novo para

restabelecer o serviço de mensagens. De posse dessas contas de *Instagram* e de *e-mail*, os golpistas passam a anunciar produtos para venda, a exemplo de celulares, geladeiras, computadores, relógios, com preços atrativos, em nome do titular da conta, fazendo mau uso da imagem deste.

Geralmente as pessoas alvo de ataques *hackers* possuem muitos seguidores e uma autoridade digital, isto é, são respeitadas na *web* e tidas como referência no meio profissional digital. Em razão disso, os seguidores acreditam que estão negociando com o titular da conta invadida porque confiam na pessoa e na imagem por ela construída. O titular, por outro lado, fica com a sua personalidade digital vilipendiada, o que se chama de sequestro digital. O problema se torna ainda maior, pois não existe por parte da *Meta* - empresa proprietária do *Facebook*, *Instagram* e *Whatsapp* - um sistema eficaz de atendimento ao usuário, ficando a cargo deste se submeter ao precário reconhecimento facial por ela fornecido que, no mais das vezes, não reconhece a titularidade da conta em favor do usuário lesado, mantendo a conta em posse dos bandidos. Estes, por sua vez, cobram entre R\$5.000 e R\$10.000 pelo resgate da conta a depender da visibilidade que ela tem. Em alguns casos, os bandidos conseguem, na *deep web*, o endereço da residência do usuário sequestrado e o disponibiliza para que os seguidores adquirentes dos bens anunciados possam ir buscá-los, causando ainda mais transtorno à vítima.

Antes que se pense que a titularidade de uma conta de *Instagram* seja um mero lazer, importa registrar que muitos dos usuários dela se utilizam para construir uma marca digital, uma imagem profissional, divulgando o trabalho exercido, produzindo conteúdo ao público-alvo e promovendo a sua atividade. Em 2019, o *Instagram* faturou cerca de U\$ 20 bilhões em *tráfego pago*, isto é, *posts* patrocinados para dar maior visibilidade à conta. Em 2021, o faturamento subiu para U\$ 32,4 bilhões de receita, passando o *Youtube*¹³⁶.

Deve-se ter em mente que o dano ao usuário *hackeado* é grave, pois, a partir do momento que outra pessoa se passa pelo titular da conta, toma-se deste a sua personalidade digital, com troca de mensagens e postagens indevidas em seu nome que nem sempre são identificadas pelo público de seguidores com facilidade. Além disso, o público, ao cair no golpe, fica com o prejuízo de ordem material pela compra de produto inexistente.

¹³⁶ SPADONI, Pedro. Quanto o *Insgram* fatura? Documento revela (e é mais que o Youtube) Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2024/04/08/pro/instagram-fatura-mais-que-o-youtube-e-eh-valioso-para-meta/>. Acesso em: 22 ago. 2024.

Outra espécie de dano por violação da privacidade no ambiente digital decorre de uma atividade que se tornou comum no meio dos *influencers*: a *fofoca digital*. Sem qualquer comprometimento jornalístico com a veracidade da informação, o fofoqueiro digital é figura pública que opera nas redes sociais, desempenhando a função de noticiar a vida das celebridades, falar de moda, testar produtos chineses, mas, sobretudo, fazer *posts* que gerem engajamento e retorno financeiro. Infelizmente, a maioria dos temas que rendem dinheiro no meio digital é a fofoca, traduzida nas notícias de traições, fim de relacionamentos, quebra de contratos, inimizades, *unfollows* (deixar de seguir alguém) etc. Quanto mais polêmico e problemático for o conteúdo, melhor para o faturamento. Nesse sentido, destaca-se o caso emblemático da atriz Klara Castanho:

Recentemente, uma sucessão de boatos, seguidos por críticas e ataques sem propósito algum à atriz Klara Castanho, movimentou as redes sociais, voltando a atenção da sociedade a respeito da vulnerabilidade digital das pessoas e da gravidade dos problemas oriundos da fofoca digital. A situação teve início com um *teaser*² de um fofoqueiro digital que, em poucas palavras, afirmava ter uma atriz, de 21 anos, encaminhado o filho recém-nascido para a adoção, provocando a curiosidade das pessoas a respeito da identidade da atriz. Em seguida, desconhecendo o contexto da situação e antes mesmo de se inteirar sobre o assunto, uma apresentadora de televisão, realizou uma *live* em que tomava como inaceitável a conduta da referida atriz, mencionou ainda que a parturiente sequer teria olhado para o nascituro e por fim imputou a ela o crime de abandono de incapaz. A proporção tomada pela fofoca digital levou a atriz Klara Castanho, à situação de completa fragilidade emocional, pois a partir dali iniciaram-se as propagações dos ataques moralista e os discursos de ódio, de modo que, por razões morais internas, a atriz não aguentando mais ao peso "dos julgamentos" e da sua revitimização midiática quis esclarecer os fatos, através de nota postada em sua conta pessoal do *Instagram*. O triste relato trazia uma sequência de violências sofridas pela atriz que havia sido estuprada e, tendo descoberto a gravidez tardiamente, optou por realizar o procedimento de entrega voluntária do bebê para adoção

(art. 19A do ECA³). A informação teria sido vendida pela enfermeira que atendeu Klara no hospital a um fofoqueiro de plantão que, após a nota de esclarecimento da atriz, se viu no direito de realizar uma reportagem sobre o ocorrido, mesmo tendo sido orientado pela assessoria da atriz a não fazer qualquer abordagem sobre o ocorrido¹³⁷.

O compartilhamento espontâneo da vida privada do usuário não autoriza, por óbvio, a propagação da vida íntima de alguém no ambiente das redes sociais, ainda que seja uma pessoa pública. A privacidade e a proteção de dados sensíveis emergem como pilares estruturantes da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD, especialmente quando se trata da tutela de informações de saúde, classificadas como dados pessoais sensíveis (art. 5º, II, da LGPD). A relevância dessa tutela reside na garantia da confidencialidade e na efetivação do direito fundamental à intimidade, consagrado como vetor axiológico do ordenamento jurídico brasileiro.

No ambiente hospitalar, a necessidade de preservação do sigilo sobre os dados dos pacientes não constitui mera formalidade burocrática, pois é dever das instituições de saúde não só preservar os ativos informacionais do paciente, como também a sua integridade psicofísica. O vazamento ou uso indevido de dados de saúde afeta diretamente a subjetividade e o bem-estar do paciente, comprometendo sua autonomia e autodeterminação informacional. Não se trata apenas de evitar a exposição indevida de informações médicas, mas de compreender que a publicidade dessas informações pode agravar o estado de vulnerabilidade do paciente.

A fragilidade decorrente da condição de doença e internação impõe uma tutela ainda mais rigorosa sobre os direitos informacionais dos indivíduos, pois a vulnerabilidade jurídica e fática dos pacientes exige um olhar que ultrapasse a lógica tradicional do consentimento e adentre a esfera das garantias constitucionais da intimidade, da tutela da vulnerabilidade e do respeito à condição humana.

¹³⁷ BUARQUE, Elaine; MOUTINHO, Maria Carla. Caiu na rede é dano *In*: Ehrardt Jr. Marcos. Lobo, **Vulnerabilidade e Novas Tecnologias**. Indaiatuba (SP): Ed. Foco, 2023 pp. 224-225.

3 A POSIÇÃO OCUPADA PELA TUTELA DA VULNERABILIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Sumário: 3. A posição ocupada pela tutela da vulnerabilidade jurídica no ordenamento brasileiro 3.1. A tutela da vulnerabilidade e a principiologia do Estado Social. 3.2. Bases dogmáticas da tutela da vulnerabilidade: entre o direito civil-constitucional e a análise econômica do direito 3.2.1. A doutrina do direito civil-constitucional. 3.2.2. As doutrinas da análise econômica do direito. 3.3. A judicialização da regulação econômica: a expansão da tutela do direito do consumidor e a crise empresarial da saúde suplementar.

3.1 A TUTELA DA VULNERABILIDADE E A PRINCIPIOLOGIA DO ESTADO SOCIAL

O Estado de Bem-Estar Social colocou em evidência princípios abertos, de aplicabilidade fluida e de evolução constante de modo a acompanhar a velocidade da mutação social, ressignificar a atuação do indivíduo e do mercado e concretizar a funcionalização da atividade econômica com o objetivo de atender os valores constitucionais trazidos pela Constituição Federal de 1988. Ao assim proceder, o constituinte “definiu, nos artigos iniciais do texto constitucional, sob a forma de fundamentos e objetivos, uma sistemática de vanguarda, condicionante de todo o corpo normativo, tanto constitucional, quanto infraconstitucional”¹³⁸.

Nesse caminhar, importa destacar do texto constitucional os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/1988), valor social do trabalho e livre iniciativa (art. 1º, inciso IV, da CF/1988), positivados como fundamentos da República Federativa do Brasil, além dos princípios gerais da solidariedade (art. 3º, I, da CF/1988), da igualdade (art. 3º, III, da CF/1988) e da função social (art. 5º, XXIII, da CF/1988), dispostos como objetivos desta República Federativa.

¹³⁸ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo e Peyneau Rito, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual. *Revista Pensar*. Fortaleza. v. 21, n. 2. 2016. p. 396.

Na seara infraconstitucional, o direito privado ressignificou os princípios oriundos do Estado Liberal, a exemplo da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos, além de trazer outros princípios de natureza social a exemplo da autodeterminação existencial e da boa-fé. Nesse tópico pretende-se, portanto, analisar a interpretação conjunta e harmônica entre o princípio autônomo da tutela da vulnerabilidade jurídica e os princípios ora mencionados¹³⁹.

Em uma visão principiológica do Estado Social, a tutela da vulnerabilidade começa a ser vista a partir da aplicação do princípio da dignidade humana. No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado como fundamento da República Federativa, no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, e é “*conformador da ordem jurídica brasileira*”¹⁴⁰, isto é, o valor fundante da dignidade humana é arcabouço para as demais disposições normativas do ordenamento jurídico pátrio.

O princípio da dignidade humana emerge, portanto, como o alicerce inabalável sobre o qual repousa toda a estrutura jurídica, servindo não apenas como um limite às liberdades, mas como o objetivo final a ser alcançado por meio da aplicação criteriosa dos valores constitucionais. Nesse contexto, a dignidade humana é o farol do intérprete para alcançar a resolução mais justa de cada caso específico, com o menor prejuízo possível aos envolvidos.

O princípio da dignidade humana, portanto, serve de substrato normativo e valorativo para todos os direitos existenciais e patrimoniais, de modo que, ao se reconhecer a indispensabilidade de uma tutela jurídica da vulnerabilidade, deve-se idealizá-la em conformidade com a dignidade da pessoa humana. Assim, é a partir do propósito de concretude do princípio da dignidade humana, na sociedade, que se passa a enxergar uma tutela de vulneráveis.

Nesse contexto, a relação entre os princípios da dignidade da pessoa humana e a tutela da vulnerabilidade se manifesta na busca constante pelo equilíbrio nas relações jurídicas e sociais, assegurando que nenhum indivíduo seja indevidamente exposto a situações de impotência substancial hábeis a comprometer sua dignidade. Enquanto o princípio da dignidade da

¹³⁹ Os princípios da igualdade e da equivalência material, ante a sua relevância para a construção da tese, serão tratados no item 5.2.

¹⁴⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: parte geral**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 87.

pessoa humana serve como um guia para a proteção integral do ser humano, a tutela da vulnerabilidade fornece mecanismos específicos transformadores e promocionais por meio dos quais essa proteção pode ser efetivamente implementada.

A tutela da vulnerabilidade, portanto, assegura que a confecção das leis, suas interpretações e aplicações reflitam e promovam o respeito e o empoderamento devidos a todos os sujeitos de direito, especialmente aqueles em posição de impotência substancial. A dignidade humana aliada à tutela da vulnerabilidade reforça o caráter social do direito e a necessidade da interpretação das leis a partir da promoção da justiça social.

Outro princípio fundante da República Federativa do Brasil é o valor social do trabalho e da livre iniciativa, isto é, esta República Federativa reconhece e valoriza a “conformação da livre iniciativa aos valores sociais que deve realizar”¹⁴¹, isto é, os empreendimentos regidos pelas leis brasileiras devem estar conformados aos valores sociais do trabalho, cumprindo todo o arcabouço normativo que tutela os direitos dos trabalhadores.

Ao optar por uma economia de mercado regulado, a Constituição Federal de 1988 condicionou o exercício da livre iniciativa à realização de objetivos sociais, sendo esta conformação explicitada no art. 170. O dispositivo não trata a livre iniciativa como princípio autônomo, mas como elemento integrador de uma ordem econômica que deve primar pela justiça social. Nesse sentido, importa registrar que a livre iniciativa pura é “a liberdade de criar e exercer empreendimento ou atividade econômica”¹⁴². Diferentemente, a disposição da Constituição brasileira trata do “valor social da livre iniciativa”, isto é, o papel social a ser exercido pela livre iniciativa privada deve proporcionar emprego e renda para a população, movimentando a economia e garantindo o cumprimento da legislação e das conquistas sociais.

Um exemplo da concretização do princípio do valor social do trabalho e da livre iniciativa foi o julgamento do Recurso Extraordinário 161.243¹⁴³ pelo Supremo Tribunal Federal quando apreciou pedido de equiparação de

¹⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil em Princípios*. (2025) p. 129. [no prelo]

¹⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil em Princípios*. (2025) p. 128. [no prelo]

¹⁴³ BRASIL. STF. RE 161.243 Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>. Acesso em: 16 dez. 2024.

direitos trabalhistas para empregados brasileiros e franceses. No caso, a *Air France* – atuando no Brasil – concedia vantagens exclusivas aos trabalhadores franceses em detrimento dos direitos dos empregados brasileiros no exercício das mesmas funções. A decisão do STF, ao conformar os interesses empresariais aos direitos sociais, determinou que os trabalhadores recebessem os mesmos benefícios independentemente da nacionalidade.

Nesse contexto, tutelar vulneráveis em um Estado que tem como fundamento “o valor social do trabalho e da livre iniciativa” é reconhecer a necessidade de promoção de emprego e renda por parte da iniciativa privada aliada ao compromisso de fomento dos segmentos econômicos. Em outras palavras: é compatibilizar o exercício da livre iniciativa e do lucro com os direitos sociais do vulneráveis, sejam eles da categoria de consumidores, de trabalhadores ou de qualquer outra que faça parte de uma das cadeias produtivas do país. É, em última análise, *reconhecer a função social e econômica da tutela da vulnerabilidade*.

Outro princípio oriundo do Estado Social de relevância para o este estudo é o princípio da solidariedade, elencado dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, da CF/1988)¹⁴⁴. O constituinte de 1988, por meio do princípio da solidariedade, rompeu com o individualismo, passando a exigir do Estado soluções legislativas e ações governamentais que visem garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Isso porque, como princípio constitucional, a solidariedade orienta a atuação do Estado na promoção da justiça social, na redução das desigualdades e na garantia de direitos essenciais, como saúde, educação, habitação e seguridade social, dentro da ordem econômica brasileira. Nesse sentido, Bruno Miragem:

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

¹⁴⁴ CF/1988. Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

individualista que marca a tradição do direito privado¹⁴⁵.

Por outro lado, em uma visão privatista, o sentido jurídico a ser dado ao princípio da solidariedade é a imputação de uma consciência de coletividade a cada membro do corpo social em relação aos demais, superando o individualismo de outrora para a satisfação dos interesses coletivos¹⁴⁶.

Nesse contexto, a relação entre a tutela da vulnerabilidade e o princípio da solidariedade é de complementariedade em prol do desenvolvimento do Estado Social e da proteção jurídica de indivíduos e grupos vulneráveis, servindo como lastro para a responsabilidade mútua entre os membros da sociedade.

Constata-se, assim, que de mero preceito moral, a solidariedade social se transformou em princípio jurídico, apto a incidir sobre toda a ordem jurídica, o que lhe confere exigibilidade, como fonte de obrigações positivas e negativas e de direitos correlatos, assim como se impõe que seu conteúdo seja utilizado como critério interpretativo de outras normas. A consagrada noção de solidariedade social se esparrama por toda a ordem jurídica, como princípio basilar, que orienta e informa a compreensão de todas as demais normas, inclusive as de direito privado. O princípio da solidariedade social determina e condiciona a interpretação das normas de regulação do mercado.¹⁴⁷

Assim, o princípio da tutela da vulnerabilidade e o princípio da solidariedade são conectados pela sua comum finalidade de fomentar a inclusão social e assegurar a proteção jurídica eficaz e adaptada às variadas

¹⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: _____; MARQUES, Cláudia; MAGALHÃES, Lúcia Ancona. **Direito do consumidor: 30 anos do CDC – da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 234.

¹⁴⁶ MATIAS, João Luís Nogueira. A ordem econômica e o princípio da solidariedade na Constituição Federal de 1988. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v.29, n.2, 2009, p. 83.

¹⁴⁷ MATIAS, João Luís Nogueira. A ordem econômica e o princípio da solidariedade na Constituição Federal de 1988. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v.29, n.2, 2009, p. 85.

formas de vulnerabilidade. Ambos caminham juntos no sentido de impor à sociedade e ao Estado o dever de atuar de forma coletiva em prol dos vulneráveis, assegurando que suas necessidades sejam supridas de forma justa e equânime. Nesse sentido, Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz:

A realização da solidariedade social, entendida como princípio jurídico-constitucional, concebe-se, então, como um ato complexo, no qual concorrem tanto o Poder Público como a sociedade civil organizada e somente a Constituição, que acolhe a dignidade humana e o pluralismo social e político como princípios essenciais, pode fornecer as diretrizes ideológicas, políticas e jurídicas para sua otimização e implementação¹⁴⁸.

Em razão disso, é dever da sociedade assumir parte dos custos sociais da coletividade, em cumprimento ao princípio da solidariedade e aliado ao da tutela vulnerabilidade. Exemplo disso é a forma utilizada para reajustes dos contratos de plano de saúde coletivos que são lastreados no princípio da solidariedade intergeracional. Esse sistema permite o compartilhamento do custeio do grupo de participantes de determinado contrato de plano de saúde, segundo o qual os mais jovens (e presumidamente mais saudáveis) utilizam menos os serviços de saúde, razão pela qual o valor da mensalidade destes se presta a custear os serviços prestados aos segurados mais idosos¹⁴⁹.

A mesma linha de pensar foi utilizada para o custeio das mensalidades escolares durante a pandemia da Covid-19, pois as aulas presenciais nas instituições de ensino foram suspensas, tendo sido adotado o ensino remoto com redução de carga horária, gerando um vasto debate nacional acerca da necessidade de redução do valor das mensalidades escolares. A educação, vista como uma atividade social essencial, exige de todas as partes envolvidas (instituições de ensino, pais e responsáveis) uma postura de cooperação e entendimento mútuo. Diante dos desafios impostos pela pandemia, foi necessária a busca de soluções equitativas que

¹⁴⁸ VASCONCELOS DINIZ, Marcio Augusto. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 3, 2008, p. 34.

¹⁴⁹ Tema Repetitivo 952 do STJ: Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do community rating modificado).

levassem em consideração tanto a sustentabilidade financeira das escolas quanto a capacidade de pagamento das famílias, promovendo o acesso à educação de qualidade mesmo em circunstâncias de extrema adversidade.

Nos debates acerca das mensalidades escolares, o Supremo Tribunal Federal encerrou a divergência de entendimentos e julgou inconstitucional a concessão de descontos lineares nas mensalidades escolares da rede privada, promovidos tanto por legislações esparsas como por decisões judiciais em ações coletivas e em ações individuais¹⁵⁰. Note-se que, nessa hipótese, houve a conformação entre os princípios da livre iniciativa e da solidariedade, em prol da sobrevivência do segmento econômico essencial, de um lado, e da tutela da vulnerabilidade, em favor da manutenção da educação de crianças e adolescentes, de outro, evitando-se, com isso, a sobrecarga do sistema público educacional.

A aplicação conforme do princípio da tutela da vulnerabilidade e do princípio da solidariedade enfatiza, portanto, a criação de mecanismos jurídicos de apoio a categorias de vulneráveis. Tais mecanismos refletem o espírito do princípio da solidariedade ao distribuir os custos das atividades necessárias ao desenvolvimento da personalidade dos sujeitos vulneráveis pela coletividade. Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques, utilizando-se das conhecidas expressões criadas por Hanna Arendt (*homo faber*) e Adam Smith (*homo economicus*), destacam a mudança de perspectiva jurídica em relação à *pessoa humana*, apontando a Constituição Federal de 1988 como marco para o protagonismo jurídico-legislativo do sujeito no direito privado brasileiro:

A visão de pessoa do final do século XIX, que influenciou o Código Civil brasileiro de 1916, era mais próxima à concepção inglesa e francesa do *homo politicus*, um indivíduo perante o Estado, com sua nacionalidade, direitos adquiridos, liberdade e igualdade formal cidadã; a visão de pessoa do século XX foi, como comprovam a Consolidação das Leis do Trabalho e a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, uma visão *homo faber*, da pessoa pós-revolução industrial, um homem trabalhador, que

¹⁵⁰ BRASIL. STF. Portal de notícias. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=476805&ori=1>; <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=476805&ori=1>. Acesso em: 19 dez. 2024.

faz, produz e comercia no seu domicílio, sendo sua nacionalidade de menor importância. Agora, parece-nos que a visão de pessoa da Constituição Federal de 1988 pode ser plúrima, de identidade cultural (*homo culturalis*) em matéria de família e sucessões, mas de *homo economicus*, homem ativo que consome, cria, decide racionalmente e transforma nas suas relações com o mercado, ainda mais em um novo Código Civil decidido a não ser mais individualista. [...] Nasce como espécie de direito privado, cuja característica marcante é a proteção da pessoa humana, valor que inspira e reforça, especialmente, o reconhecimento e proteção entre todos, dos mais fracos, os vulneráveis da sociedade de massas contemporânea¹⁵¹.

A partir da premissa transformadora trazida pela Constituição Federal de 1988, Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques, inspirados no direito alemão, suscitam uma nova perspectiva para o direito privado brasileiro, reconstruída a partir da releitura do Estado Social em relação aos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, oriundos da Revolução Francesa. Sob esse ponto de vista, o ainda jovem direito privado brasileiro, segundo os autores, pode importar do direito alemão a expressão “direito privado solidário”¹⁵². Isso porque, diante da ordem constitucional vigente, o direito privado é capaz de balancear o interesse individual (liberdade) e o interesse altruísta (fraternidade), mediante a necessidade de prevalência do interesse coletivo, traduzido na eficácia da solidariedade. Seria, portanto, “um novo direito privado com função social, um *direito privado solidário*”¹⁵³.

O princípio da tutela da vulnerabilidade e o princípio da solidariedade demonstram, juntos, a evolução do direito privado sob a

¹⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 19-21.

¹⁵² Assim, esta chocante expressão alemã simboliza uma perspectiva mais solidária e fraterna do direito privado nacional. Um novo direito privado resultado da influência dos direitos civis (ou fundamentais de liberdade) e dos direitos sociais e econômicos (ou direitos fundamentais positivos de prestação); um direito privado ciente de sua função social, um direito guiado pelos valores de ordem constitucional. MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 28.

¹⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 27.

influência do Estado Social inaugurado pela Constituição Federal de 1988. A interconexão entre ambos fortalece a ideia de um direito privado solidário, defendida por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, em que o interesse puramente individualista cede espaço ao equilíbrio de um sistema jurídico capaz de refletir a necessidade de redistribuição de custos e responsabilidades sociais, promovendo um desenvolvimento transformador e horizontal para toda a coletividade.

Outro princípio de ordem constitucional que, juntamente com a tutela da vulnerabilidade, tem aplicabilidade espraiada em vários ramos do direito é o princípio da função social. Na Constituição Federal, a expressão “função social” está expressa diversas vezes, tendo o constituinte optado por não a definir, mas apenas estabelecer no texto constitucional parâmetros para que esta seja atendida substancialmente. Definir objetivamente a expressão “função social” é uma tarefa desafiadora para a doutrina, pois, sendo um princípio aberto e fluido, não se deve adotar uma delimitação estanque a seu respeito, cabendo ao intérprete viabilizar a sua constante evolução. Ao analisar morfologicamente a expressão, observa-se que o substantivo “função” está associado à ideia de utilidade, enquanto o adjetivo “social” refere-se aos interesses da coletividade.

O art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal inclui a “função social da propriedade” no rol de direitos fundamentais, indicando que o direito de propriedade não mais se apresenta como um direito absoluto. Sob essa perspectiva, a ideia clássica de propriedade individual e corpórea, oriunda do Liberalismo, deu lugar a uma visão mais ampla e social, na qual o titular deve compatibilizar os interesses pessoais com os coletivos, contribuindo, por exemplo, para o desenvolvimento sustentável.

Além disso, a função social da propriedade também não está limitada aos contextos tradicionais, pois se estende a novas formas de titularidade como a multipropriedade, que permite a divisão de um imóvel entre vários proprietários para uso em períodos distintos, e à propriedade digital, exemplificada por bens virtuais como NFTs (tokens não fungíveis). Daí a importância de a função social ser tratada como princípio jurídico, pois permite a utilização de conceitos abertos para se adequar às mudanças econômicas, tecnológicas e culturais, reafirmando sua relevância em um mundo em constante transformação.

Adiante, no art. 170 da CF/1988 o constituinte elenca os princípios gerais da atividade econômica, elegendo os interesses que devem ser alvo de tutela no exercício da atividade empresarial, a exemplo da função social da propriedade, da livre concorrência e da defesa do consumidor. Em razão disso, compreende-se o princípio da função social como um harmonizador de interesses da coletividade, aí inseridos tanto os liberais, de natureza empresarial e de livre concorrência negocial; como os sociais, a exemplo dos relativos ao direito do consumidor.

O princípio da função social, portanto, deve pôr em equilíbrio a atividade econômica em sentido lato, isto é, ao estabelecer o balanceamento entre incentivos e limites, deve fomentar a atividade empresarial, a livre concorrência, a recuperação judicial de empresas, ao tempo em que preserva os empregos, os contratos, os direitos dos consumidores e os de propriedade. Essa harmonização não afasta as propensões de lucro da atividade empresarial porquanto o desenvolvimento econômico também encontra lugar na eficácia da função social, ao servir de estímulo ao investimento e ao empreendedorismo.

Sob essa ótica, a aplicação conjunta dos princípios da função social da empresa e da tutela da vulnerabilidade leva o intérprete a perceber que o a atividade empresarial não se presta a substituir as funções estatais. Em outras palavras: a conformação dos princípios de ordem social (tutela da vulnerabilidade, dignidade da pessoa humana, função social e solidariedade) com os de ordem econômica (valor social do trabalho e da livre iniciativa, livre concorrência) não transferem à iniciativa privada os deveres estatais de fornecimento de saúde e educação, por exemplo. Ao invés, impõe à sociedade o dever de exigir do Estado o seu papel transformador no cumprimento desses deveres em prol dos vulneráveis.

Na esfera infraconstitucional, é possível visualizar o princípio da função social, no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor, na Lei de Recuperação Judicial e na Lei de Defesa da Concorrência. Nesse sentido, Fabíola Lôbo:

O princípio da função social apresenta-se como elo de harmonização entre os direitos individuais e sociais. É uma limitação positiva decorrente do princípio constitucional da justiça social, que condiciona a ordem econômica e repercute em diversas searas do direito privado patrimonial, estabelecendo a função social dos

institutos. Entre as diversas manifestações do princípio da função social, para além do Código Civil (liberdade de contratar e função social da propriedade) e do Código de Defesa do Consumidor (harmonização e equilíbrio das relações contratuais de consumo), mais recentemente a Lei de Recuperação Judicial, que estabeleceu a função social da empresa, por ocasião dos processos de recuperação judicial, e a Lei de Defesa da Concorrência.¹⁵⁴

Nesse contexto, enxerga-se a eficácia conjunta do princípio da tutela da vulnerabilidade e da função social da empresa quando a livre iniciativa e a livre concorrência devem respeitar os direitos da massa consumidora; ou quando se estabelece um plano de recuperação judicial para empresas em estado de inadimplência e, por consequência, vulneráveis; ou, ainda, quando se confere um tratamento jurídico diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte. Sob essa perspectiva é que o art. 421 do Código Civil estabelece que "a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato", aí contidos tanto os interesses sociais quanto os interesses econômicos a serem preservados, em observância à função social e econômica da tutela da vulnerabilidade.

Por outro lado, a relação entre o princípio da função social e o da tutela da vulnerabilidade também aflora entre os artigos 182 e 191 da CF/1988, quando o constituinte dispõe sobre as políticas urbanas e agrárias, e entre os artigos 1.238 e 1.244 do CC/2002, quando regulamenta a aquisição da propriedade por meio da usucapião. Os dispositivos visam garantir o acesso a moradia, infraestrutura básica e qualidade de vida para populações em situação de vulnerabilidade social, muitas vezes marginalizadas pelo mercado imobiliário, além de permitir a aquisição da propriedade em virtude da posse prolongada do bem. Nessa perspectiva, ambos os princípios convergem na missão de tutelar direitos fundamentais de moradia e de posse em conformidade com os direitos de propriedade.

Em sequência à análise da conexão entre o princípio da tutela da vulnerabilidade e os demais princípios do Direito Privado, tem-se o princípio

¹⁵⁴ LÔBO, Fabíola Albuquerque. Os institutos de direito privado patrimoniais sob o viés da funcionalização. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque (coord.). **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 33.

da boa-fé que, no Direito Civil brasileiro, apresenta-se como um vetor integrativo das relações jurídicas, assumindo papéis interpretativos normativos ou limitativos de direito, capazes de assegurar o equilíbrio nas interações existenciais e negociais. Nesse sentido, assim como o princípio da tutela da vulnerabilidade, o princípio da boa-fé “comparece transversalmente em todos os campos do direito civil brasileiro contemporâneo”¹⁵⁵.

Após o advento da CF/1988, o Código de Defesa do Consumidor, positivou dentre os princípios atinentes à Política das Relações de Consumo, além do princípio da tutela da vulnerabilidade (art. 4º, inciso I), o princípio da boa-fé objetiva, no art. 4º, inciso III, responsável por compatibilizar a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico do fornecedor aos interesses dos consumidores. Mais adiante, no art. 51, inciso IV, o CDC reconhece a estipulação de cláusulas abusivas como prática que ofende o princípio da boa-fé.

Assim, o elo existente entre o princípio da tutela da vulnerabilidade e o princípio da boa-fé objetiva se fez presente desde a promulgação do CDC, ficando mais evidenciado quando se trata de mácula ao direito à informação do consumidor. Isso porque o comportamento desleal do fornecedor (ofensa à boa-fé) atinge diretamente o empoderamento do consumidor no exercício do seu direito de escolha (ofensa à tutela da vulnerabilidade). A prática abusiva de ofensa ao direito de informação clara e precisa do consumidor, portanto, afronta os dois princípios simultaneamente. Em conformação com a tutela da vulnerabilidade observa-se que enquanto a boa-fé impede o uso abusivo de posições de poder ou de superioridade em detrimento dos interesses de categorias de vulneráveis, a tutela da vulnerabilidade cria mecanismos de empoderamento, garantindo o exercício pleno dos direitos por parte destas categorias.

Na seara patrimonial, o Código Civil de 2002 acompanhou o CDC, ao reconhecer a boa-fé como cláusula geral e diretriz de conduta, consolidando-a em diversas passagens normativas. Nesse sentido, o artigo 113 do CC/2002 inaugura a presença do referido princípio ao vincular a

¹⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Boa-fé no direito civil: do princípio jurídico ao dever geral de conduta. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque; Pamplona Filho, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no Direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 19.

interpretação dos negócios jurídicos à boa-fé, estabelecendo padrões de lealdade e honestidade na construção e aplicação das normas jurídicas. Além disso, o artigo 187 utiliza a boa-fé como limitador para o abuso de direito, impondo responsabilidade àquele que, prejudicando terceiros, excede limites por ela impostos. Já o artigo 422 determina a observância da boa-fé objetiva em todas as fases contratuais — pré-contratual, contratual e pós-contratual — atribuindo-lhe uma capacidade criativa de deveres anexos de cooperação e lealdade entre as partes envolvidas.

Nesse contexto, Fabíola Lôbo e Cora Costa detêm a mesma compreensão acerca da amplitude de manifestação da boa-fé enquanto princípio estruturante do ordenamento jurídico:

Como se depreende, a ambiência da boa-fé quer funcionando na interpretação dos negócios jurídicos, na limitação ao abuso de direito, ou enquanto o dever geral de conduta se revela em vários recantos da legislação consumerista, e, em face da sua plasticidade, se espalha em todas as etapas da relação jurídica contratual (pré-contratual, contratual e pós contratual).¹⁵⁶

Por outro lado, no campo dos direitos da personalidade, especialmente no exercício da autodeterminação existencial na relação médico-paciente, a boa-fé funciona como um balizador ético e jurídico, promovendo o dever de informação dos médicos, para viabilizar as escolhas de seus pacientes mediante a prestação do devido esclarecimento, protegendo assim os interesses existenciais de indivíduos em estado de vulnerabilidade. Dessa forma, a boa-fé e o princípio da tutela da vulnerabilidade operam como pilares fundamentais do sistema jurídico brasileiro, garantindo que as relações entre os indivíduos sejam orientadas por padrões éticos e pelo respeito a eventuais vulnerabilidades evidenciadas nos sujeitos de direito.

O espaço decisional de livre determinação do indivíduo é tutelado, na seara existencial, pelo princípio da autodeterminação existencial e, na seara patrimonial, pelo princípio da autonomia privada. Assim, a

¹⁵⁶ LÔBO, Fabíola Albuquerque; Costa, Cora Cristina. Os vícios de desconformidade e o inadimplemento contratual decorrente da violação ao princípio da boa-fé. In: EHRHARDT Júnior, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no Direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 141.

autodeterminação existencial é, na compreensão de Paulo Lôbo, “ato jurídico em sentido estrito, com efeitos predeterminados em lei, tendo por fito interesses exclusivamente existenciais de quem a exerce”. É o autorreger-se, ou seja, é a liberdade de escolha pessoal cujas consequências dizem respeito única e exclusivamente ao próprio indivíduo, por serem relativas aos seus direitos da personalidade, ou a seus dados pessoais, ou, ainda, a seus direitos familiares¹⁵⁷.

O princípio da tutela da vulnerabilidade tem estreita relação com o princípio da autodeterminação existencial, pois enquanto o primeiro empodera o sujeito vulnerável, levando-o a um nível suficiente de inclusão para a realização de suas decisões; o segundo se traduz na própria liberdade de escolha em si. O respeito do paciente em estágio terminal ao desejo de receber somente cuidados paliativos e não se submeter a medidas extremas de tratamento, por exemplo, é resultado da aplicação harmônica e eficaz dos princípios da autodeterminação existencial e da tutela da vulnerabilidade. Isso porque o direito de escolha conferido a ele é resultado da comunhão entre o empoderamento e a autodeterminação do paciente¹⁵⁸.

Os pacientes, no exercício de sua autodeterminação existencial, têm o direito de assumir o domínio sobre a escolha das terapias a que serão submetidos. Essa autonomia é exercida, após todos os esclarecimentos prestados pelo médico assistente, por estar o paciente imbuído do poder de tomada de decisão, decorrente do princípio da tutela da vulnerabilidade. O princípio da tutela da vulnerabilidade em harmonia com o da autonomia privada afasta, portanto, a ideia paternalista de que as decisões clínicas dos profissionais de saúde são soberanas.

O Estado Social, ao permitir uma maior intervenção estatal nas relações entre privados, trouxe também, na seara patrimonial, outro contorno ao exercício da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos. Isso porque a ideia negativa de liberdade, compreendida na atuação livre do indivíduo, desacompanhada de qualquer interferência estatal, mostrou-se insuficiente para o equilíbrio das relações. A livre manifestação da vontade não deixou de ser regra, porém o exercício dessa autonomia privada e da obrigatoriedade contratual dela decorrente foi

¹⁵⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil em Princípios*. (2025) p. 66. [no prelo]

¹⁵⁸ O tema foi alvo da minha dissertação de mestrado, defendida em 2014, cujo título é “O direito de viver sem prolongamento artificial”.

moldado para se adequar aos preceitos da justiça social. Nesse sentido, Luiz Edson Fachin elege solidariedade social como um dos limites trazidos pelo Estado Social para o exercício da autonomia privada:

Novos tempos traduzem outro modo de apreender tradicionais institutos jurídicos. Não se trata de aniquilar a autonomia privada, mas sim de superar o ciclo histórico do individualismo exacerbado, substituindo-o pela coexistencialidade. Quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata, eis aí o móvel que sinaliza, sob uma ética contratual contemporânea, para a solidariedade social¹⁵⁹.

Do mesmo modo, a tutela da vulnerabilidade figura também como uma limitação ao exercício da autonomia privada, pois a liberdade de escolha não pode ser exercida de forma a reforçar a vulnerabilidade de uma das partes. A interpretação harmônica entre o princípio da tutela da vulnerabilidade e o princípio da autonomia privada implica em conceder um empoderamento jurídico aos sujeitos vulneráveis, capaz de garantir o exercício pleno da autonomia destes. Com isso, evita-se que a autonomia se torne um instrumento de opressão ou exclusão social.

Sob a perspectiva patrimonial, os princípios da autonomia privada e da tutela da vulnerabilidade são aplicados conjuntamente, por exemplo, quando se protege a massa consumidora da publicidade enganosa, isto é, da publicidade mentirosa capaz de induzir o consumidor em erro. Isso porque esse tipo de prática abusiva tem repercussão direta no poder de escolha do consumidor. Em outras palavras: a publicidade enganosa provoca o esvaziamento da tutela do vulnerável e macula a sua autonomia privada, ao tornar o direito de escolha deste consumidor viciado por uma enganosidade.

No mesmo sentido, a Lei n. 14.181/2021 (Lei do Superendividamento) é também resultado da concretização da aplicação harmônica dos princípios da autonomia privada e da tutela da vulnerabilidade, ao estabelecer o exercício responsável da liberdade contratual condicionado à tutela do consumidor superendividado. O artigo 54 - D da Lei n. 14.181/2021 estabelece, por exemplo, aos fornecedores o

¹⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. O Direito Civil sob a Constituição de 1988. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**, v. 36, n. 97, 2009, p. 200.

dever da avaliação responsável da capacidade de pagamento do consumidor. Essa exigência atua como um limitador da autonomia privada do fornecedor, que não deverá se aproveitar da vulnerabilidade do consumidor em nome da livre iniciativa. Desse modo, os princípios da livre iniciativa e da autonomia contratual são conformados e informados pelos princípios constitucionais da tutela da vulnerabilidade, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Deve-se, portanto, empoderar juridicamente os sujeitos vulneráveis, concedendo-lhes a aptidão necessária para que o exercício seja da sua autonomia privada, seja da sua autodeterminação existencial tenha eficácia, apesar das vulnerabilidades que lhes são afetas.

No mesmo caminho trilhado pela autonomia privada, o princípio da força obrigatória dos contratos, tem raízes no liberalismo individualista e funciona como um mecanismo de preservação da confiança entre os contratantes, visando garantir a segurança jurídica ao sistema, ao proporcionar estabilidade e previsibilidade às relações jurídicas. A estabilidade, inerente ao princípio, tem por objetivo garantir que o conteúdo acordado seja concretizado, independentemente alterações legislativas posteriores. Já a previsibilidade se traduz na projeção do porvir, pois as partes têm ajustado os direitos e obrigações norteadores de sua conduta ao longo da execução do contrato¹⁶⁰.

A evolução do Direito Civil trouxe limites importantes ao caráter absoluto do princípio da força obrigatória. O pacto, longe de ser intangível, pode (e deve) ser revisado ou relativizado, quando sua execução ensejar mácula aos princípios constitucionais da dignidade humana, da solidariedade, da tutela da vulnerabilidade e da função social, que funcionam como balizas da aplicação do *pacta sunt servanda*. Note-se que a limitação trazida por esses princípios constitucionais não tem por objetivo desvirtuar a segurança jurídica do *pacta sunt servanda*, mas estruturar a relação contratual de forma equilibrada. Nesse sentido, Gustavo Andrade ressalta, com clareza, a ideia de que os contratos passaram a ser pautados pelas balizas oriundas do Estado Social:

Não que ele tenha deixado de obrigar as partes contratantes, o que acarretaria insegurança às relações jurídicas e grave instabilidade no funcionamento do

¹⁶⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil em Princípios. (2025) p. 135. [no prelo]

sistema, e, por consequência, no tráfego jurídico, que, repita-se, tem no contrato o seu principal instrumento. Pelo contrário, as partes pactuam direitos e deveres que são contraídos com o objetivo de vinculá-las, mas tendo por limite o equilíbrio dessas obrigações. A obediência ao que foi avançado não mais é exercida cegamente: sobrepõem-se à contratação o interesse social e o equilíbrio de poderes entre os contratantes.¹⁶¹

O princípio da força obrigatória dos contratos, portanto, não deve ser prestar a ser instrumento de exploração dos vulneráveis porque moldados pela principiologia do Estado Social. Reflexo concreto disso é a Lei do Superendividamento que visa harmonizar a tutela da vulnerabilidade, a segurança jurídica e a força obrigatória dos contratos, pois ao tempo em que preserva a liberdade do consumidor para contrair dívidas, intervém quando essa liberdade resulta em uma situação insustentável comprometedora da sua dignidade e subsistência.

