

DEVER DE CUIDADO E O DIREITO DO CONSUMIDOR

Cristiano Heineck Schmitt¹

RESUMO

Os tempos atuais exigem um dever de cuidado nas relações com consumidores, pois são diversos e marcantes os fatores que conduzem à sua fragilização no mercado de consumo, podendo sua vulnerabilidade ser vista sob facetas variadas, como em questões informacionais, jurídicas, políticas. O estudo aborda ainda a “hipervulnerabilidade”, que acaba afetando grupos de sujeitos enfraquecidos, como crianças, idosos, deficientes físicos, empobrecidos. Conclui no sentido de que há fórmulas para se conter abusos contratuais perpetrados contra consumidores, sejam eles vulneráveis ou “hipervulneráveis” e sugere a aplicação adequada dos meios legais já colocados à disposição do intérprete, podendo-se exigir deveres anexos da boa-fé que garantam também a esses sujeitos a maior satisfação a partir das expectativas geradas com produtos e serviços colocados no mercado.

Palavras-chave: relações de consumo; vulnerabilidade; hipervulnerabilidade; boa-fé.

1 INTRODUÇÃO

A defesa do consumidor tem relevância mundial. No Brasil, por exemplo, trata-se de direito fundamental constante na Constituição Federal.²

O consumidor é o agente vulnerável no mercado de consumo, não tendo considerações igualitárias de disputas com o fornecedor.

São sempre atuais as palavras do Presidente norte-americano John F. Kennedy, direcionado ao Congresso norte-americano, em 1962, ressaltando que todos somos consumidores, o que enseja a promoção de um nível de proteção adequado a quem exerce esse papel em sociedade.

¹ Advogado, Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul-Ajuris, Professor de Direito da PUCRS – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Autor de livros e de artigos jurídicos.

² Inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988.

O que nos conduz a presente pesquisa é a observação da exigência de um dever de cuidado nas relações com consumidores. São marcantes os fatores que conduzem à fragilização do consumidor no mercado de consumo, podendo sua vulnerabilidade ser vista sob facetas variadas, como em questões informacionais, jurídicas, políticas etc.

Não bastasse essa vulnerabilidade natural do consumidor, ainda existe a questão da “hipervulnerabilidade”, que acaba afetando grupos de sujeitos enfraquecidos, como crianças, idosos, deficientes físicos, empobrecidos, o que necessita ser compensado com a imposição de deveres de cuidado, para que estes sujeitos não fiquem submetidos a práticas abusivas geradoras de intensos prejuízos na esfera material e moral.

2 ALGUMAS ANOTAÇÕES SOBRE O DEVER DE CUIDADO NA SOCIEDADE CONSUMISTA

Quando pensamos em “cuidado”, recordamos a figura bíblica de “Nóe”. A esse sujeito foi dada a missão divina de salvar a raça humana. Ele deveria construir uma barca, e com ela proteger os bens da civilização e da natureza, garantindo a existência dos homens na terra, após o dilúvio. Para Nóe, Deus disse “tudo o que se move sobre a terra, e todos os peixes do mar, nas vossas mãos são entregues”.³

Para além de um depositário desses bens, Noé representou também a renúncia e abstinência, pois não protegeu esses valores para o seu próprio uso, mas sim para a civilização. Ele estava assegurando a salvação em favor das gerações futuras, daqueles que iriam representar a humanidade e, que, poderiam, então, encontrar estruturas necessárias para o seu desenvolvimento.⁴

Num primeiro olhar, pode parecer que a figura de Noé esteja em desuso, principalmente a partir dos séculos XX e XXI, assolados que foram e são pelo consumismo desenfreado, pela competição econômica, quando o que importa é a idolatria do novo, o culto ao materialismo, a sobreposição do “ter” ao “ser”.

³ “GENESIS”, In: Bíblia Sagrada, capítulo 09, versículo 2. Brasília, 1987.

⁴ LACROIX, Michel. O Princípio de Noé ou a ética da salvaguarda, trad. Sérgio Pereira. Lisboa: Piaget, 1997, p.182.

Em verdade, ainda que com toda a tecnologia possível, consigamos produzir em grande escala produtos das mais variadas concepções, alguns, inclusive, permitindo-nos conectar com o mundo, como *tablets*, *ipads*, *iphones*, etc., também é certo que ampliamos nossa idéia de multiplicar necessidades. O padrão de felicidade contemporâneo descreve um ambiente de constante insatisfação, de forma que tudo se torna efêmero, devendo prontamente ser substituído. Deixamos de nos importar uns com os outros, pois o que importa, apenas, é a realização pessoal.

O Estado Moderno e as pessoas dele participantes deveriam expressar um pouco de Noé e, repensando o significado de solidariedade social como pilar de uma sociedade igualitária e justa, preservar nossa humanidade.

