



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ALDO CESAR FILGUEIRAS GAUDENCIO

Da vulnerabilidade à hipervulnerabilidade:
proteção contratual dos consumidores nos direitos da União
Europeia, Portugal e Brasil

*Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre, na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-
Civilísticas/Menção em Direito Civil*

Orientadora: Excelentíssima Senhora
Doutora Sandra Cristina Faria Abrantes
Passinhas Videira

Coimbra, 2015

AGRADECIMENTOS

À Deus e à Virgem Imaculada Mãe de Fátima.

À Universidade de Coimbra, por me dar as condições metodológicas e intelectuais à realização de um sonho pessoal e materno de elevação de grau acadêmico e pesquisas futuras.

À Professora Doutora Sandra Passinhas, minha eterna admiração e gratidão, além de ser exemplo a ser seguido na boa condução à orientação de um trabalho acadêmico, e por contribuir à realização e conclusão desse trabalho, e com simplicidade e gentileza dizer-me: “Eu sei que vais conseguir!”.

Ao Joaquim Gaudencio Neto, pai zeloso, exemplo de honestidade e retidão, que desde sempre ensinou-me o quão sublime é o estudo.

À minha mãe Adriana da Conceição Filgueiras Areias Gaudencio, carinho presente, mesmo na ausência, e fonte de inspiração, fé, amor e vida, e quem considero o meu “pedacinho de Portugal” que em mim habita.

À minha irmã Lilian Filgueiras Gaudencio pelo carinho e por duas lindas princesas que encheram de alegria estes anos em Portugal, Rosa Clara e Aline.

À Biltis Diniz, que com seu amor, carinho, dedicação e muita paciência, mostrou-me o quanto estes elementos são fundamentais à pesquisa acadêmica.

Aos amigos James da Cunha Castro, Felipe Comarela, Leonardo Susart, Wilson Machado, e Adriano Espindola por dividirem comigo o sonho e os desafios da academia, e serem a viva lembrança dos dias felizes em Coimbra.

À professora Heloisa Meira, pela grande oportunidade a mim dada, e pelo incentivo constante ao meu crescimento acadêmico.

Aos amigos de todas as horas que ficaram em Campina Grande a enviar-me mensagem de carinho e incentivo.

“PARA SER GRANDE, sê inteiro:
Teu exagera ou exclui
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive”.

Ricardo Reis

RESUMO

O estudo que se apresenta consiste na análise comparativa entre o direito do consumidor da União Europeia, de Portugal e do Brasil, especificamente na vulnerabilidade dos consumidores e suas variações, bem como na “especial vulnerabilidade”, frente às empresas nas relações contratuais estabelecidas para aquisição de produtos ou serviços. O conteúdo imperativo das normas do direito do consumidor é dirigido à proteção de vulneráveis, e busca equilibrar uma relação que apresenta vantagem econômica e técnica tendente a interferir desfavoravelmente à parte débil. Ademais, tal proteção é mais invocada quando essa fragilidade inerente ao consumidor sofre influência de fatores relacionados à idade, enfermidade ou credulidade, dentre outros. Com efeito, o legislador e a jurisprudência precisam atentar para a real necessidade de uma maior proteção desse sujeito contratual “especialmente vulnerável”- nomeado de particularmente vulnerável, na Europa e em Portugal, e hipervulnerável no Brasil -, de modo a tentar restabelecer este equilíbrio negocial.

Palavras-chave: proteção contratual; consumidor; particularmente vulnerável; hipervulnerável.

ABSTRACT

The present study aims to be a comparative analysis of consumer law from the European Union, Portugal and Brazil, specifically about the vulnerability of consumers and its varieties, such as the "special vulnerability" faced with companies in contractual relations established to purchase products or services. The essential content of consumer rights is directed to the protection of vulnerable parts and it seeks to balance a relationship that has economic and technical advantages tending to interfere unfavorably to the weaker involved. Furthermore, such protection is even more invoked when this inherent consumer's fragility is influenced by factors related to either age or infirmity or credulity, among others. Indeed, the legislator and the jurisprudence must pay attention to a real need for greater protection on behalf of that "specially vulnerable" contractual subject - which is known as " particularly vulnerable " in Europe and Portugal and "hypervulnerable " in Brazil - in order to restore the contractual balance.

Key-Words: contractual protection; consumer; particularly vulnerable; hypervulnerable.

RÉSUMÉ

La présente étude consiste dans une analyse comparative entre le droit de la consommation de l'Union Européenne, du Portugal et du Brésil, plus spécifiquement sur la vulnérabilité des consommateurs et ses variations, ainsi que sur le concept de "vulnérabilité particulière", face aux entreprises lors des relations contractuelles établies pour l'acquisition de marchandises ou de services. Le contenu impératif des normes du droit de la consommation est dirigé vers la protection des sujets vulnérables, tout en essayant d'équilibrer de telles relations, qui présentent un avantage économique et technique ayant tendance à intervenir de manière défavorable vis-à-vis la partie la plus faible. En outre, le recours à une telle protection est invoqué davantage quand cette faiblesse inhérente au consommateur subit l'influence d'autres facteurs, liées à l'âge, à des maladies ou à leur crédulité, pour en citer quelques uns. En effet, le législateur et la jurisprudence doivent prendre en compte la réelle nécessité d'une plus grande protection de la partie spécialement vulnérable – nommée "particulièrement vulnérable" en Europe et au Portugal et "hyper-vulnérable" au Brésil – afin d'essayer de rétablir l'équilibre lors des pratiques commerciales.

Mots-clés: Protection contractuelle; consommation; particulièrement vulnérable; hyper-vulnérable.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicação
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
atual. ou act.	atualizada
BA	Estado da Bahia
CDC	Código de Defesa do Consumidor
<i>Caput</i>	expressão latina que significa “cabeça”
CE	Comunidade Europeia
CEE	Comunidade Económica Europeia
CF	Constituição Federal
Cfr.	Conferir
<i>Cit.</i>	abreviatura de expressão latina <i>citatum</i> , <i>citato</i> , que significa “citada”.
com.	comissão
coord.	coordenação
DL (ou D.L.)	Decreto-lei
ECA	estatuto da criança e do adolescente
Ed.	Edição
ES	Estado do Espírito Santo
<i>et al.</i>	expressão latina que significa “e outros”.
GO	Estado de Goiás
<i>Ibidem</i>	palavra de origem latina que significa “no mesmo lugar”, “na mesma passagem”
<i>Idem</i>	palavra de ordem latina que significa “o mesmo”, “igual”
<i>i.e.</i>	abreviatura de expressão em latim <i>exempli gratia</i> , que significa “isto é”
LTDA	sociedade limitada
MG	Estado de Minas Gerais

n.º	Número
ONU	Organização das Nações Unidas
org.	organizador
p.	página
PE	Estado de Pernambuco
pp.	páginas
prof.	professor
RAPEX	<i>Community Rapid Information System</i> (sistema de informação de rápida comunicação)
RDPC	Revista Portuguesa de Direito do Consumidor
rev.	revista
RJ	Estado do Rio de Janeiro
RS	Estado do Rio Grande do Sul
RT	Revista dos Tribunais
S.A.	sociedade anônima
SC	Estado de Santa Catarina
ss.	seguintes
SP	Estado de São Paulo
STJ.	Superior Tribunal de Justiça
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	Tratado de Fundação da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
TJCE	Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
UE	União Europeia
<i>Vide</i>	expressão latina que significa “veja”
<i>v.g.</i>	<i>verbi gratia</i> , palavra latina que significa "pela graça da palavra", ou "por exemplo".
Vol.	Volume

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1.....	17
A VULNERABILIDADE GERAL E A ESPECIAL VULNERABILIDADE: NOVOS ASPECTOS À PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES	17
1.1. A proteção contratual do consumidor. O princípio da igualdade nas relações privadas. A preservação da autonomia privada através da igualdade	17
1.2. Igualdade, relações privadas e direitos fundamentais: breves apontamentos.....	24
1.3. A admissão da vulnerabilidade do consumidor como pressuposto do equilíbrio material e sua proteção contratual	27
1.4. Agravamento da vulnerabilidade dos consumidores por fatores prejudiciais. Consumidores especialmente vulneráveis e a necessidade de sua proteção contratual.	33
CAPÍTULO 2.....	38
A UNIÃO EUROPEIA E A PROTEÇÃO CONTRATUAL DOS CONSUMIDORES.....	38
2.1. A política de proteção dos consumidores no direito originário da União Europeia.....	38
2.2. A política dos consumidores no direito derivado europeu: proteção dos consumidores através das directivas.....	44
2.3. A consagração da proteção dos consumidores através da directiva 2005/29/CE.....	46
2.4. O consumidor médio na Directiva n.º 2005/29/CE.....	49
2.4.1. Breves considerações sobre a cláusula geral do artigo 5º da Directiva n.º 2005/29/CE	49
2.4.2. Conceito de consumidor médio.....	52
2.4.2.1. Análise da noção de consumidor médio no Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de Maio de 2011	56
2.4.2.2. Análise da noção de consumidor médio no Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de Novembro de 2010.....	58
2.5. Consumidores particularmente vulneráveis a partir da Directiva n.º 2005/29/CE.....	60
2.5.1. Condições gerais	60
2.5.2. Os consumidores particularmente vulneráveis em outras normas de União Europeia.....	63
2.5.3 Análise da noção de consumidor vulnerável na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.....	66
CAPÍTULO 3.....	70
A PROTEÇÃO CONTRATUAL DOS CONSUMIDORES E A VULNERABILIDADE NA VISÃO PORTUGUESA	70
3.1. Breves notas sobre a evolução legislativa de defesa dos consumidores em Portugal	70
3.2. Anteprojecto do código de defesa do consumidor	73
3.3. Direito do consumidor e direito civil	76
3.4. Noção de consumidor	79
3.5. Consumidor médio no Decreto-Lei n.º 57/2008	82
3.5.1. Conceito de consumidor médio.....	82
3.5.2. Análise da noção de consumidor médio na jurisprudência portuguesa.....	84

3.6. Consumidor particularmente vulnerável no Decreto-Lei n.º 57/2008.....	85
CAPÍTULO 4.....	88
A VULNERABILIDADE E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO DIREITO BRASILEIRO: DA VULNERABILIDADE GERAL À VULNERABILIDADE AGRAVADA (OU HIPERVULNERABILIDADE).....	88
4.1. O direito do consumidor no Brasil e o conceito de Consumidor na Lei 8078/90	88
4.1.1. Breves notas sobre a evolução da proteção do consumidor no Brasil.....	88
4.1.2. Noção de consumidor segundo o Código de Defesa do Consumidor	91
4.2. Vulnerabilidade do consumidor	97
4.2.1. Diferença entre hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor.....	99
4.3. A hipervulnerabilidade (ou vulnerabilidade agravada) dos consumidores: previsão constitucional e a contribuição da jurisprudência para o seu alcance. Os casos de consumidores hipervulneráveis em razão da idade e de doença.....	101
4.3.1. Hipervulnerabilidade (ou vulnerabilidade agravada) do consumidor criança.....	103
4.3.2. Hipervulnerabilidade (ou vulnerabilidade agravada) do consumidor idoso.....	107
4.3.3. Hipervulnerabilidade (ou vulnerabilidade agravada) do consumidor doente.....	112
CONCLUSÃO	118
JURISPRUDÊNCIA.....	148

INTRODUÇÃO

O histórico discurso de John F. Kennedy, presidente dos Estados Unidos, em 15 de março de 1962¹, invocou o Estado e a sociedade à defesa dos consumidores e influenciou as relações contratuais privadas com o fim de protegê-los nas transações estabelecidas com as empresas para obtenção de produtos ou serviços. Nestas situações, eles apresentam flagrante debilidade frente a empresa, sendo a compreensão de sua fragilidade o fator que explica todo um conjunto normativo e todo um debate acerca da necessidade constante de proteção destes.

O direito sempre protegeu os mais fracos². Ao longo dos séculos, os ordenamentos jurídicos, desde os mais primitivos até os mais modernos, compreendiam a necessidade de proteção das pessoas em situação de desvantagem. Claramente, com o passar dos anos, o direito altera os seus mecanismos de tutela dos desfavorecidos em concomitância com os valores sociais vigentes, e o direito privado também imbuu-se desta vertente jurídica de enxergar e salvaguardar os mais fracos³.

A história mostra que desde a antiguidade, a normatividade de caráter civil e comercial aponta algumas medidas de proteção dos mais frágeis ou vulneráveis que podem configurar uma espécie de defesa indireta aos compradores (hoje, por definição, consumidor⁴). Desta maneira, a vulnerabilidade da pessoa deixou de ser algo meramente

¹ O presidente John F. Kennedy, em discurso ao Congresso Americano em 1962, proferiu os seguintes dizeres: “Os consumidores, por definição, incluem todos nós. Eles são o maior grupo na economia, afetando e sendo afetados por quase todas as decisões econômicas públicas e privadas. Dois terços de todos os gastos na economia são feitos pelos consumidores. Mas eles são o único grupo importante na economia que não é efetivamente organizado, cujas opiniões muitas vezes não são ouvidas”. cfr. John F. Kennedy. *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest, 1962*. Disponível em <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108#axzz1wFt70jkC>. Acesso em 12 de abril de 2015.

² Cfr. António Menezes Cordeiro. *Tratado de direito civil português*, Vol. I, Tomo I, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 202, assinala que, “desde o início que o Direito visou proteger os mais fracos”.

³ Cfr. José Geraldo Brito Filomeno. *Manual de direitos do consumidor*. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2010, pp. 3 e 4; Fábio Konder Comparato. *A proteção do consumidor: importante capítulo de direito econômico*. in: Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor – (Coleção doutrinas essenciais, v.1)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 737; Newton de Lucca. *Direito do consumidor: teoria geral da relação jurídica de consumo*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 32 a 45; Marcelo Gomes Sodré. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 2 a 5; Ecio Perin Junior. *A globalização e o direito do consumidor: aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais*. Barueri, SP: Manole, 2003, pp. 5 a 6.

⁴ Cfr. Ricardo Lorenzetti. *Fundamentos de direito privado apud Marília Zanchet. A vulnerabilidade e a proteção dos mais fracos no MERCOSUL*. Cadernos do programa de pós-graduação Direito/UFRGS. n.º 3 (2005). Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50235/31381>. Acesso em 06 de

relacionado ao seu próprio comportamento e tornou-se um instrumento jurídico justificador de medidas de proteção em ocasiões de latente desequilíbrio – neste caso, o desequilíbrio nas relações entre particulares⁵.

É relevante, para os efeitos pretendidos nesta pesquisa, iniciarmos a construção da noção da vulnerabilidade a partir do século XVIII, especificamente através de fenômenos sociais que influenciaram a sociedade mundial em várias vertentes das relações humanas, para alcançarmos a presença justificada do direito privado na Constituição – dentro da ordem jurídico-constitucional atual de Brasil e Portugal, o direito privado está presente⁶ – são consequência do assentamento do direito privado nos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Partindo desse pensamento, decidimos neste trabalho desenvolver a temática da vulnerabilidade dos consumidores, fazendo um estudo de direito comparado, uma vez que, durante o primeiro ano do Mestrado nesta Faculdade, participamos paralelamente do curso de Pós Graduação em Direito dos Contratos e do Consumo, em que, nas aulas das disciplinas relacionadas ao direito do consumo, e durante as discussões, não percebíamos a repercussão e uma importância destacada da vulnerabilidade dos consumidores - como base de um sistema direcionado à sua proteção - entre as diversas directivas da União Europeia e nas suas transposições aos decretos-lei em Portugal, exploradas durante o curso e, assim, nos causando inquietude - ademais vindo de outra realidade política protetiva, que é a realidade brasileira.