Desse modo, os princípios da tutela da vulnerabilidade e da força obrigatória dos contratos não se encontram em antagonismo, mas em uma relação de complementariedade. A tutela da vulnerabilidade não invalida a autonomia privada nem a eficácia dos contratos. Ao invés, atua como filtro condutor de garantia do exercício pleno dessa autonomia, assegurando que o pacto se cumpra dentro de limites éticos e jurídicos compatíveis com os valores constitucionais, conferindo ao contrato não apenas eficácia, mas também legitimidade social.

A aplicação integrada do princípio da tutela da vulnerabilidade em relação aos princípios destacados no presente tópico corrobora a concretização dos valores constitucionais promovidos pela Constituição Federal de 1988, revelando-se como um dos pilares fundamentais na construção de um direito privado mais inclusivo.

¹⁶¹ ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. A boa-fé nas relações de consumo: informação e defesa do contratante vulnerável nas situações de superendividamento. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no Direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 309.

3.2 BASES DOGMÁTICAS DA TUTELA DA VULNERABILIDADE: ENTRE O DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

3.2.1 A doutrina do direito civil constitucional

O direito civil constitucional é uma metodologia de estudo, de pesquisa e de aplicação do direito privado, o qual teve origem no pós-guerra europeu, quando houve a ruptura da ideologia patrimonialista e individualista, consagrada pela Revolução Francesa e Revolução Industrial, e, por consequência, a edição de novas Constituições, comprometidas com a democracia, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana¹⁶². A doutrina foi implementada, no plano internacional, pelos professores Pietro Perlingieri e Stefano Rodotà, e, no Brasil, pelos doutrinadores Paulo Luiz Netto Lôbo, Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes, entre outros.

No Brasil, após um longo período ditatorial, a redemocratização e a consequente promulgação da Constituição Federal de 1988, com o seu enfoque nos direitos fundamentais e sociais, na dignidade da pessoa humana, na solidariedade social e na redução de desigualdades, entraram em confronto direto com o individualismo, fundado no liberalismo e na proteção do patrimônio, presentes no então vigente Código Civil de 1916¹⁶³.

A incongruência entre o Código Civil revogado e a Constituição Federal vigente pode ser identificada nos seguintes exemplos: i) a distinção havida entre filhos “legítimos” e “ilegítimos”, presente no artigo 355 do CC/1916, enquanto a Constituição Federal, no artigo 227, §6º, vedava a discriminação relativa à filiação, ii) o reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, §3º, da CF/1988) sem previsão no CC/1916, iii) , a exemplo da igualdade entre homens e mulheres (art. 226, §5º, da CF/1988) com a previsão do artigo 233 do CC/16 que elegia o homem como o “chefe da sociedade conjugal”, iv) a função social da propriedade (artigos 5º, XXIII, e 170 da CF/1988) sem previsão no código eminentemente

¹⁶² SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 10, n. 04, 2016, p. 10.

¹⁶³ Até então o modelo de codificação, lastreado de positivismo jurídico, não permitia o reconhecimento do princípio como norma jurídica, limitando-se ao reconhecimento da supremacia da lei para a solução do caso concreto.

patrimonialista, v) a defesa do consumidor como direito fundamental e como princípio da ordem econômica (artigos 5º, XXXII, e 170 da CF/1988) sem qualquer correspondência protetiva no Código Civil que tratava a relação com essa categoria de vulneráveis como paritária, dentre outros.

Diante desse contexto, a metodologia civil constitucional surgiu da necessidade de superar a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os institutos civis de acordo com as diretrizes constitucionais. A Constituição Federal de 1988 passou a ser o centro de integração e de unidade do sistema jurídico do direito privado, para superar a antiga predominância dos aspectos patrimoniais enfatizados até então pelo Código Civil de 1916, trazendo um ambiente propício para a implantação da doutrina do direito civil constitucional. Assim, a interpretação e a aplicação de qualquer norma infraconstitucional, notadamente, as normas civis, seriam vistas em harmonia com os preceitos constitucionais, formando um todo unitário.

Pietro Perlingieri, responsável por implementar a metodologia do direito civil constitucional na Itália, elegeu os seguintes pressupostos básicos para fundamentar esta doutrina: i) a força normativa da Constituição Federal, ii) a unidade e complexidade do sistema jurídico e o pluralismo das fontes do direito e iii) a mudança paradigmática da forma de interpretar o sistema normativo¹⁶⁴.

A força normativa das constituições decorre da percepção de Konrad Hesse a respeito da necessidade de prestar efetividade à norma constitucional, conferindo-lhe sentido prático e concretizador, pois ela se destina a influenciar a leitura jurídica dos fatos sociais. De acordo com Konrad Hesse, a força normativa da Constituição está relacionada à capacidade da Constituição de moldar e influenciar a realidade política e social de um país. Isso significa que a Constituição não é apenas um documento estático que reflete a realidade existente, mas sim uma força ativa que pode agir sobre essa realidade¹⁶⁵. A força normativa da Constituição reside, portanto, na sua capacidade de conferir forma e modificação à realidade, influenciando a vida do Estado ao torná-la ativa.

¹⁶⁴ PERLINGIERI, Pietro. La doctrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, v. 31, jul.-set. 2007, p. 75.

¹⁶⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (trad. Mendes, Gilmar Ferreira). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, pp. 15-19.

Diante do seu caráter supremo, a Constituição Federal passa a ser entendida como o centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia tanto formal quanto material. Essa supremacia constitucional não apenas funciona como um parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também orienta a interpretação de todas as normas do sistema, assegurando que todas as ações e legislações estejam alinhadas com os princípios e valores constitucionais¹⁶⁶.

A Constituição Federal, portanto, abandonou a posição de mera *carta política*, na qual era vista como norma de conteúdo programático e, portanto, dependente de leis ordinárias para atingir sua eficácia, e assumiu o seu protagonismo e a sua supremacia.

O segundo pressuposto elencado por Perlingieri se refere à unidade e complexidade do sistema normativo, isto é, mesmo diante da diversidade de fontes normativas, o sistema jurídico é único, integrado e voltado aos seus valores constitucionais.

A metodologia do direito civil constitucional, portanto, é refratária da teoria dos microssistemas, responsável por particionar o direito privado em vários regramentos autônomos, regulando setores inteiros do direito civil como, por exemplo, a lei do inquilinato, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor. A crítica realizada pela doutrina do direito civil constitucional ao fatiamento do direito civil em microssistemas se refere à perigosa utilização de “valores de ocasião” para regradar situações específicas, gerando incongruências no sistema.¹⁶⁷ A multiplicidade legislativa, a setorização de regramentos e os microssistemas não afastam a necessidade de enxergar o ordenamento jurídico como um todo unitário e sincronizado com a constituição; pelo contrário, aumentam a responsabilidade do intérprete de manter a coerência na aplicação da norma diante da diversidade de fontes normativas.

A proposta trazida pela doutrina do direito civil constitucional é a unificação do sistema jurídico para garantir a máxima realização

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, pp. 352-353.

¹⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, pp. 13-14.

dos valores constitucionais, proporcionando a coerência do sistema com os objetivos almejados pelo constituinte. Os fundamentos de validade das relações privadas, portanto, são de base constitucional, devendo obedecer a todo o arcabouço principiológico contido na Constituição Federal¹⁶⁸.

O terceiro pressuposto apontado por Perlingieri é a mudança paradigmática de interpretação do sistema jurídico, pois o Código Civil cede o seu protagonismo de outrora para a Constituição Federal, devendo o direito privado ser interpretado segundo os valores constitucionais. Essa releitura do direito civil vai além da reorganização das áreas do Direito, pois implica em uma transformação na maneira de compreendê-lo e de aplicá-lo, em resposta às mudanças sociais e culturais, bem como às exigências de um Estado Democrático de Direito que valoriza a pluralidade e o respeito pelas diferenças¹⁶⁹.

O intérprete assume um papel de maior responsabilidade, traduzido na atividade criativa de trazer sentido e alcance aos valores constitucionais nas relações privadas, ficando vinculado às escolhas tomadas pelo constituinte. Essa liberdade criativa não importa, contudo, em arbítrio opinativo do intérprete, baseado no seu sentimento de justiça, porque permanece limitada à necessária fundamentação técnica que deve ser lastreada na observância dos parâmetros constitucionais e no respeito à “hierarquia das fontes e

¹⁶⁸ Com o advento da Constituição da República, em 5 de outubro de 1988, o direito privado passou, novamente, por ampla transformação. Por certo, tal transformação não se iniciou com a Carta de 88, mas ela foi o momento mais visível desse movimento, quando os dispositivos antes inerentes apenas ao Direito Privado constitucionalizaram-se, passando à leitura pelas lentes da Constituição [...] paulatinamente, todavia, o texto maior passava a ser incorporado na práxis jurídica, notadamente na seara privada. O influxo constitucional é tão acentuado que muitos autores, ao tratar das implicações da Carta no Direito Privado, em especial no Direito Civil, cunharam a consagrada expressão “Constitucionalização do Direito Civil”, que demonstra justamente a força que a Carta constitucional emprestou a distintos institutos tipicamente de Direito Privado (FACHIN, Luiz Edson. O direito que foi privado - A defesa do pacto civilizatório emancipador e dos ataques a bombordo e a boreste. *Revista de informação legislativa*, v. 45, n. 179, p. 207-217, jul./set. 2008, 07/2008).

¹⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 13. p. 3, jan./mar. 2003.

dos valores, em uma acepção necessariamente sistemática e axiológica”¹⁷⁰.

A mudança de paradigma não implica em dizer que o direito civil se transformou em um direito constitucional concreto, mas que os fundamentos constitucionais deram uma nova leitura aos institutos codificados do direito privado, mediante uma *‘nova tábua axiológica’*¹⁷¹¹⁷². Essa nova percepção valorativa do direito dos povos foi de grande valia para a sedimentação do princípio da tutela da vulnerabilidade jurídica, diante da elevação da pessoa humana como bem maior a ser protegido, fenômeno chamado de repersonalização.

Essa abordagem do direito civil-constitucional desloca o foco do patrimônio para a pessoa, considerando os direitos civis como expressões da dignidade e liberdade individuais. Assim, a Constituição Federal não apenas define direitos sociais e fundamentais, senão também informa e permeia as relações privadas, exigindo que todas as interpretações jurídicas estejam alinhadas com os princípios constitucionais de respeito à dignidade humana. Ao assim proceder, a constitucionalização do Direito Civil permitiu uma aplicação mais humana e socialmente responsável das leis civis, enfatizando a proteção da pessoa em detrimento da mera regulação de transações econômica. Isso inclui a releitura de institutos civis clássicos, como a propriedade, os contratos, a responsabilidade civil, sob uma perspectiva que valoriza mais a função social e a justiça substancial.

¹⁷⁰ PERLINGIERI, Pietro. La doctrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revisa Trimestral de Direito Civil – RTDC**, v. 31, jul.-set. 2007, p. 77.

¹⁷¹ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira. In **BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA**. Coimbra, Coimbra Editora, n. 48, pp. 323-345, 2000.

¹⁷² O problema está, a rigor, em identificar como e de que modo os institutos jurídicos estruturados sob uma lógica puramente patrimonial devem ser adequados à nova tábua de valores constitucionais. SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 21.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto, tanto no preâmbulo¹⁷³ como também nos artigos 1º¹⁷⁴ e 2º¹⁷⁵, um delineamento do Estado garantidor dos direitos individuais e sociais, cujos principais fundamentos são: a dignidade humana e os valores sociais, objetivando a construção de uma sociedade pautada na liberdade, justiça, solidariedade e na igualdade formal e material para, assim, promover o bem de todos, como fim último da tutela da pessoa humana em todas as suas dimensões. Dentro dessa percepção, o princípio da dignidade da pessoa humana foi estabelecido, como um princípio fundante, transformando a maneira como os direitos e deveres são interpretados e aplicados no Direito Civil.

A proteção primordial da pessoa – enquanto ser dotado de dignidade – impôs uma alteração paradigmática, a partir da qual não mais se admite relegar ao segundo plano a tutela dos interesses existenciais, pois o princípio da dignidade humana integra o núcleo central norteador do sistema jurídico. Em razão disso, a patrimonialização das relações civis, evidenciada durante a vigência do Código Civil de 1916, deu lugar à repersonalização das relações privadas, isto é, ao protagonismo do sujeito no direito civil, como

¹⁷³ BRASIL. Congresso Nacional. Constituição Federal de 1988. Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

¹⁷⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Constituição Federal de 1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

¹⁷⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Constituição Federal de 1988. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

primeiro pressuposto de adequação do direito civil aos ditames constitucionais. Nesse sentido, Pietro Perlingieri:

É necessário reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa. Desse modo, evitar-se-á comprimir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante esquemas inadequados e superados. O Direito Civil retoma, em renovadas formas, a sua originária vocação de *ius civile*, destinado a exercer a tutela dos direitos civis em uma nova síntese - cuja consciência normativa tem importância histórica [...] entre as relações civis e aquelas econômicas e políticas"¹⁷⁶.

No âmbito mais restrito dos direitos da personalidade, a doutrina civil-constitucional leciona que o feixe de luz do direito deve estar sobre o indivíduo e somente por meio deste é que deve se enxergar o seu patrimônio. Assim, os sujeitos de direitos deixam de ser tão-somente titulares de bens para serem vistos ontologicamente, isto é, em sua essência e primazia¹⁷⁷. Além do fenômeno da repersonalização, houve também uma mudança qualitativa de interpretação da propriedade por meio da funcionalização dos institutos tradicionais de direito civil, por meio da despatrimonialização, isto é, da leitura do direito de propriedade mediante a realização dos valores sociais implementados pela Constituição Federal de 1988¹⁷⁸.

Uma das consequências dessa mudança de paradigma, trazida pela doutrina do direito civil constitucional, foi a superação da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, pois a separação tradicional entre esses ramos deixou de refletir adequadamente a realidade contemporânea. As constituições modernas, além de positivar os direitos fundamentais,

¹⁷⁶ PERLINGIRERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 121-122.

¹⁷⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In **REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA**, Brasília, Senado Federal, n. 141, jan-mar. p. 103.1999.

¹⁷⁸ A Constituição, como já se disse, não reprime a atividade econômica ou o ganho patrimonial, mas lhe atribui um valor social, consubstanciado no fim de "assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social". Ao civilista incumbe perseguir, em cada recanto do direito civil, o modo mais efetivo de realizar esse escopo constitucional. A elevada missão encerra desafios. SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 21.

trouxeram disposições tanto sobre a ordem social e como sobre a econômica, integrando princípios constitucionais a regramentos de natureza privada. Ao assim proceder, a aplicação do direito civil, cuja essência é privada, foi conduzida a levar em consideração questões tradicionalmente tidas como de direito público. Nesse sentido, o reconhecimento de que os direitos fundamentais devem ser observados não apenas pelo Estado, como também nas relações entre particulares, é um exemplo claro da intersecção entre o direito público e o direito privado. Desse modo, a separação clássica dos domínios jurídicos ficou destinada à utilidade didática¹⁷⁹.

As críticas à doutrina do direito civil constitucional surgem a partir da insegurança jurídica que eventualmente a sua aplicabilidade poderia trazer, a partir da utilização excessiva de princípios jurídicos e de conceitos abertos. Isso porque a liberdade interpretativa trazida pela natureza aberta e fluida dos princípios constitucionais pode gerar arbitrariedades quando da aplicabilidade das normas jurídicas¹⁸⁰. Além disso, a concessão de “superpoderes interpretativos” aos juízes em substituição a aplicação restrita da lei ao caso concreto fomenta um ativismo judicial exagerado, prejudicando a imparcialidade do magistrado mediante a utilização de opiniões pessoais e de “valores de ocasião” e esvaziando as atribuições do Poder Legislativo.

Sobre o uso adequado da metodologia, Maria Celina Bodin de Moraes, uma das autoras responsáveis pela implementação dessa teoria no Brasil, destaca que a utilização da doutrina do direito civil constitucional por meio da interpretação eminentemente principiológica do sistema jurídico não se presta a servir de escudo para conferir autorização ao arbítrio. Nesse sentido, a autora:

¹⁷⁹ SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 10, n. 04, 2016, p. 10.

¹⁸⁰ Nosso principal problema hoje é como escapar da incerteza no processo de interpretação-aplicação. A certeza do direito – ou segurança jurídica – é aspiração comum a todas as sociedades em todas as épocas, ainda que a própria ideia de certeza deva ser historicamente relativizada: ela já foi entendida como efetivo conhecimento do direito por parte dos destinatários, como mera estabilidade da regulamentação jurídica, como simples previsibilidade do conteúdo das decisões judiciais etc. A ideia que lhe está subjacente, porém, é unívoca: o que se quer é evitar o arbítrio. BODIN DE MORAES, Maria Celina. O jovem direito civil-constitucional. Editorial. **Civillistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <https://civillistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/11/7>. Acesso em: 03 mai. 2024.

[...] mais do que um agigantamento do papel da doutrina na interpretação e concretização dos princípios que passaram a ocupar este papel central no ordenamento, o direito legislado e teoricamente majoritário tem sido substituído, no Brasil atual, cada vez mais pelo direito julgado, produzido pela magistratura. Ainda seguindo a tendência da importação “à brasileira” de modelos estrangeiros, tem-se assistido a uma progressiva aproximação do sistema brasileiro a um modelo que remete ao da *common law* – não fosse o fato, prontamente apontado pela doutrina mais atenta, de que a cada vez maior vinculação das decisões judiciais pretéritas não foi acompanhada, no Brasil, do arcabouço teórico e instrumental com que conta nos países anglo-saxônicos. A superação de uma aplicação robótica da lei não pode servir de pretexto para se conferir à magistratura carta branca para decidir de acordo com suas concepções pessoais, mediante a invocação genérica de algum princípio constitucional de que o juiz acredite amparar sua própria e individual versão de justiça¹⁸¹.

O direito civil assumiu uma postura de constante evolução e de plena efetividade, abarcando toda a complexidade do corpo social, sem distinção. Com isso, essa metodologia trouxe as hipóteses de incidência das relações privadas para uma unidade civil-constitucional, elevando ao plano constitucional a aplicação dos princípios fundamentais do direito civil¹⁸². Não houve dispensa da fundamentação do magistrado, ao invés, aumentou-se a responsabilidade deste no sentido de conferir legitimidade e unidade ao sistema jurídico motivando adequadamente as decisões. Aliás, à exceção do autoritarismo, o arbítrio é indefensável em qualquer metodologia jurídica e tem sido refutado com veemência pelos doutrinadores entusiastas da

¹⁸¹ BODIN DE MORAIS, Maria Celina. Os últimos 25 anos e o futuro. Editorial. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/117/87>. Data de Acesso 03 mai. 2024.

¹⁸² Pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de informação legislativa*, v. 141, 1999, p.100.

doutrina civil do direito civil constitucional. Nesse sentido, Anderson Schreiber:

Registre-se, a propósito, que nada está mais distante da metodologia civil-constitucional que a invocação irresponsável da “dignidade humana”, para sustentar demandas indenizatórias de caráter frívolo, ou a menção oportunista à “função social do contrato” no afã de justificar o descumprimento de deveres contratuais legitimamente assumidos. A metodologia civil-constitucional reclama a aplicação dos princípios constitucionais, mas tal aplicação se dá necessariamente de modo técnico e criterioso, por meio de uma fundamentação controlável, ancorada no dado normativo. A invocação velhaca dos valores constitucionais nada tem de civil-constitucional: é patifaria intelectual, que, longe de privilegiar, esvazia a densidade das normas findantes do ordenamento jurídico brasileiro.¹⁸³

Por outro lado, outra crítica levantada é o aumento das atribuições (e da responsabilidade) do aplicador da norma ao deixar de aplicar uma única norma específica para resolver uma controvérsia e se ver obrigado a – diante de uma enxurrada de legislações em diferentes níveis e de normas infralegais – a considerar o ordenamento jurídico como um todo unitário, para garantir que as decisões estejam alinhadas com o projeto constitucional. Essa parece uma crítica preguiçosa no sentido de enxugar as atribuições do Poder Judiciário cujo dever primordial é atender ao seu jurisdicionado com presteza, eficiência e, sobretudo, com justiça, não devendo se furtar do *múnus público* assumido ao ingressar na carreira jurisdicional.

A doutrina do direito civil constitucional busca a resignificação permanente dos institutos de direito civil, por meio de uma perspectiva interpretativa dos dispositivos do Código Civil através das lentes e dos valores da Constituição Federal. Os fatos jurídicos da vida civil passaram, portanto, a ser subsumidos por normas jurídicas com lastro constitucional. Assim, as relações privadas não mais se restringem à dogmática estática do

¹⁸³ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 23.

Código Civil, pois estão jungidas pelos princípios constitucionais nela incidentes. O objetivo é garantir a autonomia do indivíduo frente às estruturas massificadas da sociedade atual.

3.2.2 As doutrinas da análise econômica do direito

A doutrina oposta às ideias defendidas pela doutrina do direito civil constitucional é a Análise Econômica do Direito que ganhou uma certa adesão legislativa e reconhecimento judicial do ordenamento jurídico brasileiro a partir de 2018.

A teoria da Análise Econômica do Direito (AED) busca aplicar os princípios econômicos ao estudo e aplicação das normas jurídicas, promovendo o diálogo entre o Direito e a Economia. O termo Análise Econômica do Direito, na realidade, foi o escolhido para representar todas as escolas que se propuseram a estudar o direito a partir de uma perspectiva econômica, cujo ponto comum é o objetivo de alcançar a alocação eficiente de recursos. As Escolas divergem, contudo, quanto à forma de aplicação dos princípios econômicos ao estudo do direito, notadamente, no que se refere à variação do conceito de eficiência.

A Análise Econômica do Direito surgiu nos Estados Unidos, na década de 1960, a partir dos estudos de Ronald Coase¹⁸⁴, professor da Universidade da Virgínia e vencedor do prêmio Nobel de economia em 1991, quando publicou o texto “O problema do custo social” no *The Journal of Law and Economics*.

Ronald Coase, precursor da Escola de Chicago, fez uma análise do custo social da atividade empresarial, isto é, dos danos eventualmente sofridos por terceiros quando do exercício de determinada atividade econômica. O autor cita como exemplo o recorrente caso da fábrica, cuja poluição gera danos aos moradores dos imóveis vizinhos. Segundo Coase, a Análise Econômica do Direito leva em consideração a definição clara dos direitos de propriedade bem como a percepção do custo social do exercício da operação, mediante a gestão dos impactos negativos das atividades econômicas em relação aos terceiros. Assim, o método realiza a alocação

¹⁸⁴ COASE, Ronald. O problema do custo social. *The Latin American and Caribbean journal of legal studies*, v. 3, n. 1, 2009. Disponível em: <https://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1035&context=lacjls>. Acesso em: 15 jan. 2024.

eficiente de recursos, encontra soluções viáveis e minimiza os efeitos prejudiciais da atividade¹⁸⁵.

Nesse contexto, Coase faz uma abordagem acerca da forma como a responsabilização pelos prejuízos causados a terceiros repercute na alocação dos recursos da atividade empresarial. Isso porque ao internalizar os denominados “custos sociais” da atividade econômica, as empresas são obrigadas a pensar em soluções para minimizar os prejuízos, levando a uma distribuição de recursos mais eficiente. Por outro lado, caso esses custos sociais não sejam levados em consideração a empresa não se sente obrigada a encontrar soluções inteligentes para o manejo dos danos¹⁸⁶.

A Análise Econômica do Direito leva em consideração os efeitos econômicos na tomada de decisão e, em uma perspectiva econômico-empresarial, relativa às estratégias de mercado, busca trazer o caminho mais eficiente para evitar eventuais danos colaterais. Por outro lado, quando há danos e, por consequência, esse custo social é judicializado, a decisão judicial ótima, sob o viés dessa doutrina, é aquela que consegue equalizar o custo social e o valor mínimo do custo de produção. Nesse sentido, Ronald Coase:

As razões utilizadas pelos tribunais na determinação dos direitos vão, frequentemente, parecer estranhas para um economista, porque muitos dos aspectos nos quais as decisões se baseiam são, do ponto de vista econômico, irrelevantes. Por isso, situações que são, para um economista, idênticas, serão tratadas de maneiras diferentes pelos tribunais. O problema econômico em todos os casos de efeitos prejudiciais é como maximizar o valor de produção. No caso *Bass v. Gregory*, ar fresco era sugado pelo poço, o que facilitava a produção de cerveja, mas ar imundo era expelido pelo poço, o que tornava a vida nas casas próximas menos agradável. O

¹⁸⁵ COASE, Ronald. O problema do custo social. *The Latin American and Caribbean journal of legal studies*, v. 3, n. 1, 2009, p. 3. Disponível em: <https://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1035&context=lacjls>. Acesso em: 15 jan. 2024.

¹⁸⁶ COASE, Ronald. O problema do custo social. *The Latin American and Caribbean journal of legal studies*, v. 3, n. 1, 2009, pp. 6-7. Disponível em: <https://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1035&context=lacjls>. Acesso em: 15 jan. 2024.

problema econômico está em decidir o que escolher: um custo mais baixo da cerveja e menos conforto nas casas próximas ou um custo maior da cerveja e um maior conforto. Ao decidir essa questão, a “doutrina da concessão perdida” é tão relevante quanto a cor dos olhos do juiz. Mas deve ser lembrado que a questão imediata encarada pelos tribunais não é o que deve ser feito por quem, mas quem tem o direito de fazer o quê. É sempre possível modificar, através de transações no mercado, a delimitação inicial dos direitos. E, é claro, se tais transações no mercado são sem custo, tal realocação de direitos sempre irá ocorrer se levar a um aumento no valor da produção¹⁸⁷.

Um exemplo clássico de administração de custos sociais, por escolha de mercado, está nas relações de consumo relativas a fornecimento de produtos ou serviços em larga escala. Os eventuais danos causados por vício no produto ou no serviço fazem parte do risco da atividade empresarial exercida e devem constar do custo da operação da empresa. Assim, quando determinado banco opta por fornecer atendimento exclusivamente *on line*, em substituição ao atendimento presencial, eventuais danos por *hackeamento* de contas bancárias dos consumidores constam do custo da operação empresarial exercida. A escolha do economista está em avaliar se é mais oneroso manter as despesas da operação bancária em uma agência física (aluguel, energia, funcionários etc.) ou o custo social de eventuais danos sofridos por invasão de contas bancárias, por exemplo. Por outro lado, o papel do julgador é decidir sobre a existência do dano, a imputação da responsabilização civil do causador e a eventual causa excludente de responsabilidade. Assim, em relação ao mesmo fato (*hackeamento* de conta bancária) o jurista tem uma visão do passado (*backward-looking*), para analisar a reparação dos danos sofridos pelo consumidor, enquanto o economista tem uma visão do futuro (*forward-looking*), para avaliar o que pode ser feito para evitar esse tipo de dano ou, não sendo possível, internalizá-los no custo da transação.

¹⁸⁷ COASE, Ronald. O problema do custo social. *The Latin American and Caribbean journal of legal studies*, v. 3, n. 1, 2009, p.12 Disponível em: <https://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1035&context=lacjls>. Acesso em: 15 jan. 2024.

Por outro lado, quando as transações de mercado acerca dos custos sociais são dispendiosas a ponto de dificultar a alocação dos direitos estabelecidos em determinado sistema jurídico, as decisões dos tribunais influenciarão diretamente na atividade econômica. Em razão disso, Coase aponta a necessidade dos Tribunais de levar em consideração as consequências econômicas de suas decisões no exercício da jurisdição sem gerar o comprometimento da segurança jurídica. Em outras palavras: para Coase, as Cortes de Justiça devem buscar o equilíbrio entre a eficiência econômica e a segurança jurídica¹⁸⁸.

Sob a perspectiva da vulnerabilidade, a utilização da teoria dos custos sociais, utilizada pela doutrina da Análise Econômica do Direito, pode ser aplicada para argumentar que as normas jurídicas devem considerar os custos sociais associados à vulnerabilidade do sujeito. Por exemplo, ao analisar as relações de consumo, os fornecedores devem internalizar no preço da operação os custos associados aos danos decorrentes de produtos ou serviços defeituosos ou de condutas comerciais desleais, incentivando, assim, as empresas a adotarem práticas mais seguras, reduzindo a recorrência de danos aos consumidores.

Outro marco teórico no surgimento da Teoria da Análise Econômica do Direito é o professor Guido Calabresi¹⁸⁹, da Escola de Yale, denominada normativista, por meio do texto “Algumas reflexões sobre a distribuição de riscos e a responsabilidade civil”. O autor faz uma análise crítica acerca das consequências econômicas da reparação civil subjetiva e objetiva, enfatizando a necessidade de distribuição dos riscos e seu impacto na alocação de recursos, defendendo um sistema hábil a refletir os custos reais das atividades para a sociedade. No entender de Calabresi, as perdas devem levar em consideração – além da culpa – as realidades econômicas na distribuição de risco de maneira a incentivar o uso eficiente dos recursos.

Assim, a Escola de Chicago buscou analisar como a economia influencia as interpretações jurídicas de um determinado sistema e,

¹⁸⁸ COASE, Ronald. O problema do custo social. *The Latin American and Caribbean journal of legal studies*, v. 3, n. 1, 2009, p.17 Disponível em: <https://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1035&context=lacjls>. Acesso em: 15 jan. 2024.

¹⁸⁹ CALABRESI, Guido. “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts.” *The Yale Law Journal* 70, n. 4, 1961, pp. 499–553. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/794261>. Acesso em: 15 jan. 2024

reciprocamente, qual a interferência do direito nas relações econômicas de uma determinada localidade¹⁹⁰. A consolidação dessa teoria somente aconteceu em sua segunda fase, a partir dos estudos de Richard Posner, Gary Becker¹⁹¹ e Henry Manne¹⁹² a respeito da análise e descrição do fenômeno jurídico a partir dos mecanismos fornecidos pela economia. Nesse sentido, em que pese a existência de outras escolas responsáveis por estudar a temática, a exemplo da Escola de Yale, os estudos de Richard Posner, por meio da Escola de Chicago, denominada “positivista”, foram os responsáveis por trazer uma maior difusão dessa doutrina no Brasil.

Na obra *Análise Econômica do Direito*, Posner se utiliza dos conceitos de microeconomia – oferta, procura, consumidor e produtor – para analisar os institutos jurídicos, com base no pensamento neoliberal de que o mercado é capaz de promover o equilíbrio das relações. Para tanto, ressalta que os fenômenos sociais são explicados a partir da escolha individual e racional do sujeito. Com isso, alavancou a Escola positivista lastreada na eficiência, na maximização de riquezas, na racionalidade individual e nos custos sociais.

Para Posner, um dos objetivos centrais da *Análise Econômica do Direito* é promover a eficiência na alocação ótima de recursos por meio de soluções legais hábeis a gerar a maximização de riquezas, minimizar custos e evitar desperdícios. Para tanto, Posner aponta dois estados de eficiência: o de Pareto e o de Kaldor-Hicks. Um estado é considerado eficiente no sentido de Pareto quando não é possível realocar recursos de maneira a tornar alguém melhor sem, ao mesmo tempo, tornar outra pessoa pior. Com isso, sugere-se que leis e regulamentações apontem arranjos hábeis a maximizar o bem-estar coletivo sem prejudicar indivíduos específicos. A eficiência de Kaldor-Hicks é uma extensão do conceito de eficiência de Pareto. Ela admite a ocorrência de prejuízo para parcela da coletividade desde que a melhoria para os demais seja grande o suficiente para,

¹⁹⁰ TREBILCOCK, Michael J. An introduction to law and economics. *Monash UL Rev.*, v. 23, pp. 123-124, 1997.

¹⁹¹ BECKER, G. S. Crime and Punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*. Vol 76, n. 2, 1968. Pp. 169-217. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/259394>. Acesso em: 24 fev. 2024.

¹⁹² MANNE, Henry. *Economic Policy and the Regulation of Corporate Securities*. American Enterprise Institute, 1969. Disponível em: <https://www.aei.org/research-products/book/economic-policy-and-the-regulation-of-corporate-securities>. Acesso em: 24 abr. 2024.

teoricamente, compensar os prejudicados. Esse conceito é usado para justificar políticas públicas e decisões legais que resultam em uma melhoria líquida no bem-estar global, mesmo que impliquem em custos para alguns. Assim, segundo Posner, as leis devem ser projetadas para maximizar a riqueza da sociedade, isto é, devem incentivar a alocação de recursos de modo que o valor agregado seja maximizado em relação ao custo¹⁹³. Para elucidar a distinção entre Pareto e Kaldor-Hicks, Posner exemplifica:

Suponha que A venda uma escultura em madeira para B por \$10, ambas as partes tenham informações completas e a transação não tenha efeito sobre mais ninguém. Então, diz-se que a alocação de recursos resultante da transação é Pareto-superior à alocação de recursos antes da transação. Uma transação Pareto-superior é aquela que melhora a situação de pelo menos uma pessoa no mundo e não piora a situação de ninguém. Em nosso exemplo, presumivelmente melhorou a situação de A e B e, por suposição, não piorou a situação de ninguém. Em outras palavras, o critério de superioridade de Pareto é a unanimidade de todas as pessoas afetadas. Ora, esta é uma concepção muito austera de eficiência, com poucas aplicações ao mundo real, porque a maioria das transações (e, se não uma única transação, pelo menos uma série de transações semelhantes) têm efeitos sobre terceiros, pelo menos alterando os preços de outros bens. No conceito menos austero de eficiência usado neste livro - o conceito de Kaldor-Hicks – se A avalia o entalhe em \$5 e B em \$12, de modo que um preço de venda de \$10 (na verdade, a um preço entre \$5 e \$12) a transação cria um benefício total de \$7 (a um preço de \$10, por exemplo, A considera-se \$5 em melhor situação do que B considera-se \$2 em melhor situação), então é uma transação eficiente, desde que o dano (se houver) causado a terceiros (um menor qualquer benefício para eles) não exceda \$7. A transação também seria Pareto-superior, a menos que A e B realmente compensassem os terceiros por qualquer dano sofrido por eles. O conceito de Kaldor-Hicks também é chamado sugestivamente de

¹⁹³ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 3ª Ed. Nova Iorque: Aspen Publishing, 1986, pp. 11-15.

superioridade potencial de Pareto: os vencedores poderiam compensar os perdedores, mas não precisam (nem sempre, pelo menos)¹⁹⁴.

Nesse contexto, Posner conceitua custos de transação com os custos associados à realização de trocas econômicas, incluindo negociar, redigir contratos e resolver disputas, tudo, dentro de uma precificação lastreada no racionalismo humano¹⁹⁵. Nesse sentido, a lei deve minimizar esses custos, para facilitar interações econômicas mais eficientes, e, sempre que possível, internalizar as externalidades¹⁹⁶, para compensar os afetados pela transação. Posner defendeu, ainda, que o Direito deve ser inspirado pelo mercado e pelos princípios de economia liberal, ressaltando a importância de realizar um estudo econômico dos fatos sociais para a elaboração das normas jurídicas. Para o autor, ao focar na eficiência e na maximização da riqueza, é possível não apenas promover a prosperidade econômica, mas também alcançar resultados mais equitativos dentro da sociedade¹⁹⁷.

A ideia de prosperidade econômica por ele pensada pode levar a conclusões incompatíveis com o sistema jurídico. Nesse sentido, Michael Sandel exemplifica o risco de assumir um raciocínio utilitarista, até mesmo para o sistema norte-americano, partir do caso “Ford Pinto”, carro compacto muito popular na década de 70, nos Estados Unidos da América. O carro possuía uma falha de *design* no tanque de combustível que provocava explosões diante de colisões traseiras. Essa falha resultou em várias mortes e lesões graves em acidentes e, por consequência, em inúmeros pedidos indenizatórios. A empresa fez uma análise utilitarista do

¹⁹⁴ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 3ª Ed. Nova Iorque: Aspen Publishing, 1986, pp. 12-13.

¹⁹⁵ Segundo Posner, a visão de racionalismo dos economistas é objetiva e não subjetiva, isto é, refere-se mais à previsibilidade e consistência de comportamentos em resposta a incentivos e desincentivos econômicos, do que propriamente às motivações internas ou lógicas pessoais dos indivíduos. O eficientismo de Posner parte da ideia de que um homem racional revela suas preferências na sua disponibilidade de pagamento. POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 3ª Ed. Nova Iorque: Aspen Publishing, 1986, pp. 15-16.

¹⁹⁶ Externalidades são custos ou benefícios que afetam os terceiros que não são parte da transação econômica principal.

¹⁹⁷ Segundo Posner, a visão de racionalismo dos economistas é objetiva e não subjetiva, isto é, refere-se mais à previsibilidade e consistência de comportamentos em resposta a incentivos e desincentivos econômicos, do que propriamente às motivações internas ou lógicas pessoais dos indivíduos. POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 3ª Ed. Nova Iorque: Aspen Publishing, 1986, pp. 22-24.

problema e chegou à conclusão de que era mais barato pagar as indenizações pelas mortes do que gastar 11 dólares para fazer o conserto do defeito em cada carro lançado no mercado¹⁹⁸.

A Ford tinha conhecimento do problema mecânico e o enfrentou de forma fria e utilitarista, a partir dos números de uma análise de custo-benefício, no qual o custo da transação eram as vidas perdidas e as famílias destruídas pelos danos por provocados por falha mecânica, sem se importar minimamente com valores basilares da existência humana e da vida em sociedade. Observa-se a necessidade de uma reflexão acerca da superação da ideia de que as teorias econômicas, baseadas na falsa promessa de oferecimento de uma maior segurança jurídica, podem sempre ser vistas como verdadeiras e universais para a análise do Direito.

Um exemplo mais brando de incoerência da aplicabilidade da metodologia de Posner, no ordenamento brasileiro, é a autorização de inadimplência como uma opção contratual das partes, desde que haja o pagamento da multa. Ele analisa essa possibilidade sob uma perspectiva econômica, argumentando que, se o custo do inadimplemento (incluindo o pagamento de multas ou danos) for menor que o custo do cumprimento do contrato, o inadimplemento pode ser opção uma opção racional viável, quando economicamente favorável. Essa abordagem destaca o conceito de eficiência econômica, segundo o qual os contratos podem incluir cláusulas que especificam compensações para o caso de inadimplemento, permitindo às partes uma avaliação acerca dos custos e dos benefícios de cumprir – ou não – os termos contratuais pactuados¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Para calcular os benefícios obtidos com um tanque de gasolina mais seguro, a Ford estimou que em um ano 180 mortes e 180 queimaduras poderiam acontecer se nenhuma mudança fosse feita. Estipulou, então, um valor monetário para cada vida perdida e cada queimadura sofrida – 200 mil dólares por vida e 67 mil por queimadura. Acrescentou a esses valores a quantidade e o valor dos Pintos que seriam incendiados e calculou que o benefício final da melhoria de segurança seria de 49,5 milhões de dólares. Mas o custo de instalar um dispositivo de 11 dólares em 12,5 milhões de veículos seria de 137,5 milhões de dólares. Assim a companhia chegou à conclusão de que o custo de consertar o tanque não compensaria o benefício de um carro mais seguro. SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. [Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo] 7ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 58.

¹⁹⁹ Um episódio frequente é a reparação automática, por parte das companhias aéreas norte-americanas, nos casos de *overbooking*. A companhia aérea escolhe vender passagens acima do número de assentos, com o objetivo de preencher toda a aeronave, pois o custo da compensação pecuniária do cancelamento do voo para alguns passageiros é menor do que a realização de um trajeto com assentos vagos. Importa observar que no direito do consumidor brasileiro isso fere a

Essa concepção, no sistema brasileiro, afronta o princípio da boa-fé contratual e do *pacta sunt servanda*, presentes tanto na doutrina do direito civil-constitucional como na do direito civil contemporâneo. Pensar numa autorização contratual para inadimplir, lastreada na ideia de lucro, é fomentar, na sociedade brasileira, a deslealdade contratual provocando o lucro fácil de alguns em detrimento da ruína de outros, notadamente, quando uma das partes estiver em posição de vulnerabilidade. Isso porque o vulnerável não terá a capacidade de absorver a perda decorrente do inadimplemento, levando a uma situação de colapso²⁰⁰.

Bruno Salama aponta 3 obstáculos na utilização da obra de Posner: i) contextual porque os escritos de Posner estão voltados à *Comom Law* norte-americana enquanto o Brasil é adepto da *Civil Law*, ii) de descontinuidade em nível filosófico, metodológico e até mesmo ideológico, notadamente, após a crise econômica do setor imobiliário, em 2008, quando Posner rompeu com a ideia de escolha racional por ele defendida e passou a defender as ideias realísticas de Keynes e iii) epistemológico, pois a economia é empírica, científica e voltada para o custo, enquanto o direito é hermenêutico, preocupado com valores (justo, moral e ético) e com a legalidade²⁰¹.