Às vezes, ao invés de incluir, acabamos excluindo determinados indivíduos do mercado de consumo.

Esse ambiente torna a felicidade uma obrigação moral, bem como uma refém de interesses econômicos. Como acentua Georges Minois,

a história da felicidade é, na verdade, a história dos modelos humanos que as sociedades elaboram. Esses modelos evoluem em função do contexto cultural. Esse se caracteriza hoje pela perda de referências, pela ausência de perspectivas de longo prazo, pela mudança permanente, pela desvalorização da razão e pelo domínio do consumismo.⁵

Assim, o modelo de homem feliz é, portanto, o consumidor que segue todas as modas e possui todas as estruturas indispensáveis, sem levá-las muito a sério.

O mercado de consumo deveria ser um local para o indivíduo obter produtos e serviços que lhe permitisse alcançar uma qualidade de vida maior e desenvolver a sua personalidade. No entanto, não é o cenário que se apresenta. Em um mundo estruturado sobre o consumo de massa, não há mais lugar para o que Gilles Lipovetsky denomina de “homo consumans”, que configura o indivíduo que organiza sua vida de forma controlada e que representa a imagem de um consumidor racional e equilibrado. O indivíduo controlado não consegue resistir aos impulsos consumistas da moda, realizando compras compulsivas, gerando superendividamento das famílias, anarquia dos comportamentos alimentares, bulimia, obesidades, toxicomanias etc.⁶

⁵ MINOIS, Georges. A idade do ouro: a história da busca da felicidade, trad. Christiane Fonseca Gradvohl Colas. São Paulo: Unesp, 2011, p.429.

⁶ LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo, trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.126.

O que se observa hoje é uma constante geração de novas necessidades ou ampliação de outras, garantindo-se que sempre haja o apelo para serem satisfeitas e que também novos clientes venham a aderir a esse comportamento. Assim, como salienta Zygmunt Bauman, a função operada pela oferta é a de produzir mais demanda, situação verificada tanto em relação a produtos, quanto a empréstimos creditícios.⁷ O sucesso dos bancos, por exemplo, decorre da transformação de homens, mulheres, velhos e jovens em uma “raça de devedores” eternos e que se autoperpetuaram, pois estarão sempre endividados, já que a assunção de novas dívidas é vista como a única alternativa viável como solução para sanar as que já foram contraídas. As pessoas, assim, são cada vez mais adestradas para viver permanentemente em dívida.⁸

Para que se possa pensar no consumo como um exercício refletido de cidadania, e um espaço democrático, algumas condições devem ser reunidas. Nesse contexto, deveria haver uma oferta vasta e diversificada de produtos representativos da variedade de bens construídos nos mercados internacionais, sendo esses de fácil e equitativo acesso para a maior parte da população. Necessária é também a transmissão de informações confiáveis sobre a qualidade de produtos e serviços, tornando possível aos consumidores avaliarem ou refutarem pretensões sedutoras da publicidade.

Seria crucial também uma participação democrática dos principais setores da sociedade no que tange às decisões responsáveis pela organização do consumo, como, por exemplo, sobre o controle de qualidade de gêneros alimentícios, concessões de estações de rádio e de canais de televisão. Assim, ter-se-iam ações políticas que poderiam promover a ascensão dos consumidores à condição de cidadãos, revelando o mercado não como mero ambiente de trocas de mercadorias, mas como “parte de interações sociais complexas”. E, nesse sentido, o consumo não seria mais tratado como uma mera posse individual de objetos, mas sim, proclama Néstor Garcia Canclini, como uma apropriação coletiva desses bens, “em relações de solidariedade e distinção com outros, de bens que proporcionam satisfações biológicas e simbólicas, que servem para enviar e receber mensagens”.⁹

⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito: conversas com Citali Rovirosa-Madrazo*, trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p.29-30.

⁸ *Ibidem*, p.31 e 32.

⁹ CANCLINI, Néstor García. *Consumidores cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*, trad. Maurício Santana Dias, 8ª ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2010, p.71.

Além das situações de incentivo ao hiperconsumo, que podem redundar em empobrecimento, o dever de cuidado com os consumidores desenvolve-se também sobre questões relativas ao risco da vida em sociedade que resta potencializado em razão da inclusão de produtos e serviços no mercado. Na tentativa de conter cenários de prejuízo aos consumidores, os legisladores dos códigos de consumo, em geral, optaram por fixar regimes de responsabilidade objetiva sobre a conduta dos fornecedores, visando facilitar a obtenção de reparação pela vítima do acidente de consumo, muito embora tal condição não elimine por completo os riscos do mercado que ainda são muito presentes. Assim, é condizente falar em deveres de cuidado na relação consumidor-fornecedor.