Isto porque, a ideia da vulnerabilidade é aclamada e repetida por diversas vezes pelos autores e pela jurisprudência brasileira e assume a condição de norma principiológica fundamental da política de proteção dos consumidores no Brasil. Assim, vimos aqui um aspecto metodológico suficiente para desenvolver uma rica pesquisa em direito comparado, de modo, a perceber como a União Europeia e Portugal, em comparação com Brasil, explicam a vulnerabilidade utilizada como pauta da proteção referida. Por

maio de 2015, buscou mostrar que a ideia da vulnerabilidade pode ter origem na Roma antiga, e que esta ideia tem, como ponto de partida, a interpretação em favor do devedor que evoluiu até chegar ao favor debilis em benefício do consumidor.

5 Neste sentido, cfr. Claudia Lima Marques. *Algumas considerações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado brasileiro*. Direito privado, constituição e fronteiras: encontro da associação luso-alemã de juristas no Brasil. 2ª ed., São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 312 e 313.

6 Cfr. Orlando Gomes. *A Agonia do Código Civil*. Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n.º 7, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1988, p. 5.

consequente, inquietou-nos responder aos seguintes questionamentos: como a vulnerabilidade é vista e posicionada no sistema de proteção dos consumidores nestes ordenamentos jurídicos? A vulnerabilidade é norma principiológica posta como fundamento das normas da União Europeia, Portugal e Brasil?

Notamos que a proteção dos consumidores parte também da ideia de se tratar o consumidor como um agente econômico⁷ e o consumo sempre foi um conceito de economia⁸, porque a preocupação desses é um dos objetivos dessa ciência. Neste estudo, ao analisarmos a vulnerabilidade dos consumidores, sopesamos imperativamente a realidade de cada mercado e, conseqüentemente, de cada sociedade. Ponderamos que, apesar dessa possível comparação entre as realidades da União Europeia, Portugal e o Brasil, devemos analisar com cautela, pois há realidades distintas entre os citados sistemas jurídicos.

Dessa forma, o trabalho se iniciará com a compreensão dos consumidores como vulneráveis. No primeiro capítulo, entenderemos a necessidade de perceber o fundamento da vulnerabilidade como explicação para a proteção jurídica dos consumidores. Por isso, precisaremos partir da construção da igualdade como direito fundamental e, também, como princípio do direito privado, com o escopo de demonstrar que é necessária a igualdade nas relações contratuais entre consumidores e empresários⁹.

Convém ressaltarmos que as relações contratuais de consumo neste último século impuseram uma nova realidade contratual a que os estudiosos chamam de contratos por adesão. Sendo assim, percebemos que a autonomia da vontade, na sua vertente mais admitida, a liberdade contratual, está limitada. As transações estabelecidas entre

⁷ Cfr. Adalberto Pasqualotto. *Defesa do consumidor*. in: Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor – (Coleção doutrinas essenciais, v.1)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 41, que percebe que o “Consumo sempre foi um conceito de economia. Significa o último estágio do processo econômico, aquele em que os bens servem a satisfação das necessidades. Recentemente, consumo passou a ser uma preocupação do Direito, consequência de fenômenos econômicos, como a industrialização, a produção em série e a massificação”.

⁸ Entendemos que, se os direitos dos consumidores alcançam o *status* de área autônoma do direito, ele não será um conceito só da economia.

⁹ O direito privado tem, nas suas relações contratuais, uma vertente com características próprias. As obrigações contraídas por consumidores nas relações contratuais estabelecidas com as empresas são obrigações relacionais, pois partem da premissa de que um dos sujeitos do negócio jurídico de consumo é consumidor, assim definido em lei. Portanto, só podemos falar de consumidores quando esse encontra-se identificado na transação com o empresário. Sem consumidor não há direito à sua proteção, estaríamos, por consequente, na tratativa geral do direito civil.

consumidores e empresas são claramente desiguais, pois há uma vantagem económica e técnica destas em relação aqueles, tendente a interferir na sua liberdade de escolha.

O tratamento da igualdade nas relações privadas, especificamente, nas relações entre consumidores e empresários é basilar para a aplicação da perspectiva do reequilíbrio contratual, para a manutenção da liberdade de escolha daqueles e para o desenvolvimento da liberdade contratual. É a partir da ligação entre a proteção contratual e a preservação da autonomia da vontade que a igualdade fundamenta uma característica/condição inerente ao consumidor: a vulnerabilidade.

Após tratarmos de tais questões, passaremos ao entendimento da vulnerabilidade como ponto de partida e explicação da sistemática de proteção dos consumidores em cada ordenamento jurídico.

Nos capítulos seguintes, em sequência, abordaremos a vulnerabilidade na União Europeia e nos deteremos à sua verificação na Directiva n.º 2005/29/CE, especificamente no artigo 5º. Em Portugal, no Decreto-Lei n.º 57/2008 - transposição da directiva mencionada - nos artigos 5º e 6º, e, no Brasil na lei 8.078/90. Sendo a base dos próximos capítulos, tentaremos responder as seguintes questões: a vulnerabilidade é ampla e geral quando comparamos União Europeia, Portugal e Brasil? Como é tratada a vulnerabilidade entre estes ordenamentos jurídicos?

Para além dessa análise, identificamos grupos de consumidores que, por fatores ou condições pessoais sofrem maior prejuízo na liberdade de escolha e decisão nos contratos pactuados com empresas. Assim, vimos a necessidade analisar não apenas a vulnerabilidade, mas, também, esta “variação” da vulnerabilidade considerada a partir de alguns fatores como a idade, a doença, a credulidade, dentre outros, que agravam ou aumentam a sua já reconhecida condição de consumidor vulnerável. A este aumento da vulnerabilidade, os autores e a jurisprudência no Brasil nomearam de hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada, sendo que na União Europeia e em Portugal, as normas trataram como particularmente vulneráveis¹⁰. Adentraremos no universo de uma “especial vulnerabilidade”, tema já abordado em textos legais na União Europeia, a partir da directiva n.º. 2005/29/CE, e, em Portugal, no Decreto-lei n.º 57/2008, bem como no Brasil, na lei n.º 8.078/90, tendo sido consolidado e ampliado na jurisprudência.

¹⁰ Para englobar a variação destas expressões preferimos utilizar no decorrer do trabalho a expressão “especial vulnerabilidade”.

Ao identificar esta “especial vulnerabilidade” passamos a questionar: Qual o fundamento de uma “especial vulnerabilidade” - ou hipervulneráveis ou particularmente vulneráveis - dentro de uma sistemática de proteção dos consumidores? Existem, ou caso não existam, deve haver normas específicas para estes grupos especialmente vulneráveis? Trata-se de uma nova categoria jurídica dentro do direito do consumidor?

Por fim, as indagações acima expostas são a construção do raciocínio a ser desenvolvido neste trabalho, que tem como questão central buscar, por meio de um estudo comparado, a análise do tratamento da vulnerabilidade e da “especial vulnerabilidade” - leia-se hipervulnerabilidade ou particularmente vulnerável - nos sistemas de proteção dos consumidores na União Europeia, Portugal e Brasil, os seus fundamentos, a sua previsão legal e a sua interpretação através da jurisprudência.

Em um cenário de globalização e integração de mercados e de consumidores que adquirem produtos de todas as partes do mundo, podemos dizer que hoje o direito consumerista está mais vivo do que nunca, sendo um campo de investigação que está em constante mudança. Nas palavras de *Thierry Bourgoignie* sobre a evolução do direito do consumidor, “os fundamentos que lhe conferem plena legitimidade devem ser explicitados; as suas disposições actuais devem ser revistas e actualizadas; o arsenal normativo existente consolidado e a sua autonomia garantida”¹¹.

Trata-se até de uma afirmação retórica dentro da academia dizer que o direito deve estar atento aos fenômenos sociais¹². De modo que, como se observou há 50 anos, havia nas relações contratuais pessoas com dificuldades de agir com liberdade na escolha e decisão dos seus interesses econômicos. Dessa maneira, há de se perceber que, nos dias atuais, existem pessoas que têm uma maior dificuldade em atuar no mercado, integrando relações jurídicas no livre desempenho de sua liberdade contratual.

Sejam estes grupos de consumidores, nominados de hipervulneráveis ou particularmente vulneráveis, o fato é que a sociedade atual e o Estado devem, em continuidade aquela convocação do presidente Kennedy, perceber que o mercado mudou e

¹¹ Cfr. Thierry Bourgoignie. *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*. GREDEC UQAM, Ed. Yvon Blais, 2006 *apud* Jorge Pegado Liz. *Tendências internacionais e nacionais da política de proteção dos consumidores*. Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo, n.º 5, Curitiba: Editora Bonijuris LTDA e J.M. Editora e Livraria LTDA, 2011, pp. 75 a 126.

¹² Cfr. Miguel Reale. *Lições preliminares de direito*. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 2, “O Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua socialidade, a sua qualidade de ser social”.

está cada vez mais detalhado e complexo, com uma gama de serviços e produtos cada vez maior, sendo que certos grupos de consumidores não têm condição psicológica, fisiológica ou por qualquer outro fator, de acompanhar a diversidade da tecnologia e da ciência, sem que o seu poder de decisão seja alterado ou prejudicado.

CAPÍTULO 1

A VULNERABILIDADE GERAL E A ESPECIAL VULNERABILIDADE: NOVOS ASPECTOS À PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

1.1. A proteção contratual do consumidor. O princípio da igualdade nas relações privadas. A preservação da autonomia privada através da igualdade

No direito privado, a igualdade e a autonomia da vontade sempre estiveram ligadas, pois pressupomos que para alguém exercer sua liberdade nas transações que celebra, carece estar em condições igualitárias com outrem envolvido neste negócio, para que assim tomem as decisões inerentes aos seus interesses patrimoniais ou pessoais.¹³

Dentro do direito privado, o direito civil pauta-se nas relações entre sujeitos com liberdade e igualdade para exercerem seus mais diversos interesses através de negócios jurídicos que podem ser pactuados. A liberdade é pressuposto para os sujeitos atuarem conforme livre entendimento, detentores que são de autonomia privada¹⁴. A igualdade é pressuposto para os sujeitos privados atuarem no mesmo plano, com as mesmas condições.

Ocorre que, houve um período em que o direito privado assentado na ideologia da liberdade econômica, do reconhecimento formal da liberdade e igualdade dos homens como aspectos natural a estes, e, principalmente, na visão antagônica entre Estado e sociedade.

No século XIX, a noção de contrato esculpida dentro da estrutura liberal, pautava-se nesta relação entre a igualdade e a liberdade, e supria bem a realização de transferência

¹³ Cfr. Jorge Morais Carvalho. *Os contratos de consumo: reflexão sobre autonomia privada no direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 601, que entende que “a ligação à igualdade é pressuposta, uma vez que na génese da autonomia privada se encontra a premissa de que as pessoas têm condições iguais para gerir os assuntos relacionados com as suas vidas, em especial os que produzem efeitos jurídicos. Na realidade, a autonomia privada, pelo menos na sua origem, apenas pressupunha a igualdade formal, considerada suficiente para garantir a autodeterminação das pessoas. Hoje, exige-se mais do conceito de igualdade, nomeadamente a eliminação dos obstáculos materiais resultantes das diferenças acentuadas de poder entre as pessoas, com vista a que todas possam manter a sua liberdade no momento da decisão de produzir efeitos jurídicos; Diogo Leite Campos. *Lições de direitos da personalidade*. 2ª ed. Coimbra: Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 66, 1995, p. 103

¹⁴ Cfr. Inocêncio Galvão Teles. *Direito das obrigações*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 62, que afirma que “a autonomia implica uma ideia de liberdade, que pode ser maior ou menor”.

de bens ou patrimônio interpartes, pouco importando a posição das pessoas no negócio jurídico, bem como sua força econômico na transação. Como dissemos, a autonomia da vontade integrava perfeitamente esta estrutura, encontrava-se sustentada ainda pelas ideias de liberdade contratual e da obrigatoriedade dos contratos.

Este paradigma contratual, encontrava-se sob as vestes do Estado Liberal, que caracteriza-se por um Estado mínimo no qual os indivíduos buscavam seu bem-estar pelo exercício da liberdade plena, sem interferência estatal, num perfeito antagonismo entre sociedade e Estado. Neste período a ideia de liberdade é alicerçada pela da igualdade formal¹⁵, que admitia a ideia de que todos são iguais e podem agir livremente, segundo suas convicções e vontades.

Com efeito, observe-se que, como rápido instrumento de transferência patrimonial, o contrato serviria como meio da imposição da vontade de quem tivesse condições econômicas de impor suas vontades, notadamente para aqueles sujeitos que acumulavam riquezas e participavam do processo de produção de bens e serviços. A autonomia da vontade sustentava a ideologia do lucro a qualquer preço sob aspecto da liberdade, e o contrato era o instrumento de prevalência da objeto e não do sujeito.

Como a liberdade serviria para aqueles que, com vantagem patrimonial e domínio na produção, pudessem impor sua vontade ao sujeito privado que estivesse economicamente em desvantagem. Dessa maneira estava concretizada uma relação desequilibrada entre sujeitos, repita-se, sob a premissa de uma “liberdade contratual”¹⁶, que sustenta somente a predominância do objeto da contratação, buscando a transferência de patrimonial e, conseqüentemente, o lucro.

O modelo liberal começou a ser superado no final do século XIX, uma vez que a igualdade jurídica formal não foi suficiente para conter os descontentamentos das classes menos favorecidas, além das subseqüentes crises econômicas e sociais decorrentes das

¹⁵ Cfr. Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 229.

¹⁶ Cfr. Enzo Roppo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 38 que esclarece que “... então pense-se no produtor de bens ou de serviços essenciais, que goza no mercado de uma posição monopolista: os consumidores estarão constringidos, para satisfazer as suas necessidades, a aceitar todas as condições que lhes queira impor, sem nenhum poder real de participar na determinação do conteúdo do contrato: “pegar ou largar”. A disparidade de condições econômico-sociais emitente, para além do esquema formal da igualdade jurídica abstracta dos contraentes, determina, por outras palavras, disparidade de “poder contratual” entre partes fortes e partes débeis, as primeiras em condições de conformar o contrato segundo os seus interesses, as segundas constringidas a suportar a sua vontade, em termos de dar vida a contratos substancialmente injustos: é isto que a doutrina baseada nos princípios da liberdade contratual e de igualdade dos contraentes, face à lei, procura dissimular, e é precisamente nisto que se manifesta a sua função ideológica”

duas grandes guerras. Houve a passagem do estado Liberal individualista para o Estado Social¹⁷, com a elevação do entendimento de uma igualdade material, auxiliada por uma postura intervencionista do Estado¹⁸.

Como o paradigma liberal encontrava-se desatualizado, passou-se a contestar a prática contratual respaldada na liberdade, e a presença do Estado no auxílio destas distorções no âmbito das relações privadas. O contrato como instrumentos de bens e serviços sofre reflexivamente profundas alterações no âmbito da liberdade contratual - e também na liberdade de contratar¹⁹.

Emerge a necessidade da atuação do direito com vistas a um equilíbrio contratual. Assim, por esta nova ordem constitucional, passa o Estado a ter necessidade de intervir em determinadas relações, com o escopo de regradar a liberdade do desenvolvimento individual²⁰. Consubstancia-se numa tentativa de composição e conciliação entre as liberdades individuais e os direitos sociais, buscando sempre a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sob o condão das mudanças sociais do século passado, ocorre o reconhecimento do valor da pessoa também nas negócios jurídicos privados, em detrimento do objeto da contratação²¹. O Estado deve proteger as pessoas de modo que as relações privadas não

¹⁷ Cfr. J.J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 87 a 89

¹⁸ Cfr. Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. cit., p. 229: “Em suma, no Estado liberal do século XIX a Constituição disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais (direitos civis e direitos políticos) ao passo que hoje o Estado social do século XX regula uma esfera muito mais ampla: o poder estatal, a Sociedade e o indivíduo.”