A adoção de análises econômicas em decisões judiciais, na *Common Law*, é mais fluida, em virtude da flexibilidade interpretativa dos juízes em um sistema baseado em precedentes. Em razão disso, a justificativa econômica pode ser usada para reforçar ou questionar a validade de decisões anteriores. O Brasil adota a *Civil Law* no qual a solução de litígios é primordialmente lastreada na interpretação da legislação. Nesse sentido, é preciso ter cuidado na importação de metodologias estrangeiras quando distanciadas da realidade brasileira, conforme alertam Anderson Schreiber e Carlos Konder:

legítima expectativa do consumidor que, em princípio, compra a passagem desejando realizar o trajeto. No entanto, a consulta de voluntários para viajar em outro horário mediante reparação financeira não macula o princípio da boa-fé nem fere a legítima expectativa do serviço adquirido.

²⁰⁰ No entanto, a reparabilidade decorrente de inadimplemento, na sociedade norte-americana, é natural, por ser esta de ordem neoliberal e moldada dentro do alto grau de negociabilidade e barganha da *Common Law*.

²⁰¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro Obtido a*, v. 16, 2019, p. 39.

Em especial, ao jurista brasileiro, incumbe levar em conta as peculiaridades da realidade nacional, sob o risco de persistir na importação descuidada de institutos estrangeiros e na defesa de "ideias fora de lugar", desconsiderando as peculiaridades da trajetória histórico-social do Brasil na aplicação de categorias norte-americanas e europeias. Nesse sentido, já foi observado que o maior pecado das atuais faculdades de direito é a sua desatenção aos reais problemas da sociedade brasileira. De fato, é imperioso que as próprias atividades de ensino e pesquisa inculquem a consideração das reflexões de outras ciências na atividade diuturna do civilista²⁰².

O segundo entrave da eficácia da teoria de Posner no Brasil está na falha de sustentabilidade do que ele próprio doutrinou, passando a defender, após a crise econômica de 2008, os ideais realistas de Keynes sem, contudo, fazer uma revisão doutrinária da obra por ele construída. Nesse sentido, ao se referir à obra de Keynes, Posner mescla o seu racionalismo com o realismo de Keynes²⁰³. Este último via as decisões do mercado de consumo a partir da realidade fática vivenciada no mundo macroeconômico:

A concepção dominante da economia hoje, e que tem orientado o meu próprio trabalho acadêmico na análise econômica do direito, é que a ciência econômica é o estudo da escolha racional. Presume-se que as pessoas tomam decisões racionais em toda a gama de escolhas humanas, incluindo, mas não se limitando, as transações de mercado, através do emprego de uma forma (geralmente truncada e informal) de análise de custo-benefício. A visão mais antiga era de que a ciência econômica é o estudo da economia, empregando quaisquer pressupostos que pareçam realistas e quaisquer métodos analíticos disponíveis. Keynes queria ser realista relativamente à tomada de decisões, em vez

²⁰² SCHREIBER, Anderson; Konder, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 10, n. 04, 2016, p. 18.

²⁰³ Tradução livre. POSNER, Richard A. How I Became a Keynesian [On-line]. **The New Republic**. Economy. 23 set. 2009d. Disponível: <http://www.newrepublic.com/article/how-i-became-keynesian>. Acesso em: 26 abr. 2024.

de explorar até onde um economista poderia chegar presumindo que as pessoas realmente baseiam as decisões em alguma aproximação à análise de custo-benefício. [...] A Teoria Geral [de Keynes] está repleta de observações psicológicas interessantes – a palavra “psicológico” é onipresente – como quando Keynes observa que “durante um boom a estimativa popular de [risco] tende a tornar-se anormal e imprudentemente baixa”, enquanto durante uma crise o “espírito animal” dos empreendedores declina. Ele utiliza tais insights sem tentar encaixá-los em um modelo de tomada de decisão racional²⁰⁴.

Em meio as suas reflexões a respeito da crise econômica do setor imobiliário, em 2008, Posner, até então defensor do racionalismo lastreado na microeconomia, aponta a dificuldade dos juristas de enfrentar os entraves e questionamentos da crise financeira, por faltar-lhes conhecimentos de macroeconomia para tanto²⁰⁵. Nesse sentido, o autor:

As faculdades de Direito foram apanhadas de surpresa pela crise financeira de setembro passado e pela consequente descida para o que, realisticamente, deve ser considerado como a primeira depressão (em oposição à mera uma recessão) desde a Grande Depressão da década de 1930. (Isto não é – até agora, pelo menos, uma repetição de a Grande Depressão - mas é uma depressão.) Quando digo que eles foram "pegos de surpresa", quero dizer em primeiro lugar, que a formação e a investigação dos advogados acadêmicos não têm sido orientadas para questões macroeconômicas ou mesmo questões de estrutura financeira. [...] Estas são questões de direito e de política que não podem ser resolvidas de forma sensata sem considerar o impacto da sua resolução

²⁰⁴ Tradução livre. POSNER, Richard A. How I Became a Keynesian [On-line]. **The New Republic**. Economy. 23 set. 2009d. Disponível em: <http://www.newrepublic.com/article/how-i-became-keynesian>. Acesso em: 26 abr. 2024.

²⁰⁵ POSNER, Richard A. The Role of the Law Schools in the Recovery from the Current Depression [On-line]. **The Atlantic**. Washington, DC, Business. 11 jul. 2009. Disponível: <https://www.theatlantic.com/business/archive/2009/07/the-role-of-the-law-schools-in-the-recovery-from-the-current-depression/21116/>. Acesso em: 26 abr. 2024.

na macroeconomia. Uma resolução sugerida reduzirá ou aumentará a probabilidade de uma depressão futura? Irá retardar ou promover a recuperação do actual depressão? Que outros custos e benefícios é provável que produza? Estas não são perguntas que um advogado pode não responder, mas são perguntas que um professor de direito mergulhado em macroeconomia e economia financeira, ou trabalhar com um macroeconomista ou teórico de finanças, pode contribuir materialmente para responder.

As publicações de Posner que sucederam a crise de 2008, a exemplo de “O fracasso do capitalismo: a crise de ’08 e a descida para a depressão”²⁰⁶, não trazem uma revisão acerca da teoria da Análise Econômica do Direito por ele sedimentada, capaz de indicar aos jovens estudiosos da matéria uma readequação da temática aos dias atuais. Na realidade, a crise econômica de 2008 tornou evidente que o equilíbrio das relações, a segurança jurídica e o ideal de eficiência defendidos por Posner, baseados na capacidade de previsibilidade dos economistas, são falhos por não ser possível antever fatos Imprevisíveis²⁰⁷.

Ademais, a divergência epistemológica com a teoria de Posner ocorre, também, porque o direito é lastreado na abstração da norma jurídica (o que deve ser) enquanto a economia tem por base a análise da realidade do mercado atual (o que é) com projeções para um futuro (o que será) voltado para a maximização de riquezas²⁰⁸. Assim, pensar mercadologicamente nem sempre trará um raciocínio jurídico congruente

²⁰⁶ POSNER, Richard A. **A failure of capitalism: The crisis of ’08 and the descent into depression**. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts and London, 2011.

²⁰⁷ Se a avaliação das consequências tem por objetivo propiciar decisões eficientes, garantindo segurança jurídica, e coerência, o “consequenciachismo” pode levar ao resultado oposto, substituindo a subjetividade das discussões jurídicas abstratas sobre valores pela subjetividade de métodos econômicos igualmente abstratos e discutíveis. FRAZÃO, Ana. O papel das análises econômicas na difícil tarefa de conciliar valores e consequências na interpretação e na aplicação do direito. In FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; CAMPINHO, Sérgio (Coord.) **Direito empresarial e suas interfaces: homenagem a Fábio Ulhoa Coelho**. Vol. III. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 678.

²⁰⁸ FRAZÃO, Ana. O papel das análises econômicas na difícil tarefa de conciliar valores e consequências na interpretação e na aplicação do direito. In FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; CAMPINHO, Sérgio (Coord.) **Direito empresarial e suas interfaces: homenagem a Fábio Ulhoa Coelho**. Vol. III. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 661-662.

aos pilares do Estado Social, especialmente, quando o raciocínio econômico for pautado em pensamentos colonizadores do direito em prejuízo da construção de um diálogo harmonioso. Nesse sentido, Ana Frazão:

Um dos pressupostos dessa dominação da teoria econômica, que muitas vezes leva ao verdadeiro determinismo econômico, é a sua premissa de cientificidade, característica que não seria compartilhada pelo direito. Cria-se, assim, um perigoso impasse, em que a economia, vista como ciência descritiva do que é e do que será, considera-se superior ao direito, visto como “não ciência” ou utopia sobre o que deveria ser. É como se a economia, ao descrever a realidade presente e ao prever o futuro, necessariamente constrangesse o alcance do direito, que não teria outra opção senão circunscrever a aplicação dos seus comandos ao que supostamente existe no mundo real. Logo, mesmo os valores contidos na Constituição e na lei deveriam ceder diante da análise científica que é oferecida pela economia. Ocorre que tal abordagem tem pressupostos equivocados e dificulta ou mesmo impossibilita um diálogo intelectualmente honesto entre direito e economia.

Esses obstáculos tornam a aplicabilidade da teoria da Análise Econômica do Direito, nos exatos moldes construídos por Posner, de difícil aplicação no Brasil seja porque dissociada das premissas do Estado Social, seja pela impossibilidade de sujeição do direito à ordem econômica de mercado, trazida pela leitura, ressalte-se, isolada da teoria econômica. Por outro lado, não é factível, tampouco saudável, enxergar a promoção de uma justiça social dissociada da Economia de um país, razão pela qual o caminho do equilíbrio entre “os direitos” e a econômica se apresentam como terreno fértil para a tutela das categorias de vulneráveis. Isso porque essas categorias traduzidas na grande massa de trabalhadores, de consumidores, de microempresários e até mesmo de criança, de adolescentes ou de idosos não sobrevivem dissociadas da vida econômica em sociedade. Não se pretende, por óbvio, afastar o diálogo entre direito e economia, mas lembrar da necessidade de critérios – já adotados pelo constituinte de 1988 – que promovem o desenvolvimento humano, sustentável e inclusivo.

Melhor seria defender, portanto, a promoção de uma Análise Jurídica da Economia, segundo a qual a aproximação do Direito e da Economia se dá a partir do emprego das balizas constitucionais do Estado Social, já sedimentadas neste sistema, que funcionam como limite para preservação das garantias estabelecidas pelo constituinte não só aos vulneráveis, mas à sociedade como um todo. Nesse sentido, Liziane Parreira e Marcelo Benachio esclarecem: “A Análise Jurídica da Economia não é um argumento retórico ou mera inversão da ordem de palavras e sim a inversão metodológica, ou seja, não nos cabe olhar o Direito pela Economia, mas a Economia pelo Direito”²⁰⁹.

Essa abordagem coloca o Direito como um instrumento norteador da atividade econômica de maneira alinhá-la aos valores sociais e éticos, examinando como as práticas de mercado podem ser reguladas para a promoção da justiça social. Para tanto, a racionalidade dos agentes, a maximização de riquezas, os custos sociais e o consequencialismo devem ir ao encontro da ideia de solidariedade, dignidade e de bem-estar coletivo, equilibrando os critérios de eficiência com os valores de justiça.

Nesse cenário, observa-se que as práticas empresariais estão cada vez mais voltadas a uma metodologia de gestão administrativa promocional das questões ambientais, sociais e de governança corporativa, hoje, nominada pela sigla “ESG” (*Environmental, Social and Governance*). A busca pela eficiência econômica, alocação de recursos e internalização das externalidades, almejada pela Análise Econômica do Direito, encontra terreno fértil e se harmoniza com os preceitos do Estado Social quando se busca implementar uma agenda “ESG” no contexto jurídico empresarial.

Isso porque para se manter como alvo de investimentos, a gestão eficiente de uma empresa deve se preocupar em agregar valores sociais e ambientais à sua gestão. Assim, a agenda “ESG”, apesar de ser essencialmente de cunho Liberal, visa garantir a acomodação dos interesses empresariais, ambientais e sociais em uma agenda de gestão que vise harmonizar o ganho empresarial com as garantias sociais. Tanto é assim que a Organização das Nações Unidas – ONU implantou, na Assembleia Geral de

²⁰⁹ PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. *Prisma Jurídico*. v. 11, n. 1, 2012. p. 197. No mesmo sentido: PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del diritto civile*. Napoli: Edizine Scientifiche Italiane, 2003.

2015, a Agenda 2030, contendo 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), a saber: i) erradicação da pobreza, ii) fome Zero e agricultura sustentável, iii) saúde e bem estar, iv) educação de qualidade, v) igualdade de gênero, vi) água potável e saneamento, vii) energia acessível e limpa, viii) trabalho decente e crescimento econômico, ix) indústria, inovação e infraestrutura, x) redução das desigualdades, xi) cidades e comunidades sustentáveis, xii) consumo e produção responsáveis, xiii) ação contra a mudança global do clima, xiv) vida na água, xv) vida terrestre, xvi) paz, justiça e instituições eficazes, xvii) parcerias e meios de implementação.

Note-se que, dentro da ideia de empoderamento promovida pelo princípio da tutela da vulnerabilidade, a agenda 2030 traz eficácia ao princípio na maioria de seus objetivos, notadamente, quando, dentre outras medidas, aponta a necessidade de promoção de vagas para a inclusão de pessoas portadoras de deficiência, transgêneros ou negras, a adoção de praças públicas como meio de promoção ambiental e a política de governança voltada para a proteção ao assédio moral e sexual das trabalhadoras e trabalhadores. Assim, é possível encontrar um caminho intermediário entre os interesses econômicos e sociais como forma dar eficácia à escolha socioeconômica trazida pela Constituição Federal.

Diante dessas considerações observa-se que o princípio da tutela da vulnerabilidade tem vez e voz tanto na doutrina de viés social, a exemplo do direito civil constitucional, como nas doutrinas de base econômica, como se vê, após a implementação da agenda “ESG”, na Análise Econômica do Direito, ou, ainda, na Análise Jurídica da Economia, pois o sujeito não vive sem patrimônio e o patrimônio existe para servir ao sujeito de modo que ambos devem ser geridos na vida em sociedade mediante o respeito mútuo de seus interesses. Isso é cumprir a função social e econômica da tutela da vulnerabilidade.

3.3 A JUDICIALIZAÇÃO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA: A EXPANSÃO DA TUTELA DO DIREITO DO CONSUMIDOR E A CRISE EMPRESARIAL DA SAÚDE SUPLEMENTAR

No contexto da vulnerabilidade, é relevante analisar também o papel da regulação nas relações de consumo, notadamente, após a privatização dos serviços essenciais. Isso porque a temática da regulação econômica,

durante o período pós-privatização, careceu de um arcabouço teórico e metodológico de excelência para avaliar e orientar as políticas regulatórias, por meio da análise dos custos de cada operação. A ausência de política regulatória além de inviabilizar o equilíbrio entre a eficiência econômica, a justiça social e o desenvolvimento sustentável, transferiu para a iniciativa privada deveres estatais.

A alienação da atividade econômica de serviços essenciais do setor público para o privado fez com que o Estado assumisse uma função regulatória, com o objetivo de assegurar a livre concorrência e a excelência na prestação do serviço. O Estado deixou de ser o agente protagonista da prestação de serviços essenciais (água, energia, saúde etc.) para fomentar, fiscalizar e planejar a atividade econômica a ser exercida pela iniciativa privada. É por meio da regulação econômica que o Estado fomenta a intervenção na economia para a promoção de direitos, assegurando o funcionamento dos mercados mediante a prevenção de monopólios, a definição de tarifas e o regramento de entrada, permanência e saída de determinadas empresas no fornecimento de serviços essenciais. Com a regulação, almeja-se que a credibilidade e estabilidade da economia seja atraente ao investimento privado mediante o incentivo da estabilidade de regras e do equilíbrio da rentabilidade de investimentos.

A privatização das empresas estatais no Brasil, durante a década de 1990, ocorreu antes da implementação das agências regulatórias e da formulação de legislação específica para esse fim em 1996²¹⁰ e trouxe consequências significativas para o cenário econômico e social do país, a exemplo da ineficiência do serviço e da falta de credibilidade do mercado. Isso porque essa inversão fez com que as empresas começassem a operar sem qualquer política regulatória que contemplasse a defesa do consumidor de maneira eficaz, evidenciando a falta de um debate aprofundado sobre as prioridades políticas e econômicas, o direito ao acesso e a universalização dos serviços públicos.

²¹⁰ A Lei. n. 9.427 de 26/12/1996 – instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, a Lei n. 9.472 de 16/7/1997 – instituiu a Agência Nacional de Telefonia – ANATEL, a Lei n. 9.478 de 6/8/1997 – instituiu a Agência Nacional de Petróleo - ANP, a Lei n. 9.961 de 28/1/2000 instituiu a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, a Lei n. 11.182 de 27/09/2005 – instituiu a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, Lei n. 13.575 de 26/12/2017 - instituiu a Agência Nacional de Mineração – ANM.

Além disso, a ausência de marcos regulatórios claros e bem definidos contribuiu para a criação de um ambiente de incerteza, tanto para os investidores quanto para os consumidores, afetando diretamente a estabilidade e a credibilidade da economia brasileira. A incerteza é exacerbada pela falta de definição dos mecanismos de transparência, de controle social e político, gerando uma disparidade na maneira de atuação das agências e dificultando a compreensão de suas funções e objetivos por parte da sociedade e dos agentes econômicos. A carência de esclarecimentos sobre o papel dos órgãos criados para a regulação econômica reflete a total ausência de uma cultura reguladora no país, um componente essencial para o desenvolvimento de um mercado eficiente, justo e competitivo. Ademais, a falta de política regulatória voltada para a defesa do consumidor, impossibilitou a criação de mecanismos mais eficazes em proteger os interesses dos consumidores, notadamente, quanto à promoção da concorrência justa, prevenção das práticas abusivas e preços atrativos.

Por outro lado, o acesso universal dos serviços públicos essenciais ficou prejudicado, pois os investimentos privados voltados para a garantia deste acesso a serviços de qualidade e a preços justos não foram respeitados. Não houve, portanto, a análise de subsídios cruzados, de tarifas sociais ou outras formas de intervenção que pudessem garantir a universalização sem comprometer a sustentabilidade financeira dos serviços. O resultado disso é a evidente instabilidade regulatória, responsável por afastar os investimentos e o desenvolvimento econômico. Ao assim proceder, o Brasil infringiu o princípio da eficiência, comprometeu o êxito na alocação de recursos e na maximização do bem-estar social.

A antecipação da privatização em relação à estruturação do arcabouço regulatório, no Brasil, acarretou também uma série de complicações que vão desde a ausência de uma política regulatória alinhada à defesa do consumidor até a inexistência de um debate maduro sobre as diretrizes políticas e sociais que deveriam orientar a regulação de serviços públicos essenciais. A superação desses desafios passa, necessariamente, pela consolidação de uma cultura reguladora robusta, transparente e participativa, que assegure os interesses coletivos e fomente um ambiente econômico estável e propício ao desenvolvimento.

O resultado de tudo isso foi a assumpção por parte do Poder Judiciário do papel de agente regulador como forma de compensar a massa consumidora de um Executivo ausente e despreparado. Inúmeras decisões foram proferidas pelo Poder Judiciário Brasileiro como meio de garantir a efetividade dos serviços à população. Dentro desse eixo da regulação, existe uma vasta gama de temas acerca da judicialização da saúde suplementar, por exemplo, que repercutem diretamente no custo social do setor como a natureza taxativa do rol de procedimentos da ANS, a presunção do dever de reparação pecuniária por danos extrapatrimoniais oriundos das negativas de cobertura contratual, o fornecimento de medicamentos, o fornecimento de próteses e órteses importadas em detrimento das nacionais, a fertilização *in vitro*, as cirurgias reparadoras decorrentes do tratamento de obesidade mórbida, a manutenção de empregado aposentado ou demitido sem justa causa em plano coletivo, o reajuste das mensalidades de planos individuais e coletivos, a migração de contratos etc.

Dentre os temas mais tormentosos destaca-se o debate a respeito da taxatividade do rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde (ANS). Historicamente, desde a criação da ANS, em 2000, o rol de procedimentos básicos era considerado pela legislação e pelo Judiciário como sendo mera referência de cobertura para as operadoras de planos de saúde. Tanto é assim que a Lei 9.961/2000, responsável por criar a ANS, estabeleceu dentre suas competências²¹¹ a elaboração do rol de procedimentos tido como “referência básica para uma cobertura mínima obrigatória”, sem prejuízo de outros tratamentos serem prestados pela operadora de saúde. Isso porque a expressão “referência básica” indicava ao intérprete um conjunto mínimo de procedimentos médicos, exames, tratamentos dentre outros serviços de saúde cujo fornecimento é obrigatório por parte da operadora de saúde, para evitar que serviços essenciais sejam excluídos do contrato de prestação de serviços de saúde. No entanto, a existência de uma cobertura mínima não resultaria, necessariamente, na impossibilidade de amplitude dessa cobertura a partir do avanço da tecnologia médica. O ponto sensível é estabelecer quem é

²¹¹ Lei 9.961/2000. Art. 4. Compete à ANS: [...] III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades;

seria o competente pela inclusão desses novos procedimentos – o Judiciário ou a ANS.

Assim, desde a criação da Agência Nacional de Saúde, tem-se as seguintes Resoluções Normativas – RN que trataram o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde como “referência básica para cobertura mínima obrigatória”: Resolução do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU n. 10, de 3 de novembro de 1998, RN n. 167, de 9 de janeiro de 2008, RN n. 211, de 11 de janeiro de 2010, RN n. 262, de 1 de agosto de 2011, RN n. 338, de 21 de outubro de 2013, RN n. 387 de 28 de outubro de 2015 e RN n. 428 de 7 de novembro de 2017. Com cada nova atualização, as resoluções anteriores responsáveis por estabelecer as versões ultrapassadas do rol eram revogadas para garantir a unificação dos critérios de cobertura obrigatória a ser dado pelas operadoras de saúde. Todas faziam menção a um rol mínimo de procedimentos, indicando uma natureza enumerativa e de atualizações periódicas, para se adequarem às novas demandas e avanços tecnológicos na área da saúde. A última resolução – que firmou a natureza enumerativa do rol enumerativo de procedimentos – foi a RN n. 428 de 7 de novembro de 2017, ao dispor no artigo 1º:

Art. 1º Esta Resolução Normativa – RN atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, e naqueles adaptados conforme a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998²¹².

A redação do dispositivo, em uma interpretação teleológica e harmônica com o artigo 10º c/c o §4º da Lei n. 9.656/1998, indicava que as resoluções normativas emitidas pela ANS, para reger o rol de procedimentos, guardavam a natureza enumerativa deste, não cabendo à operadora de saúde – e sim ao médico especialista – eleger qual o procedimento mais indicado ao paciente para a cura da doença por este sofrida. Isso porque, ao tempo em que as Resoluções Normativas indicavam a lista de referência básica dos tratamentos, o artigo 10º da Lei n.

²¹² BRASIL. Agência Nacional de Saúde. RN n. 428 de 7 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzUwMg==>. Acesso em: 09 abr. 2024.

9.656/1998 apontava os procedimentos que estariam excluídos da cobertura contratual e o §4º, com a redação originária, referendavam que a amplitude de coberturas seria definida pela ANS²¹³.

Com esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, sistematicamente, ampliava a cobertura dos contratos pré-estabelecidos, com fundamento na natureza enumerativa²¹⁴ do rol de procedimentos,

²¹³ Lei 9.656/1998. Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; VIII - revogado IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente. § 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS. BRASIL, 1998.

²¹⁴ Nesse sentido: Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp n. 708.082/DF, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, DJe de 26/2/2016. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO MÉDICO. DOENÇA PREVISTA NO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO NÃO PREVISTO NO ROL DA ANS. ROL EXEMPLIFICATIVO. COBERTURA MÍNIMA. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. SÚMULA N. 83 DO STJ. DANO MORAL. NÃO IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTO SUFICIENTE POR SI SÓ PARA A MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 283 DO STF. QUANTUM INDENIZATÓRIO. SÚMULA N. 182/STJ. 1. Não é cabível a negativa de tratamento indicado pelo profissional de saúde como necessário à saúde e à cura de doença efetivamente coberta pelo contrato de plano de saúde. 2. O fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, per se, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor. 3. É inviável agravo regimental que deixa de impugnar fundamento da decisão recorrida por si só suficiente para mantê-la. Incidência da Súmula n. 283 do STF. 4. "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada" (Súmula n. 182 do STJ). 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e desprovido. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501145697&dt_publicacao=26/02/2016. Acesso em: 17 abr. 2024. E ainda: Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.876.630/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 11/3/2021 Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001255040&dt_p

conferindo ao consumidor litigante o tratamento indicado pelo médico assistente, além de fixar uma indenização, por danos extrapatrimoniais, decorrentes da negativa de cobertura²¹⁵.

Dentre os argumentos utilizados pela Corte de Justiça considerava-se abusiva a negativa de procedimento prescrita para auxílio no tratamento de doença coberta pelo contrato plano de saúde, pois as operadoras poderiam pré-estabelecer as doenças a serem cobertas, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura do

publicacao=11/03/2021. Acesso em: 16 abr. 2024. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1.849.149/SP, Terceira Turma, julgado em 30/03/2020, DJe de 01 abr. 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903253716&dt_publicacao=25/05/2020. Acesso em: 17 abr. 2024.

²¹⁵ O dano sofrido pelo consumidor, oriundo da negativa da cobertura por parte da operadora de saúde, segundo o STJ, era considerado *in re ipsa*, isto é, presumido, por ser proveniente da mera negativa de cobertura contratual. Em razão disso, para haver a sua configuração bastava a prova do fato lesivo, ficando dispensada a prova da ocorrência do dano e a existência do nexo causal entre ambos. Nesse sentido: “*De fato, conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, tratando-se particularmente de contrato de seguro-saúde sempre haverá a possibilidade de consequências danosas para o segurado, pois este, após a contratação, costuma procurar o serviço já em evidente situação desfavorável de saúde, tanto a física como a psicológica.*” Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 657.717/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 12.12.2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200400643034&dt_publicacao=12/12/2005. Acesso em: 16 abr. 2024. “*Somente o fato de recusar indevidamente a cobertura pleiteada, em momento tão difícil para a segurada, já justifica o valor arbitrado, presentes a aflição e o sofrimento psicológico.*” Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag n.º 520.390/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05.04.2004. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300772762&dt_publicacao=05/04/2004. Acesso em: 16 abr. 2024. “*A recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário. Caracterização de dano moral in re ipsa.*” Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp n. 527.140/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 16/9/2014. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401243871&dt_publicacao=16/09/2014. Acesso em: 16 abr. 2024. “*É pacífica a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de reconhecer a existência do dano moral nas hipóteses de recusa injustificada pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, por configurar comportamento abusivo*” Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1.379.491/PE, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 2/5/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802654152&dt_publicacao=02/05/2019. Acesso em: 17 abr. 2024.

paciente²¹⁶. Isso porque não se poderia impor ao consumidor a renúncia antecipada de direitos, isto é, a renúncia antecipada de tratamentos que nem ele nem a operadora sabem sequer se iriam ser utilizados.

Nesse sentido, a interpretação favorável ao consumidor considera que os tratamentos não se encontram na esfera de negociabilidade da operadora, por serem atos vinculados ao exercício regular da atividade e praticados segundo as condições pessoais de cada um, mediante a indicação do profissional que o diagnostica e acompanha. Assim, em uma interpretação *pro consumidor*: qualificar o rol de procedimentos e eventos em saúde como de natureza taxativa demandaria do consumidor um conhecimento aprofundado acerca dos eventuais tratamentos médicos e das questões legais a estes relativas que ele, por sua posição de vulnerabilidade, não possui e nem poderia possuir. Nesse ponto estaria enquadrada a álea contratual e, portanto, o risco da atividade das operadoras de saúde.

Por outro lado, outros pontos da contratação estão dentro da esfera de negociabilidade entre as partes. Dentre as informações que o consumidor têm condições de eleger, aderir e, a partir de cada espécie contratual (ambulatorial, hospitalar e/ou odontológico), assumir o risco, é possível destacar: i) doenças que não estão dentro da área de cobertura, ii) a rede credenciada disponibilizada ao contratante, iii) os tipos de contratação (individual/familiar ou coletivo), iv) a área de abrangência (municipal, estadual ou nacional), v) o tipo de acomodação (quarto ou enfermaria) e vi) a possibilidade de aderir à coparticipação. Nesses casos, cabe ao fornecedor esclarecer de forma clara e precisa todas essas informações, com a finalidade de viabilizar a opção que melhor atenda ao consumidor.

Assim, defendia-se que, caso a doença objeto do contrato esteja legitimamente contratada, a operadora deve prestar o tratamento indicado pelo médico assistente, pois as espécies de tratamento estão dentro do risco da atividade assumida pelo fornecedor e devem ser prestadas dentro da

²¹⁶ Nesse sentido: “os planos de saúde podem, por expressa disposição contratual, restringir as enfermidades a serem cobertas, mas não podem limitar os tratamentos a serem realizados, inclusive os medicamentos experimentais”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1.014.782/AC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 28/8/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602967597&dt_publicacao=28/08/2017. Acesso em: 19 abr. 2024.

rede credenciada, na área de abrangência e na acomodação contratadas. Por meio desses fundamentos, assegurava-se que o rol de procedimentos guardaria natureza enumerativa, pois, dentro de uma lista de doenças contratadas, as operadoras de saúde teriam como medir uma expectativa de gasto de eventuais novos tratamentos desde que limitados às bases do contrato. No entanto, ao assim proceder o Judiciário impôs ao segmento de saúde suplementar uma obrigação para além do risco da atividade, pautada na incerteza de prestar tratamentos inovadores, cuja comprovação científica nem sempre estava evidenciada. Nesse sentido, Walter Polido:

A esse respeito, importa registrar a distinção entre risco da atividade e a incerteza, pois o risco não ultrapassa os limites da segurança jurídica enquanto as incertezas vão além do que se pode medir ou imaginar, pois estão dentro de uma zona de imprecisão. No mesmo sentido: Destarte, em um ambiente de segurança jurídica, a atividade seguradora se baseia em riscos, e não em incertezas, pois os riscos contidos na apólice, nos estritos termos em que foi elaborada, podem ser perfeitamente investigados e mensurados²¹⁷.

O problema de manter o rol de forma enumerativa está na impossibilidade de mensurar, fora da seara da álea contratual, por exemplo, as inclusões pelo Judiciário de tratamentos não contratados, os fornecimentos de medicamentos não previstos pela Lei 9.656/1998, a concessão de internamentos em hospitais fora da rede credenciada, quando o consumidor faz jus apenas ao tratamento ambulatorial, tudo isso, acrescido de condenações de reparações pecuniárias, por danos extrapatrimoniais, fundadas na negativa da cobertura. Assim, a ausência de um estudo das consequências jurídico-econômicas dessas decisões, proferidas de forma reiterada levou o setor de saúde suplementar para uma zona cinzenta onde se questiona a viabilidade da sustentabilidade do segmento.

²¹⁷ POLIDO, Walter. **Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: direito do consumidor**. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 13.

A partir do julgamento do Recurso Especial n. 1.733.013/PR²¹⁸, por parte da Quarta Turma do STJ, houve a mudança paradigmática de posicionamento. No caso concreto²¹⁹, o relator considerou adequada a negativa dos materiais solicitados pelo médico assistente para uma cirurgia de coluna, os quais visavam um procedimento menos invasivo, sob a justificativa de não constarem no rol de procedimentos da ANS. O argumento de taxar o rol de procedimentos não partiu de um debate jurídico acerca da sua natureza, mas do impacto econômico na alocação dos recursos para custeio das condenações judiciais das operadoras de saúde frente às negativas de cobertura. Por ocasião do julgamento, o relator utilizou como fundamento a necessidade de equilíbrio contratual, por falta de previsibilidade do custo da operação, decorrentes da inclusão de tratamentos, em um curto prazo, por tutelas judiciais de urgência.

A ANS, na qualidade de amiga da corte, justificou a natureza taxativa do rol de procedimentos no efeito cascata, refletido em um crescente número de pretensões similares, o que, no seu entender, colocaria em risco o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nesse aspecto, a Agência destacou como base do sustento da saúde suplementar o *mutualismo*, isto é, os custos de todos os beneficiários são financiados pela coletividade de usuários contratantes, o que permite a sustentabilidade do sistema. Isso porque a função econômica do contrato de seguro está lastreada na socialização dos riscos entre os usuários. Assim, a inclusão indiscriminada de procedimentos levaria a uma precificação inadequada e, por consequência, ao desequilíbrio atuarial.

²¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.733.013/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 20/2/2020. Superior Tribunal de Justiça, 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800740615&dt_publicacao=20/02/2020. Acesso em: 19 abr. 2024.

²¹⁹ O caso: o consumidor foi diagnosticado com uma fratura na porção anterior do platô superior com um acunhamento vertebral tendo sido prescrita uma cifoplastia, isto é, a introdução de um balão no corpo vertebral fraturado, inflado cuidadosamente para conduzir a vértebra à posição original, preenchendo a cavidade com cimento específico de baixa viscosidade. Por outro lado, a operadora de saúde sob a justificativa de ausência do tratamento no rol de procedimentos da ANS, indicou o procedimento denominado vertebroplastia que implicaria na injeção de metilmetacrilato pela via percutânea no corpo vertebral. No entanto, segundo o médico prescritor, o procedimento oferecido pela operadora de saúde poderia ocasionar o extravasamento com queimadura da cavidade da medula espinhal enquanto o procedimento prescrito era minimamente invasivo.

Ademais, segundo a ANS, a complexidade do processo de incorporação de novas tecnologias no rol de procedimentos deve incluir: i) a análise de custo/efetividade, ii) a capacidade instalada, isto é, a habilidade e infraestrutura de fornecimento e iii) o impacto financeiro. Com isso, preserva-se a credibilidade da regulação e a necessidade de uma abordagem baseada em evidências para as decisões de cobertura. Para tanto, a Agência promove um processo dialógico e participativo na atualização do rol de procedimentos, envolvendo as diversas partes interessadas, isto é, os *stakeholders*²²⁰ para legitimar e reduzir conflitos sobre as decisões tomadas. A justificativa trazida pela ANS para taxar o rol de procedimentos foi, novamente, de ordem econômica.

Assim, mudou-se drasticamente de interpretação jurídica dada à Lei 9.656/1998 para estabelecer que “plano-referência” especificado no art. 10, deve cumprir as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 da mesma lei desde que a “amplitude das coberturas” seja definida pelo rol de procedimentos da ANS. Além disso, o artigo 16, inciso VI, especifica a necessidade de cláusulas contratuais que detalhem os eventos cobertos e os excluídos. Em 2021, a Resolução Normativa n. 465 de 24 de fevereiro mudou a redação das resoluções anteriores para deixar expressa a natureza taxativa do rol de procedimentos e eventos de saúde nos seguintes termos:

Art. 1º Esta Resolução Normativa – RN atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e naqueles adaptados conforme previsto no art. 35 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998.

Art. 2º Para fins de cobertura, considera-se *taxativo* o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde.²²¹

²²⁰ Sobre o assunto: CORREIA JUNIOR, José Barros. A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders. Tese de doutorado apresentada na Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. 2013, p. 173.

²²¹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde, 2021. Disponível em:

Resultado da conversão da MP n. 1.067/2021, a Lei n. 14.307, de 3 março de 2022, foi promulgada para regulamentar o processo de atualização das coberturas no âmbito da saúde suplementar, ao modificar a redação dos parágrafos 4º ao 11º do artigo 10 da Lei n. 9.656/2022 e incluir nesta lei o artigo 10-D. Dentre as principais modificações a lei estabeleceu: i) a ANS como responsável para indicar a “amplitude das coberturas” de procedimentos de saúde (art. 10, §4º), com o objetivo de corroborar a taxatividade do referido rol, ii) prazo de 180 dias, a contar da data do requerimento, para a ANS decidir sobre a inclusão de novos tratamentos no rol de procedimentos, sob pena de, não o fazendo, o procedimento ser automaticamente considerado obrigatório até um pronunciamento definitivo por parte da Agência (art. 10, §7º e 9º), iii) a necessidade de registro na ANVISA dos medicamentos autorizados pelo artigo 12 (art. 10, §6º), iv) a criação de uma comissão de atualização do rol de procedimentos responsável por observar as evidências científicas sobre a eficácia e segurança dos tratamentos analisados (art. 10-D)²²².

<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDaZMw==#REVOGACOES>. Acesso em: 19 abr. 2024.

²²² § 4º A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será estabelecida em norma editada pela ANS. § 6º As coberturas a que se referem as alíneas c do inciso I e g do inciso II do caput do art. 12 desta Lei são obrigatórias, em conformidade com a prescrição médica, desde que os medicamentos utilizados estejam registrados no órgão federal responsável pela vigilância sanitária, com uso terapêutico aprovado para essas finalidades, observado o disposto no § 7º deste artigo. § 7º A atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar pela ANS será realizada por meio da instauração de processo administrativo, a ser concluído no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, prorrogável por 90 (noventa) dias corridos quando as circunstâncias o exigirem. Art. 10-D. Fica instituída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar à qual compete assessorar a ANS nas atribuições de que trata o § 4º do art. 10 desta Lei. § 1º O funcionamento e a composição da Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar serão estabelecidos em regulamento. § 2º A Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar terá composição e regimento definidos em regulamento, com a participação nos processos de: I - 1 (um) representante indicado pelo Conselho Federal de Medicina; II - 1 (um) representante da sociedade de especialidade médica, conforme a área terapêutica ou o uso da tecnologia a ser analisada, indicado pela Associação Médica Brasileira; III - 1 (um) representante de entidade representativa de consumidores de planos de saúde; IV - 1 (um) representante de entidade representativa dos prestadores de serviços na saúde suplementar; V - 1 (um) representante de entidade representativa das operadoras de planos privados de assistência à saúde; VI - representantes de áreas de atuação profissional da saúde relacionadas ao evento ou procedimento sob análise. § 3º A Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar deverá apresentar relatório que considerará: I - as melhores evidências científicas disponíveis e possíveis sobre a eficácia, a acurácia, a

A promulgação da Lei n. 14.454/2022, conhecida como lei do rol da ANS, representou um marco normativo na tentativa de compatibilizar a taxatividade do rol da ANS com a efetividade do direito à saúde. Embora mantenha a diretriz de que o rol atualizado pela ANS constitui referência básica para os contratos de planos de saúde, a norma incorporou mecanismos de mitigação, como a possibilidade de cobertura de tratamentos não listados, desde que preenchidos os critérios objetivos nela estabelecidos.

A nova redação conferida ao art. 10, §13, da Lei n. 9.656/1998 estabelece que, nos casos em que o tratamento prescrito por profissional de saúde não esteja previsto no rol da ANS, a cobertura poderá ser exigida da operadora quando: i) houver a comprovação científica da eficácia desse tratamento, lastreada em evidências científicas e em plano terapêutico, ou ii) existam recomendações do órgão técnico oficial (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde – Conitec), ou de entidade internacionalmente reconhecida, cuja indicação também seja válida em seu país de origem.

A nova redação consagra a denominada “taxatividade mitigada ao rol de referência básica” e faz a ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da previsibilidade contratual e princípio da tutela da vulnerabilidade. A norma consolida o protagonismo técnico da ANS, mas reconhece limites à sua competência exclusiva, incorporando elementos de diálogo com a medicina baseada em evidências e com os direitos fundamentais à saúde.

A taxatividade do rol da ANS, nesse contexto, foi a saída concebida pelo Executivo – e corroborada pelo Legislativo – para harmonização da relação contratual sem inviabilizar a saúde suplementar, assegurando a sustentabilidade do setor. Com isso, o legislador buscou conciliar a necessidade de previsibilidade e sustentabilidade econômica do sistema de saúde suplementar com a tutela da vulnerabilidade, especialmente diante de tratamentos inovadores ou urgentes cuja incorporação administrativa ainda esteja pendente.

efetividade, a eficiência, a usabilidade e a segurança do medicamento, do produto ou do procedimento analisado, reconhecidas pelo órgão competente para o registro ou para a autorização de uso; II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às coberturas já previstas no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, quando couber; e III - a análise de impacto financeiro da ampliação da cobertura no âmbito da saúde suplementar. § 4º Os membros indicados para compor a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, bem como os representantes designados para participarem dos processos, deverão ter formação técnica suficiente para compreensão adequada das evidências científicas e dos critérios utilizados na avaliação.”

Buscou-se a gerência dos custos de forma racional e prudente, trazendo o protagonismo da ANS para a aferição de segurança, efetividade e impacto econômico dos procedimentos de saúde a serem fornecidos pela iniciativa privada. Nesse sentido, Ana Frazão aponta a necessidade de previsibilidade dos riscos:

Se atividade empresarial é assunção de riscos – e não propriamente de incertezas -, é imperioso que a regulação assegure que as incertezas inerentes ao mercado de saúde complementar sejam convertidas em riscos minimamente previsíveis, administráveis e controláveis. Daí a importância chave do mutualismo, pois, como já se viu, é o mecanismo que permite que as incertezas individuais sejam transformadas em um risco coletivo suscetível de gerenciamento²²³.