Como indica Ulrich Beck, acerca dos riscos em sociedade, as distribuições deles obedecem a uma ordem semelhante à distribuição verificada no sistema de classes, de forma que as riquezas acumulam-se acima dos riscos, confirmando que esses riscos reforçam a ideia de sociedade de classes. Dessa forma, os ricos podem comprar segurança e liberdade em relação aos riscos, diferentemente dos pobres e debilitados. Assim, é muito maior o risco de se tornarem desempregados os indivíduos que não têm qualificações, em relação àqueles altamente qualificados. Nesse sentido, estão muito mais expostos à poluição do ar, à contaminação das águas e do solo as populações de menor renda que habitam a vizinhança de grandes centros industriais.¹⁰

Originariamente, o dever de cuidado deriva da boa-fé objetiva, sendo um encargo anexo dela. Afinal, da boa-fé objetiva retiram-se metas para a construção do melhor adimplemento, que promova a concretização das expectativas dos sujeitos que se encontraram para trocas obrigacionais. Quanto mais frágil é o sujeito, maiores são suas expectativas de que a relação que realiza possa realmente atender suas necessidades e não tornar-se fonte de novos problemas.

Sobre a boa-fé objetiva, que está presente no Código de Defesa do Consumidor brasileiro (artigo 51, caput, inciso IV), Clóvis do Couto e Silva assinala que esta tem uma “função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da Ciência do Direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais”. O autor revela, nessa passagem, a necessidade de reinterpretar regras do Direito Civil, existentes no século XIX, que emergiram também no

¹⁰ BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a outra modernidade, trad. Sebastião Nascimento, 2ª ed, São Paulo: 34, 2011, p.42-43.

século XX e que preconizam uma conduta individualista dos atores contratuais, reservando-se deveres somente para consigo em vez de denotar preocupação com a outra parte, evitando danos ao parceiro negocial.¹¹

O cenário de relevância do adequado tratamento do consumidor e dos hipervulneráveis é tangenciado pela inafastável característica da vulnerabilidade, a qual, como veremos, se manifesta de diversas formas, devendo ser tratada com cuidado.

3 VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO MERCADO DE CONSUMO

Todo o consumidor é um sujeito vulnerável.¹² Não existem consumidores que não sejam vulneráveis. E, por lógico, todo indivíduo frágil merece cuidados, pois não consegue, por si próprio, superar desafios ou abusos.

A vulnerabilidade, vocábulo que deriva da terminologia latina “vulnus”, da qual se extrai o adjetivo “vulnerável”, traduz um indivíduo que pode ser facilmente ferido, atingido por algum mal. Sobretudo, vulnerabilidade é uma característica intrínseca do ser humano, que é mortal, e se encontra exposto ao sofrimento.¹³

A vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo é um dos indicadores da necessidade de sua proteção, exercida principalmente por meio de intervenção estatal nas relações de consumo.

Assinale-se que, embora o movimento consumerista organizado tenha raízes nos anos 60 do século XX, com o desenvolvimento e a expansão do crédito pessoal, com o incremento das atividades de “marketing”, com a massificação dos negócios e a complexidade de produtos e de serviços, gerando a sociedade do consumo, a luta pela proteção do consumidor remonta a um período longínquo, estando atrelada ao surgimento do comércio.

A compreensão de que o consumidor é um agente vulnerável passa a ser desenvolvida no início do século XX, considerando-se os abusos do mercado que demonstravam a fragilidade

¹¹ COUTO e SILVA, Clóvis. A obrigação como processo, São Paulo: José Bushatsky, 1976, p.42.

¹² Essa filosofia é apresentada de forma expressa no inciso I do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, Lei nº8.0878/90.

¹³ LACOUR, Clémence. Vieillesse et vulnérabilité, Aix-en-provence, Presse Iniversitaires. D’Aix-Marseille : 2007, p. 29.

desse sujeito, o que resta bastante evidenciado, por exemplo, diante da instrumentalização característica dos negócios massificados, configurados em contratos de adesão, ou em condições gerais. Essas figuras pré-redigidas pelos fornecedores colocam os consumidores em posição de desequilíbrio negocial, motivo pelo qual vieram a ser reguladas por leis, que exigem pautas mínimas de conformação desses instrumentos contratuais com a perspectiva de proteção do consumidor.

Não podemos aceitar, de forma passiva, a idéia de que a globalização derrotou o consumidor, em especial, aquele pertencente a países pobres. Como salienta Claudia Lima Marques, não obstante a submissão contratual que lhe é natural e o desequilíbrio de forças, típicos de uma sociedade de informação e de risco, o consumidor é um “player” importante da globalização, ou mais, um símbolo dela, desenvolvendo um papel sociológico na sociedade atual, pois ser consumidor faz parte da “vida normal”.¹⁴ Ao deixar de consumir, o sujeito não logrará alcançar bens e serviços necessários a sua subsistência.