¹⁹ Cfr. Luis Manuel Teles de Menezes Leitão. *Direito das obrigações*, vol. I. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 26, “daí que a ordem jurídica tenha que abandonar um paradigma de tutela absoluta da autonomia privada para estabelecer, em certos casos, igualmente uma tutela da parte mais fraca, o que implica aceitar restrições pontuais à liberdade contratual”; Antunes Varela. *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 244; cfr. Inocêncio Galvão Teles. *Direito das obrigações...*, cit., p. 62 que, com análise um pouco distinta dos anteriores, entende que “no domínio dos contratos patrimoniais essa liberdade ainda se mantém ampla, embora tenha sofrido e continue a sofrer limitações, por vezes excessivas, decorrentes do intervencionismo do legislador”.

²⁰ São exemplos da inserção dos direitos dos consumidores na relação de direitos fundamentais a Constituição Portuguesa, que na Parte I (direitos e deveres fundamentais), Título III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais), Capítulo I (Direitos e deveres económicos), artigo 60. E a Constituição Brasileira no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres individuais e coletivos), artigo 5, XXXII. Neste sentido cfr. José Casalta Nabais. *O estatuto constitucional dos consumidores*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. 1, 2010, pp. 484 a 497.

²¹ Cfr. Orlando de Carvalho. *A teoria geral da relação jurídica: seus sentidos e limites*. 2ª ed. Coimbra: Centelha, 1981, p. 92 que esclarece que “... restaurar a primazia da pessoa é assim o dever número um de uma teoria do direito que se apresente como teoria do direito civil”.

podem passar ao largo desse dever de proteção estatal²². Neste universo, as relações de contratuais de consumo consideram uma particular fragilidade do sujeito que integra necessariamente esse tipo de relação: o consumidor²³.

A proteção do consumidor relativizou alguns dogmas contratuais clássicos, a exemplo da autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos, para acompanhar as mudanças sociais e econômicas na cadeia produtiva²⁴. Procurou-se uma liberdade contratual alçada em soluções mais justas e equilibradas para os sujeitos privados em desvantagem transacional, e, assim, há de se reconhecer que a tutela dos consumidores é ligada a liberdade contratual²⁵.

Houve o reconhecimento de que nas relações negociais são mais fortes, e com isso, tem condição de transferir seus riscos e custos profissionais para os outros, os mais fracos²⁶, é aspecto relevante para considerar o alcance da igualdade material. Tornou-se necessário limitar também a liberdade de alguns e estabelecer uma maior solidariedade no mercado e assegurar direitos de ordem pública aos mais fracos²⁷.

²² Cfr. Newton de Lucca. *Os direitos dos consumidores no Brasil e no Mercosul*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n. 1, 1999, p. 183 que entende que o “projetado Estado social há de possuir o direito de deslocar das mãos dos empresários o eixo de rotação do mercado, não o deixando apenas no cerne exclusivo da produção, mas deslocando-o para o binômio produção-consumo”.

²³ Referente a proteção dos consumidores em Portugal, Cfr. Mário Júlio de Almeida Costa. *História do Direito Português*. cit. pp. 599 e 600 que entende que “da denúncia da condição de debilidade do consumidor enquanto vítima de uma sociedade de consumo agressiva, passou-se à emergência de um direito do consumidor marcado por vasta legislação dispersa e fragmentária. Inclusive, foi criada, entre nós, uma comissão de especialistas que preparou afincadamente um anteprojeto de Código do Consumidor, submetido a discussão pública”.

²⁴ Neste sentido cfr. Ana Prata. *A tutela constitucional ...*, cit., p. 77 e 78 que entende que “na medida em que não exista uma real igualdade econômica ou contratual dos sujeitos contrastantes, a livre manifestação das suas vontades corresponderá necessariamente ao exercícios de liberdades qualitativamente muito diversas. Aquele que se encontra num estado de necessidade por não ter alternativas contratuais ou que se acha numa situação de indiscutibilidade (ou de muito restrita discutibilidade) nos termos contratuais, não exerce a sua liberdade ao contratar; cfr. Claudia Lima Marques. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. cit., p. 27.

²⁵ Cfr. Guilherme Machado Dray. *Breves notas sobre o ideal de justiça contratual do contraente mais débil*. in: Estudos em Homenagem aos Prof. Doutor Inocêncio Galvão Teles, Pinto Monteiro (org.), Vol. I. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 76 e 77.

²⁶ Cfr. Claudia Lima Marques. *Contratos no código de defesa do consumidor:....*, cit., p. 27.

²⁷ Cfr. A. Castanheira Neves. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra editora, 1ª ed. (Reimpressão), 2014, p.135; cfr. Robert Alexy. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.385. “Portanto, o princípio geral da igualdade dirigido ao legislador não pode exigir que todos devem ser tratados da mesma forma exata, nem que todos devem ser iguais em todos os aspectos. Além disso, não pode permitir que qualquer diferenciação e se qualquer distinção é ter qualquer conteúdo. Ele perguntar-se se e como ele pode ser um meio-termo entre esses extremos. Uma chave sobre a fórmula oferta Clássica: “Temos de tratar mesmo como iguais e desigual para os desiguais”.

Dessa maneira, a igualdade é um direito fundamental, portanto deve ser protegido e efetivado pelo Estado, de modo que uma relação contratual em que um dos sujeitos encontra-se em desvantagem, encontramos respaldo jurídico para que o Estado proteja os consumidores, primeiro, como efetivação de um direito fundamental, e, segundo, como reconhecimento de que há um claro desequilíbrio na relação que desfavorece a um dos seus sujeitos²⁸.

Evidencia-se o interesse pelo equilíbrio contratual para que um dos sujeitos não sofram tantos prejuízos. Assim, visualiza-se a necessidade de uma efetiva igualdade material em detrimento de uma igualdade formal²⁹, pois foi percebido que não basta a afirmação de igualdade sem que ela venha de fato acontecer, considerando que as desigualdades existentes acabam por impossibilitar o exercício da liberdade contratual, sendo necessário agir para assegurar certas condições mínimas a fim de que os contratantes desfrutem dos direitos constitucionais que lhe são garantidos³⁰.

²⁸ Sobre princípio da igualdade nas relações que envolvem particulares Luís Carvalho Fernandes. *Teoria geral do direito civil*, vol. I, 5 ed. Lisboa: Universidade Católica editora, 2009, pp. 85 a 92; Ana Prata. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, pp. 105 e 106 afirma que “numa perspectiva de relação da igualdade negociar, isto é, na perspectiva da tutela do contraente débil (...) “uma imposição constitucional de actuação estatal pautada pela remoção dos obstáculos a uma efectiva igualdade entre os cidadãos não pode, desde logo, a um nível geral, deixar de determinar uma orientação legislativa e jurisdicional no sentido de integrar as posições de desequilíbrio contratual através de medidas tuteladoras da capacidade real das partes contratualmente débeis”. Para Celso Antônio Bandeira de Mello. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 25 “sem agravos à isonomia a lei pode atingir uma categoria de pessoas ou então voltar-se para um só indivíduo, se, em tal caso, visar a um sujeito indeterminado e indeterminável no presente”; José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 258 e ss.

²⁹ Ressaltamos que tratar do princípio da igualdade é buscar a difícil tarefa de de interpretá-lo. Ocorre que não pertence a esta pesquisa esta tarefa, de modo que precisamos apenas fazer a ligação entre o princípio referido e o direito do consumidor, entre a isonomia constitucional e a vulnerabilidade como razão da proteção do consumidor frente aos profissionais.

³⁰ Cfr. Cláudia Lima Marques. *Contrato no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4.ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002, p. 153; sobre igualdade e a defesa do consumidor Luiz Renato Ferreira da Silva. *O princípio da igualdade e o código de defesa do consumidor*. in: Cláudia Lima Marques; Bruno Miragem. *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor - (Coleção doutrinas essenciais, v.1)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 259 a 271; Maria da Glória F. P. D. Garcia. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 20 e 21 que entende que “transpondo o princípio da igualdade como princípio informador de toda a ordem jurídica para questão antes colocada da eventual eficácia do princípio nas relações intersubjectivas ... aceita-se a vinculação das relações privadas ao princípio da igualdade em três momentos: em primeiro lugar, o da proibição de discriminação com base em categorias que ponham em causa a dignidade humana - sexo, raça... -, o que implica limitações a liberdade negocial”; Jorge Reis Novais. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 100 que entende que “se o Estado impõe legislativamente em nome do princípio da igualdade, determinados deveres de comportamento aos particulares nas relações que estabelecem deveres de comportamento aos particulares nas relações que estabelecem com outros particulares, daí nascem direitos subjetivos intocáveis nas relações privadas. Mas

Por conseguinte, e em apertada síntese, não podemos deixar de ressaltar e esclarecer que “a interpretação adequada de tal princípio é tão antiga quanto Aristoteles, que já explicava que o seu resultado adequado advinha da fórmula: dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade”³¹.

Especificamente para nossa pesquisa, é imperioso esclarecer que o legislador precisa reconhecer - é assim que ocorre nos sistemas jurídicos que assumem a necessidade de proteção do consumidor, e o fazem na Constituição - que certos grupos de pessoas ou de indivíduos são desiguais, e por serem assim precisam de tratamento diferenciado para alcançar-se a pretendida igualdade material como consequência do alcance do preceito constitucional da isonomia.

É simplesmente o que ocorre com a proteção dos consumidores. Há um reconhecimento da fragilidade dos consumidores diante dos profissionais - ou seja, grupos de pessoas e indivíduos desiguais - e a partir deste aspecto discriminam-se os grupos - grupos de consumidores e grupos de profissionais - para poder lhes dar tratamento diferenciado³².

Ferreira de Almeida reforça-nos que “a igualdade formal cria e sustenta a desigualdade de facto; só o tratamento diferenciado das pessoas jurídicas, em sentido inverso da sua potência económica, pode contrariar o fenómeno da discriminação nascida dos princípios abstractos da igualdade e da liberdade”³³. Percebamos que a igualdade é utilizada para proteger e combater a discriminação em razão das diferenças que podem haver entre os particulares, principalmente quando estas diferenças são muito grande, como mais forte e o mais fraco. Em outras palavras, seria o tratamento desigual dentro de uma relação que já nasce desigual, típica do direito do consumidor³⁴.

este é um enquadramento dogmático qualitativamente distinto, daquele que resultaria do reconhecimento da oponibilidade directa a outros outros particulares de direito constitucional a um tratamento igual, não discriminatório ou não arbitrário”.

³¹ cfr. Rizzatto Nunes. *Curso de direito do consumidor*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74. Neste sentido, sobre a explicação de Aristoteles sobre igualdade Luís Carvalho Fernandes. *Teoria geral do direito civil*. cit., p. 89; Nelson Nery Junior. *Os Princípios Gerais do Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, n.º 07, 1992. p. 53.

³² Cfr. Antunes Varela. *Das obrigações em geral...*, cit., p. 211 que entende que, com a restrição da liberdade negocial, o contrato tem modificado seu papel na sociedade atual, e explique isso ao afirmar que “o intuito foi de eliminar os graves inconvenientes da liberdade incontrolada das partes...”.

³³ Cfr. Carlos Ferreira de Almeida. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 18.

³⁴ Cfr. Cláudia Lima Marques; Bruno Miragem. *O novo direito privado...*, cit., p. 112.

Assim o direito privado hoje precisa precisa diferenciar o mais fraco para protegê-lo, assegurando-o direito especiais³⁵. De modo que o princípio da igualdade hoje exige uma igualdade formal (igualdade na aplicação da lei, vedando a aplicação desigual da lei a situações idênticas) e material (igualdade perante a lei, sendo que esta igualdade substancial impõe aos legislador que trate desigualmente os desiguais)^{36 37}.

Com base nas ideias expostas, podemos perceber que todos estes fatores convergiram para que o contrato fosse tratado sob uma nova óptica, alicerçada na ideia de que a autonomia individual passa a ser substituída por uma política econômica de defesa dos mais fracos, no nosso caso os consumidores, que justifica intervenção estatal no domínio do direito privado por haver um desequilíbrio excessivo de pretensões entre sujeitos privados³⁸.

³⁵ Cfr. Carlos Ferreira de Almeida. *Os direitos dos consumidores... cit.*, p. 19: “ A construção jurídica de tipos foi nalguns casos concebida por forma a estabelecer diferenças institucionalizadas, conforme a situação sócio-económica que, de modo predominante lhes corresponde. Já não se trata então de igualdades formais que as condições económicas preenchem desigualmente, mas de verdadeiras desigualdades abstratas, rompendo a equilíbrio justo de prestação, a favor de um dos contratantes, e precisamente o mais favorecido pela pela posição predominante no mercado. A “técnica” usada mais frequentemente nestes casos consiste no estabelecimento de formas supletivas favorecendo uma das partes, normas que a parte mais débil dificilmente afastará, ou por desconhecimento ou por insuficiência de força negocial”. Neste sentido cfr. Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. *O novo direito privado... cit.*, p. 112.

³⁶ Cfr. Cláudia Lima Marques e Antonio Herman V. Benjamin. *Comentários ao Código ...*, p. 144 que entende que “A igualdade é uma visão macro do homem e da sociedade, noção mais objetiva e consolidada, em que a desigualdade se aprecia sempre pela comparação de situações e pessoas: aos iguais trata-se igualmente, aos desiguais trata-se desigualmente para alcançar a justiça. Já a vulnerabilidade é ilha deste princípio, mas noção lexível e não consolidada a qual apresenta traços de subjetividade que a caracterizam: a vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos. Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado (assim Rippert, *La règle morale*, p. 153), e uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (*Fiechter Boulevard, Rapport*, p. 328), é a técnica para aplicá-las bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradas, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa”.

³⁷ Nesse contexto, podemos observar que essa mudança na interpretação e aplicação da igualdade - de formal para material -, está aliada à “superação do positivismo jurídico”, de acordo com análise feita na obra de cfr. Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda Barbosa. *Do Nexo de causalidade ao nexa de imputação: Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Vol. I, Parede: Princípios, 2013, p. 250 e ss., que entende que não se pode negar que houve uma evolução do pensamento exegético, fortemente preso a lei, “mas que é inequívoca a uma abertura a uma materialização do direito”. Neste sentido, cfr. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 242.

Entendemos que essa mudança na interpretação do direito vê-se refletida na temática objeto de nosso estudo. Os consumidores “especialmente vulneráveis”, que analisaremos mais a frente, são fruto da análise factual desses sujeitos com debilidade negocial, que, sem detida e específica previsão legal, careciam de uma alta proteção jurídica, alcançada na extensão da análise da leis de proteção do consumidor, também consequência dessa mudança aqui referida.

³⁸ Cfr. Luis Manuel Teles de Menezes Leitão. *Direito das obrigações...*, cit., p. 27 que entende que ocorrendo desigualdade económica das partes, a invocação do liberdade contratual torna-se meramente formal, uma vez que, em termos materiais, uma das partes se encontra constrangida à celebração do contrato”.

Nesses novos paradigmas contratuais, a autonomia da vontade e a liberdade contratual são estabelecidas - diferentemente da lógica liberal -, com base na interferência da igualdade como instrumento de reequilíbrio dos sujeitos nas relações privadas³⁹. Vê-se um direito privado que não abandonou a autonomia da vontade⁴⁰ e a liberdade contratual, mas fortaleceu-os sob uma lógica de relações entre particulares condizente com os anseios sociais pregados a partir do século XX, um instrumento de colaboração mútua de seus interesses, e não mais da prevalência exclusiva dos interesses de um deles^{41 42}.