Importa lembrar que as agências reguladoras são detentoras de poder normativo para regulamentar questões pontuais inerentes ao segmento econômico ao qual fazem parte. Sobre essa temática, o Plenário do STF, no julgamento da ADI 2.095/RS, realizado em 11/10/2019, estabeleceu que:

o poder normativo atribuído às agências reguladoras deve ser exercitado em conformidade com a ordem constitucional e legal de regência", razão pela qual os atos normativos exarados pela ANS, além de compatíveis com a Lei 9.656/1998 e a Lei 9.961/2000, dentre outras leis especiais, devem ter conformidade com a CF/1988 e o CDC, não lhe cabendo inovar a ordem jurídica.

De fato, não cabe às agências reguladoras, isoladamente, tampouco ao Poder Judiciário, estabelecer as diretrizes e parâmetros acerca da regulação de determinado setor econômico. Essa tarefa é conjunta e multidisciplinar a ser realizada de forma harmônica entre as agências reguladoras, a sociedade (por meio dos representantes dos consumidores) e a iniciativa privada que deveriam – desde as privatizações – ter promovido estudos técnicos e debates para construir parâmetros de equilíbrio entre a livre iniciativa e a defesa do

²²³ FRAZÃO, Ana. Parecer. **Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde – ANS: taxatividade e judicialização**. Revista Jurídica de Seguros. n. 15. CNSeg: novembro, 2021. p. 190.

consumidor, princípios da ordem econômica e da justiça social, nos termos do artigo 170, incisos IV e V, da CF/1988. Isso porque o papel das agências é o de regulamentar, fiscalizar e controlar²²⁴ a atuação das operadoras privadas, com o objetivo de garantir por parte destas o fornecimento de um serviço de forma suplementar, com qualidade, eficiência e preços adequados ao consumidor contratante do serviço.

Importa ressaltar que, diversamente dos entes estatais, as operadoras de saúde não têm um dever constitucional de garantir o atendimento universal da saúde à coletividade. Na realidade, embora operem no setor de suplementação à saúde, estas empresas privadas atuam sob a lógica do mercado, isto é, têm por objetivo o lucro, desde que dentro das regras de regulação a elas impostas. Ao assim proceder, contribuem para o desenvolvimento da economia, a geração de empregos e a ampliação da oferta de serviços privados de saúde. No mesmo sentido, Ana Frazão:

[...] a livre iniciativa e a função social são aspectos complementares e justificativos da atividade empresarial, motivo pelo qual a função da empresa jamais pode chegar a ponto de publicizar esta última. Os interesses privados dos empresários precisam ser igualmente reconhecidos, até porque é o lucro o principal estímulo ao investimento e ao empreendimento na atividade econômica.²²⁵

O direito à saúde, garantido pela Constituição Federal, nos artigos 196 a 200, é dever do Estado e não da sociedade, tampouco, da iniciativa privada. Veja-se que os dispositivos estão inseridos na seção II (Da saúde) do Capítulo II (Da Seguridade Social) do Título VIII (Da Ordem Social), cujas disposições gerais do artigo 193, parágrafo único²²⁶, indicam que o Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, ficando assegurada a *participação* da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de

²²⁴ Constituição Federal. Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. BRASIL, 1988.

²²⁵ FRAZÃO, Ana. A função social da empresa na Constituição de 1988. In: Viegas, Frederico. (Org.) **Direito civil contemporâneo**. Brasília: Obscurus, 2009. p. 11-42.

²²⁶ Constituição Federal/1988. Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Parágrafo único. O Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas.

avaliação dessas políticas. Assim, compete ao Estado fornecer saúde à coletividade, cabendo ao corpo social participar nos processos de tomada de decisão de forma ativa.

Nesse sentido, nos dispositivos específicos acerca da saúde, o constituinte aponta a saúde como dever do Estado (art. 196 da CF/1998²²⁷), podendo a iniciativa privada atuar de forma complementar (art. 199, §1º, da CF/1998²²⁸). O constituinte – em momento algum – impôs à iniciativa privada o dever de promoção da saúde como o fez em outros momentos do seu texto constitucional, a exemplo do artigo 205 que, ao tratar da educação, estabeleceu o dever de fomento e incentivo por parte da sociedade²²⁹. Nessa linha de pensar, Carlos Edison Monteiro Filho e Fernanda Paes Leme alertam: “Não se pode, por óbvio, impor ao particular o objetivo de concretizar os princípios-fins, de maneira a desvirtuar o cerne lucrativo de sua atividade para subjugá-la ao assistencialismo, que deve ser cumprido, a priori, pelo Estado”²³⁰.

Com isso, não se quer afastar a tutela da vulnerabilidade dos consumidores ou afirmar que os consumidores não fazem jus aos tratamentos contratados, ou, ainda, insinuar a inexistência de abusividade por parte das operadoras de saúde, mas pontuar que a sociedade brasileira está falhando ao deixar de exigir do Estado uma prestação de serviços de saúde ampla e de qualidade para que, diante da falta de cobertura contratual legítima, a saúde seja sempre assegurada.

Não se pretende também retirar da sociedade um serviço essencial, mas – ao contrário – permitir que esse serviço seja amplamente garantido a todos e custeado por quem tem o dever constitucional para tanto, o Estado. Com isso, evita-se a transferência desse custo social aos demais consumidores

²²⁷ BRASIL. Constituição Federal/1988. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

²²⁸ BRASIL. Constituição Federal/1988 Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

²²⁹ BRASIL. Constituição Federal/1988. Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

²³⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo e Peyneau Rito, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual. *Revista Pensar*. Fortaleza. v. 21, n. 2. 2016. p. 397.

contratantes do serviço por parte da iniciativa privada. Nesse caso específico, o custo da transação está sendo assumido, em última análise, pelo titular do direito, pois, em que pese a iniciativa privada assumir o pagamento dos tratamentos de saúde judicializados, ao final, o custo das condenações é repassado à coletividade de consumidores contratantes, enquanto o Estado, legítimo devedor, vem sendo exonerado do dever constitucional a ele imposto. Nesse sentido:

Em meio a essa problemática existe a premissa de que no mercado de consumo existe o fenômeno denominado de “internalização”, pelo qual todo gasto é sempre repassado nos preços dos produtos e serviços. Deste modo, todo acréscimo em custos/despesas acaba sendo pago pelos consumidores, seja por via direta, seja por via indireta; senão a espécie de contrato desaparece do mercado. Desta forma, se os atendimentos extrapolarem as obrigações contratuais previstas, seus custos, nem sempre recairão primordialmente sobre os beneficiários diretos do serviço, pois é comum acontecer que, numa seleção adversa, à operadora opte por priorizar a comercialização de planos coletivos com mais liberdade de negociação em termos de preços (cujo reajuste não é estabelecido pela ANS) ou acabe por estabelecer preço maior para os novos contratos, fazendo disso sua estratégia de equilíbrio de contas.²³¹

Também não se trata de afastar a aplicabilidade protetiva do CDC ou da Lei n. 9.656/1988, ou de deixar de conceder a proteção constitucionalmente garantida ao consumidor, presumidamente vulnerável, ou de não interpretar de forma mais favorável a este, mas, sobretudo, trata-se de reconhecer a incidência das normas, isto é, de reconhecer onde e a quem a norma deve se aplicar e, assim, anteder à função social e econômica da tutela da vulnerabilidade. O fato de o Estado ser o devedor da prestação integral do serviço de saúde e das operadoras serem responsáveis subsidiárias pela prestação de serviços contratados indica que as doenças não contratadas devem estar sob a responsabilidade estatal e não contratual.

²³¹ PRUX, Oscar Ivan; FAUSTO, Santos de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. Judicialização e sustentabilidade no setor de saúde suplementar: os direitos da personalidade do consumidor e a análise econômica do direito nos contratos de seguros e planos de saúde. **Economic Analysis of Law Review**, v. 10, n. 3, p. 257, 2019.

A implementação da doutrina da Análise Econômica do Direito, no contexto regulatório de prestação de serviços de saúde, pode ser bem-vista porque auxiliou a identificação das melhores práticas para garantir a previsibilidade e a estabilidade regulatória, reduzindo a incerteza para os investidores e, ao mesmo tempo, assegurando a proteção dos direitos dos consumidores e o atendimento aos objetivos de políticas públicas. Assim, em casos de risco do setor econômico é possível aplicar a Análise Econômica do Direito se – e somente se – obedecidas as diretrizes estabelecidas pelo Estado Social.

Existem alguns aspectos importantes a serem destacados acerca da necessidade de se avaliar as consequências econômicas das decisões judiciais com vistas a manter o equilíbrio entre a tutela da vulnerabilidade do consumidor e a preservação da livre iniciativa. Não é só a natureza enumerativa do rol de procedimentos que traz imprevisibilidade para a gestão e para a sustentabilidade do setor da saúde suplementar, mas a falta de debate jurídico-econômico, com a participação dos *stakeholders* interessados para estabelecer os limites da contratação, como forma de construir a solução ótima para todos. Aqui estaria a incidência do princípio da eficiência, utilizado pela Análise Econômica do Direito, isto é, encontrar o caminho ideal para alocação dos recursos, mediante a maximização dos benefícios dos usuários, minimizando custos das operadoras de saúde com o objetivo de promover a riqueza social.

Com o passar dos anos, o sistema brasileiro enfrenta grave crise de desequilíbrio entre os pilares dessa relação: proteção do consumidor, preservação da livre iniciativa, eficiência econômica e segurança jurídica. O excesso de decisões judiciais permissivas, sem a devida reflexão a respeito das consequências econômicas delas decorrentes, trouxe um efeito rebote indesejado, qual seja, o risco de sustentabilidade do sistema e a falsa ideia de que o consumidor seria o grande vilão causador desta crise. Isso vem provocando o achatamento dos direitos dos consumidores tanto no âmbito do Poder Legislativo como no do Poder Judiciário e a consequente transferência, por parte destes, da posição de vulnerabilidade do consumidor para o fornecedor.

Na realidade, a incursão do Judiciário na atividade regulatória do país, notadamente, na saúde suplementar, aconteceu em virtude da ausência de atuação da Agência Reguladora e pela falta de cultura regulatória. Em um primeiro momento, a intervenção foi necessária e eficiente, promovendo-se um equilíbrio inicial nas relações contratuais. No entanto, a ampliação dessa

intervenção ultrapassou os limites da preservação dos direitos dos consumidores, resultando em excessos que impactaram negativamente a sustentabilidade do setor. Nesse sentido, Ana Frazão alerta aos riscos da judicialização da saúde:

A judicialização da saúde atualmente afeta de maneira essencial a definição da amplitude da cobertura de planos de saúde, na medida em que, apesar do cálculo macroscópico realizado pelas operadoras para modelar seus contratos, subvertem tal cálculo e, a depender do caso, pode até mesmo inviabilizá-lo.²³²

Diante desse cenário, nota-se que a intervenção do Poder Judiciário na regulação da saúde suplementar, apesar de justificável, findou por gerar efeitos colaterais indesejados, a exemplo do comprometimento da previsibilidade e do conseqüente risco de sustentabilidade. Como visto, a judicialização excessiva pode desestabilizar o mutualismo e os cálculos atuariais das operadoras, ampliando o risco da atividade. É fundamental que as Agências Reguladoras assumam o seu papel de agente regulador, aprimorando o diálogo institucional entre os *stakeholders* e assegurando que a tutela dos consumidores aconteça sem inviabilizar o funcionamento do setor de saúde suplementar para, assim, cumprir a função social e econômica da tutela da vulnerabilidade.

²³² FRAZÃO, Ana. Parecer. **Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde – ANS: taxatividade e judicialização**. Revista Jurídica de Seguros. n. 15. CNSeg: novembro, 2021. p. 252.

4 O RECONHECIMENTO JURISDICIONAL DA TUTELA DA VULNERABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: ENTRE O CASUÍSMO E A SISTEMATIZAÇÃO

Sumário: 4. O reconhecimento jurisdicional da tutela da vulnerabilidade nas relações de consumo: entre o casuísmo e a sistematização. 4.1 O movimento legislativo reativo à expansão do direito do consumidor. 4.2 O consumidor intermediário e a mitigação da Teoria Finalista

4.1 O MOVIMENTO LEGISLATIVO REATIVO À EXPANSÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

A partir de 2018, o legislador brasileiro deu sinais de inversão dos papéis de vulnerabilidade quando promoveu alterações à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e promulgou a Lei dos Distratos (Lei n. 13.786/2018). No ano seguinte, promulgou a Lei de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019) e, durante a pandemia da Covid-19, a Lei das Aéreas (Lei 14.034/2020), Lei do SERP (Lei n. 14.382/2022) e a Lei do Rol da ANS (Lei n. 14.544/2022). Boa parte desse movimento legislativo representou concessões por parte do constitucional e presumidamente vulnerável (o consumidor) em favor da preservação de determinados segmentos econômicos (construtoras, companhias aéreas, operadoras de saúde).

Pergunta-se: ao assim proceder o legislador subverteu a já referenciada presunção absoluta da vulnerabilidade do consumidor? Sim. No entanto, não se obteve a declaração de inconstitucionalidade das leis porque havia uma necessidade de proteção dos segmentos econômicos (construção civil, companhias aéreas, operadoras de saúde) como alternativa viável para evitar a quebra destes.

Dentro desse contexto, antes do enfrentamento da crise sanitária promovida pela Covid-19, o legislador brasileiro já havia dado alguns passos em direção ao estreitamento da relação entre o direito e a economia, inicialmente, com a promulgação da Lei n. 13.655/2018, responsável pela alteração da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro- LINDB, e

depois, com a Lei n. 13.876/2018, Lei dos Distratos, e a Lei n. 13.874/2019, denominada de Lei de Liberdade Econômica - LLE.

A LINDB passou a exigir a avaliação das consequências práticas da decisão adotada tanto na esfera administrativa e controladora como também na judicial²³³. Segundo Ana Frazão, isso não implica em dizer, contudo, que, a vedação de fundamentação restrita tão somente aos aspectos jurídicos abstratos resulte numa permissão de decisões pautadas unicamente na perspectiva econômica. Isso porque o artigo 20 da LINDB determina uma motivação pautada tanto nos valores jurídicos abstratos como no consequencialismo, isto é, nas consequências práticas da decisão, fazendo uma proposta de integração entre as concepções valorativas e as práticas, o que exige do intérprete um diálogo construtivo entre o direito e a economia. Nesse sentido, a autora:

Se é certo que se passa a exigir do intérprete e do aplicador dos comandos jurídicos a avaliação das consequências práticas da decisão adotada, não é certo – e bem a LINDB nem nenhum outro diploma legal prevê qualquer orientação nesse sentido – que apenas as consequências devem orientar a decisão jurídica ou que as consequências – ainda mais no sentido exclusivamente econômico - teriam prioridade sobre todos os demais aspectos a serem levados em consideração no processo decisório²³⁴.

A imposição legal da análise das consequências práticas da decisão, portanto, demanda do jurista tanto uma aptidão crítica, quanto aos pressupostos e imperfeições das análises econômicas, como uma habilidade de acomodação desse discurso econômico (e consequencialista) com o reconhecimento axiológico da interpretação jurídica. O processo decisório tornou-se, por conseguinte, mais árduo e complexo, ante a necessidade de

²³³ LINDB. Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

²³⁴ FRAZÃO, Ana. O papel das análises econômicas na difícil tarefa de conciliar valores e consequências na interpretação e na aplicação do direito. In FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; CAMPINHO, Sérgio (Coord.) **Direito empresarial e suas interfaces: homenagem a Fábio Ulhoa Coelho**. Vol. III. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 660.

obtenção de uma decisão juridicamente adequada e economicamente eficiente.

No mesmo ano, o legislador ordinário promulgou a Lei n. 13.876/2018, conhecida como a Lei dos Distratos, que introduziu modificações relevantes na Lei de Incorporação Imobiliária (Lei n. 4.591/1964) e na Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/1979). Ao identificar a crise atravessada pelo setor de incorporação imobiliária, o legislador achou por bem intervir na economia para, mitigando a vulnerabilidade dos consumidores, tutelar este segmento econômico e buscar segurança jurídica ao mercado imobiliário.

A iniciativa da Lei dos Distratos foi justificada, em grande medida, pela intensa intervenção judicial nas relações de consumo de compra e venda de imóveis. A doutrina registra que, antes da lei, os tribunais brasileiros faziam uma releitura do instituto da irretratabilidade dos contratos de promessa de compra e venda, permitindo a rescisão unilateral do contrato, mediante o ressarcimento de 80% a 90% do valor, mesmo diante de situações de mero arrependimento. Nesse sentido, Alexandre Gomide alerta:

Há uma série de julgados, por exemplo, no Tribunal de Justiça de São Paulo, determinando a extinção do vínculo contratual em razão da rescisão unilateral manifestada pelo adquirente. Há julgado, diga-se, confundindo categorias contratuais distintas, que autoriza, inclusive, “rescisão por inadimplemento contratual dos adquirentes”. Justamente em razão de decisões desarrazoadas como essas é que o mercado imobiliário passou a criticar duramente a facilidade com que os adquirentes poderiam extinguir os contratos e ainda obter a restituição de percentual entre 80% e 90% dos valores pagos. Dados estatísticos demonstram, por exemplo, que, em 2016, mais de quarenta mil unidades tiveram as vendas canceladas até novembro, o equivalente a 44% das vendas totais no período. A reação do mercado imobiliário foi justamente pleitear uma alteração legislativa que pudesse readequar a jurisprudência brasileira que permitia que qualquer adquirente pudesse extinguir o contrato de forma unilateral e sem motivação, ou seja, como se fosse admitida a rescisão

unilateral para extinção do contrato de promessa de venda regulado pela Lei 4.591/1964²³⁵.

Mais uma vez, a intervenção judicial sem a devida reflexão acerca das consequências a serem suportadas por um segmento econômico, trouxe um movimento reverso de repressão do direito do consumidor com supressão de direitos e assumpção dos custos por parte desta categoria de vulneráveis.

Nesse contexto, apesar da intenção ter sido de preservação das relações contratuais e de estabilidade do mercado, a Lei dos Distratos, pareceu esquecer do direito fundamental da tutela do consumidor, quando estabeleceu penalidades desproporcionais para o adquirente que muitas vezes pede o distrato por fatores alheios a sua vontade, como desemprego ou doença familiar. Nesse sentido, o art. 67-A estabeleceu a retenção de até 50% dos valores pagos, nos distratos de contratos vinculados ao patrimônio de afetação, e de até 25% nos demais casos, além da totalidade da comissão de corretagem. O critério fixo de penalidade aliado aos altos percentuais desconsidera, por exemplo, a boa-fé e o grau de adimplência do adquirente, favorecendo em demasia o incorporador. O STJ aceitou a legitimidade dos percentuais fixados na Lei, sem qualquer questionamento acerca da sua proporcionalidade, o que referenda a perda de espaço dos direitos do consumidor frente à necessidade de preservação do segmento econômico²³⁶.

Aliado a isso, o art. 67-A, §5º e §6º, prevê a devolução diferida dos valores pagos em até 30 dias após a expedição do “habite-se”, nos casos de patrimônio de afetação, e de 180 dias contados do desfazimento do contrato, nos demais casos. No entanto, em caso de revenda do imóvel, o valor deve ser devolvido em até 30 dias desta revenda (art. 67-A, §7º). Isso impacta diretamente as finanças de quem é o vulnerável da relação que fica

²³⁵ GOMIDE, Alexandre Junqueira. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): aspectos controvertidos decorrentes da extinção da relação contratual na incorporação imobiliária. **Revista IBRADIM de Direito Imobiliário**. n. 2. jul/2019, pp. 10-11.

²³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator.: Ministro Luis Felipe Salomão. AREsp n. 2062928 SP 2022/0026135-1, DJ 04/04/2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=148699427&num_registro=202200261351&data=20220404. Acesso em: 28 fev. 2025.

sem poder usufruir dos valores retidos por longo lapso temporal. Imagine-se, por exemplo, que o motivo do distrato tenha sido doença grave de membro da família, o parente pode vir a óbito antes mesmo de o adquirente reaver o dinheiro, caso a dissolução do vínculo tenha ocorrido no início da obra.

A justificativa para essa retração de direitos é a manutenção da higidez financeira da obra, permitindo o encerramento da construção e preservando o interesse da coletividade de adquirentes. Note-se, contudo, que o distrato e a resolução por inadimplemento são resultado, em regra, de uma instabilidade financeira sofrida pelo adquirente e não de um mero capricho de quem não soube contratar com responsabilidade, como pareceu crer o legislador. Ao proceder assim o legislador transferiu o ônus da instabilidade econômica do país à parte mais vulnerável da relação.

Por outro lado, quando a mora recai sobre a incorporadora, a Lei estabelece cláusula de tolerância de 180 dias, pelo atraso da obra, sem qualquer penalidade, enquanto o consumidor fica obrigado a arcar com os custos de sua moradia por este período sem qualquer ressarcimento.

A Lei dos Distratos teria sido bem-vinda se houvesse encontrado a via intermediária para equalizar de forma equilibrada os interesses de todos os envolvidos na relação contratual, isto é, o adquirente considerando isoladamente, o incorporador, os fabricantes de insumos, a coletividade de adquirentes, bem como os corretores e todos que, de alguma maneira, estão ligados a esta cadeia de consumo, a exemplo dos fabricantes de mobiliário e eletrodoméstico. A preservação dos contratos de compra e venda de imóveis e das relações negociais deles decorrentes é de interesse de todos, razão pela qual, deve-se harmonizar a tutela do consumidor, o direito à moradia, a livre iniciativa e a manutenção saudável do segmento econômico da construção civil.

No ano seguinte, a Lei de Liberdade Econômica, responsável por instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, foi promulgada como resultado da conversão em lei da Medida Provisória n. 881 de 30/04/2019. A promessa era “desburocratizar” e promover o desenvolvimento da atividade econômica a partir de concepções plasmadas no pensamento puramente liberal, com o objetivo de alcançar a constituição e o desenvolvimento das empresas privadas. Importa, de logo, registrar que a valorização da livre-iniciativa, a desburocratização e o prestígio ao

empreendedorismo são providências necessárias e bem-vindas à economia brasileira. Para tanto, a mudança de paradigma da própria cultura burocrática do Poder Executivo seria o bastante, pois as disposições legais e constitucionais já contidas eram fundamentos suficientes para o alcance desse anseio.

No entanto, o Poder Executivo, corroborado pelo Congresso Nacional, quis trazer novos regramentos para deixar o mercado livre para se autorregenerar. Com esse propósito, a Lei positivou, no artigo 2º, os seguintes princípios norteadores:

Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:
I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; II - a boa-fé do particular perante o poder público; III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado²³⁷.

O mais grave foi a disposição a respeito da *intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado* como se fosse possível alterar a órbita do Estado Social para um Estado Liberal por meio de medida provisória, lei ordinária ou mesmo emenda constitucional. A ideia de autorregência do mercado, pautada na intervenção mínima do Estado, implica em abandonar os postulados sociais assumidos pelo Estado Social e revisitar ideais liberalistas até então não absorvidos pela ordem social. A esse respeito, Ana Frazão questiona:

É de se indagar como as autoridades antitruste poderão agir diante do princípio da atuação subsidiária e excepcional do Estado, principalmente quando se verifica que o Direito da Concorrência foi criado a partir da constatação de que os chamados mercados livres precisam ser contidos, sob pena de darem margem à lei do mais forte e aos abusos daí decorrentes. Daí por que manter as condições adequadas de acesso e permanência

²³⁷ BRASIL. Lei 13.874 de 20/09/2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art1. Acesso em: 07 mai. 2024.

nos mercados é função regular e indispensável do Estado, como fica claro pelo art. 173, § 4º, da Constituição²³⁸.

Ninguém discorda que é preciso fomentar o empreendedorismo e o crescimento da economia no país, no entanto, não foi esse o sentido trazido pela Lei de Liberdade Econômica que, na avidez de buscar o crescimento e o fortalecimento econômico do país, não assegurou um regime de mercado inclusivo. Isso porque promoveu uma ideia de “livre mercado” aliado à bandeira da não intervenção estatal sem reconhecer qualquer tutela aos pequenos empreendimentos.

Além disso, a Lei elegeu como princípio “o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado” como se fossem ambos sujeitos antagônicos de uma relação jurídica, quando, na realidade, a intervenção estatal se presta para afastar a vulnerabilidade destes sujeitos frente a comportamentos predatórios promovidos pelo próprio mercado.

A proposta de presunção da liberdade na atividade econômica indica o esquecimento do legislador quanto à garantia constitucional dessa liberdade, contida na Constituição Federal tanto no artigo 1º, inciso IV, que institui a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil²³⁹, como no artigo 170, que ao enumerar os princípios da ordem econômica brasileira, referenda a livre iniciativa como fundamento. Por outro lado, a indicação de presunção de boa-fé do particular não é alcançada mediante proclamação legislativa, mas pela já referenciada mudança do paradigma burocrata por parte do Poder Executivo. A Lei da Liberdade

²³⁸ FRAZÃO, Ana. Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social. *in* FRAZÃO, Ana; SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. (Coord.) **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 113.

²³⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; 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: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Econômica, portanto, passou longe de encontrar o caminho viável e harmônico entre o crescimento econômico e a redução de desigualdades, deixando de garantir a liberdade – em sua essência – para todos.

No ano seguinte à promulgação da Lei de Liberdade Econômica, teve início, no ano de 2020, a maior crise econômica e sanitária dos últimos anos, suportada por todos os países do mundo, em virtude da pandemia da Covid-19, cujos efeitos ainda estão sendo suportados. Sob o viés pandêmico, foi possível visualizar o desequilíbrio desenfreado das contratações, fazendo aflorar a quebra de sinalagma em vários campos, a exemplo dos setores imobiliários, aéreos, turísticos, de eventos e de educação.

Nesse contexto, várias medidas provisórias foram editadas (e convertidas em lei), com o objetivo de preservar as contratações e diminuir os danos provenientes da pandemia, regulando a crise contratual vivenciada por todo o mundo. O impacto econômico das medidas de fechamento das atividades, apesar de necessário, foi muito nocivo para a saúde financeira das empresas.

O setor aéreo foi um dos mais impactados pela pandemia, o que levou o Governo Federal a tomar medidas emergenciais no sentido de preservar as companhias aéreas em detrimento da presunção de vulnerabilidade do consumidor. Isso porque a Medida Provisória n. 925 de 18.3.2020 previu o parcelamento dos valores a serem reembolsados aos consumidores pela compra de passagens aéreas, suavizando o desembolso de valores vultosos por parte das companhias aéreas em um momento de crise. Nesse sentido:

Houve uma repartição de prejuízos com os consumidores, tendo o prazo para o reembolso do valor relativo à compra de passagens aéreas, contratadas até 31.12.2020, sido fixado em 12 meses, a partir da data do voo cancelado, observadas as multas previstas no contrato e a manutenção da assistência material, nos termos Resolução n. 400 da ANAC. Além disso, em respeito à solidariedade social e ao esforço mútuo de repartição dos prejuízos, houve a possibilidade de isenção das penalidades contratuais, caso os consumidores optassem por ficar com o crédito da passagem a ser utilizado no período de 18 meses, a contar do recebimento do referido crédito (art. 3º, §1º)²⁴⁰.

²⁴⁰ MOUTINHO, Maria Carla. Voar é preciso, viver é essencial – Notas sobre o setor aéreo e a Lei n. 14.034/2020. In MONTEIRO FILHO, Carlos Edison; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.)

A referida MP foi convertida na Lei 14.034/2020 e, depois, alterada pela Lei 14.174/2021 que se limitou a prorrogar os prazos de reembolso para 31/12/2021.

Em uma situação extrema, como a ocorrida na pandemia da Covid-19, houve a necessidade de se manter a diversidade produtiva em funcionamento sob pena de todos virem a sofrer as consequências da recessão que poderiam chegar, inclusive, ao encerramento do fornecimento do serviço. Importa registrar que essa vulnerabilidade circunstancial não deve servir de escudo para práticas abusivas. Assim, importante destacar que:

[...] o esforço mútuo para minorar os danos provocados pela pandemia no setor aéreo terá sido em vão em caso de abuso de tarifas por parte da companhia aérea ou mesmo desassistência ao passageiro que desejar cancelar a passagem aérea adquirida. A excludente de responsabilidade lastreada na força maior, na hipótese, a pandemia, não implica em autorização para práticas abusivas por parte dos fornecedores.

O espírito colaborativo aliado à interpretação conjunta dos princípios da solidariedade social, da vulnerabilidade do consumidor e da função social da empresa não autorizam a “super tarifação” por parte da companhia aérea de modo a inviabilizar a utilização do crédito para compra de passagens. Assim, ressalvadas as situações de alteração do câmbio, a utilização do crédito para o mesmo trecho deve corresponder, ao menos, a 80% do preço da passagem para os consumidores que optaram por utilizar o crédito, diminuindo o prejuízo da companhia aérea. Pensar de modo diverso, é permitir o repasse integral de todo o prejuízo causado pela pandemia ao consumidor.

Nesse contexto, é essencial a compreensão de todos no sentido da repartição de prejuízos e não o repasse desmedido deles apenas para o passageiro que se solidarizou com a companhia aérea, pois os efeitos da pandemia, na hipótese, devem ser repartidos entre todos, inclusive, com o Poder Público. Cabe às operadoras, portanto, reunir esforços para viabilizar a utilização do crédito por parte do passageiro sem

onerar demasiadamente o custo da viagem para o consumidor final²⁴¹.

Diante disso, a utilização de uma condição de vulnerabilidade, excepcionalmente concedida, para a obtenção de vantagens indevidas, implica em desvio de finalidade da proteção, por abuso de direito, nos termos do art. 187 do Código Civil. Nesses casos, a vulnerabilidade deixa de operar como fundamento legítimo de tutela, pois, ao assim proceder, o sujeito renunciou a proteção, ao macular a função social e econômica da tutela da vulnerabilidade. Esse é um dos motivos que justificam a utilização de critérios objetivos para o reconhecimento jurídico da vulnerabilidade, pois esta não deve servir de ferramenta para manipulações estratégicas.

Em 2022, foi promulgada a Lei n. 14.382/2022, Lei do Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (SERP), responsável por abrandar as exigências da Lei de Registros Públicos no que se refere à tutela do consumidor adquirente. A referida lei alterou o art. 32 da Lei de Registros Imobiliários e trocou o termo "negociar" pelos termos "alienar" e "onerar". A singela alteração semântica teve grande impacto nos contratos, com o surgimento de uma nova espécie negocial, denominada de "Termo de Reserva para Formalização Futura de Compromisso de Compra e Venda", expressão extraída do julgamento paradigma contido no Agravo de Instrumento n. 5054611-66.2023.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina²⁴².

²⁴¹ MOUTINHO, Maria Carla. Voar é preciso, viver é essencial – Notas sobre o setor aéreo e a Lei n. 14.034/2020. In MONTEIRO FILHO, Carlos Edison; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.) **Regime Jurídico da Pandemia e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022, p. 433-451.

²⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de instrumento n. 5054611-66.2023.8.24.0000, relatora Desembargadora Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, DJe de 04/06/2024. Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Empreendimento "Garden Park Home Club". Alegada venda ilegal de unidades habitacionais. Decisão agravada que deferiu o pedido de tutela antecipada, para determinar à ré (a) a obrigação de não fazer consistente na imediata abstenção de realizar qualquer espécie de publicidade e comercialização das unidades habitacionais do empreendimento "Garden Park Home Club", enquanto não for devidamente regularizada a incorporação imobiliária; (b) a obrigação de fazer consistente em retirar (excluir, deletar) todas as veiculações de propagandas, postagens e anúncios já existentes, enquanto não for devidamente regularizada a incorporação imobiliária, notificando eventuais terceiros (imobiliárias, corretores, investidores adquirentes etc.) para que também o façam; (c) a obrigação de fazer consistente na afixação de placa em local visível no terreno do empreendimento (na rua/avenida principal do endereço oficial do empreendimento, de forma centralizada que permita a visibilidade aos consumidores), com tamanho não inferior a 1,5x1,5 metros, com a seguinte

Essa nova espécie, denominada por Rodrigo Toscano de Brito de "Contrato de Reserva de Unidade Imobiliária", antecede ao contrato de promessa de compra e venda, com a finalidade de "reservar" a unidade imobiliária antes do registro da incorporação e de garantir ao interessado a prioridade na aquisição de unidade específica de um futuro empreendimento imobiliário. Diante da sua natureza preliminar, não há qualquer transferência de propriedade tampouco obrigações definitivas

informação: "Empreendimento sem registro de incorporação imobiliária, proibida a comercialização de unidades até a regularização por decisão judicial proferida nos autos da ação civil pública (número da presente demanda)", sob pena de pagamento de multa diária a ser fixada por este juízo; (d) a obrigação de fazer consistente em promover, no prazo máximo de 90 dias, o registro de incorporação dos imóveis; (e) transcorrido o referido prazo sem que tenha sido cumprida a obrigação, deverá a demandada, de forma alternativa, substituir, no prazo máximo de 90 dias, os apartamentos impróprios ao consumo negociados por outros regulares e em perfeitas condições de uso, ou restituir, no referido prazo, as quantias pagas pelos consumidores, com atualização monetária, caso assim optarem os adquirentes; e (f) nas obrigações de fazer e não fazer, consistente na observância da legislação vigente, mediante a proibição de oferta e comercialização de unidades habitacionais de empreendimentos já em andamento e/ou futuros, bem como fixar multa de R\$ 100.000,00, em caso de descumprimento. Recurso da ré. Alegada ausência de preenchimento dos requisitos da tutela de urgência (art. 300, caput, do CPC). Acolhimento parcial. Conjunto probatório dos autos que revela a inexistência de venda ilegal das unidades habitacionais, mas, tão somente, a reserva das mesmas, através da celebração de "Termo de Reserva para Formalização Futura de Compromisso de Compra e Venda", no qual consta expressa informação acerca da inexistência de registro da incorporação no momento da sua assinatura e a necessidade de formalização posterior da promessa de compra e venda, quando efetivado o registro. Nova redação (Lei nº 14.382/2022) do art. 32 da Lei nº 4.591/1964 que deixou de vedar a negociação de unidades autônomas em momento anterior ao arquivamento de documentos no registro de imóveis, passando a proibir, tão somente, a sua alienação ou oneração, no intuito de abrandar o rigor da proibição contida no dispositivo. Ausência de alienação ou oneração no caso concreto. Não configurado prejuízo aos consumidores ou violação aos seus direitos. Ademais, boa-fé da requerida evidenciada, tendo em vista que promoveu o protocolo do registro da incorporação, após determinação judicial para tanto, firmou com o Município de Balneário Camboriú o Termo de Compromisso 004/2023, referente ao Estudo de Impacto de Vizinhança, obteve o certificado do potencial construtivo e licença ambiental prévia. Probabilidade do direito perseguido pelo autor não evidenciada, no que toca aos itens "a", "b", "c", "e", "f", da decisão recorrida. Reforma, no ponto. Registro da incorporação, nos termos do artigo 32 da Lei n. 4.591/64, com vistas à prevenção dos direitos dos futuros adquirentes de unidades habitacionais, cujas reservas se encontram contratadas (art. 6º, VII, CDC), que, contudo, se mostra imprescindível. Manutenção da decisão recorrida, no ponto. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5054611-66.2023.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 04-06-2024). Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=321718366550793119163993755704&categoria=acordao_eprochttps://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601178990&dt_publicacao=30/04/2018. Acesso em: 21 abr. 2025.

acerca da alienação ou, ainda, constituição de direito real de aquisição, mas tão somente a garantia de que a unidade não será oferecida a outro interessado.

Importa registrar que, antes da Lei do SERP, o incorporador somente poderia "negociar" a unidade imobiliária mediante o registro da incorporação, o que garantia ao consumidor a higidez do empreendimento, pois o incorporador estava obrigado a regularizar a documentação que o autoriza, inclusive, a construir. Não se nega, contudo, a dinamicidade conferida pela alteração legislativa, com o diferimento do momento para o registro da incorporação. Isso permitiu que o incorporador iniciasse tratativas negociais com adquirentes em potencial antes mesmo do registro da incorporação no cartório de imóveis, aquecendo o mercado imobiliário. Por outro lado, não se pode perder de vista que o diferimento do prazo de registro da incorporação não autoriza o incorporador a lesar o consumidor, pois o referido negócio jurídico requer cautela e transparência entre as partes negociantes.

Assim, para que haja conformação da função econômica e social da tutela da vulnerabilidade, importa sustentar que: i) o valor adiantado a título de reserva deve ser parte do pagamento do empreendimento; ii) a desistência da incorporação deve ser acompanhada de ressarcimento do valor adiantado, com incidência de juros e correção monetária; iii) o incorporador tem o dever de informar amplamente ao consumidor sobre os riscos e limites desse tipo de contratação. É de se pensar, ainda, em uma atualização legislativa para que o incorporador se sujeite à multa de 50% do valor efetivamente antecipado pelo consumidor, para os casos de desistência do empreendimento por parte dele, com o objetivo de se devolver à massa consumidora uma equivalência material mínima de penalidades contratuais para os distratos de compra e venda de imóveis.

Em nome da estabilidade de setores econômicos considerados essenciais, o legislador mitigou o protagonismo do direito do consumidor cuja vulnerabilidade é estrutural. O discurso político-econômico em prol da preservação da atividade econômica — especialmente em contextos de crise — tem justificado uma série de flexibilizações que, embora legítimas sob o ponto de vista macroeconômico, relativizam prioridades constitucionais, gerando um novo campo de tensão entre a tutela da vulnerabilidade e a sustentabilidade dos mercados regulados.

A partir da análise das legislações elencadas neste tópico, pode-se perceber um movimento legislativo que provocou a identificação do fenômeno denominado de “vulnerabilidade invertida”. Essa vulnerabilidade resulta de um risco verossímil e eminente de colapso de segmento econômico e pode, à primeira vista, causar um certo estranhamento ao leitor, notadamente, em virtude do poderio que a expressão “segmento econômico” carrega.

Como já ilustrado no presente tópico, é possível visualizar um prejuízo social da quebra simultânea de uma determinada categoria econômica, capaz de ocasionar o completo desaparecimento do setor, o retrocesso da prestação dos serviços por ele fornecidos à sociedade, a sobrecarga do serviço público equivalente (se houver), além da extinção dos empregos por ele disponibilizados. O risco eminente de colapso de determinado setor econômico justifica a intervenção estatal e movimento legislativo no sentido de – em situações extremas – preservar a sobrevivência de determinados ramos para o bem da coletividade porque cumprem a função social e econômica da tutela da vulnerabilidade. A tutela do segmento de construção civil, do setor aéreo e das operadoras de planos de saúde, por parte do legislador, em detrimento da presunção constitucional de vulnerabilidade do consumidor, demonstra isso. Note-se que a inconstitucionalidade dessas legislações não foi reconhecida porque Estado e sociedade compreendem a necessidade de manutenção do setor econômico.

Importa registrar que a vulnerabilidade do consumidor só pode ser relativizada em situações extraordinárias, diante da necessidade de tutela da vulnerabilidade de setores econômicos, a exemplo de tragédias econômicas, sanitárias ou ambientais, com o objetivo de garantir a manutenção do setor e, em última análise, o direito do consumidor. Pode-se constatar, também, que a interferência judicial desmedida e, no mais das vezes, sem respaldo legislativo, elevou o grau de instabilidade jurídica do sistema e provocou, em um segundo momento, um efeito rebote de retração dos direitos dos consumidores por meio da promulgação de leis, contendo excessiva proteção ao segmento econômico, a exemplo da Lei dos Distratos e da Lei de Liberdade Econômica.

4.2 O CONSUMIDOR INTERMEDIÁRIO E A MITIGAÇÃO DA TEORIA FINALISTA

Durante muito tempo, o termo “vulnerabilidade” assumiu implicações normativas e de formas de proteção variantes a partir de um sujeito vulnerável. No entanto, essa falta de sistematização acerca da tutela da vulnerabilidade findou por trazer interpretações dissonantes acerca do seu significado, a exemplo da vulnerabilidade social, relativa a um estado de miséria, ou ainda, a vulnerabilidade sanitária, isto é, a susceptibilidade de adquirir doenças infecto contagiosas. Ralf Posher destaca que um termo pode abranger um *núcleo de extensão* por meio de diferentes áreas e atingir intenções diametralmente opostas. Nesse sentido, o autor:

Na perspectiva de tais teorias, não há qualquer surpresa que expressões adquiram um significado relacionado, mas diverso em diferentes áreas de atuação. Práticas diferentes, como o Direito e a Medicina, geram significados diferentes. As exigências pragmáticas da prática determinam o significado, e elas são diferentes de um lado no Direito, e do outro na Medicina e Biologia²⁴³.

Assim, a tutela da vulnerabilidade, ao ser aplicada no caso concreto, deve guardar como ponto de extensão comum o *estado de impotência substancial do sujeito de direito e o papel transformador exercido por esta tutela*. Sob esse aspecto, a partir de uma abordagem principiológica e objetiva, é possível alcançar uma tutela uniforme e eficaz a todo aquele que comprovar ter alcançado esse estado de impotência substancial.