O risco da vida em sociedade é cada vez mais intenso, consequência do progresso que é traduzido por novas tecnologias que culminam em novas formas de agressão ao meio ambiente e, invariavelmente, de afetação negativa ao ser humano. Dessa maneira, a vulnerabilidade é uma realidade que se pretende combater, de forma a limitar os seus efeitos prejudiciais à população. Se esses efeitos puderem ser contidos, ao menos haverá, então, melhores condições de enfrentamento e também da hipervulnerabilidade, que compromete determinados sujeitos.

Essa condição específica do consumidor, que redundava em sua fragilidade, é observável sob várias formas.

A sociedade atual demonstra que é na informação que se concentra o poder. Um intenso fator de desequilíbrio, nesse caso, atinge o consumidor, que tem o “minus” da informação, o que impõe ao fornecedor, o “expert” da cadeia de consumo, a adoção de mecanismos que compensem esse novo fator de risco para a sociedade, em especial, aos consumidores. Assim, é dever do fornecedor compartilhar aquilo que somente ele sabe acerca do produto ou do serviço. Quando isto não ocorrer, tem-se a *vulnerabilidade informacional* do consumidor. Quanto menos informar,

¹⁴ MARQUES, Claudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: studium generale sobre o consumidor como *homos novus*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº85, jan. /fev. 2013, p.33.

mais intensa será a responsabilidade do fornecedor face aos prejuízos que recaírem sobre o consumidor.¹⁵

Pasqualotto ressalta que

o desequilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores, em grande parte, se deve à desigualdade de informações. Enquanto os fornecedores conhecem os produtos ou serviços que oferecem ao mercado, os consumidores ou usuários, na sua maior parte, são incapazes de avaliá-los ou compará-los. Melhor informados, os consumidores podem fazer escolhas melhores, estabelecendo a relação qualidade-preço.¹⁶

Outro aspecto que também revela a condição de fragilidade do consumidor é a sua limitação técnico-científica, a falta de seu conhecimento sobre elementos componentes de um produto ou serviço, fazendo surgir a *vulnerabilidade técnica*. Somente os fornecedores possuem o conhecimento técnico e profissional específico de sua atividade, ao contrário do consumidor, que, normalmente, se vê privado desse conhecimento.

Pode-se observar também a *vulnerabilidade jurídica* do consumidor. Analisando-se o momento anterior a determinada disputa judicial, a fragueza do consumidor resta bastante realçada pelos contratos de adesão e similares, instrumentos que se notabilizam por serem técnicos, complexos, às vezes, pouco esclarecedores e transparentes, elaborados com o intuito de dificultar a manifestação de vontade livre e consciente do consumidor. Essas estruturas negociais possuem o atributo de serem pré-confeccionadas pelo fornecedor, cabendo ao consumidor a elas apenas aderir, caso pretenda contratar. Sob a ótica do conflito judicial, nota-se a fragilidade do consumidor, já que esse é um litigante eventual, ao passo que o fornecedor, principalmente se representado por empresa de certa magnitude, é um litigante habitual, acostumado a disputas judiciais com outros consumidores, possuindo setores jurídicos próprios, preparados para conflitos judiciais e extrajudiciais.

Acerca da *vulnerabilidade fática*, essa representa o desequilíbrio socioeconômico revelado na relação de consumo, despontando, do lado do fornecedor, a sua posição de monopólio, fático ou jurídico, que conduz à imposição do seu grande poder econômico em razão da essencialidade

¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.329 a 330.

¹⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº06, abr.-jun. 1993, p.42.

do serviço, ou impondo sua superioridade face a todos os que com ele contratam, o que significa, por exemplo, prescrever as condições através das quais será desenvolvido o contrato de consumo.¹⁷

Outros vetores também indicam a superioridade do fornecedor perante o consumidor, revelando a *vulnerabilidade política ou legislativa*, que decorre da inexistência de associações ou órgãos de defesa do consumidor capazes de influenciar, de forma decisiva, na edição de instrumentos protetivos da classe, bem como na contenção da criação de mecanismos jurídicos prejudiciais às relações de consumo.¹⁸

Por fim, a *vulnerabilidade tecnológica* indica que, com progresso na área de informática e de computadores, mais céleres são as mudanças na confecção de produtos e serviços, impedindo o consumidor de compreender o funcionamento desses bens, ficando circunscrito a um elevado nível de dependência frente ao fornecedor, estando fadado a despendar valores significativos com trocas constantes de maquinário como alternativa de sobrevivência a novos *softwares e hardwares* lançados no mercado.