O reequilíbrio contratual e a segurança dos sujeitos privados de consumo para livre desenvolvimento económico nas relações com outros particulares, tem a garantia do livre desenvolvimento dos seus direitos da personalidade, note-se, em primeiro plano, o direito de dispor e decidir sobre seu património⁴³.

Como vimos, o panorama contemporâneo dos contratos pauta-se na intervenção Estatal, disso não nos resta dúvida, além de outros instrumentos legais que sejam criados para que haja esta interferência do Estado no direito, houve um outro fenómeno de grande significância chamando por muito de constitucionalização do direito civil.

1.2. Igualdade, relações privadas e direitos fundamentais: breves apontamentos

No contexto da mudança do Estado Liberal para o social, dá-se a origem e a evolução dos direitos fundamentais, tendo como marco histórico as Revoluções Americana

³⁹ Cfr. Claus-Wilhelm Canaris. *A liberdade e a justiça contratual na "sociedade de direito privado"*. in: *Contratos: actualidade e evolução*, António Pinto Monteiro (coord.). Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 58.

⁴⁰ Cfr. Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*, vol. II, tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 295 que entende que "a autonomia da vontade nas relações entre os particulares não pode legitimar a prática de atos que, por si ou pelos comportamentos que envolvem ou permitem, sejam violadores da dignidade da pessoa humana".

⁴¹ Cfr. Roberto Wider. *O direito dos contratos e a autonomia da vontade: a protecção especial dos consumidores*. Estudos de Direito do Consumo, Centro de Direito do Consumo, n.º 5, 2003, p. 333, que atenta que "a justiça comutativa, que no âmbito do direito do consumo tem a sua melhor expressão na protecção da parte que dentro da relação contratual é considerada económica ou socialmente a mais fraca, não necessariamente no sentido literal, mas no conceito técnico jurídico de hipossuficiente".

⁴² Sobre uma análise do princípio da liberdade contratual na sociedade de massificação do consumo, demonstrando um posicionamento contrario a análise da liberdade contratual e a protecção dos consumidores, cfr. Fernando Araújo. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 466 e ss.

⁴³ Cfr. Rabindranath C. A. Capelo de Sousa. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora: 2011 que entende que "no âmbito das relações jurídicas entre os sujeitos participantes na produção dos bens e entre produtores e consumidores, vêm-se incorporado normas de tutela directa da personalidade humana".

e Francesa, que deram início ao pensamento da primazia do indivíduo em relação ao Estado⁴⁴.

No século XX as constituições ocidentais passaram a incorporar em seu texto uma série de direitos sociais e coletivos, consagrando os direitos fundamentais não só com dimensão subjetiva para a proteção de situações individuais, mas, além disso, uma dimensão objetiva para estabelecer valores de interesses gerais de uma sociedade⁴⁵.

O Estado Social, com o intuito de prover a proteção dos interesses sociais, exige nas suas Constituições normas conhecidas como programáticas, que são instruções que devem ser cumpridas pelos membros do poder executivo, os quais devem positivá-las, garantindo os direitos sociais⁴⁶.

Neste norte, é possível afirmar que os direitos fundamentais constitucionais se dirigem a proteger a pessoa, e além disso as relações entre particulares necessitam também apoiar-se em funções complementares dos direitos fundamentais. Eis o sentido dos direitos fundamentais: em parte, a pessoa deve ser titular de determinados direitos, que pela sua importância não estão à disposição do Estado, que deve protegê-los e efetivá-los⁴⁷.

A partir disso, pode-se afirmar que o Estado Social representou significativa mudança no que concerne à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito privado⁴⁸, pois

⁴⁴ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 16. Ver também Jorge Reis Novais. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 19; cfr. Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino. *A Caminho de um direito civil constitucional*. Revista Direito, Estado e Sociedade – Departamento de Ciências Jurídicas da PUC – RJ, nº I, dezembro, 1991, pp 131 a 135.

⁴⁵ Cfr. Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva Editora, 2009, p.82.

⁴⁶ Cfr. J.J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição...*, cit. p. 82; cfr. José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 23.

⁴⁷ Cfr. Marcelo Shenck Duque. *Fundamentação em torno da chamada “Drittwirkung” dos direitos fundamentais*. cit., p. 102. Em Portugal por decorrência da nova ordem política, os direitos fundamentais foram inseridos na nova e atual constituição, neste sentido Cfr. Mário Júlio de Almeida Costa. *História do Direito Português*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 598.

⁴⁸ É muito importante deixar claro que, como este trabalho pauta-se numa comparação entre os sistemas de proteção do consumidor nos ordenamentos jurídicos de Portugal e Brasil, há claras diferenças entre esses ordenamentos, quando adentrarmos no tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Em Portugal os autores ainda divergem sobre este tema, uns entendem pela eficácia direta (ou imediata) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, neste sentido cfr. J.J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição...*, cit. pp. 1290 a 1295; J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. I, 4ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2007, pp. 387 e ss.; Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional...*, cit., p. 292; Jorge Miranda. *Constituição portuguesa anotada*, tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 148 e ss; Ana Prata. *A tutela constitucional...*, cit., pp. 292 e 293; Vasco Pereira da Silva. *A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*. Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XXIX, n.º 2. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, pp.

foi possível, a partir da reestruturação do Direito Privado, a admissão de novos valores e princípios, agora voltados para a justiça social⁴⁹.

Entendemos que, há muito se deixou de conceber que os direitos fundamentais geram efeitos apenas perante o Estado, mas igualmente do lado privado na forma de violações praticadas entre cidadãos. Esta percepção baseia-se no primado da preservação da dignidade da pessoa humana, isto é, o Estado constitui-se o meio de realização da pessoa, agora no centro do direito. Desse modo, a garantia dos direitos fundamentais é a exigência para a concretização da dignidade humana, repercutindo no âmbito do direito⁵⁰.

Os direitos fundamentais não podem estar ausentes das relações entre particulares, uma vez que nestas relações enxergam-se pessoas que, como tutelares desses direitos, não podem ter sua liberdade de desenvolvimento ferida. Nesta linha de pensamento, deriva-se uma fundamentação em torno da existência de deveres de proteção estatal voltados à proteção do consumidor como sujeito jurídico⁵¹. O Estado deve protegê-lo para garantir a

265 a 268. Em Portugal há autores que comungam da teoria eficácia indireta (ou mediata) cfr. Paulo Mota Pinto. *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*. in: Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 322. Carlos Alberto da Mota Pinto. Teoria geral do direito civil. 4ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2012, 72 e ss. Sobre as duas correntes e como o tema é tratado em Portugal cfr. Dimanava Barbieri. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais dos consumidores na ordem jurídica portuguesa: pode-se/ deve-se pensar em eficácia directa?* Estudos em Direito do Consumo, Centro de Direito do Consumo, n.º8, 2006/2007, pp. 17 a 28.

No Brasil, há os autores defendem a teoria direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, não sendo hoje, apesar de muitos escritos sobre este tema, um ponto forte de divergência, cfr. Ingo Wolfgang Sarlet. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira*. Direito privado, contituição e fronteiras: encontro das associações luso-alemã de juristas no Brasil. 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos fundamentais: a eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas*. Direito privado, contituição e fronteiras: encontro das associações luso-alemã de juristas no Brasil. 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁴⁹ Cfr. Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor....*, cit., p. 265 que ensina que “os direitos fundamentais constitucionais influenciariam o novo direito privado, e estes direitos constitucionais influenciaram o novo direito privado, a ponto de o direito civil assumir um novo papel social, como limite, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos”

⁵⁰ Cfr. Marcelo Shenck Duque. *Fundamentação em torno da chamada “Drittwirkung” dos direitos fundamentais*. Direito privado, constituição e fronteiras: encontro das associações luso-alemã de juristas no Brasil. 2ª ed. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.102; Cfr. Cristiano Heineck Schmitt. *A hipervulnerabilidade do consumidor idoso*. Revista de direito do consumidor, n.º 70. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. pp. 143-144.

⁵¹ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 5, 2003, p. 159, ao da inclusão dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais entende que “insere-se num fenómeno de constitucionalização do direito privado”.

sua liberdade de desenvolvimento dentro do mercado de consumo⁵², em que os profissionais desrespeitam seus valores individuais em busca do lucro⁵³.

1.3. A admissão da vulnerabilidade do consumidor como pressuposto do equilíbrio material e sua proteção contratual

Ligada às mudanças do Estado liberal para o social, relembremos que, com a Revolução Industrial, – verificada na segunda metade do Século XVIII –, ocorreram profundas e significativas alterações sociais e econômicas em consequência do crescimento da capacidade produtiva das empresas⁵⁴.

A produção industrial promoveu ao longo dos anos, nas suas três fases, em diferentes épocas e regiões do planeta, a migração das pessoas para as cidades, locais de concentração industrial. A inversão do populacional do campo para cidade alargou a concentração populacional nas urbes e, também, a necessidade de produção em maior escala, uma vez que esta mão de obra está dedicada a produção nas fábricas e não mais tem tempo para o cultivo de subsistência, o que é comum nos habitantes das regiões rurais⁵⁵.

Sendo assim, a necessidade das populações urbanas aumenta e se diversifica, além de propiciar o início da fabricação em série e em larga escala para atender aos anseios de um mercado urbano cada vez maior e mais exigente. Este fenômeno é denominado de

⁵² Sobre liberdade de desenvolvimento econômico cfr. Roberto Senise Lisboa. *O direito ao desenvolvimento dos consumidores e a tutela coletiva dos seus interesses individuais*. Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo, n.º 1. Curitiba: Editora Bonijuris LTDA e J.M. Editora e Livraria LTDA, 2011, pp. 15 a 42.

⁵³ Cfr. Mário Júlio de Almeida Costa. *História do Direito Português*. cit. p. 590: “Do último quartel do século XX, décadas de setenta e de oitenta assumem um relevo especial. O segundo lustro da primeira encontra-se fortemente marcado pela necessidade de reconfigurar o direito português em harmonia com os novos preceitos constitucionais. O Ciclo de mudanças imediatas incidiu no direito privado”.

⁵⁴ É bom lembrarmos que na Idade Média, como a produção era predominantemente artesanal e manual, não existiam consequências mais graves na relação de consumo, porém, com a evolução do comércio e com a fabricação dos produtos em série, desajustes e desequilíbrios surgiram com frequência, gerando conflitos na relação de consumo, porque os comerciantes não estavam preparados para acompanhar a evolução tecnológica, notadamente no controle dos produtos, causando riscos frequentes ao consumidor, diante dos erros técnicos e de produção. Neste sentido, cfr. Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de direito do consumidor*. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 02.

⁵⁵ Neste sentido, Cfr. João Calvão da Silva. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 12 e 13; Fernando Baptista de Oliveira. *O conceito de consumidor: perspectivas nacional e comunitária*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 21; Rizzatto Nunes. *Curso de direito do consumidor...*, cit., p. 43; Bruno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araújo Junior. *Direito do Consumidor*. 3 ed., São Paulo: RT, 2012, pp. 24 a 25.

massificação da produção ou produção em massa, porque estamos diante de uma sociedade de consumo em massa⁵⁶.

O rápido desenvolvimento urbano aliado a mecanização do trabalho rural provocou uma significativa migração dos trabalhadores rurais para as cidades, causando graves desajustes sociais e deterioração dos serviços públicos essenciais, mas, ao mesmo tempo, possibilitou o rápido fortalecimento das empresas privadas que buscaram atingir o público consumidor das grandes cidades. Viu-se um aumento na produção de bens e uma despersonalização do consumo, uma vez que ocorreu uma produção em série dos produtos e uma cisão entre a produção e distribuição⁵⁷.

Acompanham este processo outros fatores que se somam à cadeia produtiva, a exemplo da publicidade, responsável por atrair os consumidores a adquirirem os produtos e contratar serviços, como também, a especialização dos bens de consumo diante de um mercado cada vez mais heterogêneo e exigente, o que impulsionou um número maior de produtores.

Como dito, a elevação do número de consumidores no mercado e a quantidade aumentada de empresas, gêneros de produtos e serviços, torna cada vez mais difícil aos destinatários finais o conhecimento das técnicas utilizadas na concepção destes gêneros de

⁵⁶ Cfr. Carlos Ferreira Almeida. *Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 35; Fernando Baptista de Oliveira. *O conceito de consumidor...*, cit., p. 21; António Pinto Monteiro. *A contratação em massa e a proteção do consumidor numa economia globalizada*. Revista de legislação e de jurisprudência n.º 3961, pp. 221 a 235; Jorge Carlita Simão. *A repressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no Mercado Interno Europeu*. Revista de Direito das Sociedades, Ano 4, n.º 4, 2012, pp. 1021; Livia Barbosa. *Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004, pp. 14 a 17.

⁵⁷ Cfr. João Calvão da Silva. *Responsabilidade civil do produtor...*, cit., pp. 16 e 17: “Como características da moderna e desenvolvida sociedade industrial” a “automação ou automatização, a produção em série e a distribuição em cadeia dos produtos”; Fábio Konder Comparato. *A proteção do consumidor...*, cit., pp. 167 a 170; Ugo Carnevali. *La responsabilità del produttore*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1974, pp. 5 e 6 *apud* Marcelo Junqueira Calixto. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. São Paulo: Renovar, 2004, pp. 6 e 7: “Estes aspectos sumários tornam suficientemente evidente que na moderna ordem do mercado, ao revendedor não compete de regra um papel ativo, mas somente a simples função de conservar e distribuir os produtos: de um lado, é perfeitamente indiferente para o consumidor onde; e de quem comprar; de outro, as escolhas do consumidor são condicionadas pela publicidade, e ao revendedor resta somente realizá-la. Enquanto formalmente é pois o revendedor o que se apresenta como contraparte contratual do adquirente final do produto, ao invés de um ponto de vista substancial, econômico, dizendo respeito aos termos efectivos da troca, a verdadeira contraparte é o produtor, e ao revendedor é reconhecida a simples qualificação de intermediário, insignificante elo de uma cadeia mais ou menos longa que tem os seus pólos no produtor no adquirente final. Mas a evolução ora delineada não pode se acompanhar de um análogo deslocamento dos termos do problema relativo à responsabilidade pelos danos causados pelos produtos defeituosos”.

consumo⁵⁸. Ou seja, o consumidor assume cada vez mais os riscos gerados por bens postos em circulação, porque os desconhece, justamente pela impossibilidade de identificá-los⁵⁹.

Vemos que o aumento dos riscos acompanhou a produção em larga escala e, inevitavelmente, recaiu ao longo dos anos nos destinatários finais da cadeia produtiva, o que nos leva a perceber que estes são cada vez mais necessitados dos produtos, estando a mercê dos profissionais, empresários, comerciantes, produtores e industriais. As mudanças e a evolução do processo de fabricação estão cada vez mais fragilizadas⁶⁰.

Esse desequilíbrio deixou os consumidores vulneráveis e sujeitos às manobras oportunistas dos grandes empresários, aumentando os conflitos sociais, que também ocorrem nos dias atuais⁶¹. Como lembrado antes, a Revolução Industrial alterou

⁵⁸ Nesse mesmo sentido, Guido Alpa. *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1977, p. 15, entende que “O consumidor se torna um instrumento da produção; e o mercado, longe de refletir diretivas inspiradas pela máxima clareza dos operadores, surge como o lugar onde se registram as prevaricações das grandes empresas. De tal modo, a economia se desenvolve não por canais dependentes de escolhas livres e conscientes de indivíduos ou grupos sociais, realidades autônomas, mas pelo influxo contínuo e obsessivo da estrutura oligopolista pela qual a inteira sociedade vem, quase inconscientemente, sendo explorada. Em outro modo, estas forças afastam o mercado do serviço do consumidor. O consumidor torna um instrumento da produção; e o mercado”.