Por imposição legal, o consumidor é presumidamente tido como vulnerável em relação ao fornecedor, ou seja, há uma *impotência substancial relacional* presumida porque previamente estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor. O conceito de consumidor foi “pensado constitucionalmente para uma relação entre diferentes, para a proteção dos diferentes”²⁴⁴, levando-se em consideração a necessidade deste sujeito de

²⁴³ Tradução livre. POSHER, Ralf. The hand of Midas: when concepts turn legal, or deflating the Hart-Dworkin debate. In: HAGE, J.; Pfordten, D. (orgs.). **Concepts in Law**, Dordrecht: Springer, 2009, p. 103.

²⁴⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 97.

direito de receber do ordenamento a proteção necessária para blindá-lo das práticas abusivas do fornecedor. Uma vez reconhecida essa vulnerabilidade do consumidor, o Estado Juiz tem o dever de intervir, por meio de incidência de norma protetiva no caso concreto, para garantir a efetividade da justiça social, vista como transformadora e promocional na redução das desigualdades sociais.

Sob esse prisma, a presunção de vulnerabilidade do consumidor é imposta por norma cogente e, portanto, *juris tantum*, inadmitindo prova em sentido contrário, ainda que, ocasional e aparentemente, o consumidor não se apresente como vulnerável, conforme destaca o Prof. Paulo Lôbo:

A vulnerabilidade contratual independe de aferição real ou de prova. A presunção legal absoluta não admite prova em contrário ou considerações valorativas, até porque a presunção é consequência que a lei deduz de certos fatos, às vezes prevalecendo sobre as provas em contrário. A presunção é o meio de prova pressuposta que dispensa a comprovação real. Qualifica-se como prova indireta. Tem natureza de ficção jurídica, pois é juízo fundado em aparências, como instrumento operacional para resolução de conflitos, substituindo os demais meios de prova. A presunção simplifica a prova, pois a dispensa.²⁴⁵

O critério utilizado pelo CDC para aferir a presença da vulnerabilidade do consumidor é objetivo, qual seja, *a aquisição de produto ou de serviço na qualidade de destinatário final* (art. 2º do CDC²⁴⁶). O conceito de “destinatário final” é bem delineado por Bruno Miragem:

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

²⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Vulnerabilidade Jurídica do Contratante. In Ehrhardt, Marcos; LÔBO, Fabíola (Coord.) **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 1-15.

²⁴⁶ CDC Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

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 econômicos²⁴⁷.

Quanto a esse ponto, importa ressaltar que esse critério objetivo de vulnerabilidade qualifica e identifica quem é o consumidor *standard*, isto é, o consumidor padrão seja ele pessoa física, pessoa jurídica²⁴⁸ ou ente despersonalizado²⁴⁹, desde que adquira produto ou serviço na condição de destinatário final.

Para as situações em que não se exigiu a “destinação final” como requisito, o legislador foi expresso ao formular três espécies de consumidores por equiparação, para a defesa dos direitos coletivos ou para a tutela das vítimas de acidentes de consumo. Assim, no artigo 2º, parágrafo único²⁵⁰, o CDC resguarda a tutela universal e instrumental dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, pertencentes à coletividade de consumidores (efetivos ou em potencial, determinados ou determináveis). Nesse sentido, Bruno Miragem:

²⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: _____; MARQUES, Cláudia; MAGALHÃES, Lúcia Ancona. **Direito do consumidor: 30 anos do CDC – da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 244.

²⁴⁸ 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. MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: _____; MARQUES, Cláudia; MAGALHÃES, Lúcia Ancona. **Direito do consumidor: 30 anos do CDC – da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 242.

²⁴⁹ O condomínio e o espólio podem ser tidos como consumidores, caso adquiram produto ou serviço na condição de destinatário final. Assim, o condomínio adquirente de produtos de limpeza ou de botijões de gás com vício de qualidade ou de quantidade, por exemplo, pode pleitear a reparação dos danos materiais eventualmente sofridos pela inadequação do produto fornecido. Por outro lado, caso haja dano à incolumidade física de quaisquer dos moradores em decorrência de defeito na fabricação do produto o titular do direito de reparação por este dano é o condômino.

²⁵⁰ CDC Art. 2º. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

A relação jurídica básica que vincula os sujeitos da relação no caso da equiparação não é a existência de ato de consumo, mas a mera situação do consumidor como membro de uma coletividade cuja intervenção no mercado de consumo não precisa ser necessariamente ativa (realizando um ato de consumo), mas pode se configurar simplesmente pela subordinação aos efeitos da ação dos fornecedores no mercado. Neste sentido, enquanto membro de uma coletividade de pessoas, sofrerá como os demais membros os efeitos desta intervenção, razão pela qual poderá ter seus interesses reconhecidos e protegidos por intermédio das regras relativas à tutela coletiva de direitos prevista no CDC. Daí porque se deve considerar como coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo, não apenas os que tenham realizado atos de consumo (adquirido ou utilizado produto ou serviço), mas sim a todos que estejam expostos às práticas dos fornecedores no mercado de consumo²⁵¹.

A norma busca, portanto, a proteção em abstrato da coletividade de consumidores expostos ao mercado, com o objetivo de exigir dos fornecedores uma política de cautela e prevenção de danos na produção de produtos e no fornecimento de serviços, mediante o cumprimento das normas de segurança, por exemplo.

Já no art. 17 do CDC²⁵², o legislador regulamenta a responsabilização civil objetiva dos fornecedores em relação às vítimas de acidente de consumo (*bystander*) como, por exemplo, os transeuntes que são atingidos pela queda de um avião. Na hipótese, é desnecessária a prova de vínculo contratual (até porque inexistente), pois o dever de reparar decorre das regras de responsabilidade civil, cabendo às vítimas comprovarem apenas que o dano sofrido decorreu do acidente de consumo. Nesse caso, a amplitude de alcance do conceito de vítima inclui tanto as pessoas físicas como as jurídicas, desde que atingidas pelo evento danoso provocado por

²⁵¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 142.

²⁵² CDC. Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

um fornecedor, ficando dispensada a perquirição a respeito da destinação final do produto ou do serviço. A regra do artigo 17 do CDC reitera, portanto, o dever de segurança inato a todos os fornecedores que se propõem a figurar no mercado de consumo.

Por fim, no artigo 29 do CDC²⁵³, o legislador equipara ao conceito de consumidor todas as pessoas – ainda que indetermináveis – expostas às práticas comerciais abusivas, na fase pré-contratual, ou a cláusulas contratuais abusivas, no curso da contratação. Confira-se a redação: “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

Ao trazer em seu texto “para fins desse capítulo e do seguinte”, o legislador faz menção aos Capítulos V (Das práticas Comerciais Abusivas) e VI (Da Proteção Contratual) do CDC. O Capítulo V abarca toda a comunidade de consumo exposta a práticas abusivas da fase negocial, quais sejam, a oferta (Seção II), a publicidade (Seção III), as práticas abusivas (Seção IV), a cobrança de dívidas (Seção V) e o banco de dados e cadastros de consumidores (Seção VI). A coletividade pode ser alvo, por exemplo, de uma publicidade enganosa, isto é, detentora de informação falsa em seu conteúdo, ou abusiva, por conter expressão racista ou sexista. Além disso, a coletividade pode estar exposta a práticas comerciais abusivas em sentido estrito, como a venda casada e a cobrança abusiva de dívidas com excesso de exposição do consumidor.

Já o Capítulo VI, diz respeito às práticas contratuais abusivas em sentido amplo por parte dos fornecedores – aqui incluídas as práticas trazidas pela lei do superendividamento – em relação a pessoas físicas ou jurídicas desde que, dentro de uma interpretação sistemática do CDC, fique evidenciada a vulnerabilidade do sujeito no caso concreto aliada à prática de abusividade por parte do fornecedor. Deve-se atentar, nesse ponto, para o grau restrito de amplitude do dispositivo em relação às pessoas jurídicas, pois, repita-se, as pessoas jurídicas somente poderão fazer jus à incidência do CDC quando: i) demonstrada a vulnerabilidade desta no caso concreto e ii) o fornecedor tenha realizado uma das práticas contratuais abusivas

²⁵³ CDC Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

contidas no Capítulo VI do CDC²⁵⁴. Para as demais situações, o Código Civil e todo o arcabouço principiológico nele contido deve reger as relações entre os privados. Nesse sentido, Marcelo Calixto:

No entanto, também aqui se deverá observar o princípio basilar da vulnerabilidade, tutelando-se de forma especial aqueles que se apresentem em situação de inferioridade frente o outro contratante. Pense-se no caso de uma pequena empresa adquirir elásticos que serão usados na confecção de roupas (sua atividade principal). Apresentando trais elásticos vício de qualidade, a pequena empresa citada deverá lançar mão das normas que regulam os vícios redibitórios (Código Civil, arts. 441-446), podendo, no entanto, socorrer-se do CDC para pleitear a anulação de uma cláusula contratual considerada abusiva. Isto porque a pessoa jurídica referida pode apresentar uma vulnerabilidade técnica, fática ou socioeconômica que deverá ser apreciada pelo Poder Judiciário no caso concreto. Porém, se não ficar configurada a esta vulnerabilidade, a relação estará integralmente regida pelo Código Civil, que expressamente se refere aos contratos de adesão (arts. 423 -424), não se justificando a proteção especial prevista pelo diploma consumerista²⁵⁵.

Pode-se tomar como exemplo para a incidência do artigo 29 em relação à pessoa jurídica vulnerável sujeita a prática contratual abusiva o RESP 1.694.313-SP em que o Banco impôs como condição para celebração de contrato de adiantamento de câmbio (ACC) a venda casada de debêntures emitidas por empresa de fachada pertencente ao mesmo grupo econômico integrado pelo Banco. O STJ manteve a decisão do Tribunal de Justiça paulistano no sentido de reconhecer a celebração de contratação mediante a prática abusiva de venda casada por parte de instituição financeira em relação à pessoa jurídica vulnerável. Nesse sentido:

²⁵⁴ Nessa hipótese, por se tratar de interpretação restritiva e excepcional, o rol de cláusulas abusivas ali contido deve ser tido como taxativo.

²⁵⁵ CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 353-354.

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO ANULATÓRIA E CONDENATÓRIA. CONTRATO DE ADIANTAMENTO DE CÂMBIO (ACC). DEBÊNTURES. AQUISIÇÃO. VENDA CASADA. NULIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. SOLIDARIEDADE. REVISÃO DO JULGADO. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 282/STF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ART. 20, § 3º, DO CPC/1973.

1. Recursos especiais interpostos contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. A jurisprudência desta Corte Superior tem mitigado os rigores da teoria finalista, de modo a estender a incidência das regras consumeristas para a parte que, embora sem deter a condição de destinatária final, apresente-se em situação de vulnerabilidade. [...] ²⁵⁶

O acórdão apenas se equivoca ao tratar o caso concreto como uma hipótese de Teoria Finalista Mitigada, a ser vista mais adiante, pois a prática de abusividade elencada no artigo 51 do CDC aliada à demonstração de vulnerabilidade da pessoa jurídica no caso concreto resulta tão somente na incidência do artigo 29 do CDC. É essa linha tênue entre o artigo 29 e o conceito elástico do sujeito consumidor, trazido pela jurisprudência, que justifica a releitura da vulnerabilidade trazida no presente trabalho.

Apesar da clareza do legislador acerca do conceito de consumidor padrão e das espécies de consumidores por equiparação, amplo debate se abriu na doutrina e na jurisprudência a respeito da definição da expressão “destinatário final”, com vias a identificar qual das teorias foi adotada pelo CDC, a Maximalista ou a Finalista.

²⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.694.313/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 30/4/2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601178990&dt_publicacao=30/04/2018. Acesso em: 23 jul. 2024.

A Teoria Maximalista, responsável por conceder uma interpretação extensiva do conceito de consumidor, defende que todo destinatário fático do produto ou do serviço se enquadra no conceito de consumidor, pouco importando a finalidade econômica destinada ao produto ou serviço, exigindo-se apenas a realização de um ato de consumo. O grande problema dessa teoria é generalizar a proteção das relações de consumo, retirando do Código Civil os contratos de consumo paritários e misturando situações de paridade presumida com situações de vulnerabilidade, não tendo sido acolhida pela doutrina e jurisprudência majoritárias no Brasil.

Já a Teoria Finalista é acolhida pela doutrina majoritária e limita a abrangência da expressão para determinar como destinatário final aquele que – no mesmo momento – retira o bem de circulação (destinatário fático) e põe fim à cadeia produtiva (destinatário econômico). A esse respeito, em um primeiro momento, a professora Cláudia Lima Marques afirmou que:

O destinatário final é o Endverbraucher, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e *não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor final*, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo, por sua vez, ao seu cliente, seu consumidor utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos do preço da licitação, como insumo da sua produção²⁵⁷.

²⁵⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Relações de Consumo na pós-modernidade: Em defesa de uma interpretação finalista dos Artigos 2º e 29 do CDC. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 19, 2017. DOI: 10.22456/0104-6594.71523. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/71523>. Acesso em: 24 maio. 2024. *No mesmo sentido*: Destinatário final é o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser o destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021, p. 161.

Na mesma linha de pensar, Bruno Miragem, em trabalho mais recente, defende a interpretação mais restritiva do CDC para a expressão “destinatário final”:

Sustentamos, todavia, que o conceito de consumidor deve ser interpretado a partir de dois elementos: a) a aplicação do princípio da vulnerabilidade e b) a destinação econômica não profissional do produto ou do serviço. Ou seja, em linha de princípio e tendo em vista a teleologia da legislação protetiva deve-se identificar o consumidor como o destinatário final fático e econômico do produto ou serviço. Isto porque, ainda que, quando do seu surgimento, o CDC tenha assumido o caráter de lei renovadora do direito privado – em face das deficiências do Código Civil de 1916, vigente à época – hoje, com a incorporação de muitos dos avanços legislativos trazidos pelo CDC no Código Civil de 2002, não se justifica esta ampliação do âmbito de sua aplicação²⁵⁸.

Assim, a teoria utilizada pelo CDC foi a Teoria Finalista segundo a qual o consumidor encerra a cadeia produtiva, isto é, não utiliza o produto ou serviço como insumo de outra atividade. A intenção do legislador foi fortalecer a categoria de consumidores, pois a construção da jurisprudência estaria voltada tão somente para a hipóteses em que o consumidor é presumida e evidentemente a parte mais fraca. Com isso, o legislador obedece ao mandamento constitucional do artigo 5º inciso XXXII e evita a banalização da defesa dos consumidores em juízo, ao se abrir o leque para outras situações negociais. Na mesma linha de pensar, a professora Cláudia Lima Marques esclarece:

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Considera que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será

²⁵⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, pp. 140-141.

construída sobre casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já concede²⁵⁹.

Acertada a escolha utilizada pelo legislador ordinário no sentido de buscar o fortalecimento das bases protecionistas para a categoria de consumidores sem pulverizar a proteção do CDC para o empresariado. Isso porque ampliar a abrangência do CDC para relações negociais de cunho empresarial findaria por enfraquecer a defesa do real destinatário da norma em juízo.

Em que pese o acerto na escolha da Teoria Finalista, por parte do legislador ordinário brasileiro, uma categoria denominada pelo STJ de “consumidor-intermediário” (ou “profissionais-consumidores”) ficou em um limbo legislativo, isto é, desprovida de proteção legal. Essa categoria se refere aos pequenos comerciantes que não detém alto poder aquisitivo, enquadrando-se no conceito contemporâneo de vulnerabilidade aqui defendido, ante a sua ausência de poder relacional no que diz respeito ao fornecedor de seus insumos. São os casos da costureira compradora de uma máquina de costura para fazer consertos de roupas, do motorista de aplicativo adquirente de um carro financiado para fazer transporte de pessoas e da família, da sacoleira de roupas contratante de uma maquina de cartão de crédito, como forma de incrementar sua atividade empresarial, ou de um médico adquirente de uma máquina de depilação a laser para o seu consultório.

Todos têm em comum a vulnerabilidade jurídica em relação a empresas fabricantes de grande porte, mas esta vulnerabilidade não os torna consumidores, em decorrência da atividade lucrativa por eles exercida. Nesse sentido, Antônio Herman Benjamin, antes mesmo da promulgação do CDC, já esclarecia a questão:

Que a pequena e média empresa, com seus fins lucrativos, também necessitam de tutela especial, tal não se contesta aqui. Entretanto, reconhecer que a microempresa, quando adquire bens e serviços fora de

²⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 116.

sua especialidade e conhecimento técnicos, o faz em condições de fragilidade assemelhadas às do consumidor individual ou familiar não implica dizer que aquela se confunde com este. O fim lucrativo os divide. Do mesmo modo a atividade de transformação que é própria do consumidor (no sentido econômico) intermediário. Além disso, os meios existentes à disposição da pessoa jurídica lucrativa para defender-se mais acentuam a diferença entre esta e o consumidor final, individual ou familiar. Por outro lado, pessoas jurídicas há que podem e devem ser denominadas consumidor, para fins de tutela especial, como, p. ex., as fundações em fins lucrativos, as associações de interesse público, os hospitais e partidos políticos."²⁶⁰

É inegável que esses profissionais equivocadamente chamados de “consumidores-intermediários” – apesar do exercício da atividade empresarial – são vulneráveis em relação aos fornecedores de seus insumos, porém, segundo a Teoria Finalista pura, acertadamente adotada no Brasil, não fazem jus à incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Apesar disso, a inquietação diante das arbitrariedades dos fornecedores em relação aos “consumidores-intermediários” findou por gerar amplo debate na jurisprudência acerca da incidência ou não do CDC. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, até 10/11/2004, a Terceira Turma adotava posicionamento próximo à Teoria Maximalista, ampliando o conceito de consumidor para o destinatário fático do produto ou do serviço, enquanto a Quarta Turma mantinha o posicionamento adotado pelo CDC da Teoria Finalista. Instaurada a divergência, a Segunda Seção, no julgamento do Recurso Especial n. 541.867/BA, de relatoria do Ministro Barros Monteiro, pacificou o entendimento para reconhecer a Teoria Finalista como adotada pelo sistema brasileiro. Nesse sentido:

COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE.

²⁶⁰ BENJAMIN, Antônio Herman. O conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais*: São Paulo. v. 628, fev./1988, p. 77. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8866> >. Acesso em: 24 mai. 2024.

- A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.

Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca.²⁶¹

Na ocasião, o objeto da divergência era saber qual o juízo competente para julgamento – a vara cível ou a vara especializada de defesa do consumidor – de litígio travado entre um estabelecimento comercial e uma empresa fornecedora de cartões de crédito. Isso porque a financeira confundiu o nome da contratante (Central de Tintas Ltda.) com o de uma outra empresa (C.L.SOM), tendo depositado o crédito daquela na conta desta, deflagrando, por consequência, o ajuizamento da ação reparatória de danos. O voto vencedor, por maioria, foi no sentido de afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor da atividade negocial travada entre uma loja de tintas e a financeira do cartão de crédito, determinando-se a aplicação das regras do direito obrigacional, contidas no Código Civil.

Apesar da divergência acerca da aplicação do CDC, constou dos debates, de forma unânime, o reconhecimento da vulnerabilidade da chamada categoria de “consumidores-intermediários” que, mesmo sendo merecedores de proteção, não detinham uma lei específica e adequada para proteção de sua vulnerabilidade, considerando que nem o Código Civil tampouco o Comercial eram capazes de solucionar o problema.

Não obstante o entendimento firmado pela Segunda Seção do STJ, o tema não foi pacificado, pois em um curto intervalo de tempo novos julgamentos voltaram a suscitar a discussão acerca da ampliação do conceito de consumidor, agregando, excepcionalmente, os consumidores-intermediários às normas protecionistas do CDC, desde que comprovada a

²⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 541.867/BA, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, relator para acórdão Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 10/11/2004, DJ de 16/5/2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300668793&dt_publicacao=16/05/2005. Acesso em: 23 mai. 2024.

situação de vulnerabilidade no caso concreto. Destaca-se o julgamento do REsp 476.428-SC, de relatoria da Ministra Nancy Adrigli, da Terceira Turma como acórdão responsável por reabrir o debate²⁶². O caso concreto dizia respeito a um fornecimento de gás a um hotel, ou seja, duas empresas em relação de paridade presumida. O hotel ajuizou ação reparatória contra a empresa de gás com o objetivo de se ver ressarcido dos prejuízos decorrentes da impossibilidade de fruição das sobras de gás remanescentes no recipiente de gás GLP. As referidas sobras eram devolvidas à fornecedora de gás quando da entrega dos vasilhames para reposição, provocando um locupletamento por parte da empresa.

Por ocasião do julgamento, a relatora reconheceu a necessidade de mitigação da Teoria Finalista pura para situações em que fica demonstrada a vulnerabilidade no caso concreto. Nesse sentido, a ministra relatora identifica a relação de consumo “pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro”. Adiante, ela conceitua vulnerabilidade:

[...] 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 extrema necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores.²⁶³

²⁶² Em que pese o voto apontar um precedente do Ministro Jorge Scartezini (Resp 661.145), como se tivesse havido ali o reconhecimento do abrandamento da teoria finalista, por parte do STJ, a referida decisão do ministro apenas faz constar a existência da divergência, mantendo a tese até então firmada da teoria finalista pura. Em razão disso, aponta-se o REsp 476.428-SC como responsável por reabrir o debate naquela Corte a respeito da divergência entre o finalismo puro e o finalismo aprofundado (ou finalismo mitigado).

²⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2005. REsp n. 476.428/SC, Terceira Turma, julgado em 19/4/2005, DJ de 9/5/2005. Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de atos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto. - A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou

Percebe-se que as hipóteses exemplificadas no julgado corroboram o conceito de vulnerabilidade trazido nessa tese no qual se enxerga a posição de impotência de uma das partes, mesmo quando estiver dotada de poderio econômico. No entanto, a vulnerabilidade evidente estampada no caso concreto não transforma a natureza da relação paritária travada entre uma rede de hotéis e uma empresa fornecedora de GLP. Ressalte-se, por oportuno, que o objeto do contrato é produto utilizado como insumo do exercício da atividade da rede hoteleira. Para situações dessa natureza, a tutela jurídica deve ser extraída da incidência do princípio da tutela da vulnerabilidade e da regra de vedação ao enriquecimento sem causa, contida no art. 884 do Código Civil.

Em outro julgamento (REsp 684.613-SP), no qual se discutia a eventual abusividade de cláusula de eleição de foro de contrato de adesão, houve o afastamento da regra protetiva do CDC. Utilizou-se como fundamento o fato de a empresa ter sido “assessorada por profissionais qualificados” aliado ao grande porte financeiro do contrato (US\$ 859.820,00 - oitocentos e cinquenta e nove mil dólares americanos) para afastar a abusividade²⁶⁴. De fato, não se tratava de relação de consumo, pois o

jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.- Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. - São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. - Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200201456245&dt_publicacao=09/05/2005. Acesso em: 25 jun. 2024.

²⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 684.613/SP, relatora ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ de 1/7/2005. DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CONCEITO DE CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. EXCEPCIONALIDADE. NÃO CONSTATAÇÃO NA HIPÓTESE DOS AUTOS. FORO DE ELEIÇÃO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. REJEIÇÃO. - A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC. - Mesmo nas hipóteses de aplicação imediata do CDC, a jurisprudência do STJ entende que deve prevalecer o foro de eleição quando verificado o expressivo porte financeiro ou econômico da pessoa tida por consumidora ou do contrato celebrado entre as partes. - É lícita a cláusula de eleição de foro, seja pela ausência

contrato era de arrendamento mercantil. No entanto, a assessoria jurídica e o volume financeiro da contratação não são elementos valorativos da relação de consumo. Pensar que o conhecimento jurídico é suficiente para afastar a vulnerabilidade do contratante implica em afastar a tutela do CDC para todos os profissionais da área jurídica em qualquer relação de consumo, ante a presunção de conhecimento técnico no momento da contratação. Ademais, no presente caso, desvirtuou-se a concepção de vulnerabilidade do aderente, presente no contrato de adesão, uma vez que evidenciada a impossibilidade de discussão das cláusulas contratuais. A impotência relacional decorreria da natureza do contrato de adesão e não da alegação de uma suposta relação de consumo.

Em meio aos debates jurisprudenciais e doutrinários acerca da incidência do CDC para relações de insumo, a I Jornada de Direito Comercial, realizada em outubro de 2012, formada por juristas da doutrina empresarial e civil, firmou enunciado para afastar a aplicação do CDC nestas hipóteses: *Enunciado 20. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços.*

A doutrina consumerista, na tentativa de tutelar mais uma categoria de vulneráveis, a dos microempresários, refluíu do posicionamento inicial dado à Teoria Finalista pura e passou a suscitar uma interpretação teleológica do CDC, para reconhecer a ampliação da aplicação da tutela do código para pessoas jurídicas vulneráveis. Ao assim proceder, a doutrina abrandou o rigor da Teoria Finalista pura para resignificá-la, admitindo que o CDC fosse aplicado em relações interempresariais. Nesse sentido, a professora Cláudia Lima Marques:

As exceções, sempre nesta visão teleológica, devem ser estudadas pelo Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional que adquiriu, uma vez que a vulnerabilidade pode ser fática, econômica, jurídica e informacional, por exemplo, um

de vulnerabilidade, seja porque o contrato cumpre sua função social e não ofende à boa-fé objetiva das partes, nem tampouco dele resulte inviabilidade ou especial dificuldade de acesso à Justiça. Recurso especial não conhecido. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200401204603&dt_publicacao=01/07/2005. Acesso em: 25 jun. 2024.

produto fora de seu campo de especialidade (uma farmácia); interpretar o art. 2.º de acordo com o *fim da norma*, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC analogicamente também a estes profissionais. Note-se que neste caso se presume que a pessoa física seja sempre consumidora frente a um fornecedor e se permite que a pessoa jurídica vulnerável prove sua vulnerabilidade. [...] É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente. Caso contrário, quando não se constata a vulnerabilidade no caso concreto, inclusive por falta de provas, afasta-se a aplicação do CDC²⁶⁵.

Essa interpretação mais ampla do conceito de consumidor foi chamada de *Teoria Finalista Mitigada*, passando a ser encontrada de forma casuística nos julgamentos enfrentados pelo STJ. A partir do destaque dado pela doutrina de Bruno Miragem²⁶⁶, analisa-se os julgamentos prolatados pelo STJ ora defendendo a mitigação da Teoria Finalista e ora aplicando a Teoria Finalista Pura:

i) REsp n. 716.877/SP, de relatoria do Ministro Ari Pargendler: um caminhoneiro havia adquirido um único caminhão para prestar serviços de frete, tendo o produto apresentado vícios de fabricação que implicaram no seu mau funcionamento e em diversos prejuízos, decorrentes do descumprimento da garantia do produto, por parte da fabricante e da oficina autorizada. No julgamento, o Ministro reconheceu a incidência do

²⁶⁵ MARQUES, Claudia Lima; Benjamin, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 163 e 168.

²⁶⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, pp. 140-146-147.

CDC e fez constar que a expressão *destinatário final abrange também aquele que adquire produto com destinação de ordem econômica*²⁶⁷.

ii) REsp n. 807.159/SP, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros: uma empresa contratou empréstimo para fomento da sua atividade empresarial. No entanto, houve falha na prestação do serviço. No voto, ao reconhecer a relação de consumo, o relator afirmou que o conceito de *destinatário final*, contido no Código de Defesa do Consumidor, *alcança a empresa ou o profissional que adquire bens ou serviços e os utiliza em benefício próprio*²⁶⁸.

iii) REsp n. 1.010.834/GO de relatoria da Ministra Nancy Andrighi: uma costureira havia comprado máquina de bordar para exercício de atividade de confecção. O produto apresentou vícios de fabricação, tendo sido reconhecida a destinação final para fins de incidência do CDC. No julgamento, a Ministra destacou que *destinatário final é quem usa o bem em benefício próprio, independentemente de servir diretamente a uma atividade profissional*²⁶⁹.

²⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 716.877/SP, relator Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, DJ de 23/4/2007. CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. DESTINATÁRIO FINAL. A expressão destinatário final, de que trata o art. 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor abrange quem adquire mercadorias para fins não econômicos, e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade; espécie em que caminhoneiro reclama a proteção do Código de Defesa do Consumidor porque o veículo adquirido, utilizado para prestar serviços que lhe possibilitariam sua manutenção e a da família, apresentou defeitos de fabricação. Recurso especial não conhecido. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500048523&dt_publicacao=23/04/2007. Acesso em: 25 jun. 2024.

²⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag n. 807.159/SP, relator ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 9/10/2007, DJ de 25/10/2007 PROCESSUAL CIVIL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Incide a Súmula 297. O conceito de "destinatário final", do Código de Defesa do Consumidor, alcança a empresa ou o profissional que adquire bens ou serviços e os utiliza em benefício próprio. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200601846820&dt_publicacao=25/10/2007. Acesso em: 25 jun. 2024.

²⁶⁹ REsp n. 1.010.834/GO, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3/8/2010, DJe de 13/10/2010. PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MÁQUINA DE BORDAR. FABRICANTE. ADQUIRENTE. VULNERABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. NULIDADE DE CLÁUSULA ELETIVA DE FORO. 1. A Segunda Seção do STJ, ao julgar o REsp 541.867/BA, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro, DJ de 16/05/2005, optou pela concepção subjetiva ou finalista de consumidor. 2. Todavia, deve-se abrandar a teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais,

iv) REsp n. 1.321.083/PR, de relatoria Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: uma empresa do ramo imobiliário adquiriu aeronave para oferecer um maior dinamismo na locomoção de seus diretores. Em seu voto, o relator adotou o conceito de consumidor da teoria finalista mitigada, considerando que a pessoa jurídica “pode ser consumidora quando adquirir o produto ou serviço como destinatária final, utilizando-o para atender a uma necessidade sua, não de seus clientes”. O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva apresentou voto-vista destacando que “[...] não basta ao consumidor ser adquirente ou usuário, mas deve haver o rompimento da cadeia econômica com o uso pessoal, a impedir, portanto, a reutilização dele no processo produtivo, seja na revenda, no uso profissional, na transformação por meio de beneficiamento ou montagem, ou em outra forma indireta. A relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário)”. Na hipótese, foi reconhecida a relação de consumo, pois produto (aeronave) foi adquirido por parte da empresa imobiliária para facilitar o deslocamento dos sócios e funcionários, não se reinserindo na cadeia de consumo²⁷⁰.

Note-se, por oportuno, que em nenhuma das hipóteses elencadas acima houve a incidência do artigo 29 do CDC, tendo os julgadores se limitado ao reconhecimento isolado da vulnerabilidade da pessoa jurídica

desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. 3. Nos presentes autos, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica. 4. Nesta hipótese, está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a nulidade da cláusula eletiva de foro. 5. Negado provimento ao recurso especial. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702835038&dt_publicacao=13/10/2010. Acesso em: 26 jun. 2024.

²⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1.321.083/PR, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 9/9/2014, DJe de 25/9/2014. AGRADO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. COMPRA DE AERONAVE POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE IMÓVEIS. AQUISIÇÃO COMO DESTINATÁRIA FINAL. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. 1. Controvérsia acerca da existência de relação de consumo na aquisição de aeronave por empresa administradora de imóveis. 2. Produto adquirido para atender a uma necessidade própria da pessoa jurídica, não se incorporando ao serviço prestado aos clientes. 3. Existência de relação de consumo, à luz da teoria finalista mitigada. Precedentes. 4. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200876229&dt_publicacao=25/09/2014. Acesso em: 26 jun. 2024.

para justificar a incidência do CDC, em desconformidade com a interpretação sistemática e teleológica trazida pelo próprio CDC. Em outros casos, a mesma casuística do STJ afastou a incidência do CDC, ao exigir a “destinação final” como requisito para a proteção:

i) REsp n. 873.608/PR, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti: Cervejaria tomou empréstimo com Banco, por meio de cédula de crédito industrial, para expansão da produção da empresa. Instaurado o litígio, a Cervejaria pleiteou o afastamento da cláusula contratual de eleição de foro, sob o argumento de abusividade decorrente de disposição expressa contida no CDC (art. 51, inciso I). A Ministra destacou, em seu voto, a ocorrência de atividade intermediária, afastando a destinação final da tomadora do mútuo nos seguintes termos: “Quando o empréstimo é tomado por empresa a fim de empregá-lo no financiamento de sua atividade econômica não se configura, a juízo dos precedentes majoritários, relação de consumo e, portanto, não incidem as normas protetivas do CDC”²⁷¹.

ii) REsp n. 1.321.614/SP, de relatoria inicial do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (relator para acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva): Médico adquirente de máquina de ultrassom, para exercício de atividade profissional, com valor indexado em moeda estrangeira. Com a desvalorização do real em relação ao dólar, o médico requereu a incidência do CDC para modificar cláusula contratual e estabelecer a aplicação da moeda nacional. O Ministro Paulo Sanseverino esclareceu, em seu voto, o conceito de consumidor, para afastar a incidência do CDC: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário

²⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 873.608/PR, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 3/12/2013, DJe de 11/4/2014. CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. PESSOA JURÍDICA. APLICAÇÃO DOS RECURSOS NO INCREMENTO DA ATIVIDADE PRODUTIVA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do STJ não reconhece à empresa que utiliza os recursos oriundos de contrato bancário para o incremento da atividade produtiva a condição de consumidora final. Precedentes. 2. Segundo o art. 41, §8º, do Decreto-lei 413/1969, o foro competente para a cobrança “será o da praça do pagamento da cédula de crédito industrial.” 3. Hipótese em que a cláusula de eleição de foro se limita a repetir regra da legislação de regência do título de crédito. 4. Improcedente a exceção de incompetência para deslocamento da execução da cédula de crédito industrial para o foro do domicílio da pessoa jurídica executada. 5. Recurso especial conhecido e provido. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200601698261&dt_publicacao=11/04/2014. Acesso em: 26 jun. 2024.

final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, é aquele que encerra a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo. Logo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário). Inaplicabilidade das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor”. O voto do Ministro Ricardo Villas Boas Cueva corroborou o conceito de consumidor defendido pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, divergindo apenas para afastar a aplicação da teoria da base objetiva do negócio, e, nesta parte, foi vencedor²⁷².

iii) REsp n. 1.785.802/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Boas Cueva: ação de resolução e de reparação proposta por promissário comprador de unidade imobiliária cujo destino era de exploração comercial em empreendimento hoteleiro. Por ocasião do julgamento do apelo, criou-se a categoria do “consumidor investidor” para definir aquele investidor ocasional, que adquire imóvel a ser oferecido em *pool*, administrado por empresa de hotelaria. Um dos pedidos da ação tomava por base o

²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.321.614/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator para acórdão Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, julgado em 16/12/2014, DJe de 3/3/2015. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. DÓLAR AMERICANO. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL. AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO PARA ATIVIDADE PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIAS DA IMPREVISÃO. TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. TEORIA DA BASE OBJETIVA. INAPLICABILIDADE.

1. Ação proposta com a finalidade de, após a maxidesvalorização do real em face do dólar americano, ocorrida a partir de janeiro de 1999, modificar cláusula de contrato de compra e venda, com reserva de domínio, de equipamento médico (ultrassom), utilizado pelo autor no exercício da sua atividade profissional de médico, para que, afastada a indexação prevista, fosse observada a moeda nacional.
2. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza, como destinatário final, produto ou serviço oriundo de um fornecedor. Por sua vez, destinatário final, segundo a teoria subjetiva ou finalista, adotada pela Segunda Seção desta Corte Superior, é aquele que última a atividade econômica, ou seja, que retira de circulação do mercado o bem ou o serviço para consumi-lo, suprindo uma necessidade ou satisfação própria, não havendo, portanto, a reutilização ou o reingresso dele no processo produtivo. Logo, a relação de consumo (consumidor final) não pode ser confundida com relação de insumo (consumidor intermediário). Inaplicabilidade das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. [...] 7. Recurso especial não provido. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200888764&dt_publicacao=03/03/2015. Acesso em: 25 jun. 2024.

reconhecimento da relação de consumo e da responsabilidade solidária entre a rede de hotéis *Blue Tree* e as demais contratantes (incorporadora, promitente vendedora e a empresa corretora) para, assim, obter a reparação pelo atraso da obra. O STJ, apesar de reconhecer a possibilidade de aplicação da tese da *Teoria Finalista Mitigada*, afastou a solidariedade concedida pelo Tribunal de Justiça paulistano. No julgamento, a Corte levou em consideração que a promissária compradora tinha ciência de que as unidades habitacionais não eram para uso próprio, além de não ter a rede hoteleira participado da cadeia de fornecimento relativa à incorporação imobiliária²⁷³.

²⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.785.802/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 19/2/2019, DJe de 6/3/2019. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE DE APART-HOTEL. PARALISAÇÃO DAS OBRAS. AÇÃO RESOLUTÓRIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. CONSUMIDOR FINAL. AFASTAMENTO. INVESTIDOR. TEORIA FINALISTA MITIGADA. VULNERABILIDADE. AFERIÇÃO. NECESSIDADE. FUTURA ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS HOTELEIROS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. CADEIA DE FORNECIMENTO. DESCARACTERIZAÇÃO. OFERTA E PUBLICIDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INEXISTÊNCIA. INFORMAÇÃO CLARA. ATUAÇÃO ESPECIFICADA. ADQUIRENTE. CIÊNCIA EFETIVA. POOL DE LOCAÇÃO. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. CONTRATAÇÃO. [...] 3. O adquirente de unidade imobiliária, mesmo não sendo o destinatário final do bem e apenas possuindo o intuito de investir ou auferir lucro, poderá encontrar abrigo da legislação consumerista com base na teoria finalista mitigada se tiver agido de boa-fé e não detiver conhecimentos de mercado imobiliário nem expertise em incorporação, construção e venda de imóveis, sendo evidente a sua vulnerabilidade. Em outras palavras, 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. 4. O apart-hotel (flat services ou flats) é um prédio de apartamentos com serviços de hotelaria. No caso, é incontroverso que o empreendimento se destina a aluguéis temporários. Como não é permitido aos condomínios praticarem atividade comercial, e para haver a exploração da locação hoteleira, os proprietários das unidades devem se juntar em uma nova entidade, constituída comumente na forma de sociedade em conta de participação, apta a ratear as receitas e as despesas das operações, formando um pool hoteleiro, sob a coordenação de uma empresa de administração hoteleira. 5. Na hipótese, é inegável que a promissária compradora era investidora, pois tinha ciência de que as unidades habitacionais não seriam destinadas ao próprio uso, já que as entregou ao pool hoteleiro ao anuir ao Termo de Adesão e ao contratar a constituição da sociedade em conta de participação para exploração apart-hoteleira, em que integraria os sócios participantes (sócios ocultos), sendo a Blue Tree Hotels a sócia ostensiva. Pela teoria finalista mitigada, a Corte local deveria ao menos aferir a sua vulnerabilidade para fins de aplicação do CDC. 6. Na espécie, não há falar em deficiência de informação ou em publicidade enganosa, porquanto sempre foi divulgada claramente a posição da BTH no empreendimento, tendo se obrigado, nos termos da oferta ao público e dos contratos pactuados, de que seria tão somente a futura administradora dos serviços hoteleiros após a conclusão do edifício, sem ingerência na comercialização das unidades ou na sua construção. Reconhecimento da ilegitimidade passiva ad causam. 7. Deve ser

iv) REsp n. 113.642/PR, relator Ministro Massami Uyeda: Produtores rurais adquirentes de insumo para atividade agrícola ajuizaram ação revisional de contrato de compra e venda de produtos agrícolas contra o fornecedor dos insumos. A sentença reconheceu a incidência do CDC na relação entabulada entre produtores rurais e fornecedores de insumos, utilizando-se do critério de destinação final para tanto. O STJ reformou o acórdão fazendo constar que: “não se configura relação de consumo nas hipóteses em que o produto ou o serviço são alocados na prática de outra atividade produtiva”²⁷⁴.

Da análise dos julgados acima, observa-se uma instabilidade na utilização da compreensão da vulnerabilidade para justificar a utilização do CDC. Há, na realidade, uma elasticidade inadequada na interpretação do conceito de consumidor, cuja previsão trazida no CDC é clara e objetiva e não demanda maiores divagações. A consequência disso é o aumento da insegurança jurídica e a desvalorização da credibilidade jurídico-econômica

afastada qualquer responsabilização solidária da recorrente pelo não adimplemento do contrato de promessa de compra e venda das unidades do apart-hotel, seja por não integrar a cadeia de fornecimento relativa à incorporação imobiliária, seja por não compor o mesmo grupo econômico das empresas inadimplentes, seja por também ter sido prejudicada, visto que sua pretensão de explorar o ramo hoteleiro na localidade foi tão frustrada quanto a pretensão da autora de ganhar rentabilidade com a aquisição e a locação das unidades imobiliárias. 8. Recurso especial provido. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800712568&dt_publicacao=06/03/2019. Acesso em: 25 jun. 2024.