Essa fragilidade demonstrada em uma série de aspectos pode ser potencializada, gerando uma vulnerabilidade acentuada e agravada no mercado de consumo, exigindo uma maior proteção estatal no âmbito de determinadas relações negociais, dando margem à hipervulnerabilidade, exigindo deveres de cuidados ainda mais intensos por parte dos fornecedores, como uma obrigação que lhes é natural e, ao mesmo tempo, seja derivada da boa-fé objetiva.

4 CONSUMIDORES HIPERVULNERÁVEIS: O DEVER DE CUIDADO INTENSIFICADO

A exposição de determinados consumidores a uma intensa vulnerabilidade gera a figura da “hipervulnerabilidade”, exigindo uma contrapartida como compensação da fragilização

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, do Consumidor, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.325.

¹⁸ MORAES, Valério Dal Pai. Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.133.

agravada, a qual, se não tratada com cuidado, redundará em inafastável prejuízo de ordem material e moral do seu portador.

O conjunto evolutivo dos direitos fundamentais cria desafios ao Direito, à Democracia, ao Estado-nação contemporâneo. E todo esforço empreendido deverá ser focado na preservação do status de dignidade dos seres humanos, que acabam sendo limitados pela globalização econômica, que gera um número muito grande de desatendidos.

O processo de multiplicação de direitos aumentou o número de bens a serem tutelados, ampliou o número de sujeitos de direito e implementou o tipo de status desses sujeitos. Do direito individual, passou-se ao direito social, que supera o sujeito abstratamente considerado, para observá-lo como membro de grupo, como, por exemplo, o trabalhador.

De sujeitos individuais, alcançou-se a titularidade de direitos de grupos, sejam eles minorias étnicas, religiosas ou, até mesmo, a humanidade, titular, por exemplo, do direito ao meio ambiente sadio. Inclusive, pensa-se na extensão de direitos a outros seres, como animais, natureza etc. E, quando se conclui que o homem deveria ser visto na sua concretude a partir das várias formas de ser em sociedade, crianças, enfermos e idosos obtiveram uma ampliação do seu status de proteção jurídica.¹⁹ Como ensina Branco, “o homem não é mais visto em abstrato, mas na concretude das suas diversas maneiras de ser e de estar na sociedade”.²⁰

4.1 Consumidores idosos

Sobre *idosos*, por exemplo, Claudia Lima Marques sustenta:

Tratando-se de consumidor “idoso” (assim considerado indistintamente aquele cuja idade está acima de 60 anos) é, porém, um consumidor de vulnerabilidade potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita de forma premente dos serviços, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração denominados de “planos” de serviços de assistência à saúde ou assistência funerária.²¹

¹⁹ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Teoria jurídica e novos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000, p.87.

²⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais in: Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília, 2002, p.138.

²¹ MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso, in: Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 194.

O reconhecimento do “consumidor especial”, “hipervulnerável”, que é a pessoa idosa, permitiu a punição, ainda que em pequena escala, representada por casos esparsos, de fornecedores que rescindiram ilegalmente contratos de planos de saúde de consumidores idosos, ou que impusera elevados reajustes nas prestações destes planos.

Assim, esta categoria de fornecedores tem plenas condições fáticas para exercer predomínio sobre seus consumidores, ditando, por exemplo, as regras de um contrato, de forma livre, ocasionando, por vezes, relações desequilibradas.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro cogita uma fraqueza ainda maior, quando se trata de consumidor idoso, ou até mesmo de criança, pois dispõe no inciso IV do *caput* do seu artigo 39 tratar-se de prática abusiva, vedada pelo fornecedor de produtos ou serviços, “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhes seus produtos ou serviços”.

Sobre o tema abordado, chama-nos a atenção a tentativa de exclusão de pessoas idosas de planos de saúde. Esta situação prejudica severamente aquele indivíduo que, durante boa parte de sua vida, contribuiu com mensalidades para com a empresa administradora de planos e de seguros de saúde, e, ao alcançar uma faixa etária de maior risco, quando presumidamente utiliza-se com mais frequência dos serviços garantidos pelo seu contrato, é afastado ilicitamente da contratação.

Uma mera análise lógica denota que, ao ter que utilizar serviços garantidos pelo plano ou pelo seguro de saúde de forma mais constante, o idoso transforma-se em motivo de despesa para o fornecedor. Tanto isto é verdade que o avanço da idade torna-se fundamento suficiente para o aumento do valor das mensalidades de planos ou seguro de saúde.

Assim, à medida que o indivíduo envelhece, sua mensalidade segue aumentando, de acordo com a sua faixa etária, pois se especula que, quanto mais velho, mais doente é o consumidor, e daí a razão de ter que pagar mais pela assistência à saúde.