⁵⁹ Cfr. Ugo Carnevali. *La responsabilità del produttore...*, cit., p. 3, *apud* Marcelo Junqueira Calixto. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento...*, cit., p. 9, “Mas com isto mudam rapidamente também as dimensões da potencialidade danosa inerente aos produtos defeituosos: isto que primeiramente representava de regra um defeito isolado de um produto singular pode se transformar então em um perigo de dano que acompanha cada um dos produtos fabricados por um empresário. Acrescente-se o fato, estatisticamente comprovado, que também o emprego das máquinas mais aperfeiçoadas nos modernos processo de trabalho industrial conduz inevitavelmente, nada obstante a adoção de todas as medidas de controle oferecidas pela técnica, à produção de singulares exemplares defeituosos”; cfr. João Calvão da Silva. *Responsabilidade do produtor...*, cit., pp. 20 e 21.

⁶⁰ Cfr. Heloisa Carpena Vieira de Mello. *Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, n.º 28, 1998, p. 60 e 61; Marcelo Gomes Sodré. *A construção do direito do consumidor...*, cit., p. 12, afirma que “por vulnerabilidade há de se entender a fragilidade dos consumidores, em face dos fornecedores, quer no que diz respeito ao aspecto econômico, quer no que diz respeito às chamadas informações disponibilizadas pelo próprio fornecedor ou ainda técnica”. Cfr. Thierry Bourgoignie. *O conceito jurídico de consumidor*. in: Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor - (Coleção doutrinas essenciais, v.1)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1080, que entende sobre o surgimento do direito do consumo que “o fenômeno do consumo se caracteriza por dois atributos essenciais: de uma parte, o surgimento de uma “norma social” de consumo”, e mais adiante afirma “de outra parte, o nascimento do que alguns chamam o “consumariado”, a saber, a constituição de um conjunto socioeconômico reagrupando as diferentes categorias de consumidores”.

⁶¹ Cfr. António Menezes Cordeiro. *Da Natureza Civil do Direito do Consumo*. O Direito, ano 136º, IV, 2004, p. 608; João Calvão da Silva. *Responsabilidade Civil do Produtor...*, cit., pp. 28 e 29, “conquanto não seja um fenômeno novo, como todas as ideias justas, [...] só nas décadas de cinquenta e de sessenta [...] a proteção do consumidor qua tale e como problema social começou a ser debatida com grande acuidade, primeiramente nos E.U.A. e pouco depois em países europeus econômica e socialmente evoluídos”. Cfr. Alberto Pasqualotto. *Defesa do consumidor...*, cit., p. 43, que entende que “o desequilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores, em grande parte deve-se 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 avalia-los ou compará-los”. cfr. Fábio Konder Comparato. *A proteção do*

profundamente o cenário econômico, originando, em razão do grande desenvolvimento, desequilíbrio nas relações de consumo, muito observado no século passado e no início deste século, em função do fenômeno da concentração de grandes capitais⁶².

Neste alargamento se fez necessário enxergar o consumidor como agente econômico importante para a economia e carente de um sistema próprio de defesa que reconhecesse, antes de tudo, a sua vulnerabilidade⁶³. Não há mais como desconhecer esta fragilidade do consumidor nas relações estabelecidas com as empresas, até porque essa foi a base para a construção de todos os sistemas de proteção dos consumidores em diversos países do mundo⁶⁵.

consumidor..., cit., p. 170, entende que “o consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários”.

⁶² Cfr. Carlos Ferreira de Almeida. *Os direitos dos consumidores...*, cit., p. 36; Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de direito do consumidor*. Atlas: São Paulo, 2011, p. 89.

⁶³ Cfr. Carlos Ferreira de Almeida. *Os direitos dos consumidores...*, cit., pp. 27 e 28, “embora a transposição desse debate para o plano jurídico tenha esmorecido nos últimos decênios, subsiste a idéia de que a introdução no direito da figura do consumidor se justifica pela condição de debilidade, fraqueza ou vulnerabilidade. Foi com este pressuposto que se construíram conceitos jurídicos abstractos, independentes da efectiva força ou fraqueza de consumidores concretos”. Neste sentido, Cfr. Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de direito do consumidor...*, cit., p. 03. Sobre vulnerabilidade, cfr. Jean-Pascal Chazal. *Vulnerabilite et droit de la consommation*. Disponível em: <http://spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/3cr7jj61bs68cvg998ecligkj>. Acesso em 25 de maio de 2015, pp. 04 a 10.

⁶⁴ Cfr. José Geraldo Brito Filomeno. *Manual de direitos do consumidor...*, cit., p. 12, entende que “A vulnerabilidade, há de se entender a fragilidade dos consumidores, em face dos fornecedores, quer no que diz respeito ao aspecto econômico e de poder aquisitivo, quer no que diz respeito às chamadas informações disponibilizadas pelo próprio fornecedor ou ainda técnica”.

⁶⁵ Cfr. Eike Von Hippel. *A defesa dos consumidores*. Boletim do Ministério da Justiça, n.º 273, 1978, p. 05.

⁶⁶ Esse reconhecimento da vulnerabilidade já foi reconhecido em plano internacional. Cfr. nota 1 sobre o discurso do presidente John F. Kennedy. Em 1975 o Conselho de Ministros da Comunidade Europeia aprovou um programa preliminar da CEE para uma política de proteção e de informação dos consumidores. Este programa enunciava cinco direitos fundamentais do consumidor: a) direito à proteção à saúde e da segurança; b) direito à proteção dos interesses econômicos; c) direito à reparação de danos; d) direito à informação e à educação; e) direito à representação. Cfr. Gilles Paisant. *Código europeu de consumo o códigos nacionais?* Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo, n.º11, Curitiba: Editora Bonijuris LTDA e J.M. Editora e Livraria LTDA, 2013, pp. 108. Em 1985, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas editou a Resolução 39/248 sobre “a proteção dos consumidores”, com estímulo aos governos à manutenção de uma política firme de proteção ao consumidor, e estabelecendo que as normas deveriam atingir as seguintes necessidades: a) proteger o consumidor quanto a prejuízos à sua saúde ou segurança; b) fomentar e proteger os interesses econômicos dos consumidores; c) fornecer aos consumidores informações adequadas para capacitá-los a fazer escolhas adequadas de acordo com as necessidades e desejos individuais; d) educar o consumidor; e) criar possibilidades de real ressarcimento do consumidor; f) garantir a liberdade para formar grupos de consumidores e outros grupos ou organizações de relevância e oportunidades para que estas organizações possam apresentar seus enfoques nos processos decisórios a elas referentes”. Cfr. A/RES/39/248 of 16 April 1985 of General Assembly United Nations. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm>. Acesso em 2 de abril de 2015; cfr. Marcelo Gomes Sodré. *A construção do direito do consumidor...*, cit., pp.5 e 6. Sobre os tópicos essenciais da política de proteção aos consumidores cfr. Thierry Bourgoignie. *A política de proteção do consumidor: desafios à frente*. in: Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor: fundamentos do*

Em uma consideração utópica poder-se-ia colocar o consumidor em uma condição de igualdade⁶⁷ face o profissional sem necessidade de tutela, atingindo o equilíbrio na relação contratual⁶⁸. A presença do Estado na economia justifica esta vulnerabilidade que impulsiona a promoção de uma infraestrutura adequada à política de proteção aos consumidores⁶⁹, pois se visualiza a “formulação dessa proteção como direitos fundamentais, inscreve-se na necessidade de repor um mínimo de igualdade as relações em que os consumidores representam claramente a parte mais fraca, fazendo assim face aos

direito do consumidor - (Coleção doutrinas essenciais, v.1), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1403 e 1404.

⁶⁷ Esta busca do equilíbrio da relação contratual em que uma das figuras é o consumidor, com fundamento no princípio da igualdade, também sustenta a proteção invocada no direito português, principalmente no anteprojeto do código de defesa do consumidor. Cfr. António Pinto Monteiro. *Harmonização legislativa e proteção do consumidor*: a propósito do Anteprojecto do Código do Consumidor Português. Themis: Revista de Direito. ed. esp. (2008), p. 196, “Poder-se-á dizer, de algum modo, que tanto a extensão do regime como as restrições que o “Anteprojecto” prevê têm subjacente o respeito pelo princípio da igualdade. Ou seja, só se justifica que haja medidas diferenciadas quando houver razões para tal, e se razões têm de ser materiais, efectivas e não meramente formais. Não podemos colocar exatamente no mesmo plano, na compra, por exemplo, de um automóvel para fins privados, um “consumidor de ghetto” e um mecânico conhecedor e experimentado”; cfr. Marcelo Gomes Sodré. *A construção do direito do consumidor...*, cit., p. 12, que afirma que “as partes do pressuposto que o consumidor é parte vulnerável no mercado de consumo, justificando-se, por isso mesmo, um tratamento desigual para as partes naturalmente desiguais”; cfr. Cláudia Lima Marques. *Contratos no código de defesa do consumidor...*, cit., p. 323, entende que “a vulnerabilidade é filha deste princípio, mas noção flexível e não consolidado que apresenta traços de subjetividade que a caracterizam: a vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos”.

⁶⁸ Neste sentido, cfr. António Pinto Monteiro. *O direito do consumidor em Portugal*. Revista Brasileira de Direito Comparado, n.º 17, 1999, p. 131, “É certo que esta preocupação vem nas linhas de preocupações mais antigas, como as de proteger os mais fracos, a parte débil da relação contratual, e de zelar pela segurança das pessoas. Mas com a sociedade de consumo dos nossos dias tornou-se imperioso reagir de modo específico e organizado contra práticas e técnicas de utilização sistemática, tendo por denominador comum a defesa do consumidor, isto é, a defesa de quem é vítima de tais práticas ou técnicas, de quem está a mercê, pela situação de dependência ou de debilidade (económica, técnica jurídica, cultural ou outra), da organização económica da sociedade”. Cfr. João Batista Almeida. *A proteção jurídica dos consumidores*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 35; Fábio Konder Comparato. *A proteção do consumidor...*, cit., p. 147, afirma que “a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo é um dos indicativos da necessidade de sua proteção”; Rosalice Fidalgo Pinheiro e Derlaune Detroz. *A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro*. RDPC, n.º 71, 2012, p. 116, “aquele que é vulnerável, necessariamente se encontra numa situação de desigualdade”; Thomas Wilhelmsson e Geraint Howells. *EC consumer law*. Dartmouth: Aldershot, 1997, p. 01.

⁶⁹ Cfr. João Calvão da Silva. *Responsabilidade civil do produtor...*, cit., pp. 30 a 40, entende que “A intervenção estadual deve muito ao movimento dos consumidores (*consumerism*) que iniciado nos Estados Unidos da América, se propagou à Europa a partir dos anos sessenta. Despertando da sua letargia e aproveitando a liberdade de associação, agora amplamente reconhecida, o consumidor resolve pôr termo à inércia e desorganização que o isolavam e o tornava mais débil perante o produtor, dotado de organização e informação poderosas”.

perigos para os bens pessoais e a dignidade individual que a profundada desigualdade individual entre as partes acarretaria”⁷⁰.

É importante dizer que a vulnerabilidade particular tem a ver com a natureza jurídica das relações particulares estabelecidas, no entanto, ela não é exclusiva do direito privado, apenas neste aparece quando se faz necessário compensar desigualdades consideradas como “naturais” e resultantes de um fato considerado objetivo ou resultado de uma situação voluntária instituída entre pessoas privadas⁷¹.

O instituto jurídico da vulnerabilidade é de fato constatável, mas de difícil definição. Ressaltamos que certamente apresenta fatores que justificam sua aplicação, de modo que, estes são perfeitamente identificados à medida que as pessoas sofrem alterações das faculdades, sem que assim haja possibilidade de manifestação de sua vontade ou de fazerem formulações negativas⁷².

Assim, verifica-se uma contradição a existência de desigualdade de fato constatada pela vulnerabilidade e impossibilidade de se criar uma categoria jurídica autônoma. A noção de vulnerabilidade se revela indiretamente na escolha de lei aplicada. Por exemplo, há textos internacionais, como a Convenção internacional de Haia, de 13 de Janeiro de 2000, que reconhece a vulnerabilidade e a proteção dos adultos, ou mesmo a Convenção Internacional de Direitos da Criança, de 20 de Novembro de 1989, relativa à proteção destes sujeitos, pois são particularmente vulneráveis⁷³.

Relativamente à nossa pesquisa, o consumidor é vulnerável e há determinados grupos que, por condições que alteram ou limitam suas faculdades pessoais de forma acentuada, necessitam de uma maior proteção do que aquele consumidor que mantém-se

⁷⁰ Cfr. José Casalta Nabais. *O estatuto constitucional dos consumidores...*, cit., p. 487; Robert Alexy. *Teoria de los derechos fundamentales...*, cit., p. 419 e seguintes; Claus-Wilhelm Canaris. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almeida, 2003, p. 53 e seguintes.

⁷¹ Cfr. Yann Favier. *A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: uma abordagem francesa* (traduzido por Vinícius Aquini e Karen Rock Danilevicz Bertocello. Revista de direito do consumidor, n.º 85, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. pp. 17 a 24; Cfr. Paulo Luiz Netto Lobo. *A informação como direito fundamental do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, n.º 37, 2001, pp. 63 a 64, que entende que “o detentor do poder econômico assume idêntica situação passiva ante o direito fundamental, antes apenas reservada aos titulares do poder político”.

⁷² Cfr. Yann Favier. *A inalcançável definição de vulnerabilidade...*, cit., p. 17 a 24; Antônio Carlos Efig. *Direito do consumo e direito do consumidor: reflexões oportunas*. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, n.º 1. Curitiba: Editora Bonijuris LTDA e J.M. Editora e Livraria LTDA, 2011, p. 115, que observa que “quando se fala do direito do consumidor o interesse é proteger um cidadão vulnerável e exposto às determinações e imposições do fornecedor/produzidor no mercado”.

⁷³ Cfr. Yann Favier. *A inalcançável definição de vulnerabilidade...*, cit., p. 17 a 24.

em sua vulnerabilidade geral, típica da proteção jurídica habitual desta esfera⁷⁴. Portanto, quando a vulnerabilidade sofre alterações não há possibilidade de encontra-se no ordenamento jurídico privado, tanto no Brasil como na Europa, leis específicas à tutela do destes consumidores. Há, sim, uma análise atenta da jurisprudência que tem contribuído na identificação destas situações particulares e, certamente, orienta a doutrina no estudo atento desta temática, pois como destaca Yann Xavier “a extrema heterogeneidade das matérias tratadas no direito sob este vocábulo explica as incertezas sobre seu conteúdo”⁷⁵.

O fato é que hoje os estudiosos e participantes que contribuem para as questões relativas ao consumo sabem que os discursos da proteção dos particularmente vulneráveis (ou hipervulneráveis) têm que acabar para dar lugar à aplicação e interpretação de normas jurídicas adequadas, no que para alguns é o futuro do direito privado⁷⁶.

1.4. Agravamento da vulnerabilidade dos consumidores por fatores prejudiciais. Consumidores especialmente vulneráveis e a necessidade de sua proteção contratual.

Neste momento da nossa pesquisa ressaltamos a importância da construção da noção de vulnerabilidade, a relação íntima dela com o princípio da igualdade. E o ponto de partida necessitava ser, para alcançarmos uma “especial vulnerabilidade” dos consumidores, uma vulnerabilidade que parte da presunção ampla, geral, de que em uma relação jurídica onde estejam consumidores e profissionais – assim definidos por lei – aqueles serão frágeis ou débeis frente a estes.