²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.132.642/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Massami Uyeda, julgado 18/11/2010. DIREITO CIVIL - PRODUTOR RURAL - COMPRA E VENDA DE SEMENTES DE MILHO PARA O PLANTIO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - NÃO-APLICAÇÃO - PRECEDENTES - REEXAME DE MATÉRIA-FÁTICO PROBATÓRIA - ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - Os autos dão conta tratar-se de compra e venda de sementes de milho por produtor rural, destinadas ao plantio em sua propriedade para posterior colheita e comercialização, as quais não foram adquiridas para o próprio consumo. II - O entendimento da egrégia Segunda Seção é no sentido de que não se configura relação de consumo nas hipóteses em que o produto ou o serviço são alocados na prática de outra atividade produtiva. Precedentes. III - O v. acórdão recorrido entendeu que os recorrentes não conseguiram comprovar o fato constitutivo de seu direito, por meio de provas aceitáveis em juízo e que possibilitassem o contraditório. O cerne da questão, como se vê, diz respeito ao exame de matéria fático-probatória, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. IV - Ademais, mesmo nas hipóteses em que o Código de Defesas do Consumidor é aplicável, o contraditório deve ser observado, possibilitando-se ao réu a oportunidade de provar fatos que afastem a sua condenação. V - Recurso especial improvido. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900626081&dt_publicacao=18/11/2010. Acesso em: 25 jun. 2024.

do País. No mesmo sentido, o professor Marcelo Calixto, ao enfrentar a temática, pondera:

De fato, embora chamado de *finalismo aprofundado*, o que se busca é *mitigar* a exigência legal da destinação final, *delegando ao julgador a palavra final* acerca da incidência do CDC. Tal estado de coisas, portanto, termina por reduzir a segurança jurídica, tornando muito mais *difícil* a afirmação, *a priori*, de quais relações jurídicas podem ser consideradas de consumo e quais estão fora do escopo da lei especial. Talvez como forma de remediar essa insegurança jurídica é que, a partir do último precedente citado, o STJ passou a dar maior destaque ao desequilíbrio econômico das partes contratantes para que, com fundamento nessa *discrepância de porte econômico*, incida o CDC em favor do *vulnerável*²⁷⁵.

O legislador não disse – nem quis dizer – que todos os vulneráveis econômicos são consumidores, mas que todos os “adquirentes de produto ou serviço na qualidade de destinatário final” são consumidores e, por serem consumidores, são presumidamente vulneráveis. Aliás, das vezes em que o CDC pretendeu expandir a tutela para se fazer incidir o fez expressamente, por equiparação, nos já referidos artigos 2º, parágrafo único, 17 e 29. Em nenhum destes dispositivos a categoria do “consumidor-intermediário” foi contemplada pelo CDC, pois buscou-se evitar a subversão da distribuição dos riscos empresariais por meio da utilização das regras do CDC. É notória a clareza da definição da Teoria Finalista bem como da opção do legislador para aplicar o CDC somente nas relações de consumo padrão e nas hipóteses restritas de equiparação legal, ficando afastada as relações de insumo de sua incidência.

²⁷⁵ CALIXTO, Marcelo. Novos contornos da vulnerabilidade no direito do Consumidor. In BARLETA, Fabiana; ALMEIDA, Vitor (coords.). **Vulnerabilidades e suas dimensões jurídicas**. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, p. 245.

A solução para situações em que fica evidenciada a vulnerabilidade do denominado “consumidor-intermediário” não está em forçar a aplicação do CDC para além dos seus limites legais, mas sim na incidência autônoma do princípio da tutela da vulnerabilidade jurídica. Afinal, a proteção normativa não está no enquadramento formal do sujeito como consumidor, mas na presença da vulnerabilidade no caso concreto.

Outro ponto de relevância é a incidência do CDC em relações cujo regramento foi estabelecido pelo Código Civil e pelo Código Comercial. A utilização do CDC para algumas relações interempresariais em detrimento de outras provoca um tratamento legislativo e judicial em que há mácula ao princípio da igualdade ao se conceder tratamento diverso entre categorias da mesma espécie, quais sejam, as empresas.

Com essas críticas não se pretende afastar o reconhecimento da vulnerabilidade tampouco da sua tutela, mas apontar que o *modus operandi* utilizado pela jurisprudência para a obtenção da proteção não foi o adequado. Interpretações elásticas como a tese do “consumidor-intermediário” esvaziam a confiança depositada pelo intérprete na segurança do julgamento, findam por provocar a fragmentação do sistema jurídico e fomentar um movimento reacionário e questionador acerca dos “excessos de proteção” concedidos pelo Poder Judiciário à categoria de consumidores, desmoralizando o direito do consumidor.

O professor Anderson Schreiber ressalta a imprescindibilidade da aplicação do método interpretativo, com o objetivo de evitar incoerências do sistema e um ambiente de insegurança jurídica. Afinal, não é isso que é defendido pela doutrina do direito civil constitucional. Confira-se:

Nesse cenário, compete ao civilista evitar que essas normas de enunciado aberto sejam convertidas em argumentos de ocasião, para justificar de modo puramente retórico as convicções pessoais das partes ou do julgador. O resultado disso seriam decisões incoerentes e um clima generalizado de insegurança e descrédito em relação ao sistema jurídico. Daí a importância do método, para além da metodologia. A

aplicação direta de normas de elevado grau de abstração exige um exercício de identificação de parâmetros a serem empregados na especificação concreta do seu conteúdo.²⁷⁶

Nesse contexto, a desconexão existente entre a teoria e a prática é prejudicial ao desenvolvimento do direito privado como um todo, demonstrando-se primordial a colaboração mútua de ambas as esferas com finalidade última de se obter sucesso na promoção de uma decisão equânime. Afinal, a prática sem embasamento se torna ilegítima e a teoria alienada da realidade se demonstra ineficaz²⁷⁷.

É inegável que existe um desequilíbrio contratual e uma categoria de vulnerável desprotegida pela lei, mas não pelo sistema. A ausência de previsão legal para reger a espécie de vulnerabilidade interempresarial não autoriza a jurisprudência a subverter conceitos, elasticendo o grau de incidência do CDC para situações em que ele não se aplica. Nesse sentido, o professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho enaltece a necessidade de manutenção de uma interpretação associada à aplicação da lei:

Na esteira do raciocínio, calha destacar que ao magistrado não aproveita valer-se aprioristicamente de suas concepções pessoais — ideológica, religiosa, cultural — para, ao depois, escolher o dispositivo jurídico isolado que lhe ofereça subsídios à solução previamente engendrada. Ao revés, a incindibilidade entre interpretação e aplicação, a hermenêutica em função aplicativa e a unidade do sistema impõem a axiologia constitucional como razão e limite às subjetividades decisórias²⁷⁸.

A proteção para os vulneráveis interempresariais é necessária e pode ser extraída da incidência do princípio da tutela da vulnerabilidade jurídica aqui defendido, tornando-se desnecessária a utilização do CDC para esta finalidade. Afinal, não é o fato de ser consumidor que se justifica a tutela, mas a presença da

²⁷⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, pp. 22-23.

²⁷⁷ ARNT RAMOS, André Luiz. **Segurança jurídica e indeterminação normativa deliberada: elementos para uma Teoria do Direito (Civil) Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2021. p. 21.

²⁷⁸ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. **Revista Brasileira de Direito Civil: Belo Horizonte**, v. 9, jul/set 2016, p. 14.

vulnerabilidade no caso concreto. Tanto é assim que Bruno Miragem aponta a fragilidade e o risco da adoção da nomenclatura “consumidor intermediário”: “[...] não é o fato de ser consumidor fisicamente ou não de um determinado produto ou serviço que autoriza a equiparação, mas sim a presença *in concreto* da vulnerabilidade em uma determinada relação jurídica”²⁷⁹.

A integração do sistema constitucional e do legislativo vigentes é crucial para que a tutela da vulnerabilidade seja tratada de maneira sistêmica e uniforme, com respeito à coerência e à segurança jurídica, garantindo, assim, a proteção adequada a todas as categorias de vulneráveis dentro de uma estrutura axiológica constitucional. Tudo isso, pode ser mais bem integrado com o reconhecimento de um princípio constitucional da tutela da vulnerabilidade jurídica.

As categorias de vulneráveis são inúmeras, razão pela qual – na atualidade – não há uma categoria de sujeitos de direito despidos de qualquer vulnerabilidade que não possa se evidenciar e ser invocada em algum momento da vida de relação. Logo, é evidente a amplitude de incidência da tutela da vulnerabilidade, dentro da qual o consumidor é apenas uma dessas categorias. Diante das considerações aqui trazidas, observa-se que todo consumidor é vulnerável, mas nem todo vulnerável é consumidor, para fins de incidência das regras do CDC.

Sendo assim, as pessoas jurídicas que, em determinadas circunstâncias, se encontram em estado de impotência, equivocadamente chamadas de “consumidores-intermediários”, não se enquadram na lógica das presunções do microsistema consumerista, mas podem sim ser objeto de tutela jurídica com base no princípio da tutela da vulnerabilidade. A nomenclatura mais adequada para esta hipótese, entretanto, é a espécie “vulnerabilidade interempresarial”, por não se tratar de uma relação de consumo, tampouco de uma subcategoria de vulnerabilidade hábil a justificar a titulação de “intermediária”.

Note-se que nesses casos de vulnerabilidade circunstancial a tutela a ser reconhecida depende de comprovação no caso concreto, por não decorrer de presunção normativa. Isso afasta a elasticidade do conceito legal de consumidor e reforça a autonomia teórica e normativa do princípio da tutela da vulnerabilidade jurídica.

²⁷⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 147.

5 TUTELA DA VULNERABILIDADE COMO PRINCÍPIO AUTÔNOMO: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E AFIRMAÇÃO NORMATIVA

Sumário: 5. Tutela da Vulnerabilidade como princípio autônomo: fundamentos constitucionais e afirmação normativa. 5.1. A natureza principiológica da tutela da vulnerabilidade. 5.2. A afirmação autônoma da tutela da vulnerabilidade: para além da igualdade material. 5.3 Uma solução principiológica para o conflito entre vulneráveis.

5.1 A NATUREZA PRINCIPIOLÓGICA DA TUTELA DA VULNERABILIDADE

Para demonstrar que a tutela da vulnerabilidade detém essa natureza jurídica principiológica, extraída do texto constitucional, é necessário, a par dos inúmeros debates provenientes da Teoria do Direito, estabelecer algumas premissas epistemológicas. A primeira delas é apontar qual o conceito de princípio jurídico.

Não se desconhece a proveitosa discussão acerca do conceito de princípio, promovido pelas diversas correntes de pensamento, que refletem diferentes abordagens. Nesse contexto, Dworkin, em contraposição ao positivismo de Hart, compreende os princípios como normas distintas de regras. Dworkin traz a ideia de *policy* para referir-se a normas programáticas cujo objetivo é alcançado por meio de políticas públicas. Diferentemente, os princípios representam um *standard* normativo, isto é, “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”²⁸⁰, atuando por meio de uma dimensão de peso (ou de importância) no caso concreto. Nesse contexto, a erradicação do racismo é uma política (*policy*) a ser alcançada por meio da incidência dos *standards normativos* (princípios) da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e da tutela da vulnerabilidade.

²⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. [trad. Nelson Boeira]. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p. 36

No presente trabalho, no entanto, adota-se a doutrina de Robert Alexy que conceitua os princípios jurídicos como *mandamentos de otimização*²⁸¹. Na linha do pensamento de Robert Alexy, os princípios e as regras²⁸² se distinguem pelo seu conteúdo semântico, que reflete seus propósitos e natureza, e pelo modo de aplicação, responsável por determinar a forma como devem ser empregados a partir do caso concreto. A respeito do conteúdo semântico, Alexy ensina que os princípios são normas que expressam valores fundamentais e fins a serem alcançados, com a abrangência mais ampla possível, levando em consideração as perspectivas jurídicas e fáticas. Isso porque eles são mandatos de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo do contexto específico. De modo diverso, as regras estabelecem comandos hipotéticos fechados, determinando uma conduta a ser seguida de forma direta e sem margem de flexibilidade. Quanto ao modo de aplicação, a fluidez dos princípios indicada por Alexy demonstra que não existe necessariamente uma resposta única para a solução do caso concreto, razão pela qual os princípios são moldados para atender as circunstâncias específicas de cada caso. Já as regras seguem uma lógica binária de cumprimento ou descumprimento. Quando as condições de uma regra são satisfeitas, esta deve ser aplicada de forma integral²⁸³.

Essa concepção fez do princípio o meio acertado para acompanhar a transformação social e jurídica da sociedade, em razão de sua fluidez. No mesmo sentido, Carlos Edison Monteiro Filho: “De fato, são os princípios

²⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. [trad. Virgílio Afonso da Silva]. 2ª ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 90.

²⁸² Diante do corte metodológico aqui proposto, não se pretende solucionar a discussão proveniente da Teoria do Direito acerca do debate secular em torno das diferenças entre regras e princípios. Não se desconhece a proveitosa discussão a esse respeito, razão pela qual foram consultadas diversas obras, optando-se, porém, por restringir o leque argumentativo para não ultrapassar os limites propostos no presente trabalho. Nesse sentido: Alexy, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. [trad. Virgílio Afonso da Silva]. 2ª ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. [trad. Nelson Boeira]. Martins Fontes: São Paulo, 2002.

²⁸³ ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. (trad. Manuel Atienza) Anais da IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas. São Sebastião: setembro, 1988, p.143.

que desempenham a função de atribuir positividade a valores aceitos no seio social, determinando que o intérprete, no mister da aplicação/interpretação do direito, realize a axiologia internalizada pelo ordenamento”²⁸⁴.

Diante do corte metodológico aqui proposto, não se pretende solucionar a discussão proveniente da Teoria do Direito acerca do debate secular em torno das diferenças entre regras e princípios. Diversas obras foram consultadas²⁸⁵, optando-se, porém, por restringir o leque argumentativo para a doutrina de Robert Alexy.

A distinção primordial entre regras e princípios se dá, portanto, em virtude da concretude daquelas em relação à abstração destes, o que permite uma interpretação mais aberta à solução do caso concreto por parte deles. Na mesma linha de pensar acerca da indeterminação do princípio jurídico, o Professor Paulo Lôbo aponta a contribuição essencial deste instituto na busca de soluções dinâmicas em virtude das constantes mudanças dos valores sociais:

[...] indica suporte fático hipotético necessariamente indeterminado e aberto, dependendo a incidência dele da mediação concretizadora do intérprete, por sua vez orientado pela regra instrumental da equidade, entendida segundo <sic> a formulação grega clássica, sempre atual, de justiça do caso concreto²⁸⁶.

Voltando-se para a análise da tutela da vulnerabilidade, vê-se que esta não se coaduna com a percepção de regra jurídica, diante do seu alto grau de abstração e de indeterminação, sendo-lhe inerente a capacidade de adequação de sua concepção a partir do desenvolvimento da coletividade acerca dessa temática. Além disso, diante da sua essência indeterminada e

²⁸⁴ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: Carlos Edison do Rêgo. Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/limites-ao-principio-da-reparacao-integral/>. Acesso em: 10 out. 2024.

²⁸⁵ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013. BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. [trad. Nelson Boeira]. Martins Fontes: São Paulo, 2002.

²⁸⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 75.

aberta, a tutela da vulnerabilidade não se traduz em uma única regra de comportamento ou mesmo estabelece parâmetros para a incidência binária. Na realidade, a tutela da vulnerabilidade, ladeada da dignidade humana e da igualdade material, apresenta-se como um pilar de sustentação do Estado Social, estabelecido pela Constituição Federal de 1988. A natureza principiológica que lhe é inerente admite a sua ponderação, seja quando macular outros valores constitucionais que se demonstrarem preponderantes, ou, ainda, diante de eventual conflito entre vulneráveis, como se verá no item 5.3. Afinal, nenhum direito é absoluto.

A segunda premissa epistemológica diz respeito ao reconhecimento do princípio como norma jurídica. No presente trabalho, não se adota a tradicional compreensão de princípio como regra de colmatação, utilizada pelo Código Civil Brasileiro de 1916²⁸⁷, segundo o qual os denominados princípios gerais do direito²⁸⁸ eram simples instrumentos de autointegração do direito. Sob essa perspectiva, os princípios serviam de ferramenta de preenchimento de lacunas no ordenamento jurídico vigente, ficando localizados após a analogia e os costumes na ordem de preferência integrativa. No entanto, essa posição de fonte secundária de integração hermenêutica do princípio jurídico já foi ultrapassada. Enxerga-se, hoje, o protagonismo do princípio jurídico que passou a exercer um papel fundamental nas democracias constitucionais a partir do Estado Democrático. Nesse sentido, Anderson Schreiber:

Os princípios constitucionais não se confundem com os "princípios gerais de direito", extraídos por indução de um conjunto de dispositivos específicos do Código Civil. Os princípios constitucionais são normas situadas no vértice do ordenamento jurídico e não podem, por isso mesmo, assumir papel subsidiário ou marginal, especialmente em um campo tão vasto e relevante como o direito civil²⁸⁹.

²⁸⁷ CCB/1916. Art. 7. Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito.

²⁸⁸ LINDB Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

²⁸⁹ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, p. 13.

Essa visão de destaque dada ao princípio jurídico advém do movimento neoconstitucionalista, assumido pelas democracias constitucionais, que reconhece o necessário protagonismo a ser dado à Constituição e, por consequência, aos princípios jurídicos. Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema jurídico, os princípios superaram o entendimento de que sua função seria meramente axiológica e sem qualquer eficácia jurídica para assumir seu protagonismo, conferido pelas democracias constitucionais a partir do movimento neoconstitucionalista.

Há uma diversidade de doutrinas oriundas do movimento neoconstitucionalista, no entanto, foge ao objetivo deste trabalho, tecer todo o pensamento neoconstitucionalista proposto a partir das democracias constitucionais, razão pela qual, comunga-se da doutrina de Lucas Buril no sentido de que, apesar da variação de conteúdo das teorias neoconstitucionalista, todas, voltam o seu olhar para o protagonismo constitucional²⁹⁰. Assim, os princípios não apenas orientam valores, mas possuem normatividade, ganhando a capacidade de influenciar diretamente na interpretação e na aplicação do direito, com eficácia imediata nos casos concretos.

A partir do caráter normativo dos princípios, Luís Roberto Barroso aponta três modalidades de eficácia destes: i) a *eficácia direta* (ou positiva) ocorre quando “o princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra”, a exemplo da princípio da isonomia realizado para a obtenção de equiparação salarial; ii) a *eficácia interpretativa* utiliza os princípios como vetores interpretativos, isto é, eles servem de norte para auxiliar o intérprete a optar por aquela que melhor realize o efeito almejado pelo princípio. Para haver o reconhecimento da união homoafetiva, por exemplo, utilizou-se como vetor o princípio da igualdade e a iii) a *eficácia negativa* que paralisa a aplicação de qualquer regramento contrário ao princípio em questão²⁹¹.

A terceira premissa epistemológica de reconhecimento da natureza jurídica principiológica da tutela da vulnerabilidade é a classificação dos princípios jurídicos em explícitos ou implícitos. Os primeiros, como o próprio

²⁹⁰ MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 5ª ed. Editora Jus podivum: Salvador, 2024. pp. 145-147.

²⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 306.

nome já indica, estão positivados expressamente no ordenamento jurídico. Os segundos, por sua vez, são extraídos do ordenamento jurídico por meio da interpretação. Nesse sentido, Paulo Lôbo:

Os princípios jurídicos, incluindo os de natureza constitucional, são expressos ou implícitos. Estes últimos podem derivar da interpretação do sistema constitucional adotado ou podem brotar da interpretação harmonizadora de normas constitucionais específicas (por exemplo, o princípio da afetividade nas relações de família). Da ordem infraconstitucional, tem-se como exemplo de princípio implícito o da vedação do enriquecimento sem causa, que só ingressou positivamente no direito brasileiro com o Código Civil de 2002, mas que antes teve amplo reconhecimento e aplicação direta pelos doutrinadores e juízes. E também o da boa-fé, porque o legislador de 1916 praticamente ignorou, mas ele se impôs na doutrina e na jurisprudência, inclusive e sobretudo o da boa-fé objetiva.²⁹²

Ao distinguir interpretação de aplicação, Luís Roberto Barroso esclarece que a atividade interpretativa se destina tanto a apontar o sentido e o alcance do texto normativo quanto a revelar normas jurídicas – inclusive princípios implícitos – com a finalidade de solucionar problemas. Essa atividade de natureza intelectual é embasada em método, técnica e parâmetros capazes de conferir legitimidade, racionalidade e controlabilidade. O autor explica, ainda, que a dogmática contemporânea utiliza a expressão “enunciado normativo” para indicar o texto em abstrato enquanto a “norma jurídica” é o resultado da interação deste texto com a realidade, ou seja, é o fruto da interpretação. Já a norma jurídica difere da “norma de decisão” porque esta última é proveniente do julgamento da questão, por parte do Poder Judiciário, enquanto àquela nasce da atividade interpretativa²⁹³. O autor destaca, também, a relevância do papel do intérprete e a influência deste na criação do Direito:

²⁹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil em Princípios*. (2025). P.7. [no prelo]

²⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 264.

O papel do intérprete não se reduz, invariavelmente, a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Em várias situações, o intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Como consequência inevitável sua pré-compreensão do mundo – seu ponto de observação, sua ideologia e seu inconsciente – irá influenciar o modo como apreende a realidade e os valores sociais que irão embasar suas decisões. Registre-se que juízes e tribunais são os intérpretes finais da Constituição e das leis, mas não são os únicos. Boa parte da interpretação e aplicação do Direito é feita fora de situações contenciosas, por cidadãos ou por órgãos estatais²⁹⁴.

Diante disso, embora não crie princípios, por ser esta uma atividade do legislador, é o intérprete em sentido lato quem revela um princípio implícito, no sentido de desvelar o que estava encoberto no sistema jurídico. Este intérprete pode ser o doutrinador, o pesquisador, o advogado ou aquele que julga demandas, faça ele parte do Poder Judiciário, dos órgãos administrativos ou do Ministério Público.

Note-se, portanto, que não raras vezes a doutrina, por meio da interpretação, e a jurisprudência, por meio da aplicação, reconheceram princípios implícitos, extraídos do sistema jurídico, seja do texto constitucional, seja do texto legislativo. Com o tempo, alguns deles passaram a integrar o ordenamento jurídico de forma explícita, por atuação do Poder Legislativo.

O princípio implícito da equivalência material, por exemplo, foi extraído do sistema jurídico pela doutrina²⁹⁵ e acolhido pelo Poder

²⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 306.

²⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. [no prelo] Direito Civil em Princípios. p. 57. Schreiber, Anderson. O princípio do equilíbrio das prestações e o Instituto da Lesão. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Org.). **10 anos do Código civil desafios e perspectivas**. São Paulo: Atlas, 2012. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; PEYNEAU RITO,

Judiciário. Nesse sentido, Paulo Lôbo aponta os artigos 3º, I, e 170 da CF/1988, o art. 6º, V, do CDC e os artigos 113, parágrafo único, 423 e 424 do CC/2002 como responsáveis pela normatividade do princípio implícito da equivalência material. Segundo o autor, o princípio se manifesta quando existe uma desproporção manifesta entre os direitos e deveres das partes contratuais, dentre as quais uma terá poder negocial dominante e a outra será vulnerável a este poder. A partir do preceito da equivalência material, as consequências jurídicas da mácula ao princípio são a invalidade do contrato ou a conformação deste aos termos do princípio, quando for possível preservá-lo²⁹⁶.

Outro exemplo importante de princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro é o princípio da função social da empresa, extraído da aplicação do art. 170 da Constituição Federal. Quando a empresa deixa de ser uma mera ferramenta de lucro e é compreendida como um ente social e econômico, com impactos na geração de emprego e renda, no meio ambiente e no consumo, por exemplo, ela sai do campo de neutralidade e realiza o princípio da função social da empresa na ordem econômica brasileira²⁹⁷.

A atividade de revelar e aplicar princípios jurídicos, contudo, não é destituída de critérios racionais e objetivos, devendo ser evitados argumentos de ocasião e o voluntarismo judicial que busca validar qualquer valoração imposta pelo Judiciário. Isso porque, como adverte Lênio Streck: *Os princípios não são ornamentos e nem conceitos vazios que apontam para a direção que aprovar ao intérprete. Diferentemente, sua normatividade direciona sentidos que espelham a comum-unidade a que pertencem*²⁹⁸.

O professor Menezes Cordeiro, sensível às transformações e demandas da sociedade em constante evolução, aponta o dever do que denominou de “dogmática responsiva” de garantir coerência e eficácia ao sistema jurídico, buscando conciliar a estabilidade e previsibilidade do

Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual. **Revista Pensar**. Fortaleza. v. 21, n. 2. 2016.

²⁹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil em Princípios. (2025) p. 57. [no prelo]

²⁹⁷ CORREIA JÚNIOR, José Barros; ALBUQUERQUE, Paula Falcão. **Empresa: da função individual à social**. in EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LÔBO, Fabíola Albuquerque (Coord.). A função social nas relações privadas. Belo Horizonte, Fórum, 2019. P. 183-203. (p. 198)

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento Editora, 2017, p. 244.

ordenamento jurídico com a capacidade de se ajustar à mutação social. Nesse sentido, para Menezes Cordeiro:

Os princípios têm um papel diversificado: na exposição, na fundamentação, na complementação, no preenchimento de conceitos indeterminados e na correção de normas injustas. O seu papel, no direito privado, é reconhecido: exige-se uma dogmática responsiva, que não pode deixar de se articular com princípios, enquanto o direito privado faz apelo à teoria do direito, como modo de delimitar o arbítrio e de afirmar a previsibilidade das soluções.²⁹⁹

Diante dessas premissas, observa-se que a Constituição Federal previu relações jurídicas de vulnerabilidade passíveis de tutela espraiadas em todo o Direito Privado, desempenhando um papel fundamental na identificação destas categorias. Diante dos alicerces constitucionais dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/1988), valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV, da CF/1988), da solidariedade (art. 3º, I, da CF/1988) e da igualdade material (art. 3º, III, da CF/1988), aliados à evidente escolha do constituinte em intervir nas relações entre particulares extrai-se do corpo do texto constitucional as seguintes tutelas de vulneráveis:

- i. da defesa do consumidor como direito fundamental (art. 5º, inciso XXXII);
- ii. da proteção dos dados pessoais nos meios digitais como direito fundamental (art. 5º, inciso LXXIX);
- iii. das pessoas pretas (art. 5º, inciso XLII e art. 17, §9º);
- iv. do trabalhador urbano (art. 7º);
- v. produtores e trabalhadores rurais (art. 7 e art. 187)
- vi. das crianças e dos adolescentes (art. 203, incisos I e II, art. 208, art. 210 e Capítulo VII);
- vii. dos idosos (art. 77, §5º, art. 203, inciso V, art. 208, IV e Capítulo VII);
- viii. das pessoas com deficiência (art. 37, VIII, art. 203, incisos IV e V, art. 227, §1º, II, e §2º e art. 244);
- ix. das mulheres (art. 7º XX, art. 17, §7º, art. 40, §1º, III e art. 143 §2º);

²⁹⁹ CORDEIRO, António Menezes. Vulnerabilidades e Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 62, n. 1, 2021, p. 26.

- x. microempresas e empresas de pequeno porte (art. 146, III, “d” e art. 179);
- xi. cooperativas (art. 146, III, “c” c/c art. 156-A e art. 187)
- xii. meio ambiente (art. 170, VI, art. 186, II e Capítulo VI);
- xiii. dos possuidores de área urbana de até 250 metros ou de área rural não superior a 50 hectares (art. 183 e art. 191);
- xiv. futuras gerações (art. 225).

Mostra-se evidente, portanto, que o Poder Constituinte de 1988 positivou, de forma legítima, implícita e transversal, o princípio da tutela da vulnerabilidade, quando achou por bem tutelar as categorias de vulneráveis no seu texto constitucional.

Importa verificar se essa positivação constitucional concedeu à tutela da vulnerabilidade jurídica uma estrutura de princípio jurídico. Do ponto de vista estrutural, Paulo Lôbo afirma serem os princípios formados por um preceito e uma consequência jurídica, podendo conter mandamentos de permissão e de proibição³⁰⁰. Assim, diante do princípio da boa-fé (preceito), por exemplo, é possível extrair como consequências: i) mandamentos permissivos – como o dever de comportamento leal das partes antes, durante e após a contratação – e ii) proibitivos – a exemplo da vedação de práticas enganosas ou fraudulentas.

Para reconhecer a tutela da vulnerabilidade como princípio jurídico, faz-se necessário, portanto, detectar a existência de um preceito que resulte em um consequente jurídico. O princípio da tutela da vulnerabilidade jurídica tem por pressuposto fático o reconhecimento antecedente das categorias de vulneráveis, ancorando o preceito na imposição jurídica destinada ao Estado *latu sensu* e à sociedade de conferir um tratamento protecionista adequado a essas categorias. Nesse sentido, o preceito de valor fundamental orienta tanto o poder público como a coletividade, a aplicar e interpretar a lei, adotando medidas de proteção a esses grupos vulneráveis.

À primeira vista, quando um sujeito é levado a um estado de vulnerabilidade é possível visualizar a incidência de diversas normas que tutelam esta condição de impotência substancial do sujeito, sendo possível

³⁰⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito Civil em Princípios. (2025) p. 7. [no prelo]

extrair do sistema jurídico *consequências jurídicas* em decorrência de sua incidência.

- i) a nulidade da cláusula contratual, em caso de contratos celebrados com cláusulas abusivas (art. 51, I, do CDC);
- ii) a obrigação de prestar alimentos aos alimentandos de vítima de acidente fatal (art. 948, II, CC);
- iii) a interpretação mais favorável ao aderente (art. 423 do CC);
- iv) o dever de alimentos ao ex-cônjuge sem perspectiva de reingresso no mercado de trabalho (art. 1.694 CC);
- v) impenhorabilidade do bem de família (art. 1.711 CC);
- vi) usucapião familiar ao ex-cônjuge ou ex-companheiro (art. 1.240-A CC);
- vii) usucapião social rural ou urbano (art. 1.239 CC);
- viii) as políticas públicas de imposição de cotas para ocupação de espaços de poder por categorias de vulneráveis (Lei 12.990 de 09/06/2014 e Resolução do CNJ n. 525 de 27/09/2023);
- ix) o critério de desempate para preenchimento de cargos públicos em favor do candidato mais idoso (art. 27, parágrafo único, da Lei Federal nº 10.741 /2003);
- x) a reserva de cotas para preenchimento de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiência (art. 37, VIII, da CF/1988).

Essas consequências são extraídas do sistema jurídico como um todo, em virtude da incidência do princípio implícito da tutela da vulnerabilidade. No entanto, por ser um princípio e estar sempre em movimento, é insusceptível de ser aprisionado em consequências taxativas, devendo este rol ser enumerativo. Portanto, uma vez caracterizado o estado de impotência substancial do sujeito, haverá a incidência desse princípio como norma jurídica, geradora de direitos e de consequências que podem variar e evoluir com o passar dos anos.

À semelhança do princípio da boa-fé, o princípio da tutela da vulnerabilidade, também apresenta como consequências: i) mandamentos permissivos – a exemplo da interpretação pró-vulnerável e a criação de políticas públicas de inclusão – e ii) mandamentos proibitivos – como a vedação de cláusulas abusivas.

A normatividade do princípio da tutela da vulnerabilidade, portanto, manifesta-se na sua capacidade de incidir sobre situações concretas, impondo obrigações de atuação ou abstenção a fim de mitigar ou eliminar a impotência substancial vivenciada pelos vulneráveis. Quando, por exemplo, o Poder Judiciário reconhece a necessidade de aplicar medidas protetivas especiais em um caso envolvendo consumidores, crianças, idosos, pessoas com deficiência ou minorias pode aplicar o princípio da tutela da vulnerabilidade jurídica para conformar e informar o sistema legislativo posto. Esta aplicação reflete a compreensão de que comportamentos, políticas públicas ou leis que ignorem a vulnerabilidade jurídica são inaceitáveis, estando, portanto, vinculados a se adaptarem ao cenário transformador trazido pelo reconhecimento amplo do princípio da tutela da vulnerabilidade jurídica³⁰¹.

Superando visões antigas que limitavam a atuação jurídica à repressão de violações explícitas, é necessário ampliar o alcance do princípio da tutela da vulnerabilidade jurídica para reconhecer a inconstitucionalidade ou ilegalidade de atos que contrariem princípios que preservam e ampliam os direitos fundamentais, como o da tutela da vulnerabilidade jurídica. Isso demonstra a transição para uma concepção do direito mais inclusiva e protetiva, alinhada com os desafios e necessidades atuais do Estado Social.

Essa ampliação, contudo, não se dá de forma impensada e desmedida. Ao contrário, em diálogo com a doutrina de Robert Alexy, o princípio da tutela da vulnerabilidade deve ser interpretado em harmonia com os demais princípios que integram o ordenamento jurídico. No plano patrimonial, impõe-se a ponderação entre a tutela da vulnerabilidade e princípios como a autonomia privada, a força obrigatória dos contratos, a equivalência material, a função social da propriedade, a boa-fé objetiva, dentre outros. No plano existencial, por sua vez, essa ponderação se dá especialmente com os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade material.

A rescisão unilateral de contratos coletivos de plano de saúde por parte da operadora de saúde, por exemplo, deve ser analisada à luz da

³⁰¹ Registre-se, por ora, que apesar de caminharem juntos, os princípios da tutela da vulnerabilidade e da igualdade não se confundem, pois, como se verá no tópico *infra*, a tutela da vulnerabilidade guarda um papel transformador que vai além do tratamento igualitário trazido pelo princípio da igualdade.

ponderação entre o princípio da autonomia privada e o princípio da tutela da vulnerabilidade. Isso porque é necessário equilibrar a liberdade contratual da operadora com a proteção do usuário vulnerável. O Tema 1082 do Superior Tribunal de Justiça trata da questão, ao determinar que a rescisão unilateral é possível nos casos de inatividade da empresa contratante ou inadimplência do beneficiário, quando precedida de notificação. A interrupção do vínculo contratual é vedada, contudo, durante a internação do titular ou dependente, sendo obrigatória a continuidade do tratamento até a alta médica, devendo beneficiário arcar com os custos integrais da mensalidade. Ressalte-se que a validade da rescisão depende de motivação idônea, reforçando a necessidade de compatibilizar direitos fundamentais com a lógica contratual privada.

Como resultado dessa positivação constitucional implícita e transversal do princípio autônomo da tutela da vulnerabilidade, o legislador passou a materializá-lo na legislação ordinária. O primeiro exemplo, dentre tantos, foi o Código de Defesa do Consumidor que materializou como princípio³⁰² vetor da Política Nacional das Relações de Consumo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo no artigo 4º, inciso I:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes *princípios*: I - *reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo*.

³⁰² WATANABE, K., BENJAMIN, A. H. V., FINK, D. R., FILOMENO, J. G., GRINOVER, A. P., NERY JÚNIOR, N., DENARI, Z. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Forense Universitária: Rio de Janeiro. 58ª. Edição, 1998, p. 66. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: _____; MARQUES, Cláudia; Magalhães, Lúcia Ancona. **Direito do consumidor: 30 anos do CDC – da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar.

O legislador consumerista ao assim proceder, adotou, de forma elíptica, o princípio da tutela da vulnerabilidade, uma vez que omitiu o termo “tutela” do texto legislativo. Registre-se, por oportuno, que a denominação mais adequada é “princípio da tutela da vulnerabilidade jurídica” porquanto os direitos e deveres decorrem da tutela dos vulneráveis e não da vulnerabilidade em si.

Quando se considera a tutela da vulnerabilidade como princípio autônomo, dentro de um sistema de ponderação principiológica, aumenta-se o grau de segurança jurídica, pois se oferece ao intérprete e ao julgador arcabouço teórico suficiente para o comando final aplicado ao caso concreto.

5.2 A AFIRMAÇÃO AUTÔNOMA DA TUTELA DA VULNERABILIDADE: PARA ALÉM DA IGUALDADE MATERIAL

Durante muito tempo, a doutrina da vulnerabilidade foi construída como um meio de realização do princípio da igualdade material. Até hoje a maioria dos autores seguem – ou seguiam – o pensamento de que a tutela da vulnerabilidade, na perspectiva existencial, não seria um princípio autônomo e sim descendente e concretizador do princípio da igualdade³⁰³ ou, na seara patrimonial, um subprincípio atrelado ao princípio da equivalência material.

Apesar de não mais defender esse posicionamento, Paulo Lôbo, ao tratar do princípio da equivalência material, já elegeu a vulnerabilidade como subprincípio na seara patrimonial. Nesse sentido:

A vulnerabilidade é subprincípio derivado do grande princípio social da equivalência material, no plano da teoria geral dos contratos. É, todavia, princípio autônomo nas relações contratuais nas quais a vulnerabilidade de um dos figurantes é presumida por lei. Exemplo frisante é o do contrato de consumo, em que recebe expressa e destacada referência no CDC³⁰⁴.

³⁰³ TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 164.

³⁰⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante vulnerável e autonomia privada. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, ano 1, n. 10, 2012, p. 6188.

Após mais de 35 anos da promulgação da Constituição Federal 1988, percebe-se a necessidade de promover um pensamento disruptivo entre esses dois princípios, por meio da afirmação do princípio da tutela da vulnerabilidade. Deve-se retirar essa dependência entre ambos os princípios e desatrelar a ideia de subordinação do princípio da tutela da vulnerabilidade em relação ao princípio da igualdade material.

Não se nega que, durante todo esse tempo, enxergou-se a vulnerabilidade como um meio da concretização da igualdade material. Pensar de modo diverso, implicaria em ignorar a existência de toda uma construção doutrinária e jurisprudencial acerca da igualdade. Ambos os princípios permanecem caminhando juntos em alinhamento com os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da solidariedade e do valor social do trabalho e da livre iniciativa. Deve-se alertar, contudo, para a mudança de paradigma, qual seja: a afirmação do princípio da tutela da vulnerabilidade, ocorrida a partir do *empoderamento, da inclusão e da transformação da realidade posta*. A linha de distinção, apesar de tênue, existe.

Para demonstrar essa afirmação, é necessário estabelecer qual a concepção do princípio da igualdade material presente na doutrina e, assim, apontar em que o princípio da vulnerabilidade se distingue daquele. Diante do corte metodológico proposto, não se pretende aqui, trazer todo o debate acerca da construção dogmática do princípio da igualdade desde os gregos até os dias atuais, mas tão somente ambientar a construção doutrinária de conceitos já sedimentados na doutrina até alcançar o ponto distintivo entre os princípios.

Em um primeiro momento, durante período aristocrata e da estratificação das classes sociais, o princípio da igualdade era meramente formal, pois tinha por objetivo aplicar a lei de maneira uniforme, independentemente da disparidade social e econômica dos grupos sociais. Partia-se da premissa de que – perante a lei – todos são iguais em direitos e oportunidades, evidenciando-se a imparcialidade tanto na concepção como na aplicação da lei, sem levar em consideração qualquer tipo de desigualdade pré-existente.

Dentro do critério *humanidade*, por exemplo, uma vez nascidos com vida, todos os seres humanos são iguais perante a lei e dotados de personalidade e de capacidade independentemente de sua condição social

ou econômica. É nesse sentido que Celso Antônio Bandeira de Mello declara que “o princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas”³⁰⁵.

Esse entendimento de igualdade é predominantemente formal, no qual a preocupação central é a uniformidade na aplicação da lei, mas não necessariamente da justiça material resultante desse tratamento igualitário. Assim, ser considerado igual perante a lei é não sofrer qualquer distinção na sua aplicação em relação aos demais. Nesse sentido, Maren Guimarães Taborna destaca:

Através do "Estado de Direito", reivindica-se um direito igual para todos, válido universalmente, pois é a regulamentação abstrata, geral e anterior que garante a igualdade perante a lei (jurídica), bem como a vinculação das autoridades políticas e dos cidadãos pela lei e atos que lhe são assimiláveis. Com a generalidade da lei, ficam asseguradas a certeza, previsibilidade, racionalidade e justiça das limitações na esfera da liberdade e propriedade de cada um, e as relações sociais, desse modo, podem aperfeiçoar-se.³⁰⁶

Firmado nas bases da liberdade e da legalidade, a ideia de igualdade formal é oriunda de um Estado de Direito, pois traduzida na concepção de igualdade perante a lei, isto é, a aplicação uniforme da lei diante dos Poderes Executivo e Judiciário.