No entanto, caso a administradora de planos de saúde resolva aumentar, de forma arbitrária, as mensalidades dos consumidores idosos, a fim de compensar o uso intenso dos

serviços cobertos, estará violando dispositivos normativos como o inciso X do *caput* do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.²²

4. 2 Consumidores empobrecidos

Indivíduos mais empobrecidos apresentam maiores desafios quando se trata do pagamento de débitos. Como regra econômica, é o tomador pobre ao qual são lançados juros em patamares maiores, diante do maior risco de inadimplência, o que torna ainda mais difícil a esse quitar com suas obrigações.

Em termos de Brasil, país com um número elevado de cidadãos de baixa renda, a busca pelo crédito transforma-se em uma solução para diversas demandas. Considerando-se a reduzida qualidade, ou até mesmo, a não oferta de serviços públicos que pudessem suplantar, de forma gratuita, direitos sociais, como moradia, educação, saúde, entre outros, o facilitado acesso ao crédito é uma fórmula encontrada pela pessoa empobrecida de prover vencimento a certas demandas. Ou seja, o “mínimo existencial” é buscado no crédito. E, nesse sentido, o fornecedor desse produto se vale dessa carência, da escassez de recursos do sujeito pobre, e passa a ofertar o crédito mediante falsas promessas de realização de sonhos.

A intensa prática publicitária, não raro apresenta o crédito como vetor de superação e entaves sociais. No entanto, para muitos, tem-se nessa conjuntura um verdadeiro calvário econômico, praticamente insuperável.

Quando deparamo-nos com instituições financeiras, há que se exigir o dever de celebração de contratos de empréstimos realizados com cautela sobre a pessoa do mutuário. Essa prática caracterizaria verdadeira *culpa in eligendo e in vigilando* da instituição bancária acerca de créditos, irresponsavelmente, concedidos que posteriormente transformam-se em situação de superendividamento do devedor. Como tentativa de controle dessa situação insustentável, é exigível um dever mínimo de cuidado objetivo nas contratações de mútuo, pois, do contrário, o risco da inadimplência do crédito é transportado integralmente ao consumidor. Como resultado, a dívida originada em uma contratação desta natureza, não pode ser exigível.

²² De acordo com o aludido dispositivo legal, é considerada abusiva e nula de pleno direito a cláusula contratual que permita “ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral”.

Frisa-se também que a flexibilização das regras de contratação do mútuo por pessoas empobrecidas produz a consequência da inadimplência, gerando o superendividamento. Nesse sentido, ao fornecedor que deixar de fiscalizar a regularidade e viabilidade da contratação firmada, deixando de negar crédito a quem não apresenta condições de suportar o respectivo pagamento, assume o risco da inadimplência, sendo justo que o mesmo assuma o prejuízo, inclusive com a perda do capital emprestado.

4.3 Consumidores infanto-juvenis

Maria Cristina De Cicco salienta que a sociedade não pode ser reduzida ao mercado, nem restar submetida, sem controle algum, às suas regras, cabendo ao Direito apontar os limites e as medidas corretivas que, incidindo sobre a iniciativa privada, possam contribuir para o alcance e o respeito a valores fundantes da ordem jurídica.²³ Como ilustra a referida autora, o “fenômeno da constitucionalização do Direito Privado implica a leitura do Direito Civil à luz da Constituição e implica também uma atenção especial do operador do Direito com a efetividade social dos direitos fundamentais”.²⁴

Sob essa ótica, refere Maria Cristina De Cicco que a atividade empresarial, na sua interação com outras empresas ou clientes, não pode operar com fundamento exclusivo na lei econômica, observando-se que a ética empresarial poderia se restringir unicamente à concretização do lucro. Em verdade, cabe à empresa levar em consideração fatores como segurança, saúde e outros interesses de usuários finais de produtos e serviços. Nessa visão, a autora exemplifica o argumento citando a normatividade esculpida no âmbito da União Europeia, que trata da proibição de colocação, no mercado, de brinquedos perigosos para crianças, o que, de certa forma, pode dificultar o exercício da atividade empresarial.²⁵

A respeito dos efeitos da mídia sobre crianças, refere Tamara Amoroso Gonçalves,

que, ainda que se constituindo em programações “especiais” para crianças, a exposição precoce à mídia tende a ser prejudicial ao desenvolvimento infantil, seja porque estimula o contanto precocemente com temas do universo adulto, seja porque priva a criança da

²³ DE CICCO, Maria Cristina. A pessoa e o mercado, in: *Direito Civil contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p.104.

²⁴ IDEM, p. 110.