Essa “especial vulnerabilidade” já resta identificada no direito europeu - incluindo Portugal - e no direito brasileiro. Na Europa, a primeira abordagem desta espécie de

⁷⁴ Cfr. Mario Júlio de Almeida Costa. *Direito das obrigações*. 12 ed. Coimbra: Almeida, 2009, p. 282, “A figura do consumidor representa o fruto de uma elaboração doutrinária a que não se mostram naturalmente estranhas sucessivas formulações legislativas, nem sempre coincidentes, até mesmo dentro de cada ordenamento jurídico. De uma inicial e difusa proteção do comprador venda a prestações, o âmbito da tutela legal foi-se alargando de acordo com a ideia de acautelar a parte mais fraca, porque menos informada, da relação comercial. Ultrapassou-se o quadro limitado da compra e venda e da posição dos sujeitos da relação jurídica, em atenção à necessidade de proteger efectivamente quem se encontra afectado por uma desigualdade de informação. Assim, esta evolução consente que se estenda o regime de proteção analisado, quando o referido desequilíbrio jogue em desfavor de uma das partes. Pense-se, por exemplo, num particular que vende uma peça de arte a um antiquário. Encontra-se, portanto, aberto o caminho para poder adoptar-se uma noção de consumidor desligada de uma relação jurídica concebida em moldes clássicos, permitindo que se atenda preventivamente à situação do consumidor perante o profissional (*businessman-to-consumer*)”.

⁷⁵ Cfr. Yann Xavier. *A inalcançável definição de vulnerabilidade...*, cit., p. 17 a 24.

⁷⁶ Neste sentido, é a análise de Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem na obra *A proteção dos vulneráveis e o novo direito privado*. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

vulnerabilidade foi feita no texto da Directiva n.º 2005/29/CE e refere-se aos consumidores como *particularmente vulneráveis*. No Brasil, está mesma espécie de vulnerabilidade é reconhecida, primeiramente, na jurisprudência e ganha a partir daí o nome de *hipervulnerabilidade*, no entanto, recebe dos doutrinadores também a nomenclatura de vulnerabilidade potencializa ou vulnerabilidade especial ou vulnerabilidade agravada - esta última utilizada no projeto de lei n.º 283/2012 que pretende alterar e introduzir alguns dispositivos no Código de Defesa do Consumidor.

Na Europa, como dito, os consumidores com excepcional vulnerabilidade são tratados como consumidores particularmente vulneráveis, sendo esta a abordagem da Directiva n.º 2005/29/CE, que no seu considerando 19 previu que “nos casos de idade, doença física ou mental, ou credulidade, tornam os consumidores particularmente a uma prática comercial ou ao produto subjacente, e o comportamento económico apenas desses consumidores é susceptível de ser distorcido pela prática de uma forma que se considera que o profissional se considera prever (...)”. Neste mesmo comando normativo também foi feita referência a estes consumidores no seu corpo legal, no artigo 5º, n.º 3.

No Brasil repete-se a referência da expressão *hipervulnerabilidade* pela jurisprudência em decisões recentes, tendo sido pioneira a decisão em Recurso Especial n.º 586.316 do STJ, cujo relator Ministro Hermam Benjamim deu nomenclatura a esta vulnerabilidade especial e, também, foi acompanhada pela doutrina da área e demais juízes em outros Tribunais.

A análise mais detalhada, tanto no Brasil como na Europa e Portugal, ficará para os capítulos seguintes, pois destinamos este tópico a percebermos como se admite uma variação excepcional da vulnerabilidade dos consumidores para possibilitar uma proteção também excepcional deste.

No tópico acima, quando nos referimos aos consumidores vulneráveis nos referimos àqueles que se encontram em situação de desvantagem frente aos profissionais em uma relação jurídica estabelecida dentro do mercado de consumo. Tratamos de uma presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor.

Acontece que há possibilidade desta desvantagem do consumidor (pessoa singular ou física) ser agravada ou acentuada por determinados fatores pessoais, como a idade ou a doença. Melhor dizendo, a limitação suportada habitualmente pelos consumidores pode ser

ampliada por influência de situação especial deste, de modo a interferir ainda mais na sua liberdade de escolha frente ao mercado de produtos e serviços por fatores.

Como ensina Cláudia Lima Marques, seria “a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (...) ou idade alentada (...) ou sua situação de doente”⁷⁷.

Neste sentido, parece-nos particularmente claro que os consumidores vulneráveis (ou hipervulneráveis) são um grau excepcional da vulnerabilidade geral e presumida dos consumidores.

Enquanto a vulnerabilidade geral é presumida, a vulnerabilidade particular (ou hipervulnerabilidade) é inerente e especial à situação pessoal dos consumidores⁷⁸. “A vulnerabilidade agravada é assim como a vulnerabilidade um estado subjetivo multiforme e pluridimensional, e que, com base no princípio da igualdade e da equidade, pode se incluir outros fracos”⁷⁹.

Ad argumentandum tantum, a situação pessoal do consumidor (ou dos consumidores) é elemento para se enxergar uma fragilidade acentuada e exige uma maior atenção e proteção em face deles. Em especial, o direito na União Europeia admitiu como sendo consumidores especialmente vulneráveis aqueles que em razão da idade, doença física ou mental, ou credulidade – que nos parece ser um rol taxativo⁸⁰, não deixando atender a outras possibilidades particulares de vulnerabilidade – tem o seu comportamento econômico susceptível de sofrer alterações.

Em sentido contrário, a proteção dos consumidores particularmente vulneráveis (ou hipervulneráveis) no Brasil ganha força a partir da jurisprudência e da doutrina, o que, a nosso ver, demonstra estarem abertas ao reconhecimento tantas outras situações dessa

⁷⁷ Cfr. Ada Pellegrini Grinover... [et al.]. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. Forense: Rio de Janeiro: 2007, p.381, entende que “entre todos os vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo”.

⁷⁸ Cfr. Elsa Dias Oliveira. *Práticas comerciais proibidas*. Estudos do Instituto de Direito do consumo, vol. III, 2006, p. 157, defende que a vulnerabilidade deve ser “a qualquer razão”.

⁷⁹ Cfr. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. *A proteção dos vulneráveis...*, cit., p. 202; Rosalice Fidalgo Pinheiro e Derlaune Detroz. *A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais...*, cit., p. 140, entende que “não se pode negar a existência das diferenças existentes entre os próprios consumidores. Necessária compreensão de que não se trata de consumidores, mas de consumidor em sua individualidade considerada, e, por conseguinte, há de se compreender a existência de consumidores hipervulneráveis”.

⁸⁰ Em sentido contrário, cfr. Elsa Dias Oliveira. *Práticas comerciais...*, cit., p. 157.

especial vulnerabilidade. Destarte, não longe da percepção europeia, o ordenamento jurídico brasileiro admite que a idade e a doença, física ou mental⁸¹, são situações pessoais de fragilidade acentuada que, notadamente demandam proteção também acentuada⁸².

Um ponto de discussão que claramente emerge desta temática reside na temporalidade ou não desta, da situação especial interferente na escolha e no comportamento econômico dos grupos de consumidores. No caso da idade ela pode ser interferente na decisão dos consumidores quando os consumidores encontram-se na fase senil da sua vida, isto é, são idosos e por isso têm o seu desenvolvimento mental alterado por condições fisiológicas inerentes ao ser humano. Enxergamos, neste caso, que o avanço da idade tende a dificultar e a alterar o comportamento psicológico do consumidor idoso, de maneira que é um caminho sem volta e, portanto, a particular vulnerabilidade é permanente.

Ainda dentro da idade como situação ou fator especial de vulnerabilidade, as crianças e adolescentes por não terem o seu desenvolvimento mental completo, ou seja, por não terem maturidade psicológica que lhes permita discernir sem influências exteriores – a publicidade neste grupo de consumidores tem-se mostrado influente nas suas escolhas no mercado de consumo - são um grupo de consumidores particularmente vulneráveis frente ao mercado. Neste caso específico, a situação especial não é temporária, pois com o avanço da idade estes consumidores tenderão a alcançar um nível de informação e maturidade maior, permitindo-lhes uma maior consciência na decisão de contratar diante dos profissionais.

Existem aqueles que por doença também podem ter seu nível de decisão negocial alterado em razão do abalo emocional causado pela enfermidade. Essa pode ser temporária ou permanente, mas a depender da gravidade e das condições pessoais do consumidor serão prejudiciais no desenvolvimento das suas práticas negociais no mercado de produtos e serviços.

A directiva n.º 2005/29/CE faz referência a outro fator – a credulidade –, que é mantida no Decreto-lei n.º 57/2008. A expressão credulidade remete-nos à ideia de confiança, isto é, seria um fator a considerar tornando os consumidores particularmente vulneráveis, em virtude da confiança depositada ao empresário – profissional, no caso das

⁸¹ Cfr. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. *A proteção dos vulneráveis...*, cit., pp. 127 a 190.

⁸² Estes casos serão abordados em um tópico específico no nosso trabalho.

mencionadas normas – que dela se aproveitam para realizarem práticas desleais. Não encontramos nos autores e na jurisprudência brasileira referência a esta situação.

CAPÍTULO 2

A UNIÃO EUROPEIA E A PROTEÇÃO CONTRATUAL DOS CONSUMIDORES

2.1. A política de proteção dos consumidores no direito originário da União Europeia

A política de proteção aos consumidores é um caminho sem volta, um caminho com horizonte longínquo a ser percorrido, em que os seus integrantes terão que transpor inúmeros obstáculos em busca de um elevado nível de proteção aos consumidores. Como outras regiões do mundo, a União Europeia e os seus Estados-Membros terão que consolidar as suas políticas de proteção aos consumidores buscando a sua harmonização, entendendo as diferenças de cada mercado e o seu dinamismo, características marcantes da economia dos séculos XX e XXI.

Os primeiros passos para a concretização de uma política de proteção aos consumidores foram dados a partir do surgimento do que hoje é chamado de União Europeia, e está se fortalecendo aos longos dos anos, mesmo diante da sua maior barreira que é o fortalecimento econômico do próprio mercado da União Europeia⁸³.

É *mister* esclarecer que o consumidor é agente econômico e, portanto, integrante fundamental do mercado. Aliás, sem consumo não há fortalecimento econômico. Mas queremos deixar claro que a proteção do crescimento e o fortalecimento de determinada

⁸³ Sobre a evolução do direito europeu do consumo cfr. Gilles Paisant. *Direito comunitário europeu: estado, problemas atuais, desenvolvimento*. in: Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor – (Coleção doutrinas essenciais, v.2)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 1207 a 1224; Jorge Carlita Simão. *A repressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no Mercado Interno Europeu*. *Revista de Direito das Sociedades*, A. 4, n.º 4, 2012, pp. 1021 a 122; Guido Alpa. *Introduzione al Diritto dei Consumatori*. Roma: Editori Laterza, 2006, pp. 45 a 71; cfr. Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz. *Droit de la consommation*. 6 ed. Paris: Dalloz, 2003, pp. 39 a 47; Jorge Morais Carvalho. *La protección de los consumidores en la Unión Europea: ¿Mito o Realidad?* in *Criterio Jurídico*, Revista de la Pontificia Universidad Javeriana Cali, Vol. 6, 2006, pp. 243 a 266; Thierry Bourgoignie. *Droit et Politique Communautaires de la Consommation: une Évaluation des Acquis*. *Études de Droit de la Consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 95-129; Carlos Ferreira de Almeida. *Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 65 a 68; Guillermo Palao Moreno. *La protección de los consumidores en el ámbito Comunitario Europeo*, in *Derecho Privado de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 73 a 94; Ana Maria Guerra Martins. *O direito comunitário do consumo: guia de estudo*. Estudos do Instituto de direito do consumo. Luiz Menezes Leitão (coord.), vol. I. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 63 a 92.

economia não ocorrem na mesma medida em que a política de defesa do consumidor, sendo que esta última sempre vem em segundo plano.

Com a Europa não foi diferente. Os objetivos da Comunidade Econômica Europeia preveem, primeiramente, a missão de promover um desenvolvimento harmonioso das atividades econômicas no seu seio. “Os objetivos que aí se consubstanciam são óbvios: a Comunidade Econômica Europeia (para além da do carvão e do aço) visa formar um bloco que digladiie à exaustão, bloco susceptível de contrapor o seu poderia econômico aos Estados Unidos e ao renascente Japão. A emergência de uma incipiente política de consumidores nos anos 70 do século XX é ainda fruto da concepção original – o consumidor é um agente econômico”⁸⁴.

No entanto, e mesmo que seja interpretado como segundo plano do projeto de interação dos países europeus, havia a finalidade de uma “união cada vez mais estreita entre os povos europeus”⁸⁵, além da “melhoria constante das condições de vida e emprego dos seus povos”⁸⁶. Isto é, apesar da busca primordial do fortalecimento da economia dos países do bloco, o que leva-nos a acreditar que fortes interesses econômicos moviam esta união, havia, também, por reflexo, a melhoria de vida do cidadão e, assim, do cidadão consumidor, com novos e melhores produtos e serviços postos no mercado.

É preciso ponderar que os sistemas de proteção ao consumidor davam os seus primeiros passos em outros países e a própria sociedade civil não tinha ainda a convicção de que as benesses da economia do mercado possivelmente trariam problemas aos consumidores e que estes precisariam de um conjunto de normas que os protegessem frente aos profissionais que atuariam na economia.

Desde o Tratado de *Roma*, numa evolução lógica e natural do passar dos anos, o direito comunitário europeu do consumo (ou somente direito europeu do consumo) adquiriu reconhecimento como meio para a promoção dos consumidores como parceiro social, em nível de União Europeia, transformando-se numa política autônoma⁸⁷.

⁸⁴ Cfr. Mário Frota. *Política de consumidores na união europeia: o acervo do direito europeu do consumo*. Almeida: Coimbra, 2003, p. 09.

⁸⁵ Ver Tratado de Roma, parágrafo 1º do Preâmbulo.

⁸⁶ Ver Tratado de Roma, parágrafo 3º do Preâmbulo.

⁸⁷ Cfr. Jorge Pegado Liz. *Introdução ao direito e à política do consumo*. Lisboa: Editorial Notícias, 1999, p. 97; Newton de Lucca. *Processos comunitários de integração econômica e a proteção dos consumidores*. Revista de direito do consumidor, n.º 16, pp. 30 a 32.

Com a criação da Comunidade Econômica Europeia (CEE), através do Tratado de *Roma* em 1958, previu-se um processo de criação por fases, com início no estabelecimento de uma união aduaneira e progredindo para o surgimento de um mercado único, assente na livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais e no direito de estabelecimento. Com a pretensão de um desenvolvimento harmonioso e equilibrado das atividades econômicas da comunidade, promoveu-se a união econômica e monetária em fase posterior⁸⁸.

A verdade é que o Tratado de *Roma* não fazia referência expressa aos consumidores, mas alcançava-os com a concretização de um mercado interno⁸⁹. A referência ao consumidor era feita de forma indireta, mas que na verdade eram consequência do respeito à prática da livre concorrência. Estas referências estão implícitas no artigo 2º, que trata da promoção da melhoria do nível de vida; no artigo 30º que legitima a prática de medidas de efeito equivalente e restrições quantitativas necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas; o artigo 39º, relativo à política agrícola e, ainda, artigos que tratam do direito concorrencial⁹⁰.

Apesar do prenúncio da uma política de defesa dos consumidores, o conceito do sujeito consumidor não era conhecido na Europa comunitária dos anos 50, além do que não existe na versão original do Tratado de *Roma* nada que se assemelhe com uma política de proteção e, menos ainda, com o reconhecimento dos seus direitos como parceiro social⁹¹.