A igualdade material, por outro lado, é a igualdade na formulação do direito, mediante a vedação de confecção de lei discriminatória por parte do Poder Legislativo, salvo quando a discriminação é juridicamente tolerável, hipótese em que a lei estabelecerá quais critérios de distinção são aceitáveis. Nesse sentido, Maren Taborna destaca que:

O mandato da igualdade só vincula concretamente o legislador se a fórmula "há que se tratar igualmente aos iguais e desigualmente os desiguais" é interpretada como uma exigência de conteúdo, ou um mandato de

³⁰⁵ MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 12

³⁰⁶ TABORANA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. **Revista de Direito Administrativo**, v. 211, jan./mar. 1998. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47142>. Acesso em: 23 out. 2024. p. 254

igualdade material, obrigando o legislador à criação de um direito igual para todos³⁰⁷.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 é um marco na ressignificação da igualdade, pois é responsável por trazer o caráter axiológico deste princípio, que não mais se limita à neutralidade formal da lei. Além do *caput* do artigo 5º da CF/1988, é possível encontrar no texto constitucional diversos exemplos de materialização da igualdade material, tais como: a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos III e IV); o respeito à liberdade de crença (art. 5º, VIII), o acesso gratuito ao Poder Judiciário aos hipossuficientes (art. 5º, LXXIV), proibição de diferença salarial ou de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX); igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (art. 7º, XXXIV); o sufrágio universal (art. 14); a igualdade no acesso a cargos públicos por meio de concurso (art. 37, I); tratamento igualitário na contratação com o serviço público por meio de licitação (art. 37, XXI, art. 167-C), a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 43, art. 146-A, art. 149-C, art. 156-A, art. 159-A, art. 165, §6º, art. 166, § 19 e art. 170, VII); serviço militar obrigatório para homens (art. 143); vedação de tratamento desigual a contribuintes em situação equivalente (art. 150); garantia de um serviço nacional de saúde gratuito para toda a população (art. 196); salário mínimo mensal (art. 203); garantia de educação gratuita com igualdade de acesso (art. 206); tratamento igualitário para homens e mulheres no exercício da sociedade conjugal (art. 226, § 5º); direito à proteção integral às crianças e aos adolescentes (art. 227); igualdade de tratamento para os filhos havidos – ou não – do casamento e por adoção (art. 227, § 6º), inimizabilidade penal dos menores de 18 anos (art. 228).

Pode-se compreender o princípio da igualdade material a partir de duas dimensões: uma negativa e outra positiva. A dimensão negativa se manifesta por meio da vedação à discriminação, no sentido literal do termo, ou seja, impede que pessoas em situações de similitude sejam tratadas de maneira distinta. A dimensão positiva, por sua vez, diz respeito à promoção de um tratamento benéfico a certas categorias de vulneráveis, com o

³⁰⁷ *Ibidem*. p. 260

objetivo de corrigir dívidas históricas, chamadas por Walter Claudius Rothenburg de “discriminação positiva ou ação afirmativa”³⁰⁸.

A doutrina defende o enquadramento dessas ações afirmativas de gênero e de raça como exemplos de concretização da igualdade material, promovendo a estas categorias um tratamento diferenciado com o objetivo de corrigir desigualdades estruturais. Nesse sentido, a Ministra Carmem Lúcia afirma que: “A ação afirmativa é, pois, a expressão democrática mais atualizada da igualdade jurídica promovida na e pela sociedade, segundo um comportamento positivo normativa ou administrativamente imposto ou permitido”³⁰⁹. Defende-se, neste trabalho, no entanto, o deslocamento do fundamento dessas ações promocionais a partir de uma nova matriz principiológica: o princípio da tutela da vulnerabilidade.

A mudança da realidade posta partiu do reconhecimento do dever estatal da tutela dessas categorias de vulneráveis e do aspecto promocional do Estado Social, quando ainda se enxergava as ações afirmativas como concretude da igualdade. A ideia de igualdade material colocava esses sujeitos em categorias de homens, mulheres, crianças, idosos, pessoas com deficiência, homossexuais e buscava um tratamento substancialmente igualitário entre eles por parte do legislador e do aplicador do direito, levando em consideração as peculiaridades de cada grupo social. A disrupção de pensamento está em enxergar que as políticas públicas de cotas em concursos públicos, de paridade de gênero e de representatividade das categorias de vulneráveis em todos os espaços de poder são oriundas do princípio da tutela da vulnerabilidade.

Dentro dessa perspectiva, o princípio da igualdade material, *sob a ótica existencial*, concretiza-se na eliminação do preconceito de gênero, de raça, de cor, de orientação sexual ou de atipicidade de desenvolvimento cognitivo, buscando garantir que todos tenham os mesmos direitos e oportunidades perante a lei. Em razão disso, deve ser garantido a todos: educação, moradia digna, emprego, alimentação, água, luz e *Internet*. Promover a igualdade material, portanto, é fornecer meios de capacitação

³⁰⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 13, n. 2, jul./dez. 2008, p. 81.

³⁰⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa – o conteúdo democrático da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Editora Senado Federal, 1996, n. 131, jul./set., p. 295.

dessas categorias de vulneráveis, para que elas tenham igualdade de predicados necessários para o seu crescimento pessoal, social e profissional.

O princípio da tutela da vulnerabilidade, nesse mesmo contexto social, é concretizado a partir do seu *papel transformador* da realidade vivenciada pelas categorias de vulneráveis. Tutelar a vulnerabilidade é *ceder os espaços de poder* para que essas mesmas categorias possam ocupá-los, trazendo representatividade para estes ambientes. Em outras palavras: a igualdade material capacita, dá ferramentas para o sujeito vulnerável alcançar a paridade de armas por suas próprias forças; a tutela da vulnerabilidade *empodera e transforma*, abre espaços, autorizando *tratar com desigualdade categorias de vulneráveis* como única alternativa viável de inclusão até ser alcançada a extinção do estado de impotência substancial.

Importante esclarecer que *a afirmação da autonomia do princípio da tutela da vulnerabilidade* não significa declarar a inexistência do princípio da igualdade material, mas implica na superação de sua condição subserviência. Considera-se que a tutela da vulnerabilidade não é mais um meio para a obtenção de um fim, qual seja, a igualdade. A tutela da vulnerabilidade não se presta mais como meio para o alcance da igualdade, pois já alcançou o seu próprio fim, o de tutela, inclusão e transformação das categorias de vulneráveis. Essa afirmação de autonomia se manifesta também na imposição à sociedade do dever de abrir espaços, de ceder *status*, de *permitir a inclusão dos vulneráveis e de acolhê-los*. Não é um simples “deixar entrar” é muito mais: é abrir a mente, é mudar o ponto de partida para fazer a sociedade mudar o seu comportamento no contexto social.

A igualdade passou a dar espaço à tutela da vulnerabilidade quando as políticas públicas deixaram de promover o acesso tão somente por meio de capacitação dessas categorias e passaram a determinar *a abertura de espaços de poder a partir da preterição dos demais*. Isso porque determinar que outras pessoas serão preteridas para viabilizar o acesso de categorias de vulneráveis não configura uma mera “promoção”, mas um ato de “tutela”.

O verbo “tutelar”, nesse contexto, significa proteger ou amparar juridicamente indivíduos em estado de vulnerabilidade. Já o verbo “promover” implica em estimular ou fomentar capacidades já existentes.

Empoderar, incluir e transformar os espaços de poder com o preenchimento de vagas de categorias de vulneráveis é uma medida de *amparo* de uma categoria socialmente reprimida. O Estado ao optar por políticas afirmativas de reserva de vagas de negros ou de mulheres em espaços de poder, não está apenas incentivando participação dessas categorias, mas concretizando um dever constitucional de proteção.

Quando se diz que o sistema de quotas decorre *unicamente* do princípio da igualdade material o esforço argumentativo para justificar o tratamento desigual é muito maior, estando sujeito às críticas no sentido da ocorrência de discriminação inversa porque os iguais nem sempre aceitam serem preteridos em suas igualdades. O fator cor da pele, nos concursos públicos, não está relacionado à capacidade de acesso em nível de conhecimento dos vulneráveis. Tanto é assim que todos estão sujeitos a se submeterem às mesmas provas seletivas dos demais candidatos. As categorias de vulneráveis não fazem provas mais fáceis que os demais, eles têm vagas reservadas.

Na realidade, o que ocorre – ou deveria ocorrer – é a aplicação conjunta dos princípios da igualdade e da tutela da vulnerabilidade de modo a conformar e informar a política de cotas, mediante a determinação de reserva de vagas para determinado grupo de vulneráveis, aprovados em concurso público, em igualdade de condições. Isso é tutela, não promoção. Visto de forma isolada, o princípio da igualdade material identifica grupos vulneráveis, promove direitos a esses desiguais, com o fim de levá-los a uma posição de igualdade. O princípio da tutela da vulnerabilidade é capaz de *transformar* tanto a realidade das categorias de vulneráveis quanto a estrutura social. A ele se atribui a função de impor à sociedade o dever de inclusão e, aos vulneráveis, o autorreconhecimento de seu lugar de fala e de participação, conferindo-lhes vez e voz.

Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques, ao analisar a evolução do direito privado brasileiro, apontam dois estágios da tutela dos vulneráveis. O primeiro, ancorado em um paradigma mais paternalista, é voltado ao combate à discriminação dirigida aos diferentes, apesar destes vulneráveis permanecerem expostos – ainda que involuntariamente – a ambientes marcados pela segregação. O segundo, a partir de um pensamento mais

inclusivo, visa a proteção e respeito às diferenças mediante a garantia de acesso, sem vitimização ou discriminação³¹⁰.

Apesar de os autores nominarem essa segunda fase de “nova igualdade”, o primeiro estágio traduz a ideia de uma tutela da vulnerabilidade dependente da igualdade material; o segundo estágio representa a *afirmação* da tutela da vulnerabilidade. Com base no princípio da igualdade material, em um momento inicial do período pós-CF/1988, Estado e sociedade estabeleceram a necessidade de garantir o direito à educação para crianças atípicas, a exemplo das portadoras de síndrome de *Down* ou de Transtorno do Espectro Autista. Essa garantia se materializou por meio da oferta de escolas especializadas, isto é, estruturadas para atender às especificidades dessas crianças.

Apesar da segregação das crianças atípicas em ambientes educacionais apartados – acentuando-se ainda mais a vulnerabilidade a que estavam expostas – prevalecia, naquele momento, o entendimento social de que essa era a melhor solução para a formação delas. Sob esse ponto de vista, igualdade e tutela da vulnerabilidade permaneciam entrelaçadas sob o mesmo fundamento normativo: o princípio da igualdade material.

O pensamento disruptivo trazido pela autonomia do princípio da tutela da vulnerabilidade impulsionou uma transformação significativa na realidade social e educacional dessas crianças e da sociedade, ao substituir a lógica da segregação pela da inclusão, mediante o acolhimento e respeito das diferenças, dentro de um mesmo ambiente escolar. Atualmente, crianças típicas e atípicas devem conviver, aprender e se desenvolver juntas, construindo desde cedo uma cultura de respeito à diversidade e de superação das barreiras sociais.

A mentalidade da sociedade vem sendo transformada progressivamente. Superou-se um modelo social de proteção com segregação, avançando-se para uma concepção de tutela lastreada na aceitação e na inclusão. Esse novo paradigma social ganhou força a partir do empoderamento das pessoas com deficiência, que deixaram de ocupar um papel de passividade social – no qual suas vontades eram “traduzidas” pelas pessoas “com eficiência” – para assumirem a titularidade do seu

³¹⁰ MARQUES; Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 112.

protagonismo e realizarem o direito de ocupar espaços de importância, decisão e poder.

A construção da ideia de inclusão das pessoas com deficiência foi acompanhada pela superação de terminologias pejorativas – como “loucos de todo gênero” ou “deficientes” – expressões substituídas por termos mais respeitosos e condizentes com a dignidade da pessoa com deficiência. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, também conhecido como Lei Brasileira de inclusão, representou um marco na ruptura com a lógica paternalista de outrora e promoveu uma virada paradigmática do pensamento social, ao afirmar a autonomia, a capacidade de participação e o direito à inclusão plena dessa categoria de vulneráveis na sociedade.

Em outro plano, uma nova quebra paradigmática que contribuiu para a afirmação do princípio da tutela da vulnerabilidade ocorreu na esfera patrimonial. Sob essa perspectiva, *o princípio da igualdade material* assume outra nomenclatura, *qual seja, princípio da equivalência material, sustentado na* presunção legal de paridade contratual entre os sujeitos privados nas relações contratuais civis e empresariais.

No que se refere à nomenclatura do princípio, adota-se o posicionamento de Paulo Lôbo, segundo o qual não se trata propriamente de “equilíbrio contratual” — expressão adotada por Anderson Schreiber³¹¹ —, pois esta remete a uma ideia formalista de equilíbrio das prestações. Já a expressão “equivalência material” evoca um critério estrutural e valorativo, voltado à “qualificação do justo equilíbrio dos direitos e deveres, pretensões e obrigações, tendo em vista a natureza e a finalidade do contrato”³¹².

O princípio da equivalência material, ao lado dos princípios da boa-fé objetiva e da função social, forma o núcleo principiológico do direito contratual de ordem social, responsável por auxiliar a releitura dos princípios tradicionais do direito contratual, a exemplo da autonomia privada e força obrigatória dos contratos.

Rodrigo Toscano de Brito, ao delinear equivalência material nos contratos, aponta como sentido adequado a ser tomado o de “justa

³¹¹ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

³¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil em Princípios*. (2025) p. 142. [no prelo].

proporção, igualdade de valores, ou, pelo menos, proporção justa entre as prestações" e, depois, conceitua o princípio da seguinte forma:

O princípio da equivalência material ou do equilíbrio contratual é aquele pelo qual se deve buscar e manter a justiça contratual, objetivamente considerada, em todas as fases da contratação, independentemente da natureza do contrato, e sempre com base na eticidade, lealdade, socialidade, confiança, proporcionalidade e razoabilidade nas prestações³¹³.

O princípio da equivalência material visa, portanto, garantir a justa proporção do poder negocial entre os contratantes, vulneráveis ou não. O princípio da tutela da vulnerabilidade, por sua vez, exige mais do que uma justa proporção, pois requer a identificação de um estado de impotência que justifique a intervenção estatal. A vulnerabilidade patrimonial não se refere à disparidade de armas ou à assimetria entre as partes, vai além, pois está relacionada à *impotência substancial de poder negocial* alcançado por uma delas. Não trata, portanto, de identificar a desigualdade entre esses sujeitos, pois mesmo em uma situação de presunção legal de paridade é possível alcançar um *estado de impotência substancial* de uma das partes em relação à outra.

É necessário, dentro dessa perspectiva, fazer a distinção entre os conceitos de paridade e simetria para melhor contextualizá-los diante do princípio da equivalência material. A paridade está situada na fase negocial antecedente ao contrato, pois diz respeito à igualdade de poderes de cada parte na confecção do instrumento contratual. Assim, a paridade de armas, para o direito civil, é a igualdade de condições negociais para discutir os termos da contratação. Os contratos paritários, portanto, são aqueles em que as partes têm a mesma igualdade de tratamento e de poder negocial para debater as cláusulas contratuais, a exemplo dos contratos civis e empresariais.

A simetria, por sua vez, diz respeito ao equilíbrio contratual durante a execução do contrato. Nos contratos simétricos, as cláusulas contratuais continuam mantendo o equilíbrio contratual estabelecido entre as partes no início da contratação. O contrato se torna assimétrico diante do

³¹³ BRITO, Rodrigo Toscano. *Equivalência material dos contratos civis, empresariais e de consumo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 29.

desequilíbrio contratual, ocorrido durante a execução do contrato. Ticiania Correia define como assimétricos:

todos os contratos nos quais se enfrentam dois sujeitos de mercado, caracterizados por uma significativa assimetria de poder contratual, assimetria esta que decorre precisamente das respectivas posições fisiológicas no mercado³¹⁴.

Em sintonia com a tese defendida pela autora, os contratos cujas cláusulas são negociadas podem se tornar assimétricos, pois o desequilíbrio pode acontecer durante a execução do contrato ou mesmo ao final da negociação.

Os contratos de natureza civil ou empresarial trazem como regra a incidência do princípio da equivalência material, pois se presume que a paridade e a simetria estão presentes nesse ambiente negocial.

Nas relações civis, marcadas pela paridade e pela simetria entre as partes, a noção de vulnerabilidade não se confunde com noção de prejuízo ou de má administração. Nesses casos, deve-se observar o regramento geral contido no Código Civil, pois a tutela da vulnerabilidade exige elementos distintos daqueles que podem vir a resultar em reparação por danos. Afinal, a má administração, por si só, não configura estado de impotência. O empresário que firmou um contrato sem estudar adequadamente o mercado, pode até ser um mal negociador – imprudente ou negligente – e vir a sofrer prejuízos, mas estes predicados não os tornam juridicamente vulnerável.

Nas hipóteses de assimetria contratual, oriunda de desequilíbrio contratual superveniente, especialmente aquelas decorrentes de onerosidade excessiva, há a incidência do princípio da equivalência material em conjunto com o princípio da tutela da vulnerabilidade e com os dispositivos legais aplicáveis aos sujeitos envolvidos, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil ou da Lei de Licitações e Contratos. A aplicação da tutela da vulnerabilidade se justificará quando uma das partes alcança o estado de impotência negocial.

³¹⁴ CORREIA, Ticiania Benevides Xavier. **Contratos empresariais assimétricos e a tutela do contratante vulnerável**. 2015. 136f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 32.

A vulnerabilidade patrimonial pode ocorrer entre pessoas jurídicas de grande porte, especialmente quando uma delas se submete unilateralmente às condições gerais previamente estipuladas pela outra. Essa vulnerabilidade é particularmente visível em relações contratuais interempresariais de trato sucessivo, a exemplo do fornecimento de serviços essenciais (água, energia elétrica, telefonia, acesso à internet ou manutenção de softwares etc.). Nesses casos, a posição econômica das partes pode até ser equivalente, mas a interrupção do serviço pode ocasionar o estado de impotência do tomador deste serviço. Em situações como essa cabe ao Direito, diante do arcabouço principiológico normativo vigente, tutelar o sujeito vulnerável e reestabelecer a autonomia negocial deste, promovendo a eficácia da função social e econômica da tutela da vulnerabilidade.

Quando há vulnerabilidade estrutural, o legislador ordinário intervém na relação para prover o vulnerável de autonomia negocial capaz de estabilizar a relação. A presunção de reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, adotada pela Lei 8.078/1990, por exemplo, foi uma forma de ir além do que prega o princípio da equivalência material, por meio da positivação de um princípio autônomo, o da [tutela] da vulnerabilidade. Isso porque tratar os desiguais na medida de suas desigualdades não é o bastante, por exemplo, para vedar as práticas abusivas do mercado de consumo. A transformação da realidade desse mercado de consumo foi sendo construída a partir do Código de Defesa do Consumidor enquanto o princípio da equivalência material ficou responsável por atender às demandas de paridade reguladas pelo Código Civil.

O Código Civil, tradicionalmente reconhecido como a “lei dos iguais”, encontra correspondência direta com o princípio da equivalência material. Em contrapartida, as legislações protetivas – como o CDC, a CLT, a Lei do inquilinato, a Lei de direitos autorais – refletem de modo mais evidente o princípio da tutela da vulnerabilidade. Ainda que essa não seja a sua tônica, o Código Civil permite – de forma pontual e excepcional – mecanismos que contemplam a tutela da vulnerabilidade, a exemplo do instituto da lesão e a disciplina dos contratos de adesão que constituem umas das poucas aberturas explícitas à proteção da vulnerabilidade dentro da codificação civilista.

O instituto da lesão, previsto no art. 157 do Código Civil³¹⁵, enquanto vício de vontade, protege aquele que, sob estado de necessidade premente ou por inexperiência, obriga-se a prestações manifestamente desproporcionais em relação à contraprestação recebida. A figura do lesionado é a de um sujeito em estado de impotência substancial, cuja autonomia negocial foi corroída por fatores contextuais que o forçaram a contratar em condições desvantajosas.

A hipótese de necessidade encontra paralelo em contextos emergenciais, como o da venda de água e de gás a preços abusivos durante tragédias ambientais. Outro exemplo emblemático é a compra de jazigos funerários: o cidadão que adquire o túmulo em momento de normalidade negocia com tempo e razoabilidade; já aquele que precisa enterrar um ente querido com urgência encontra-se em situação de desespero emocional e material, sendo induzido a aceitar valores desproporcionais. Nesses contextos extremos, os preços praticados extrapolam a lógica da lei da oferta e da procura, pois a urgência da demanda retira do contratante qualquer margem de negociação efetiva.

Já a inexperiência deve ser entendida como a *insuficiência de cognição*, decorrente da completa ausência de compreensão do conteúdo contratual, da sua extensão ou do risco substancial da contratação. A impossibilidade de compreensão do conteúdo do contrato vai além da celebração de um mau negócio, factível em qualquer negociação, pois – para ser reconhecida – deve levar o sujeito ao estado de impotência substancial em relação à parte adversa.

A situação de inexperiência, por exemplo, pode ser ilustrada no caso de um herdeiro que decide alienar parte de um acervo de obras de arte recebidas por sucessão. Sem experiência no mercado de arte e desconhecendo o valor histórico e financeiro das peças, a partir do poder de convencimento do comprador, ele vende uma pintura rara a um

³¹⁵ Código Civil Brasileiro: Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º o Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

colecionador profissional por valor irrisório. A relação entre as partes é paritária em sua origem – são dois particulares, sem vínculo de consumo –, mas o desconhecimento técnico do herdeiro, somado à especialização do comprador, gera uma vulnerabilidade cognitiva que conduz à celebração de um negócio gravemente desproporcional. A inexperiência decorre da completa ausência de domínio sobre o conteúdo e os riscos do contrato, comprometendo a autodeterminação do contratante e caracterizando o estado de impotência substancial exigido para a configuração da lesão.

A lesão revela, portanto, uma vulnerabilidade presumida, na qual o ordenamento jurídico reconhece o estado de impotência, sem necessidade de comprovação subjetiva de dolo ou má-fé do contratante favorecido. O lesionado, nessa moldura, é alguém que tem como via legítima a possibilidade de anulação ou recomposição do negócio. Isso porque o art. 157, §2º, do Código Civil prevê a possibilidade de evitar a anulação mediante o oferecimento de suplemento suficiente ou da redução equitativa do proveito.

Já os artigos 113, parágrafo único, 423 e 424³¹⁶ representam, assim como o instituto da lesão, mecanismos pontuais de tutela da vulnerabilidade. Ainda que inseridos em um sistema voltado à autonomia privada e à paridade, tais dispositivos operam como válvulas interpretativas destinadas a proteger o contratante que, embora formalmente em posição igualitária, não participou da elaboração das cláusulas contratuais.

Em tais hipóteses, a lei impõe a interpretação mais favorável à parte que não redigiu o contrato, reconhecendo, ainda que de forma restrita, que a regra geral de paridade e de simetria não é suficiente para assegurar a autonomia negocial nos contratos de adesão.

Ainda que excepcionais, as previsões relativas à lesão e aos contratos de adesão demonstram que o Código Civil comporta, em situações atípicas, a tutela da vulnerabilidade também nas relações civis em sentido estrito. Tais mecanismos operam como exceções que confirmam a regra geral do ideal de paridade e de simetria abstratas que tradicionalmente estruturam esta codificação, ao permitir uma mitigação pontual deste ideal.

³¹⁶ Código Civil Brasileiro: Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

A presença do princípio da tutela da vulnerabilidade em uma relação paritária também é perceptível nos contratos de franquia, nos quais parte da doutrina reconhece a posição de vulnerabilidade do franqueado em relação ao franqueador³¹⁷. O princípio atua como instrumento de empoderamento negocial, quando impõe ao franqueador, por exemplo, o dever de fornecimento prévio, claro e detalhado da Circular de Oferta de Franquia (COF), possibilitando a nulidade do contrato e a devolução dos valores pagos, em caso de descumprimento (art. 2º e §2º da Lei n. 13.966/2019). Segundo Ticiania Correia:

É com base na circular de oferta que o franqueado decide se entrará ou não na rede franqueada, iniciando uma série de investimentos para a celebração do negócio. Mesmo sendo o contrato mais amplo, mais detalhado, com informações que nem sempre o franqueado entende bem, o instrumento deve se ater ao que foi previsto na circular para que o franqueado não se surpreenda com condições não informadas e não imaginadas”³¹⁸.

Diversamente do defendido pela autora, essas previsões legais não decorrem unicamente da lógica da equivalência material, mas da tutela da vulnerabilidade do aderente e do franqueado, pois o legislador achou por bem reconhecer a impotência estrutural destes sujeitos e, em razão dela, intervir para tutelar, limitando a autonomia privada das partes. Os dispositivos sinalizam, dentro dessa perspectiva doutrinária, a abertura do sistema civil à principiologia constitucional contemporânea e confirmam a coexistência da regra geral da equivalência material com exceções, ainda que pontuais, de tutela da vulnerabilidade.

Em sentido divergente, importa registrar que a doutrina da análise econômica defende a vulnerabilidade do franqueador em relação ao franqueado em razão dos altos custos iniciais necessários para a formatação de um sistema de franquias, cujo investimento é de longo prazo. Além disso, a doutrina da análise econômica do direito aponta os riscos enfrentados

³¹⁷ CORREIA, Ticiania Benevides Xavier. **Contratos empresariais assimétricos e a tutela do contratante vulnerável**. 2015. 136f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 23-26.

³¹⁸ CORREIA, Ticiania Benevides Xavier. **Contratos empresariais assimétricos e a tutela do contratante vulnerável**. 2015. 136f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 49-50.

pelo franqueador diante de franqueados que, além de não seguir os padrões estabelecidos pelo contrato de franquia, após o encerramento do contrato, utilizam o conhecimento técnico e os segredos comerciais para abrir um empreendimento concorrente, comprometendo o equilíbrio econômico da rede de franquias³¹⁹.

A dissonância entre as aludidas doutrinas referenda a necessidade de um princípio da tutela da vulnerabilidade que busque tutelar a vulnerabilidade real, atendendo a função social e econômica da tutela da vulnerabilidade.

Caso a vulnerabilidade seja circunstancial, é necessária a prova desta circunstância no caso concreto, a exemplo dos produtores rurais, destacados no capítulo anterior, que, apesar de não serem consumidores, são vulneráveis passíveis de tutela e se enquadram na espécie vulnerabilidade interempresarial. Nesse caso, o Estado deve intervir e estabilizar a relação, sempre com o objetivo de cumprir a função social e econômica da tutela da vulnerabilidade. É justamente no âmbito patrimonial que a função social e econômica da tutela da vulnerabilidade revela sua maior relevância, pois não há sociedade desvinculada da economia, tampouco economia que prescindida dos valores e das estruturas sociais que a sustentam.

Entende-se por função social e econômica da tutela da vulnerabilidade, o dever compartilhado entre Estado e a sociedade de harmonizar a proteção das categorias de vulneráveis com os fundamentos constitucionais da ordem econômica. De um lado está o compromisso com a inclusão, a justiça social e a dignidade – elementos que compõem o viés da função social da tutela da vulnerabilidade; de outro, a necessidade de compatibilizar essa proteção com o exercício legítimo da livre iniciativa e a busca pelo lucro empresarial – expressão econômica desta função. Trata-se, portanto, de uma conformação entre as relações privadas e a atividade econômica.

³¹⁹ LIMA, Ana Lúcia de Araújo; BEUREN, Ilse Maria. Análise dos custos da franquia para o franqueador: um estudo de multicasos. In: **CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS – CBC, 4., 1997, São Paulo**. Anais IV Congresso Brasileiro de Gestão Estratégica de Custos – Belo Horizonte, MG, Brasil, 28 a 30 de novembro e 01 de dezembro de 1997. São Paulo: Associação Brasileira de Custos, 1997. Disponível em: URL: <https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/86>. Acesso em: 17 abr. 2025.

A intervenção do Poder Legislativo em relação à tutela de determinados segmentos econômicos, mitigando, em algumas situações a presunção constitucional de vulnerabilidade do consumidor é uma forma de cumprir a função econômica e social da tutela da vulnerabilidade. Essa atuação normativa, que dá origem ao fenômeno da vulnerabilidade invertida, desenvolvido no capítulo anterior, manifestou-se nas legislações voltadas à proteção de setores estratégicos da economia a exemplo da construção civil, das companhias aéreas e das operadoras de planos de saúde.

O fortalecimento do protagonismo das Agências Reguladoras e a promoção do diálogo institucional entre os *stakeholders* interessados que busquem assegurar a escuta qualificada dos interesses públicos e privados, a governança regulatória e a proteção de direitos em contextos marcados por elevada complexidade técnica e econômica são formas de interferência do Poder Executivo para realizar a função econômica e social da tutela a vulnerabilidade.

O restabelecimento da autonomia negocial de categorias de vulneráveis, promovido pelo Poder Judiciário, ao afastar cláusulas abusivas em contratos de adesão e conformar os interesses dos consumidores com a sustentabilidade do segmento econômico envolvido também configura clara expressão da função econômica e social da tutela a vulnerabilidade.

O princípio da tutela da vulnerabilidade detém, pelas razões aqui defendidas total autonomia em relação princípio da igualdade material e da equivalência material, devendo ser reconhecida a sua afirmação para que possa ser utilizado de forma a auxiliar o intérprete na solução litígios, conformando os interesses sociais e econômicos presentes em nosso ordenamento.

5.3 UMA SOLUÇÃO PRINCIPIOLÓGICA PARA O CONFLITO ENTRE VULNERÁVEIS

Importa analisar, ainda, a aplicação do princípio constitucional da tutela da vulnerabilidade quando houver conflito de interesses entre categorias de vulneráveis, isto é, a presença destes se encontra em ambos os polos do litígio. Para tanto, retome-se o exemplo acerca do conflito de vulneráveis entre cônjuge sobrevivente e herdeiro pessoa com deficiência

severa. Na hipótese, após o falecimento do autor da herança, o único imóvel deixado para partilha é a residência do casal, tendo o falecido deixado a viúva, saudável e em idade laboral e um único filho, portador de deficiência severa e incapacitante, oriundo de relacionamento anterior que, por meio de seu apoiador, pretende obter a partilha do bem.

Antes da solução do litígio algumas considerações devem ser feitas a respeito do direito real de habitação.

O direito real de habitação, cujo fundamento é o direito à moradia (art. 6º da CF/1988), é direito personalíssimo e foi criado com o objetivo de proteger a residência da família, tendo por essência a tutela individual e familiar do cônjuge ou companheiro sobrevivente, diante de eventual risco de destituição da posse deste por parte dos herdeiros proprietários³²⁰. Nesse contexto, é o direito do cônjuge sobrevivente de, ao ingressar no estado de viuvez, morar no único bem a inventariar, que constituía a residência familiar, e era de titularidade do autor da herança.

Além disso, o direito real de habitação independe do regime de bens contraído pelo casal e não é afastado por novas núpcias, pois é vitalício e não há limite legal acerca do tempo do estado de viuvez. Lembre-se, por oportuno, que nem o Código Civil vigente, tampouco a legislação extravagante, criaram regra correspondente à contida no revogado artigo 1.611, §3º, do Código Civil de 1916³²¹, que estendia aos filhos portadores de deficiência os efeitos do direito real de habitação já concedidos ao cônjuge e ao companheiro sobreviventes³²². A esse respeito merece destaque a crítica da professora Ana Luiza Nevares:

³²⁰ TASSINARI CARDOSO, Simone. Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência. p. 10. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 08 ago. 2024.

³²¹ Art. 1.611 - A falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. [...] § 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habilitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. § 3º Na falta do pai ou da mãe, estende-se o benefício previsto no § 2º ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho.

³²² A respeito do Código Civil de 1916, Simone Tassinari Cardoso destaca as exigências necessárias para fazer jus ao direito real de habitação: *Originariamente, deveriam ser reunidas 7 (sete) características relevantes para a concessão do direito. Destinado ao cônjuge(1), casado sob o regime de comunhão universal de bens(2), enquanto vivesse (3), e permanecesse viúvo (4), sem prejuízo da quota parte da herança (5), desde que o imóvel se destinasse à residência para a*

[...] o Código não se atentou para as condições econômicas do sobrevivente, que pode ter recebido em partilha enorme acervo patrimonial ou ser possuidor de imóvel próprio não inventariado que lhe garanta a moradia, sem contar no fato de ser independente financeiramente. Some-se a isso não ter sido imposta a cessão automática do ônus real na hipótese de o beneficiado adquirir imóvel ou renda suficiente para manter sua residência, não havendo qualquer cotejo com os demais sucessores com quem o cônjuge concorre, que podem ser tão ou mais merecedores da tutela decorrente do direito real de habitação³²³.

As únicas ressalvas legais, a respeito do direito real de habitação, realizadas pelo Código Civil de 2002, foram as regras contidas no artigo 1.415³²⁴ concernentes à vedação de cobrança de aluguéis por parte do proprietário herdeiro em relação ao possuidor titular do direito real de habitação, além da autorização do exercício concomitante da posse na hipótese – improvável – de haver mais de um titular deste direito³²⁵. Sendo assim, ainda mesmo o cônjuge sobrevivente não sendo herdeiro, o filho portador de deficiência incapacitante não poderia sequer cobrar aluguéis deste, restando-lhe tão somente aguardar o falecimento do supérstite para usufruir do bem de forma plena.

Na hipótese ora suscitada, a incidência pura e simples do artigo 1.831 do Código Civil resultaria, em princípio, em uma preterição de vulnerabilidade estrutural da pessoa com deficiência em relação à vulnerabilidade circunstancial da viúva, ainda que esta, repita-se, esteja em plena capacidade laboral, em

família (6) e somente se o bem fosse o único daquela natureza a inventariar (7). TASSINARI CARDOSO, Simone. **Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência.** p. 3. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 08 ago. 2024.

³²³ NEVARES, Ana Luiza Maia. Uma releitura do direito real de habitação previsto no art. 1.831 do Código Civil. In **Família e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018 p. 160.

³²⁴ Art. 1.415. Se o direito real de habitação for conferido a mais de uma pessoa, qualquer delas que sozinha habite a casa não terá de pagar aluguel à outra, ou às outras, mas não as pode inibir de exercerem, querendo, o direito, que também lhes compete, de habitá-la.

³²⁵ A única hipótese de concomitância de direitos reais de habitação é pouco provável de acontecer, pois somente ocorreria se o proprietário do imóvel houvesse realizado a concessão voluntária deste direito, por meio de escritura pública, e, depois, com o seu falecimento, ter nascido para o cônjuge sobrevivente o mesmo direito.

perfeitas condições de saúde e contraia novas núpcias. Isso porque, em uma análise mais conservadora do dispositivo, a propriedade deve ceder espaço à habitação para a preservação do direito de moradia do cônjuge sobrevivente.

Em uma leitura mais conservadora, a incidência da lei é insindicável, razão pela qual não seria possível abrir espaço para a aplicação de um princípio implícito ainda que este seja de natureza constitucional. Isso porque segue-se à risca o artigo 140, parágrafo único, do CPC, segundo o qual a equidade somente seria aplicável nas hipóteses expressas em lei e, na hipótese, ora suscitada não há previsão legal de equidade.

Por outro lado, caso a opção do intérprete seja lastreada pela doutrina da Análise Econômica do Direito, a solução para o direito à moradia do cônjuge sobrevivente, trazida pelo legislador brasileiro, não levou em consideração a *maximização do bem-estar social*, ao preterir o exercício do direito de propriedade por parte do herdeiro, tampouco a *eficiência na alocação de recursos*, pois a viúva teria mais potencial econômico de obter outro imóvel ou suporte financeiro por meio da sua atividade laboral.

Dito isto, questiona-se: se a previsão legal é em favor do cônjuge sobrevivente, seria possível relativizar essa presunção em favor de um vulnerável de maior grau?

Trata-se de dois vulneráveis pessoas físicas: de um lado, a viúva é mulher branca cis, na fase adulta, com grau de escolaridade em nível universitário, profissão definida (médica) e com capacidade laboral ativa e, de outro, um herdeiro, filho do autor da herança, homem branco cis, portador de transtorno do espectro autista severo e sem capacidade laboral, nem profissão definida. Da análise das condições pessoais de cada sujeito, observa-se que o transtorno do espectro autista evidencia uma vulnerabilidade em maior grau em favor do herdeiro enquanto, a vulnerabilidade imputada à viúva se resume à imposição legal do direito real de habitação, notadamente, por ser jovem, saudável e com profissão definida.

Por outro lado, o nível de dependência econômica do herdeiro o leva a um estado de impotência substancial, por se encontrar sem possibilidade de usufruir do bem herdado enquanto a titular do direito real de habitação sobreviver. Ademais, note-se que a viúva não se enquadra, sob nenhum aspecto, em situação de dependência econômica no caso concreto.

Em juízo de ponderação e razoabilidade do caso concreto, tem-se que a incidência da regra contida no artigo 1.831 do Código Civil, deve dar lugar ao

princípio da tutela da vulnerabilidade jurídica, de grandeza constitucional para, assim, permitir ao herdeiro vulnerável em maior grau o direito de partilha do bem.

A solução posta dessa forma não macula a segurança jurídica, ante a distribuição dinâmica da tutela da vulnerabilidade, porquanto se mantém a coerência axiológica constitucional, ao tutelar o direito da pessoa com deficiência.

O STJ, em 24/09/2024, no julgamento do Recurso Especial n. 2.151.939, reconheceu que o direito real de habitação não é absoluto, autorizando a mitigação do artigo 1.831 do CC/2002, quando o imóvel não atender a finalidade social a que se propõe. No caso concreto, a cônjuge sobrevivente recebia pensão vitalícia de valor relevante, acumulando patrimônio de mais de R\$ 400.000,00 em sua conta bancária, valor suficiente para assegurar sua subsistência e moradia. Os herdeiros, por outro lado, não recebiam valor algum a título de pensão e precisavam alugar outros imóveis para residirem. A Corte esclareceu que a regra é assegurar ao cônjuge ou companheiro sobrevivente o direito real de habitação, concretizando o direito à moradia e reconhecendo o vínculo afetivo estabelecido no lar pelo casal, durante o período de convivência. Excepcionalmente, contudo, é possível relativizar tal direito quando comprovado que o seu exercício: i) acarreta prejuízos insustentáveis aos herdeiros/proprietários do imóvel e ii) não se justifica em relação às qualidades e necessidades pessoais do convivente supérstite³²¹.

Mesmo sem fazer qualquer menção ao princípio da tutela da vulnerabilidade, a Corte admitiu a relativização do dispositivo legal expresso e reconheceu que os herdeiros se encontravam em maior grau de vulnerabilidade cujo estado de impotência pode ser extraído da impossibilidade de partilha do único bem imóvel enquanto a viúva sobrevivesse.

A superação de uma leitura estanque da legislação é condição indispensável para que o Direito possa acompanhar a complexidade e a velocidade com que os fatos sociais se transformam, exigindo respostas normativas juridicamente coerentes. Em tempos de tensão entre segurança jurídica e tutela dos interesses econômicos e sociais, a autonomia do princípio da tutela da vulnerabilidade jurídica surge como instrumento para essas respostas, reafirmando o compromisso do Direito com a sociedade sem renunciar à técnica.

CONCLUSÃO

O caminho proposto neste trabalho para a construção de uma solução viável capaz de tutelar os vulneráveis de maneira ampla, sem a utilização inadequada do CDC ou de qualquer outra legislação específica, é a afirmação do princípio constitucional implícito, transversal e autônomo da tutela da vulnerabilidade jurídica, reconhecido pela Constituição Federal de 1988. Isso porque o aludido princípio, nos termos ora defendidos, figura como instituto adequado para nortear o intérprete na solução mais adequada ao caso concreto, por serem tuteladas por ele todas as categorias de sujeitos de direitos (pessoas físicas, jurídicas ou entes despersonalizados), sem negligenciar o arcabouço legislativo vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Da análise do texto constitucional, é possível encontrar diversos dispositivos capazes de assegurar a existência de um princípio constitucional implícito da tutela da vulnerabilidade. No artigo 5º, tem-se a defesa do consumidor como direito fundamental (inciso XXXII), a proteção dos dados pessoais nos meios digitais (inciso LXXIX) e a proteção das pessoas pretas (inciso XLII e artigo 17, §9º). Já o artigo 7º trata dos direitos dos trabalhadores, incluindo a proteção ao trabalhador urbano e aos produtores e trabalhadores rurais (*caput* e artigo 187) e a tutela específica às mulheres (inciso XX), garantindo direitos diferenciados em razão da maternidade e condições especiais de trabalho.

Por outro lado, no artigo 37, inciso VIII, em harmonia com os artigos 203, 227 e 244, há disposições que garantem direitos às pessoas com deficiência, prevendo a reserva de cargos públicos e ações afirmativas para inclusão. Já a tutela dos idosos está contemplada nos artigos 77, §5º, 203, inciso V, 208, inciso IV e no Capítulo VII, ficando garantida a assistência social, o acesso à saúde e a prioridade em políticas públicas a esta categoria. Os direitos das crianças e dos adolescentes estão previstos nos artigos 203, incisos I e II, 208, 210 e no Capítulo VII, assegurando proteção integral aos sujeitos em desenvolvimento por meio do fornecimento de educação e de saúde.

No âmbito econômico, as microempresas e as empresas de pequeno porte possuem tratamento diferenciado nos artigos 146, inciso III, alínea "d" e 179, mediante benefícios tributários, administrativos e creditícios. As

cooperativas também recebem proteção especial nos artigos 146, inciso III, alínea "c" combinado com o artigo 156-A e artigo 187, por meio do incentivo ao seu desenvolvimento econômico.

Em relação ao meio ambiente, a preservação ambiental e o desenvolvimento sustentável são abordados no artigo 170, inciso VI, artigo 186, inciso II e no Capítulo VI, oportunidade em que o constituinte também reforça a necessidade de conciliar progresso econômico com responsabilidade ecológica. Além disso, o artigo 225 trata da proteção das futuras gerações, ao assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável com o passar dos anos.