²⁵ Ibidem, p. 110.

realização de atividades mais interativas – fundamentais para o seu saudável desenvolvimento.²⁶

Destaca-se que o direcionamento da publicidade ao público infanto-juvenil incrementa não somente a negociação de produtos naturalmente ordenados a esse grupo, mas também daqueles pertencentes ao universo adulto, sendo que muitas famílias optam por determinados tipos de bem com base na vontade dos filhos, inclusive em situações de maior relevância como seria a aquisição de um automóvel, um destino de viagem etc. Em verdade, embora venham a influenciar diretamente as decisões de compras da família, as opções, nesse caso, estão partindo de indivíduos ainda sem consciência apropriada para agir em todas as facetas do mercado de consumo. Porém, não deixam de representar, ao menos, um comportamento de futuros consumidores que, ao alcançarem a idade adulta, já estarão fidelizados e dirigidos à aquisição de marcas de produtos e serviços acessados pelos pais.²⁷

Cabe registrar que as crianças não têm condições de compreensão e entendimento do conteúdo implícito presente na informação publicitária, muito menos, seu caráter persuasivo, incentivador do consumo. Aliás, esses indivíduos sequer têm o entendimento necessário para observar que dada comunicação é publicidade. Evidentemente, um adulto possui muito mais força de resistência mental e de apreensão da realidade do que uma criança, podendo enfrentar a pressão exercida pela publicidade. A ausência dessa característica na criança, que não tem aptidão para analisar criticamente uma dada informação, deflagra um grau maior de vulnerabilidade, de forma que ela se enquadra também na concepção de hipervulnerável.

Vislumbrada essa arquitetura social indesejável, somente resta pensar sobre a necessidade de proteção especial a tais condutas descritas, que tolhem a liberdade de escolha da criança, trabalhada desde tenros anos de vida, para, no futuro, aderir aos hábitos de consumo e de vida. Há, assim, uma dependência psíquica sendo gerada, não superável pela criança em razão da falta de discernimento suficiente. Não pesam dúvidas, portanto, sobre o fato de que a publicidade dirigida a crianças e adolescentes é uma prática abusiva, que deve ser combatida pelo Estado, pela

²⁶ Nesse contexto, explica a autora, há um número representativo de pesquisas que indicam haver significativa relação entre programas violentos e aumento da violência entre jovens, erotização precoce de meninas, transtornos alimentares, entre outras consequências graves (ibidem, p.21).

²⁷ GONÇALVES, Tamara Amoroso. A proteção à vulnerabilidade infantil frente à comunicação mercadológica, in: Cuidado & vulnerabilidade. São Paulo: Atlas, 2009, p. 22-23.

família e pela sociedade. Deixar-se de proteger adequadamente crianças e adolescentes significa comprometer o futuro e existência da raça humana.

4.4 Consumidores deficientes físicos

Outro grupo de consumidor que também sofre com a discriminação, mas não em razão da idade, é formado pelos deficientes físicos. Em vários momentos, eles também podem ser transformados em eventuais vítimas do descaso do mercado consumidor, bem como da sociedade. Por exemplo, é muito comum, no Brasil, inexistirem locais de acesso em estabelecimentos públicos para cadeirantes, omissão essa que acarreta, além da não promoção da dignidade dos deficientes físicos, a impossibilidade de consumir, pois em várias situações, se não puderem contar com o apoio de terceiros, não podem obter produtos ou serviços, o que representa menor lucro ao fornecedor.

Sobre o tema de nossa investigação, é essencial a referência à legislação peruana que, de forma singular no bloco latino americano, assinala, de maneira expressa, que existem consumidores com maior propensão a tornarem-se vítimas de práticas abusivas operadas por determinados fornecedores. Assim, o item nº04 do Artigo VI do Título Preliminar, da Lei nº29.571/2010 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) o qual refere:

El Estado reconoce la vulnerabilidad de los consumidores en el mercado y en las relaciones de consumo, orientando su labor de protección y defensa del consumidor con especial énfasis en quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos por sus condiciones especiales, como es el caso de las gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad así como los consumidores de las zonas rurales o de extrema pobreza.

Assim, observa-se que, nesse país, houve preocupação bastante clara com os chamados “hipervulneráveis”, consumidores de vulnerabilidade agravada. Na hipótese legal, são inseridos nesse rol as gestantes, os habitantes de zonas rurais, possivelmente não preparados para o mercado de consumo desenvolvido em centros urbanos e aqueles que vivem em níveis de miserabilidade.²⁸

²⁸ MALDONADO, Alfonso Fernández . El curioso caso del consumidor “Benjamin Button”. Lima: Gaceta Jurídica, nº202, set. 2010, p.32.