Em 1972, a Cimeria de *Paris* sinaliza o desejo e a intenção das instituições adotarem um programa de ação que objetive reforçar e coordenar as medidas de proteção dos interesses dos consumidores. Em sequência, o Conselho editou a célebre carta de

⁸⁸ Cfr. Jónotas E. M. Machado. *Direito da união europeia...*, cit., p. 14.

⁸⁹ Cfr. Thierry Bourgoignie. *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, Story Scientia, 1988, p. 100 e 102; Marcelo Gomes Sodré. *A construção do direito do consumidor...*, cit., pp. 130 e 131, que afirma que o Tratado de *Roma* “não tinha nenhuma disposição jurídica formal que consagrasse a proteção dos consumidores”; Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz. *Droit de la consommation...*, cit., p. 31, que afirma que “nesta época, o desequilíbrio entre profissionais e consumidores não era claramente percebido. O tratado de Roma, no seu estado original, não comportava nenhuma disposição concernente diretamente aos consumidores”; Newton de Lucca. *Direito do consumidor...*, cit., p. 30; António Menezes Cordeiro. *A tutela do consumidor de produtos financeiros. Liber Amicorum Mario Frota: a causa dos direitos dos consumidores...* Ada Pellegrini Grinover (et al). Coimbra: Almedina, 2001, p. 53.

⁹⁰ Cfr. Beyla Esther Fellous. *Proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 100; Gilles Paisant. *Direito comunitário europeu: estado, problemas atuais, desenvolvimento*. in: Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor – (Coleção doutrinas essenciais, v.2)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 108; Ana Maria Guerra Martins. *O direito comunitário do consumo...*, cit., pp. 68 e 69.

⁹¹ Cfr. Jorge Pegado Liz. *Introdução ao direito e à política do consumo...*, cit., pp. 99 e 100.

proteção do consumidor, em que foi apresentado o primeiro programa de ação voltado à proteção dos consumidores, sendo nele sido citados cinco categorias de direitos fundamentais que deveriam constituir a base da legislação comunitária no que se referia à tutela do consumidor, quais sejam: direito à proteção da saúde e segurança, direito à proteção dos direitos econômicos, direito à reparação de danos, direito à informação e à educação e direito à representação. Ressaltamos que estes programas não constituíam normas jurídicas obrigatórias, mas simples directivas, em que predominava o valor político sobre o jurídico⁹².

O Ato Único Europeu, assinado em 1986, mas que passou a vigor em 1987 estabeleceu um fundamento convencional autônomo para cooperação política europeia, através de disposições sobre cooperação política externa, tendente ao desenvolvimento de uma política externa comum. Além disso, a previsão de um sistema de consultas mútuas e a formação de políticas de referência para os Estados-Membros, com a extensão deste sistema a uma política de segurança comum, foi admitida⁹³.

A partir do Ato Único Europeu abre-se a possibilidade da Comissão legislar especificamente sobre os direitos dos consumidores. O artigo 100-A, tomando por base um “elevado nível de proteção” e evitando um alinhamento pelo nível mais baixo, habilita a Comissão a propor medidas de proteção do consumidor. Este artigo torna-se o fundamento do reconhecimento jurídico da política dos consumidores. Além disso, o Ato Único Europeu promoveu a suspensão da regra da unanimidade na adoção de directivas relativas a algumas matérias ligadas à proteção dos consumidores⁹⁴.

O tratado de *Maastricht* (Tratado da União Europeia) operou a revisão dos tratados em 1993 e, dentre outros aspectos, teve como objetivo a criação de um mercado único, o que representa um marco no processo de construção da União Europeia, e

⁹² Jorge Pegado Liz. *Introdução ao direito e à política do consumo...*, cit., pp. que destaca que na Carta de Proteção aos Consumidores “é a primeira vez que é esboçada uma definição de consumidor como pessoa física ou coletiva a quem são fornecidos bens e prestados serviços, para uso privado”; Marcelo Gomes Sodré. *A construção do direito do consumidor...*, cit., pp. 132 a 133; Ana Maria Guerra Martins. *O direito comunitário do consumo...*, cit., p. 69 e 70; Guido Alpa. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Editori Laterza, 2012, p. 35 a 37.

⁹³ Cfr. Jónotas E. M. Machado. *Direito da união europeia...*, cit., p. 16; Jorge Pegado Liz. *Introdução ao direito e à política do consumo...*, cit., p. 110 a 115; Ana Maria Guerra Martins. *O direito comunitário do consumo...*, cit., pp. 70 e 71.

⁹⁴ Cfr. Jorge Pegado Liz. *Introdução ao direito e à política do consumo...*, cit., pp. 101 e 102; Marcelo Gomes Sodré. *A construção do direito do consumidor...*, cit., p.134; Écio Perin Junior. *A globalização e o direito do consumidor: aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais*. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 100.

aumentou a cooperação entre os Estados-Membros. Outros aspectos que merecem destaque foram a criação de uma União Económica Monetária para implantação de uma moeda única e o aprofundamento da identidade europeia diante do exterior⁹⁵.

Portanto, em 1993, com o Tratado de *Maastricht*, em específico no artigo 129-A, há menção expressa ao dever da Comissão assentar a aproximação das diferentes legislações “num elevado nível de proteção dos consumidores”.

O Tratado de *Amsterdan*, aprovado em 1997, mas que entrou em vigor a partir de 1999, alterou os tratados das três comunidades e o Tratado da União Europeia. Tratou-se, dentre outros aspectos, da manutenção e desenvolvimento da União Europeia, da sua conformação como espaço de liberdade, de segurança e justiça, além do reforço do princípio da igualdade, do princípio democrático, de Estado de direito e de direitos humanos da UE, como princípios fundamentais⁹⁶.

No tocante a proteção dos consumidores, ampliou as orientações do Tratado de *Maastricht* reforçando a política de proteção dos consumidores. O artigo 153º trata da proteção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como a promoção do seu direito à informação, à educação e a organização para defesa dos seus interesses, considerando, assim, a tutela do consumidor. Destacamos que o Tratado prevê o relacionamento entre as medidas protetivas dos consumidores com as outras políticas comunitárias europeias. Por exemplo, o artigo 174º propõe a integração da saúde pública com as questões ambientais e o artigo 95º estabelece em todas as políticas e ações da comunidade um elevado nível de proteção à saúde humana. Através dos livros verdes, questões relativas a serviços financeiros, acesso dos consumidores à justiça, legislação alimentar, venda e garantias dos bens de consumo, foram concretizados, como também,

⁹⁵ Cfr. Jónotas E. M. Machado. *Direito da união europeia...*, cit., p. 18. Ver, também, Ana Guerra Matins. *Manual de direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 95 a 110; Marcelo Gomes Sodré. *A construção do direito do consumidor...*, cit., p. 135;  cio Perin Junior. *A globaliza o e o direito do consumidor...*, cit., pp. 102 e 103; Mário Frota. *Política de consumidores na união europeia...*, cit. pp. 27 a 44; Jorge Pegado Liz. *Introdu o ao direito e   política do consumo...*, cit., pp. 119 a 126; Ana Maria Guerra Martins. *O direito comunitário do consumo...*, cit., pp. 72 a 74; Jorge Pegado Liz. *A lealdade no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária: (análise crítica da directiva 2005/29/CE)*. Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n  44 (Dezembro 2005), p. 35 a 41; Guido Alpa. *Il diritto dei consumatori...*, cit., pp. 42 a 47.

⁹⁶ Cfr. Jónotas E. M. Machado. *Direito da união europeia...*, cit., p. 22. Ver, também, Ana Guerra Matins. *Manual de direito da União Europeia...*, cit., pp. 111 a 130; Marcelo Gomes Sodré. *A constru o do direito do consumidor...*, cit., pp. 136 a 140;  cio Perin Junior. *A globaliza o e o direito do consumidor...*, cit., pp. 103 e 104. Mário Frota. *Política de consumidores na união europeia...*, cit., pp. 45 a 60; Jorge Pegado Liz. *Introdu o ao direito e   política do consumo...*, cit., pp. 146 a 163; Ana Maria Guerra Martins. *O direito comunitário do consumo...*, cit., p. 75; Guido Alpa. *Il diritto dei consumatori...*, cit., pp. 47 a 50.

houve lançamento de iniciativas legislativas relativas às ações de cessação dos contratos negociados à distância, à publicidade comparativa e às transferências.

Devemos salientar que o referido Tratado veio dar satisfação à alguns dos anseios dos consumidores, além do que o respeito aos direitos humanos restou explícito no texto legal citado e, neste rol de direitos, os direitos dos consumidores estão incluídos. Somado a isso, a instituição da moeda única e o conceito de desenvolvimento e consumo sustentável aparecem como benesses importantes aos consumidores⁹⁷. Contudo, houve direitos essenciais para os consumidores que ficaram sem regulamentação, tais como, a reparação de danos, o acesso à justiça e o direito à representação de interesses coletivos.

O Tratado de Nice entrou em vigor em 2003 e, dentre outros aspectos, tinha como objetivos a preparação da União para novas adesões e a reforma institucional. Merece destaque a disciplina jurídica da cooperação reforçada entre vários Estados-Membros em que se estabeleceu que a cooperação não pode discriminar o cidadão europeu, nem restringir o comércio intra-comunitário⁹⁸.

O Tratado de Lisboa, que entrou em vigor a partir de 2009, dentre outros aspectos, funciona como uma solução de compromisso ao manter algumas características do Projeto do Tratado Constitucional Europeu, além das alterações que operou no Tratado da União Europeia (TUE) e no Tratado Constitucional Europeu (TCE), passando este a funcionar como Tratado de Funcionamento (TFUE). Destacamos a elevação da Carta de Direitos Fundamentais a categoria que detém a mesma dignidade normativa do TUE e TFUE, o acolhimento da figura do Presidente do Conselho Europeu e o reforço das competências legislativas, orçamentais e controle do Parlamento Europeu⁹⁹.

Quanto a defesa dos consumidores, o Tratado de Lisboa, no seu título XV, com a epígrafe “A defesa dos consumidores”, estabelece o artigo 169º que tem em seu contexto a previsão da contribuição da União Europeia para a proteção da saúde, da segurança e dos interesses econômicos dos consumidores, além da promoção do seu direito à informação, à educação e à organização, para assim assegurar um elevado nível de defesa.

⁹⁷ Cfr. Jorge Pegado Liz. *Introdução ao direito e à política do consumo...*, cit., p. 164.

⁹⁸ Cfr. Jónatas E. M. Machado. *Direito da União Europeia...*, cit., p. 24; Mário Frota. *Política de consumidores na União Europeia...*, cit., pp. 61 a 86.

⁹⁹ Cfr. Jónatas E. M. Machado. *Direito da União Europeia...*, cit., pp. 29 e 30.

2.2. A política dos consumidores no direito derivado europeu: proteção dos consumidores através das directivas

O direito comunitário do consumo desenvolve-se no sentido da aproximação e da harmonização das ordens jurídicas nacionais com a ordem jurídica comunitária em matéria de proteção do consumidor. O principal instrumento legal utilizado pela Comunidade no desenvolvimento do direito do consumo tem sido a directiva. Apenas entre 1985 e 1999, foram aprovadas sete directivas na área do direito do consumo, tendo então como base jurídica comum o actual artigo 94º (antigo artigo 100º) que respeita à harmonização das legislações.

Conforme ensina Guerra Martins, “o direito do consumo surge, pois, como conjunto de regras que, ao nível das Comunidades Europeias, se debruça sobre a proteção dos consumidores”¹⁰⁰ e que se efetiva através de legislação europeia (directivas e regulamentos), visando uma maior aproximação das ordens jurídicas entre os estados membros.

Entre as directivas aprovadas, das mais relevantes dos anos de 1980, mencionam-se as seguintes: Directiva n.º 85/577/CEE do Conselho, de 10 de Dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais; Directiva n.º 87/102/CEE do Conselho, de 22 de dezembro de 1986, relativa à aproximação de disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membro relativas ao crédito ao consumo, alterada pelas Directivas n.º 90/88/CEE de 22 de fevereiro de 1990 e n.º 98/7/CE do Parlamento e Conselho de 16 de fevereiro de 1998; a Directiva n.º 79/581/CEE, relativa à proteção dos consumidores em matéria de indicação dos preços dos géneros alimentícios, a Directiva n.º 84/450/CEE, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa; a Directiva n.º 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, cujo objectivo principal era a responsabilização do produtor, mas, também, a proteção do consumidor; ou mesmo, a Directiva n.º 85/577/CEE

¹⁰⁰ Cfr. Ana Maria Guerra Martins. *O direito comunitário do consumo...*, cit., p. 67.

do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais¹⁰¹.

Mencionamos, ainda, a Directiva n.º 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, a Directiva n.º 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância; a Directiva n.º 98/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998 relativa à defesa dos consumidores em matéria de indicações dos preços dos produtos oferecidos aos consumidores; a Directiva n.º 98/27/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, relativa às acções inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores; a Directiva n.º 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela associadas; a Directiva n.º 2001/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de dezembro de 2001, relativa à segurança geral dos produtos; a directiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores; a Directiva n.º 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno, e por último, e mais recentemente; e a Directiva n.º 2011/83/EU, de 25 de outubro de 2011¹⁰².

As directivas aproximam e aproximarão cada vez mais os Estados membros na proteção contratual do consumidor europeu, respeitando naturalmente as diferenças entre os mercados internos¹⁰³. Os conceitos europeus comuns são uma demonstração da aproximação das ordens jurídicas no direito europeu derivado e, de entre estes conceitos, podemos citar o conceito de consumidor, que apesar de clara controvérsia e salvo as

¹⁰¹ Sobre as directivas da década de 1980, cfr. Ana Maria Guerra Martins. *Ibidem*, pp. 80 a 84; Jorge Morais Carvalho. *La protección de los consumidores en la Unión Europea...*, cit., pp. 249 a 253.

¹⁰² Sobre as directivas da década de 1990, cfr. Ana Maria Guerra Martins. *O direito comunitário do consumo...*, cit., pp. 84 a 91; Guido Alpa. *Il diritto dei consumatori...*, cit., pp. 58 e 59.

¹⁰³ Cfr. Carlos Ferreira de Almeida. *Contratos I: conceito, fontes e formação*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, pp. 54 e 55, entende que “impedir a distorção da concorrência e eliminar os obstáculos ao funcionamento do mercado interno que, em conjunto com o fim específico de proteção dos consumidores, constam da justificação da totalidade das directivas comunitárias aplicáveis aos contratos de consumo, domingo em que a legislação comunitária relevante para os contratos mais se desenvolveu em extensão e profundidade”; Jean Calais-Auloy. *Regard Critique sur L’harmonisation Européenne du Droit de la Consommation. Liber Amicorum Mario Frota: a causa dos direitos dos consumidores...* Ada Pellegrini Grinover (et al). Coimbra: Almedina, 2001, p. 319 que considera que “as directivas de 1998 a 2009 marcam, em teoria, um avanço importante do direito europeu do consumo”.

diferenças entre as directivas a depender da matéria, tem sido comumente entendido como “qualquer pessoa singular que actue com fins que não incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”. Como bem destaca Sofia Oliveira Pais, é um exemplo de conceito amplo que deverá integrar não só os utilizadores finais, como também, intermediários, os grossistas e os retalhistas¹⁰⁴.

2.3. A consagração da proteção dos consumidores através da directiva 2005/29/CE

Ab initio é importante ressaltar que para a compreensão da nossa pesquisa não nos ateremos, obviamente, a todas as directivas da União Europeia em matéria de proteção ao consumidor. Analisaremos especificamente a Directiva n.º 2005/29/CE, de 11 de Maio de 2005, no seu artigo 5º e na análise da noção de consumidor médio, segundo a intenção do próprio legislador europeu de pô-lo no contexto da directiva citada e a análise do Tribunal Europeu, pois o próprio legislador a invoca para uma melhor definição do conceito de consumidor médio.