Quanto à política urbana e à reforma agrária, os possuidores de áreas urbanas de até 250 metros quadrados ou áreas rurais não superiores a 50 hectares têm direitos garantidos nos artigos 183 e 191, assegurando regularização fundiária e proteção à moradia.

A partir da análise dos regramentos constitucionais voltados à proteção ampla das categorias de sujeitos vulneráveis, revela-se a positivação implícita de um princípio autônomo da tutela da vulnerabilidade jurídica, consagrado pelo Poder Constituinte Originário. O reconhecimento desse princípio constitucional — implícito no ordenamento e revelado pela atividade interpretativa — decorre diretamente dos dispositivos constitucionais anteriormente analisados.

Quando o Constituinte de 1988 optou por assegurar tutela jurídica a diversas categorias de sujeitos em estado de impotência — crianças, idosos, pessoas com deficiência, consumidores, dentre outros —, promoveu, implicitamente, a positivação de um princípio constitucional autônomo da tutela da vulnerabilidade jurídica. Tal reconhecimento expressa o compromisso do sistema jurídico brasileiro com a proteção dos direitos fundamentais, representando uma resposta eficaz às dinâmicas sociais e à promoção do bem-estar de todos os cidadãos em condição de vulnerabilidade.

O princípio constitucional da tutela da vulnerabilidade jurídica é também de natureza transversal, uma vez que o Poder Constituinte originário delineou, no texto constitucional, múltiplas relações jurídicas marcadas pela vulnerabilidade e passíveis de tutela em todo o Direito Privado. O legislador, em algumas situações, procedeu à concretização normativa dessa tutela em determinados contextos específicos. A aplicação

do referido princípio não está limitada apenas às hipóteses em que esta foi alvo de legislação infraconstitucional, devendo sua incidência ser reconhecida de forma ampla e sistemática em todas as relações privadas, sejam elas simétricas ou assimétricas.

Ao adotar essa perspectiva ampliativa, o Direito reafirma o compromisso com os fundamentos da República Federativa do Brasil – de construir uma sociedade livre, justa e solidária – e assegura a conformação do direito privado aos valores e princípios constitucionais, promovendo maior uniformidade, coerência e equidade.

O princípio constitucional da tutela da vulnerabilidade jurídica é, por fim, autônomo, na medida em que se qualifica como norma jurídica dotada de normatividade, coercibilidade e capaz de gerar direitos e consequências dele decorrentes. Ademais, embora guarde afinidade axiológica com outros princípios de ordem social, sua função normativa não é meio para atingir a concretização de nenhum outro princípio, tampouco se limita a instrumentalizar os princípios da igualdade ou da equivalência material.

Trata-se, ao contrário, de um princípio com densidade normativa própria, cuja emergência no sistema jurídico decorre das exigências constitucionais de tutela dos vulneráveis em contextos concretos de vulnerabilidade. Os princípios da igualdade e da solidariedade, nesse sentido, não o absorvem, mas lhe fornecem o solo normativo necessário para permitir a afirmação independente do princípio da tutela da vulnerabilidade no seio do direito privado, sem se confundir com os demais princípios — explícitos ou implícitos — que estruturam o ordenamento.

É possível, portanto, afirmar a autonomia do princípio da tutela da vulnerabilidade em relação ao princípio da igualdade material, sobretudo a partir da mudança paradigmática que vem sendo consolidada nos últimos anos. A verdadeira disrupção hermenêutica consiste em reconhecer que políticas públicas como as de cotas em concursos públicos, as de paridade de gênero e as de representatividade das categorias de vulneráveis em todos os espaços de poder já não se fundamentam exclusivamente em ações afirmativas derivadas da igualdade material.

Essas iniciativas passam a encontrar respaldo em uma nova matriz principiológica: o princípio da tutela da vulnerabilidade, que se afirma como fundamento normativo autônomo voltado à promoção do empoderamento, da transformação estrutural e da inclusão efetiva de sujeitos historicamente

invisibilizados. Trata-se, assim, de uma inflexão teórica que confere densidade e abrangência à proteção jurídica da vulnerabilidade, fundada em um valor constitucional independente e transversal.

Essa proposta interpretativa implica reconhecer que as ações afirmativas não se limitam à correção de desigualdades históricas por meio de políticas públicas. Elas representam, antes, um instrumento de reconhecimento institucional da tutela dos vulneráveis, cuja proteção ultrapassa a lógica da equidade estatística. Exige-se, nesse sentido, uma escuta ativa, uma inclusão substantiva e uma transformação do próprio pensamento social e jurídico.

No campo da vulnerabilidade patrimonial, a afirmação do princípio da tutela da vulnerabilidade demanda uma releitura principiológica das relações negociais, orientada pela promoção da justiça contratual. Essa perspectiva exige a efetivação dos valores constitucionais nas dinâmicas patrimoniais privadas, em consonância com a função social e econômica da vulnerabilidade, reposicionando o sujeito vulnerável no centro do ordenamento jurídico privado.

A tutela da vulnerabilidade busca restabelecer e preservar a autonomia negocial daqueles que se encontrem em estado de impotência estrutural ou circunstancial. Na hipótese de vulnerabilidade estrutural, o legislador intervém na estrutura da relação, limitando a autonomia privada, para tutelar o estado de impotência do vulnerável, a exemplo do consumidor, do trabalhador, do aderente, do inquilino, do franqueado, entre outros. Na hipótese de vulnerabilidade circunstancial, cabe ao vulnerável comprovar seu estado de impotência negocial, provocando a intervenção estatal seja do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário.

A efetividade dessa tutela não depende apenas do reconhecimento jurídico do estado de impotência, mas também da existência de mecanismos regulatórios e legislativos que assegurem uma resposta adequada e proporcional às diferentes formas de vulnerabilidade. É justamente na ausência ou na fragilidade dessas estruturas que emergem distorções interpretativas e tensionamentos sistêmicos, comprometendo a eficácia protetiva do direito privado.

Nesse cenário, a falta de uma política regulatória no País aliada à intervenção judicial excessiva e à omissão legislativa, especialmente no período das privatizações e das ameaças de colapso em determinados

segmentos econômico, trouxe interpretações elásticas acerca do conceito de consumidor e provocou instabilidade social e econômica. Esses fatos arrefeceram um direito do consumidor pujante, construído historicamente no Brasil. A crise desses setores econômicos fez nascer o fenômeno da vulnerabilidade invertida, ocasionando a intervenção do Legislativo, mediante a promulgação de leis para tutelar segmentos estratégicos, a exemplo da construção civil, do setor aéreo e das operadoras de planos de saúde.

Mesmo diante de questionamentos quanto à compatibilidade dessas legislações com o direito fundamental à defesa do consumidor, a constitucionalidade destas leis foi mantida, revelando um entendimento institucional do dever de sustentabilidade e de estabilidade de setores essenciais à ordem econômica. Não se trata de negar a vulnerabilidade do consumidor, mas de reconhecer que, em determinados cenários, a proteção do sistema econômico também constitui um imperativo constitucional. Apesar disso, em alguns momentos, o legislador excedeu os limites de sua intervenção, ao preterir em demasia os direitos da massa consumidora.

Vê-se, portanto, a necessidade de uma atuação coordenada, harmônica e efetiva dos três Poderes da República, em diálogo com a coletividade, para conformar e informar o princípio da tutela da vulnerabilidade e dar cumprimento à sua função social e econômica. Afinal, esse é um dever compartilhado entre o Estado e a sociedade, voltado à harmonização da proteção das categorias de vulneráveis com os fundamentos constitucionais da ordem econômica.

A reafirmação do respeito ao direito consumidor, o fortalecimento do protagonismo das Agências Reguladoras, a promoção de um diálogo institucional entre os *stakeholders* envolvidos, a escuta qualificada dos interesses públicos e privados, bem como o restabelecimento da autonomia negocial de categorias de vulneráveis, são caminhos a serem trilhados para o alcance da função econômica e social da tutela da vulnerabilidade.

O princípio da tutela da vulnerabilidade jurídica é, portanto, um princípio constitucional implícito, transversal e autônomo, dotado de densidade normativa suficiente para assegurar proteção a quaisquer categorias de sujeitos vulneráveis. Sua eficácia manifesta-se por meio do empoderamento, da transformação e da inclusão, no campo existencial, e

mediante o cumprimento de sua função social e econômica, na seara patrimonial.

Para consolidar a compreensão do princípio da tutela da vulnerabilidade como categoria autônoma e transversal do sistema jurídico brasileiro, é necessário resgatar as bases históricas e dogmáticas que possibilitaram sua construção normativa. A densidade jurídica do conceito, tal como defendido nesta pesquisa, não se estabelece em ruptura com a principiologia já construída, mas sim com o desdobramento coerente das transformações ocorridas a partir do colapso do Estado Liberal e do advento do paradigma do Estado Social. Esse percurso evidencia a gênese da proteção aos vulneráveis e justifica a afirmação de um princípio que não apenas sistematiza as tutelas já positivadas, mas também aponta caminhos interpretativos diante dos novos desafios das relações privadas contemporâneas.

Com a Constituição Federal de 1988, um arcabouço legislativo foi sendo construído por meio de microsistemas e legislações esparsas, que incorporaram a vulnerabilidade como critério determinante da intervenção estatal e da promoção da justiça social. Isso preparou um terreno fértil para que o Código Civil de 2002 acolhesse, ainda que pontualmente, a tutela dos vulneráveis delineada nos microsistemas, sem afastar a essência de paridade que o caracteriza.

O direito brasileiro optou por categorizar o sistema protetivo em tipos de sujeitos vulneráveis, o que resultou na criação de microsistemas normativos específicos para cada classe, como crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência e consumidores. Essa opção metodológica de proteção segmentada permitiu a formulação de respostas normativas mais precisas para determinados grupos sociais, conferindo-lhes um estatuto jurídico próprio e um ambiente normativo favorável à positivação de direitos. Alguns desses sujeitos, inseridos em contextos jurídicos claramente marcados pela vulnerabilidade, obtiveram, por essa razão, um amparo legal mais robusto. Outros, no entanto — a exemplo dos homossexuais —, permaneceram à margem de iniciativas legislativas de cunho protetivo, tendo a sua tutela jurídica sido construída predominantemente por meio da atuação jurisprudencial.

Além disso, essa construção normativa em microssistemas, embora relevante para garantir proteção a categorias historicamente vulneráveis, revelou-se, ao longo do tempo, insuficiente para abranger a complexidade e a dinamicidade dos novos contextos de vulneração. A ampliação interpretativa promovida pela jurisprudência, e referendada pela doutrina, passou, então, a reconhecer que a condição de vulnerável não se restringe às minorias tradicionalmente reconhecidas, pois poderia se manifestar em qualquer sujeito, a depender das circunstâncias específicas demonstradas no caso concreto.

Essa ampliação de compreensão acerca do conceito de vulnerabilidade, promovida sobretudo no âmbito do Poder Judiciário, embora tenha representado um avanço relevante no reconhecimento de novos sujeitos vulneráveis, foi conduzida, em grande medida, sem critérios claros e uniformes para a identificação do sujeito vulnerável nas relações jurídicas. A ausência de balizas normativas, aliada ao excesso de decisões ampliativas do conceito de consumidor, comprometeu a previsibilidade e a segurança jurídica do sistema.

Essas decisões judiciais, proferidas sem a devida reflexão sobre suas repercussões econômicas, gerou um efeito rebote indesejado. Isso porque o sistema brasileiro passou a enfrentar uma grave crise de desequilíbrio entre os pilares que sustentam as relações privadas: a proteção do consumidor, a preservação da livre iniciativa, a busca por eficiência econômica e a garantia de segurança jurídica.

O desequilíbrio de determinados segmentos econômicos, somado à atuação intervencionista do Poder Judiciário desprovida de embasamento econômico quanto às consequências das decisões proferidas, desencadeou, a partir de 2018, um movimento legislativo direcionado à tutela de setores estratégicos da economia. As alterações oriundas da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e da Lei dos Distratos (Lei n. 13.786/2018) deflagaram os primeiros sinais de inversão dos papéis de tutela da vulnerabilidade. No ano seguinte, houve a promulgação da Lei de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019) e, durante a pandemia da Covid-19, a Lei das Aéreas (Lei 14.034/2020), a Lei do Rol da ANS (Lei n. 14.544/2022) e a Lei do Sistema Eletrônico dos Registros Públicos – SERP (Lei n. 14.382/2022).

Esse arcabouço legislativo representa uma retração no tratamento tradicionalmente conferido ao direito do consumidor, constitucionalmente reconhecido como sujeito presumidamente vulnerável. Em nome da preservação de determinados setores estratégicos da economia — construção civil, companhias aéreas e operadoras de planos de saúde —, as recentes normas passaram a atribuir ao consumidor parte da responsabilidade pela instabilidade econômica.

A esse respeito, não houve o reconhecimento da inconstitucionalidade das leis porque se entende que havia uma necessidade de proteção de segmentos econômicos (construção civil, companhias aéreas, operadoras de saúde) como alternativa viável para evitar a quebra, impondo-se ao consumidor a responsabilidade pela instabilidade econômica do sistema. Esse movimento legislativo é o resultado claro do arrefecimento do momento áureo do direito do consumidor e o enfraquecimento progressivo da sua tutela.

Aliado a esse cenário, um outro fator decisivo para o enfraquecimento do direito do consumidor reside na inconsistência dogmática da Teoria do Finalismo Aprofundado, responsável por introduzir, de maneira jurisprudencial, a controversa categoria dos chamados “consumidores-intermediários”. Essa construção, desenvolvida inicialmente no Superior Tribunal de Justiça e posteriormente acolhida por parte da doutrina consumerista, visou ampliar a incidência do CDC às relações empresariais quando verificada a vulnerabilidade fática da parte adquirente.

A utilização dessa flexibilização como fundamento decisório revela efeitos sistêmicos preocupantes: i) viola postulados estruturantes do direito civil e empresarial; ii) transforma o CDC em um microsistema casuístico dos contratos, com normas divergentes das já presentes no Código Civil; iii) fragmenta o sistema jurídico, por meio de valores de ocasião, iv) estimula conflitos normativos decorrentes da incidência concomitante de legislações incompatíveis e v) compromete a legitimidade do próprio direito do consumidor, ao transferir para este a responsabilidade pelas crises econômicas nacionais. Trata-se, portanto, de um caminho interpretativo que, longe de fortalecer a proteção dos vulneráveis, enfraquece seus alicerces dogmáticos e institucionais.

A partir dessas constatações, evidencia-se que a proteção normativa dos vulneráveis, embora avançada em alguns segmentos, ainda carece de

uma base conceitual unificada que permita reconhecer e tutelar novas formas de vulnerabilidade sem desvirtuar os microsistemas preexistentes. Por essa razão, percebe-se a necessidade de sistematização da tutela da vulnerabilidade.

Sem ignorar as bases teóricas oriundas da Bioética e da Saúde Pública, percebe-se a necessidade de ressignificar o conceito de vulnerabilidade, vista em sua concepção inicial, pela Bioética, como “a susceptibilidade de ser ferido”, para conferir-lhe uma roupagem mais moderna. Dentro dessa percepção, o conceito contemporâneo de vulnerabilidade é a *ausência de poder substancial e relacional oponível a todos ou aos outros figurantes da relação jurídica*. Tem-se, portanto, como base comum um *estado de impotência substancial* em que uma das partes se encontra em relação à outra ou à coletividade, seja para as situações existenciais, seja para as relações jurídicas. Merece destaque, em relação ao conceito, o termo “substancial” porque a vulnerabilidade deve ser capaz de reduzir significativamente a capacidade do sujeito de direito à *déficits* reais de atuação na via jurídica, justificando-se o recebimento da tutela.

Ademais, o fato de ser substancial não implica, necessariamente, que a vulnerabilidade seja necessariamente total ou absoluta. O estado de *impotência pode ser parcial*, quando o sujeito – embora não esteja integralmente vulnerável – encontra-se, no caso concreto, em um estágio de dependência relacional capaz de comprometer a sua plena autonomia.

A partir desse enfoque mais moderno sobre o conceito de vulnerabilidade, é possível eleger espécies mais adequadas para a sua estrutura, afastando a noção genérica de hipervulnerabilidade, com a finalidade de preservar a coerência de sua compreensão e de sua tutela. Assim, indicam-se como mais adequadas as seguintes espécies: i) técnica (aqui inseridas a vulnerabilidade informacional, jurídica, contábil e econômica); ii) fática (ou socioeconômica); iii) interempresarial, iv) neuropsicológica e v) ambiental.

Para a vulnerabilidade técnica, adota-se para um conceito mais amplo do que o tradicionalmente utilizado pela doutrina, abrangendo as subespécies informacional, jurídica, contábil e econômica, por se tratar de uma vulnerabilidade que decorre da insuficiência de domínio técnico para compreender plenamente os efeitos e consequências jurídicas, negociais ou contratuais de uma determinada relação.

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica, por sua vez, é vista como o estado de impotência econômica alcançado pelo sujeito, isto é, a impossibilidade de prover sua própria subsistência. Essa espécie não se confunde com a “hipossuficiência”, cuja natureza é processual, pois esta é vista como uma “falta de suficiência”, seja de ordem econômica, hábil a autorizar a gratuidade da justiça, seja de ordem probatória, capaz de justificar a inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova em favor do vulnerável.

A vulnerabilidade interempresarial manifesta-se quando a condição de impotência atinge uma pessoa jurídica, independentemente do seu porte. Esse estado pode acontecer em razão da dependência de insumo, de monopólio ou de oligopólio, de adesão a cláusulas contratuais preestabelecidas, ou de impossibilidade de acesso a sistemas essenciais à atividade empresarial. Nesses casos, busca-se o reconhecimento dessa vulnerabilidade para viabilizar o empoderamento jurídico necessário à restauração da estabilidade da relação, mesmo diante da incidência das regras de paridade do Código Civil ou de proteção da concorrência (Lei n. 12.529/2011). Distingue-se, portanto, da “vulnerabilidade profissional”, defendida pela Teoria Finalista Mitigada, na qual persegue a aplicação inapropriada do CDC, nas relações entre empresas.

A vulnerabilidade neuropsicológica refere-se ao estado de impotência fisiológica de um indivíduo, relacionado à forma como o cérebro processa determinados estímulos, em razão de características, cognitivas e comportamentais a ele inerentes. Essa espécie torna-se especialmente visível nas plataformas digitais, nas quais os usuários são expostos a mecanismos de manipulação comportamental, capazes de modular seus estados emocionais, influenciar suas decisões e, muitas vezes, gerar compulsão de consumo e vício em jogos.

A vulnerabilidade ambiental diz respeito ao estado de impotência imposto ao meio ambiente e às futuras gerações, diante de grandes catástrofes provocadas pela ação humana, como rompimento de barragens ou desastres ambientais capazes de provocar a extinção de espécies da fauna ou da flora. Essa espécie se manifesta de forma coletiva e transgeracional, exigindo do Direito resposta normativa voltada à preservação do equilíbrio ecológico.

Dentro dessa estrutura construída para a vulnerabilidade, nota-se, ainda, a necessidade de construção de um modelo classificatório que possibilite sua aplicação efetiva nos diferentes contextos das relações privadas. Nesse sentido, partindo do eixo comum da vulnerabilidade jurídica — o estado de impotência substancial vivenciado pelo sujeito de direito — propõe-se a sistematização da classificação da tutela da vulnerabilidade a partir de três critérios fundamentais: i) quanto à origem, a vulnerabilidade pode ser estrutural, quando há presunção legal desta condição, ou circunstancial, oportunidade em que esta depende da comprovação do estado de impotência; ii) quanto ao sujeito passivo da norma de proteção, a vulnerabilidade é plurissubjetiva, oponível contra todos, ou unissubjetiva, isto é, *inter partes*; e iii) quanto ao bem jurídico tutelado, a vulnerabilidade pode ser existencial, patrimonial e digital (ou mista), a depender da natureza do direito ameaçado ou violado.

Essa proposta classificatória apresenta-se como uma ferramenta útil para a atuação do intérprete, ao fornecer um direcionamento sistemático para a identificação da vulnerabilidade e para a calibragem da proteção jurídica. Com isso, fortalece-se a função normativa do princípio da tutela da vulnerabilidade e sua vocação para atuar como vetor de equilíbrio nas relações privadas.

REFERÊNCIAS

Doutrina impressa

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. **Anais da IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas**. São Sebastião: setembro, 1988, pp.139-151.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. [trad. Virgílio Afonso da Silva]. 2ª ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALMEIDA, Candido Mendes de. Portugal [Ordenações Filipinas] **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Typhographia do Instituto Philomathico, 1870. Livro V, Título XCIX.

ALMEIDA, Leonor Duarte de. Suscetibilidade: novo sentido para a vulnerabilidade. Brasília/DF. **Revista Bioética**, v. 18, n. 3, p. 537-548, 2010.

ALMEIDA, Vitor; BARBOSA, Heloísa Helena. A tutela das vulnerabilidades na legalidade constitucional: os desafios da função protetiva em face da autodeterminação. In BARLETA, Fabiana; ALMEIDA, Vitor (coord.). **Vulnerabilidades e suas dimensões jurídicas**. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, pp. 3-17.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. A boa-fé nas relações de consumo: informação e defesa do contratante vulnerável nas situações de superendividamento. In: EHRHARDT Júnior, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no Direito brasileiro**. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum. pp. 301-325, 2019.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª edição. **São Paulo: Malheiros Editores**. 2004.

AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita et al. Risco, vulnerabilidade e práticas de prevenção e promoção da saúde. **Tratado de saúde coletiva**. 2006. pp. 375-417.

BARBOZA, Heloísa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In Pereira, T. S., Oliveira, G. (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 106-118.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, Jul, 2020.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; Miragem, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 97.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021.

BLOCH, Marc. **A sociedade feudal**, trad. Liz Silva, Lisboa, Edições, v. 70, 1987.

BRITO, Rodrigo Toscano. **Equivalência material dos contratos civis, empresariais e de consumo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007

BUARQUE, Elaine; MOUTINHO, Maria Carla. Caiu na rede é dano In: Ehrardt Jr. Marcos. Lobo, **Vulnerabilidade e Novas Tecnologias**. Indaiatuba (SP): Ed. Foco, 2023, pp. 223-232.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O princípio da vulnerabilidade do consumidor. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 315-356.

CASTRO JÚNIOR, Torquato Castro. O lugar do direito civil: entre troncos, ramos e céus. *In: Direito Civil na contemporaneidade: estudos em homenagem a Sílvio Neves Baptista*. Tomo 2. Orgs. VENTURA, Gustavo; GODOY, Mário; FONSECA, Cleodon; PAULINO, Roberto. Recife: Editora Império, 2024, pp. 525-546.

CORDEIRO, António Menezes. Vulnerabilidades e Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. 62, n. 1, p. 21-58, 2021.

CORREIA JUNIOR, José Barros. A função social e a responsabilidade social da empresa perante os stakeholders. 2013 Tese (Dourado em direito) - Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

CORREIA, Ticianá Benevides Xavier. **Contratos empresariais assimétricos e a tutela do contratante vulnerável**. 2015. 136f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. [tradução. Nelson Boeira]. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p. 36.

FACHIN, Luiz Edson. O direito que foi privado - A defesa do pacto civilizatório emancipador e dos ataques a bombordo e a boreste. **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 179, jul./set. 2008, 07/2008, pp. 207-217.

FACHIN, Luiz Edson. O Direito Civil sob a Constituição de 1988. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**, v. 36, n. 97, 2009, p. 200.

FAVERSANI, Fábio. **Estado e sociedade no alto Império Romano: um estudo das obras de Sêneca**. Coleção Impérios Romanos. Ouro Preto: Série Estudos, 2012, p.54-56.

FIECHTER-Boulevard, Frederique. La notion de vulnerabilite et a consecration par le droit. *In* Cohet-Cordey, Frederque (coord). **Vulnerabilite et droit le developement de la vulnerabilite et ses enjeux em droit**. Grenoble. Presses universitaires, 2000.

FINLEY, Moses I. **Economia sociedade na Grécia Antiga**. Tradução de Marylene Pinto, 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2013.

FRANCE, Anatole. **Le Lys Rouge**. French edition. Une oeuvre domaine public. 1894.

FRAZÃO, Ana. A função social da empresa na Constituição de 1988. In: Viegas, Frederico. (Org.) **Direito civil contemporâneo**. Brasília: Obscursos, 2009. p. 11-42.

FRAZÃO, Ana. Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social. *in* FRAZÃO, Ana. SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas. (Coord.) **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 89-121.

FRAZÃO, Ana. O papel das análises econômicas na difícil tarefa de conciliar valores e consequências na interpretação e na aplicação do direito. In FRAZÃO, Ana; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro; CAMPINHO, Sérgio (Coord.) **Direito empresarial e suas interfaces: homenagem a Fábio Ulhoa Coelho**. Vol. III. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 659-705.

FRAZÃO, Ana. Parecer. **Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde – ANS: taxatividade e judicialização**. Revista Jurídica de Seguros. n. 15. CNSeg: novembro, 2021. p. 252.

GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 2.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distritos”): aspectos controvertidos decorrentes da extinção da relação contratual na incorporação imobiliária. **Revista IBRADIM de Direito Imobiliário**. n. 2. jul./2019, pp. 7-28.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HINDLE, Steve. **The State and Social Change in Early Modern England, 1550-1640**. Basingstoke: Palgrave, 2000.

HOBBSAWM, Eric J. A Era do Capital: 1848-1875. Tradução de Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2ª ed. 1979.

KONDER, Carlos Nelson. A distinção entre vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial. In BARLETA, Fabiana; ALEMEIDA, Vitor (coords.). Vulnerabilidades e suas dimensões jurídicas. Indaiatuba: Editora Foco, 2023, pp. 19-27.

KONDER, Carlos Nelson, Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor** – RDC, v. 24, n. 99, p. 110, maio/jun. 2015.

LEÃO XIII. **Rerum Novarum: Carta Encíclica de sua Santidade o Papa LEÃO XIII sobre a condição dos operários**. Tradução: Manuel Alves da Silva, S.J. 18ª. ed. São Paulo: Editora Paulinas. 2010.

LE GOFF, Jacques. **A civilização do ocidente medieval**. Tradução José Rivair de Macedo. Bauru, SP: Edusc, 2005.

LEITE, Luiz Rabelo. Uma visão da Rerum Novarum. In Fontes, José Silvério Leite (coord.). Igreja e Século: centenário da rerum novarum 1891-1991. Recife: impressão, 1991.

LÔBO, Fabíola Albuquerque. Os institutos de direito privado patrimoniais sob o viés da funcionalização. In: Ehrhardt Júnior, Marcos; Lobo, Fabíola Albuquerque (coord.). **A função social nas relações privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 19-36.

LÔBO, Fabíola Albuquerque; COSTA, Cora Cristina. Os vícios de desconformidade e o inadimplemento contratual decorrente da violação ao princípio da boa-fé. In: Ehrhardt Júnior, Marcos; Lobo, Fabíola Albuquerque; Pamplona Filho, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no**

Direito brasileiro. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 139-156.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Vulnerabilidade Jurídica do Contratante. *In* EHRHARDT, Marcos; LÔBO, Fabiola (Coord.) **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro.** Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Boa-fé no direito civil: do princípio jurídico ao dever geral de conduta. *In*: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque; Pamplona Filho, Rodolfo (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no Direito brasileiro.** 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 17-33

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratante vulnerável e autonomia privada. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa: IDB, ano 1, n. 10, 2012, pp. 6184-61204.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: parte geral.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, v. 141, 1999, pp. 99-109.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil em Princípios.* [no prelo].

MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** 5ª ed. Editora Jus podivum: Salvador, 2024.

MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa de; VIAL, Sophia. Superendividamento dos consumidores no pós-pandemia e a necessária atualização do Código de Defesa do Consumidor. **Direito do Consumidor: reflexões quanto aos impactos**, 2020, p. 107-144.

MARQUES, Cláudia Lima. Relações de Consumo na pós-modernidade: Em defesa de uma interpretação finalista dos Artigos 2º e 29 do CDC. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.**

Porto Alegre, n. 19, 2017. DOI: 10.22456/0104-6594.71523. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/71523>. Acesso em: 24 maio. 2024.

MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 229.

MARQUES, Cláudia Lima. Miragem, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 19-21.

MATIAS, João Luís Nogueira. A ordem econômica e o princípio da solidariedade na Constituição Federal de 1988. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v.29, n.2, 2009, p.69-89.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. *In*: _____; MARQUES, Cláudia; MAGALHÃES, Lúcia Ancona. **Direito do consumidor: 30 anos do CDC – da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. pp. 233-261.

MATIAS, João Luís Nogueira. A ordem econômica e o princípio da solidariedade na Constituição Federal de 1988. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v.29, n.2, 2009, pp.69-89.

MEDON, Filipe. *(Over) Sharing*: a superexposição da imagem e dos dados pessoais de crianças e adolescentes a partir de casos concretos. **Revista Brasileira de Direito Civil: Belo Horizonte**, 2016, v. 31, n. 02, p. 265-265.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Reflexões metodológicas: a construção do observatório de jurisprudência no âmbito da pesquisa jurídica. **Revista Brasileira de Direito Civil: Belo Horizonte**. 2022. v. 9, jul/set 2016, pp. 8-30.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; PEYNEAU RITO, Fernanda Paes Leme. Fontes e evolução do princípio do equilíbrio contratual. **Revista Pensar**. Fortaleza. v. 21, n. 2. 2016. p. 389-410.

MOUTINHO, Maria Carla. Voar é preciso, viver é essencial – Notas sobre o setor aéreo e a Lei n. 14.034/2020. *In* Monteiro Filho, Carlos Edison. Guedes, Gisela Sampaio da Cruz (coord.) Regime Jurídico da Pandemia e relações privadas. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022, pp. 433-451.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Uma releitura do direito real de habitação previsto no art. 1.831 do Código Civil. *In* **Família e Sucessões: polêmicas, tendências e inovações**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018 pp. 155-171.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Janaína Martins Cordeiro de. O escravo nas Ordenações Filipinas. **Revista de História**, São Paulo, n. 163, p. 91-112, 2010.

PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**. v. 11, n. 1, 2012. p. 179-206.

PATRÃO NEVES, Maria do Céu. Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição, princípio. **Rev. Brasileira de Bioética**, vl. II, jan. 2007, pp. 157-172.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – v.1: introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil**, 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões**. 3ª Ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2023.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del diritto civile**. Napoli: Edizine Scientifiche Italiane, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. La doctrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revisa Trimestral de Direito Civil – RTDC**, v. 31, jul.-set. 2007, pp. 75-86.

POLIDO, Walter. Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: direito do consumidor. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 13.

POMEROY, Sarah. B. (1975). *Goddesses, Whores, Wives, and Slaves: Women in Classical Antiquity*. Schocken, 1994.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 3ª Ed. Nova Iorque: Aspen Publishing, 1986.

POSHER, Ralf. The hand of Midas: when concepts turn legal or deflating the Hart-Dworkin debate. *In*: Hage, J. ; Pfordten, D. (orgs.). **Concepts in Law**, Dordrecht : Springer, 2009.

PLUTARCO. *Vidas Paralelas*. I. Teseo – Rômulo, Licurgo – Numa. Tradução Aurélio Pérez Jiménez. Madrid: Gredos, 1985.

PRUX, Oscar Ivan; MORAIS, Fausto Santos de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna. Judicialização e sustentabilidade no setor de saúde suplementar: os direitos da personalidade do consumidor e a análise econômica do direito nos contratos de seguros e planos de saúde. **Economic Analysis of Law Review**, v. 10, n. 3, p. 250-274, 2019.

RAMOS ARNT, Luiz André. **Segurança jurídica e indeterminação normativa deliberada**: elementos para uma Teoria do Direito (Civil) Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2021.

RIBEIRO, Djamila. Filosofia e escravidão negra. **Revista Cult**, n. 227, 2017, p. 36-41.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Ação Afirmativa – o conteúdo democrático da igualdade jurídica**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Editora Senado Federal, n. 131, 1996, jul./set., pp. 283-295.

ROGERS, Wendy. Balantyne, Angela. Populações especiais: vulnerabilidade e proteção. *In* **Revista Eletrônica de Comunicação Informação Saúde & Inovação em Saúde**. Rio de Janeiro, v. 2. dez. 2008. p. 31-41.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 13, n. 2, jul./dez. 2008, pp. 77-92.

ROUX-DEMARE, François-Xavier. La notion de vulnérabilité, approche juridique d'un concept polymorphe. **Les cahiers de la justice**, n. 4, 2019, p. 619-630.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro Obtido a**, v. 16, 2019

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. [Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo] 7ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SCHRAMM, Fermin, Ronald. Bioética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas Morais na era da globalização. **Revista Bioética**. v. 16, n. 1, p. 11-23, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, pp. 13-14.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 10, n. 04, 2016, pp. 9-27.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

STEVE Hindle, *The State and Social Change in Early Modern England, 1550-1640*.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento Editora, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MOUTINHO, Maria Carla. Vulnerabilidade Digital de Crianças e Adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. In: Ehrardt Jr. Marcos. Lobo, Fabíola (Org.) **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba (SP): Ed. Foco, 2021 pp. 133-147.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; MOUTINHO, Maria Carla. Vulnerabilidade digital da pessoa idosa. In Silva, Michael César [et. al]. **Impactos do coronavírus: diálogos, reflexões e perspectivas contemporâneas**. vol. II. Belo Horizonte: Editora Newton Paiva, 2022, pp. 93-104.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira. In **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Coimbra, Coimbra Editora, n. 48, 2000, pp. 323-345.

TEPEDINO, Gustavo. Editorial. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 13. p. 3, jan./mar. 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TREBILCOCK, Michael J. An introduction to law and economics. **Monash UL Rev.**, v. 23, pp. 123-124, 1997.

VASCONCELOS DINIZ, Marcio Augusto. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 3, 2008.

WOODS JR., Thomas E. **Como a Igreja Católica Construiu a Civilização Ocidental**. São Paulo, p. 164. Quadrante, 2010.

Doutrina Digital

ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA E ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DE EMERGÊNCIA. Recomendações de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19 Disponível em: <https://crmsc.org.br/wp-content/uploads/2020/08/Versa%CC%83o-2-0106-Protocolo-AMIB-de-alocac%CC%A7a%CC%83o-de-recursos-em-esgotamento-durante-a-pandemia-por-COVID.pdf> Acesso em: 12 set. 2023.

BENJAMIN, Antônio Herman. O conceito jurídico de consumidor. **Revista dos Tribunais**: São Paulo. v. 628, fev./1988, p. 77. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8866>. Acesso em: 24 mai. 2024.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O jovem direito civil-constitucional. Editorial. **Civillistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <https://civillistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/11/7>. Data de Acesso: 03 mai. 2024.

BODIN DE MORAIS, Maria Celina. Os últimos 25 anos e o futuro. Editorial. **Civillistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <https://civillistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/117/87>. Acesso em: 03 mai. 2024.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: An economic approach. **Journal of political economy**, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/259394>. Acesso em: 24 fev. 2024.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. **Yale Lj**, v. 70, p. 499, 1960. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/794261>. Acesso em: 15.01.2024

CNN Brasil. Apagão cibernético afeta setor aéreo e voos são cancelados. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/macroeconomia/apagao-cibernetico-afeta-setor-aereo-e-voos-sao-cancelados/>. Acesso em: 09 ago. 2024.

COASE, Ronald. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean journal of legal studies**, v. 3, n. 1, 2009. Disponível em: <https://services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1035&context=lacjls> . Acesso em: 15 jan. 2024.

HANSAN, John E. English poor laws: Historical precedents of tax-supported relief for the poor. **Social Welfare history project**, 2011. Disponível em: <https://socialwelfare.library.vcu.edu/programs/poor-laws/> Acesso em: 20.02.2023.

HENSCHKE, Rebecca; Anugrah, Pijar. Vacina contra covid-19: **a estratégia do país que decidiu vacinar os jovens antes dos idosos**. <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55664307>> Acesso em: 17 jan. 2023.

HILTON, George W. The Truck Act of 1831. **The Economic History Review**, v. 10, n. 3, p. 470-479, 1958. Disponível em <https://doi.org/10.2307/2591266>. Acesso em: 12 mar. 2024.

KITTS ANTONY, Mendicité, vagabondage et contrôle social du moyen âge au XIXe siècle : état des recherches, **Revue d'histoire de la protection sociale**, 2008/1 (N° 1), p. 37-56. DOI: 10.3917/rhps.001.0037. Disponível

em: URL: <https://www.cairn.info/revue-d-histoire-de-la-protection-sociale-2008-1-page-37.htm>. Acesso em: 03 out. 2023

LIMA, Ana Lúcia de Araújo; BEUREN, Ilse Maria. Análise dos custos da franquia para o franqueador: um estudo de multicasos. In: **CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS – CBC, 4., 1997, São Paulo**. Anais IV Congresso Brasileiro de Gestão Estratégica de Custos – Belo Horizonte, MG, Brasil, 28 a 30 de novembro e 01 de dezembro de 1997. São Paulo: Associação Brasileira de Custos, 1997. Disponível em: URL: <https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/86>. Acesso em: 17 abr. 2025.

MANNE, Henry G. Economic policy and the regulation of corporate securities. **Books**, 1969. Disponível em: <https://www.aei.org/research-products/book/economic-policy-and-the-regulation-of-corporate-securities> . Acesso em: 24 abr. 2024.

MICHAELIS. "vulnerabilidade" in **Dicionário Michaelis de Português**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?id=w4yE7>. Acesso em: 17 jan. 2023.

POSNER, Richard A. How I Became a Keynesian [On-line]. **The New Republic. Economy**. 23 set. 2009d. Disponível em: <http://www.newrepublic.com/article/how-i-became-keynesian>. Acesso em: 26 abr. 2024.

SPADONI, Pedro. Quanto o *Instagram* fatura? Documento revela (e é mais que o Youtube) Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2024/04/08/pro/instagram-fatura-mais-que-o-youtube-e-eh-valioso-para-meta/>. Acesso em: 22 ago. 2024.

TASSINARI CARDOSO, Simone. **Por uma adequação sistemática do direito real de habitação. Uma análise a partir do olhar dos direitos reais: da legislação à jurisprudência**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5b312a4c28761c46>. Acesso em: 08 ago. 2024.

Legislação e jurisprudência

BRASIL. Agência Nacional de Saúde. RN n. 428 de 7 de novembro de 2017.

Disponível em:

<<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzUwMg==> Acesso em: 09 abr. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição Federal de República. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Complementar n. 123/2006. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm?origin=instituicao. Acesso em: 01 ago. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Ordinária n. 8.078/ 1990 (Código de Defesa do Consumidor). Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Ordinária n. 11.340/2006 Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Ordinária n. 11.804/2008. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm . Acesso em: 30 jul. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Ordinária n. 12.990/2014. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm . Acesso em: 30 jul. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Ordinária n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil). Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Ordinária n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm?msckid=e03ca915a93011eca55b7de3600188ab. Acesso em: 28 Ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2005. REsp n. 476.428/SC, Terceira Turma, julgado em 19/4/2005, DJ de 9/5/2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200201456245&dt_publicacao=09/05/2005. Acesso em: 30 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 541.867/BA, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, relator para acórdão Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 10/11/2004, DJ de 16/5/2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200300668793&dt_publicacao=16/05/2005. Acesso em: 23 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 684.613/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/6/2005, DJ de 1/7/2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200401204603&dt_publicacao=01 jul. 2005. Acesso em: 25 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 716.877/SP, relator Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, DJ de 23/4/2007. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500048523&dt_publicacao=23/04/2007. Acesso em: 25 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag n. 807.159/SP, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJ de 25 out. 2007. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200601846820&dt_publicacao=25/10/2007. Acesso em: 25 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial 586316/MG. Min. Antônio Herman Benjamin, 19 de março de 2009.

Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200301612085&dt_publicacao=19/03/2009. Acesso em: 31 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.010.834/GO, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 13 out. 2010. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702835038&dt_publicacao=13/10/2010. Acesso em: 26 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.132.642/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Massami Uyeda, DJe 18 nov. 2010. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900626081&dt_publicacao=18/11/2010. Acesso em: 25 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n. 1.321.083/PR, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 25/9/2014. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200876229&dt_publicacao=25/09/2014. Acesso em: 26 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 873.608/PR, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 11/4/2014. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200601698261&dt_publicacao=11/04/2014. Acesso em: 26 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.321.614/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator para acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 3/3/2015. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200888764&dt_publicacao=03/03/2015. Acesso em: 25 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.785.802/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 6/3/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800712568&dt_publicacao=06/03/2019. Acesso em: 25 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator.: Ministro Luís Felipe Salomão. AREsp n. 2062928 SP 2022/0026135-1, DJ 04/04/2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=148699427&num_registro=202200261351&data=20220404 Acesso em: 28 fev. 2025.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano Nacional de Operacionalização da vacinação contra a Covid – 19**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/publicacoes-tecnicas/guias-e-planos/plano-nacional-de-operacionalizacao-da-vacinacao-contra-covid-19.pdf>. Acesso em: 02 out. 2023.