Conforme expõe Ingo Wolfgang Sarlet,²⁹ a liberdade e a igualdade, estabelecidas formalmente na ética do liberalismo, não garantiam os respectivos gozos. Essas prerrogativas somente passaram a ser concretizadas com a interferência do Estado, na busca pela justiça social. Com valores como boa-fé objetiva, presente no diploma consumerista (vide artigos 4º, inciso III, 51, caput inciso IV do Código de Defesa do Consumidor brasileiro), que indica a existência de deveres anexos de prestação aptos a imporem aos contratantes o encargo de se importar com a realização do melhor adimplemento, garantindo a satisfação das expectativas geradas sobre o consumidor. Tal perspectiva se contrapõe ao padrão liberal de disputa, em que o fraco é superado pelo forte, seja por inexperiência negocial, necessidade do bem ou serviço, ou por ambos. O consumidor, e muito menos os hipervulneráveis, não detém condições de, sozinhos e por si próprios, disputar com igualdade de armas acertos contratuais com grande grupos econômicos. É uma luta perdida, a menos que o Estado se imponha e preserve esses indivíduos de abusos naturais. E, esta intervenção, pode ser gerada com a imposição legal ou interpretação judicial, de deveres de cuidado que devem ser observados nas relações de consumo.

5 CONCLUSÃO

Resta difícil imaginar-se o gozo das liberdades fundamentais básicas, quando a carência material impede o pretensão titular de acessá-las. Como ressalta Sarmento, “a liberdade é esvaziada quando não são asseguradas as condições materiais mínimas para que as pessoas possam desfrutá-la de forma consciente”, afirmação essa que, segundo o autor, implica deduzir que não há liberdade onde existe miséria, fome, analfabetismo ou exclusão social em níveis eticamente incompatíveis.³⁰

Situações de desequilíbrio contratual em relações particulares, frequentemente verificadas, são fatores de desorganização social, impondo que vários indivíduos, como forma ampliada de “legítima defesa” ou de “estado de necessidade”, ainda que assim não respaldados pelo

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 49.

³⁰ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, 366p.

ordenamento jurídico, acabem por deixar de pagar as suas dívidas, porque contratantes de relações desequilibradas.

Notadamente, o consumidor é o agente vulnerável do mercado, o que significa dizer que ele pode facilmente ser fragilizado por práticas abusivas, empregadas por fornecedores diversos, sofrendo intenso prejuízo moral e material. Em alguns casos, essa fraqueza pode ser ampliada, fazendo surgir a classe dos consumidores “hipervulneráveis”, como é o caso dos idosos, crianças, empobrecidos e deficientes físicos, os quais demandam uma proteção mais intensa, e melhores cuidados.

Há fórmulas para se conter certos abusos contratuais perpetrados contra consumidores, sejam eles vulneráveis ou “hipervulneráveis”, com aplicação adequada dos meios legais já colocados à disposição do intérprete. Podem ser exigidos deveres anexos da boa-fé que garantam também a esses sujeitos a maior satisfação a partir das expectativas geradas com produtos e serviços colocados no mercado.

Creemos que o processo de individualismo marcado pelo consumismo pode e deve ser contido, e até, mesmo, revertido. Com um olhar social, voltado à solidariedade, mesmo em um ambiente de trocas econômicas, é possível alcançar-se patamares mais igualitários. O consumidor não pode ser lançado no mercado sem o cuidado devido, vindo a assumir riscos que deveriam ter sido prevenidos antes de se concretizarem em danos. Os fornecedores devem assimilar um pouco de “Nóe”, que construiu sua arca para proteger, conservar e preservar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GONÇALVES, Tamara. A proteção à vulnerabilidade infantil frente à comunicação mercadológica, *in*: Cuidado & vulnerabilidade. São Paulo: Atlas, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito*: conversas com Citali Rovirosa-Madrado, trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a outra modernidade, trad. Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: 34, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais, *in*: Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CANCLINI, Néstor García. *Consumidores cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*, trad. Maurício Santana Dias. 8ª ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2010.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DE CICCIO, Maria Cristina. A pessoa e o mercado, *in*: Direito Civil contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

GÊNESIS, *in*: Bíblia Sagrada: Brasília, 1987.

LACOUR, Clémence. *Vieillesse et vulnérabilité*, Aix-en-provence. Presse Iniversitaires D'Aix-Marseille : 2007.

LACROIX, Michel. *O Princípio de Noé ou a ética da salvaguarda*, trad. Sérgio Pereira. Lisboa: Piaget, 1997.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*, trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MALDONADO, Alfonso Fernández. *El curioso caso del consumidor “Benjamin Button”*. Lima: Gaceta Jurídica, nº202, set. 2010.

MARQUES, Claudia Lima. *Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº35, jul./set. 2000.

_____. *Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso*, *in*: Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: studium generale sobre o consumidor como homos novus*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº85, jan./fev, 2013.

MINOIS, Georges. *A idade do ouro: a história da busca da felicidade*, trad. de Christiane Fonseca Gradwohl Colas. São Paulo: Unesp, 2011.

MORAES, Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Defesa do consumidor*. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº06, abr.-jun. 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *La protección del consumidor hipervulnerable em el mercado*. Trujillo: Iusta Causa, 2012.