Esta análise é necessária, pois não há como tratar de consumidores particularmente vulneráveis e sobre os aspectos que envolvem esta expressão prevista na directiva – e, até mesmo, a vulnerabilidade no direito do consumidor na Europa – sem antes compreendermos o consumidor médio.

É importante também dizer que, nos termos do artigo 1º, é objetivo da directiva “com vistas a alcançar um elevado nível de defesa dos consumidores”, relativa às práticas comerciais desleais que lesam “interesses económicos dos consumidores”¹⁰⁵. Em proveito disto, trata-se de um eixo da proteção dos consumidores frente às empresas, que através de métodos comerciais agressivos e enganosos aproveitam-se da debilidade e vulnerabilidade dos consumidores para tentarem desenvolver os seus negócios através de técnicas de divulgação e venda de produtos e serviços¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Cfr. Sofia Oliveira Pais. *O critério do bem-estar dos consumidores no contexto da renovação do direito comunitário da concorrência*. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida/comis. org. José Lebre de Freitas ... [et al.]. Vol. 1: Direito comparado, Direito económico, Direito do consumo, Direito dos valores mobiliários. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 587 a 627.

¹⁰⁵ Cfr. Thomas Wilhelmsson e Geraint Howells. *EC consumer law*. Dartmouth: Aldershot, 1997, p. 302, “o principal objectivo do direito comunitário do consumo – criar condições harmonizadas de concorrência no mercado interno – não o impede de ter também objectivos de proteção do consumidor”.

¹⁰⁶ Cfr. Assunção Cristas. *Concorrência desleal e proteção do consumidor: A Propósito da Directiva 2005/29/CE*. Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos – Homenagem da Faculdade de Direito de

Da leitura desta directiva, que corresponde à concretização dos artigos 14.º/2 e 153.º/1 e 3º, alínea a) do Tratado de *Maastricht* (atualmente, os artigos 26º e 169º TFUE), decorre que o Conselho e o Parlamento tinham por objetivo proporcionar uma maior proteção aos consumidores e um mercado mais livre e, para tanto, o legislador optou pela harmonização máxima ou plena, estabelecendo regras uniformes em todos os países¹⁰⁷.

O diploma normativo em referência trata de um tema relevante em matéria de direito do consumidor, com temas que o interligam ao direito civil e o direito comercial. Entendem os autores que um dos pilares da defesa dos consumidores está na proteção contra as práticas comerciais desleais que interfiram no comportamento económico dos consumidores, prejudicando a sua liberdade contratual de escolha dentro da relação de consumo¹⁰⁸.

Anteriormente, uma possível proteção dos consumidores está adstrita às regras constantes nos diplomas normativos comerciais e nos deveres de ética profissional dos comerciantes, positivados sob a égide do instituto da concorrência desleal. Parece-nos que a tutela dos consumidores margeia esta área, que se restringe notadamente aos comerciantes lesados por actos de concorrência¹⁰⁹.

Lisboa. Coimbra: Almedina, 2007, p. 143, entende que “protege-se o consumidor, porquanto se está a proteger o mercado e ao proteger-se o mercado percebe-se que é uma boa maneira de proteger o consumidor. Proteção da concorrência e proteção do consumidor são objetivos convergentes na prossecução do objectivo último de desenvolvimento do mercado interno”.

107 Cito, como exemplo, a Resolução do Parlamento Europeu, de 22 de maio de 2012, sobre uma estratégia de reforço dos direitos dos consumidores vulneráveis. Cfr. José Carita Simão. *A repressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no Mercado Interno Europeu*. Revista de Direito das Sociedades, A. 4, n.º 4, pp. 1009 a 1045, 2012, p. 1033; Cláudia Sofia Gomes Abrunhosa. *Práticas comerciais desleais: um estudo da Directiva 2005/29/CE*. Revista Luso – Brasileira de Direito do Consumo, n.º 1. Curitiba: Editora Bonijuris LTDA e J.M. Editora e Livraria LTDA, 2011, pp. 129 a 130; Jorge Morais de Carvalho. Reflexão em torno dos contratos promocionais com objecto plural. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida/comis. org. José Lebre de Freitas ... [et al.]. Vol. 1: Direito comparado, Direito económico, Direito do consumo, Direito dos valores mobiliários. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 512 e 513.

108 Cfr. João Calvão da Silva. Responsabilidade do produtor..., cit., p. 75, que entende que um eixo de proteção dos consumidores “é o da proteção do consumidor contra práticas comerciais desleais e abusivas”; Assunção Cristas. Concorrência desleal..., cit., p. 142; Luis Manuel Teles de Meneses Leitão. A proteção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas. Revista O Direito, 134º-135º, 2002-2003, p. 70, que considera ser “um setor importante de proteção aos consumidores a legislação contra determinadas práticas comerciais desleais e agressivas”.

109 Cfr. Ibidem, “destaca que “actualmente, a situação modificou-se, verificando-se que a disciplina da concorrência desleal e da liberdade de concorrência, tem vindo a desempenhar uma importante função no âmbito da proteção dos consumidores”; Luis Manuel Teles de Meneses Leitão. As práticas comerciais desleais nas relações de consumo. Revista da Ordem dos Advogados, ano 71, n.º, pp. 423 a 445, 2011, p. 424, que entende que “assim um vector importante de proteção aos consumidores a legislação contra as denominadas práticas comerciais desleais”. José Carita Simão. *A repressão das práticas comerciais desleais...*, cit., p. 1010; Alexandre Dias Pereira. *Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais*.

No considerando 6 da directiva, define-se o interesse de atuação como sendo o de regular a licitude de práticas comerciais relacionadas, entendendo-se como inaplicáveis os requisitos legais relacionados com os conceitos de bom gosto e decência, pelo simples fato de que estes variam substancialmente de país para país¹¹⁰. Assim, protegem-se diretamente os interesses económicos dos consumidores quanto a estas práticas comerciais desleais.

Com efeito, esta directiva é considerada como sendo de harmonização máxima¹¹¹ e estabelece regras uniformes ao nível de União Europeia, de modo que os Estados-Membros não podem restringir a livre prestação de serviços nem a livre circulação de mercadorias no mercado interno, conforme o artigo 4º da directiva¹¹². Esta disposição normativa deixa claro que a União Europeia tenta eliminar qualquer entrave à livre iniciativa e, ficamos com a percepção de que o mercado interno é promovido tendo como base o princípio da proteção económica do consumidor¹¹³.

Baseando-se nos consumidores a proteger, o legislador europeu previu as diferentes práticas comerciais desleais, dividindo-as em gerais e em especiais. A prática comercial desleal geral vem definida no artigo 5.º, número 2, enquanto as práticas comerciais desleais especiais estão consagradas no 5.º, número 4.

No último capítulo desta directiva, que trata das disposições finais, estipula-se que os Estados Membros devem assegurar a existência de meios adequados e eficazes para

Estudos de direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, nº 2, 2000, p. 363, que entende que a “consagração, a nível comunitário, da inserção dos consumidores no círculo de beneficiários directos da proibição da concorrência desleal”; Ana Maria Guerra Martins. *O direito comunitário do consumo...*, cit., p. 65, que afirma que “como o mercado e a política de concorrência não conseguem, por si só, assegurar a proteção do consumidor, compete ao Estado melhorar a transparência”.

¹¹⁰ Vide Considerando 7 da directiva 2005/29/CE.

¹¹¹ Cfr. Ana Maria Guerra Martins. *O direito comunitário do consumo...*, cit., p. 66; Cláudia Sofia Gomes Abrunhosa. *Práticas comerciais desleais...*, cit., pp. 130 a 132.

¹¹² Cfr. Assunção Cristas. *Concorrência desleal e proteção do consumidor...*, cit., p. 144. Teresa Almeida. *Os caminhos nacionais da defesa do consumidor: Europa, mas pouco*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n. 5, 2003, pp. 303 e 304, constituindo a defesa dos direitos sobretudo instrumento de construção do mercado único, esta será, também, o limite das políticas dirigidas em primeira linha à proteção dos consumidores. Ora, a proteção dos consumidores está associada (no sentido mais profundo, na medida em que dele nasce) a um género de mercado – o da concorrência –, a um sistema – o capitalista –, e a um regime, a democracia”.

¹¹³ Cfr. Thomas Wilhelmsson e Geraint Howells. *EC consumer law...*, cit., p. 337, “agora que a proteção dos consumidores tem uma posição firme no Tratado [...], há sinais de que a ideologia do mercado interno está a tornar-se dominante”; Assunção Cristas. *Concorrência desleal e proteção do consumidor...*, cit., p. 160, “para a Europa é mais importante o fortalecimento e o crescimento de um mercado interno do que a proteção do consumidor, [sendo] que esta será sustentada enquanto for um bom suporte àquele objectivo e secundarizada se se tornar um entrave”. Jorge Pegado Liz. *A lealdade no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária: (análise crítica da directiva 2005/29/CE)*. Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 44, p. 17 a 93, Dezembro 2015, p. 86, fala em “cedência manifesta à concepção que pretende reduzir a proteção de consumidores à realização do mercado único”.

lutar contra as práticas comerciais desleais, para garantirem o cumprimento das disposições presentes na directiva, devendo possibilitar a faculdade de intentar ações judiciais contra tais práticas comerciais desleais, e/ou submetê-las a uma autoridade administrativa competente para decidir quanto a sanções contraordenacionais.

2.4. O consumidor médio na Directiva n.º 2005/29/CE

2.4.1. Breves considerações sobre a cláusula geral do artigo 5º da Directiva n.º 2005/29/CE

É no artigo 5º, n.º 2, que encontramos o conceito de prática comercial desleal como sendo “contrária às exigências relativas à diligência profissional”, em que há distorção ou susceptibilidade de distorção “de maneira substancial” do “comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou afeta”.

Na directiva, o artigo 5º prevê os critérios para que se possa determinar que uma prática comercial é desleal¹¹⁴¹¹⁵. Pelo conceito, verifica-se que a cláusula geral impõe quatro requisitos. O primeiro requisito impõe que deve se tratar de uma relação jurídica de consumo, sendo que a própria directiva cuida de identificar os elementos da relação de consumo, uma vez que no artigo 2º, alínea a), b) e c) define consumidor, profissional e produto.

Pelo segundo requisito, prática comercial, também resta identificado na directiva no artigo 2º, alínea d)¹¹⁶. Em terceiro lugar, a prática comercial ser desconforme com a

¹¹⁴ Cfr. Directiva 2005/29/CE que prevê no artigo 5, n.º 2 que “Uma prática comercial é desleal se: a) For contrária às exigências relativas à diligência profissional; e b) Distorcer ou for susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afecta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores”. E o n.º 3 do mesmo artigo, que “As práticas comerciais que são susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, de uma forma que se considere que o profissional poderia razoavelmente ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo. Esta disposição não prejudica a prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente”.

¹¹⁵ Cfr. Jorge Pegado Liz. *A Lealdade no Comércio...*, cit., p. 75, critica que a definição seja feita pela negativa e não pela positiva, partindo-se do conceito de política desleal, “ao invés de formular a cláusula pela positiva ou seja, definindo o que se deve entender por uma prática leal do comércio”.

¹¹⁶ Cfr. Jorge Morais Carvalho. *Os contratos de consumo...*, cit., p. 210: que observa que conceito de prática comercial presente na directiva “trata-se de uma noção bastante ampla no que respeita à materialização do comportamento do profissional, podendo estar em causa qualquer acção ou omissão”.

prática profissional, requisito também definido no artigo 2º, alínea h)¹¹⁷. Por fim, o quarto requisito está relacionado a prática comercial distorcer ou ser susceptível de distorcer o comportamento económico dos consumidores. Novamente, este requisito encontra-se previsto no artigo 2º, alínea e). A referida alínea faz menção a expressão “decisão de transação”, que está definida no artigo 2º, alínea k). Dessa maneira, concluímos que, nas palavras do Moraes Carvalho, “a prática comercial só é desleal se for susceptível de levar o consumidor a tomar uma decisão diferente daquela que tomaria se não tivesse sido realizada a prática”¹¹⁸¹¹⁹.

Dessa maneira, para a verificação da susceptibilidade de distorção do comportamento económico dos consumidores, o legislador adotou o critério de regência do consumidor médio¹²⁰ - conceito que não está definido na directiva - conforme analisaremos no próximo tópico deste trabalho.

Ocorre que, ao conjugar-mos com o n.º 3, artigo 5º, a directiva aparenta propor a existência de duas categorias de consumidores a proteger: o consumidor médio e o consumidor particularmente vulnerável – quanto a este último existe uma grande dificuldade em identificá-lo, uma vez que depende da interpretação da situação concreta¹²¹. Esta relação existente entre o n.º 2 e 3 do artigo 5º tem suscitado várias opiniões que divergem essencialmente na análise conjunta ou não dos dois números, questionando a complementaridade ou não do n.º 3 em relação ao n.º 2¹²².

¹¹⁷ Cfr. Cláudia Sofia Gomes Abrunhosa. *Práticas comerciais desleais...*, cit., p. 144, que entende que “deparamo-nos, desde logo, com a presença de conceitos indeterminados, como sejam, padrão de competência especializada ou de cuidado, prática de mercado honesta e a boa-fé, termos jurídicos cuja conformação dependerá da herança jurídica dos diferentes Estados-Membros”.

¹¹⁸ Cfr. Jorge Moraes Carvalho. *Os contratos de consumo...*, cit., p. 212.

¹¹⁹ Cfr. Elsa Dias de Oliveira. *Práticas comerciais proibidas...*, cit., p. 154, que afirma que “subjacente a este requisito está a ideia de garantir a verdadeira autonomia privada, ou seja, que o consumidor possa decidir livre e esclarecidamente se, e em que condições, quer contratar”; cfr. Assunção Cristas. *Concorrência desleal e proteção do consumidor...*, cit., p. 147; Cláudia Sofia Gomes Abrunhosa. *Práticas comerciais desleais...*, cit., p. 152, que entende que “a distorção substancial do comportamento económico do consumidor resulta de uma redução sensível da sua aptidão para tomar uma decisão livre, ponderada e esclarecida”.

¹²⁰ Cfr. Ana Maria Guerra Martins. *O direito comunitário do consumo...*, cit., p. 78, explica que o Tribunal de Justiça “não entendeu como justificadas as medidas que se destinavam a proteger o consumidor cuja inteligência e prudência são inferiores à média, tendo antes raciocinado com base num consumidor razoavelmente prudente e informado”.

¹²¹ Cfr. W. Micklitz Hanz e Rorbert Heich. *Crónica de Una Muerte Anunciada: The Commission Proposal for a “Directive on Consumer Rights”*. Disponível em: <http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?id=COLA2009021&PHPSESSID=gc1qn3qll3i5udura6ragsao> h0. Acesso em 19 de novembro de 2014.

¹²² Cfr. Assunção Cristas. *Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor...*, cit., p. 8, que entende que “a directiva não é particularmente feliz neste ponto” e complementa “só um esforço considerável de interpretação, com recurso nomeadamente à *occasio legis* referida nos considerandos, permite concluir que

Como destaca Gálvez Kruger¹²³, há duas correntes de interpretação. A primeira corrente entende que se discute na doutrina a conjugação do número 2 e 3 deste artigo, considerando-se que o número 3 descreve uma outra categoria específica de prática comercial desleal, pelo que a sua aplicação dependeria apenas da satisfação dos requisitos aí enunciados e não dos requisitos do número 2. Essa corrente entende que o profissional deveria ter razoavelmente previsto que a sua prática era susceptível de distorcer os consumidores particularmente vulneráveis. Assim, a deslealdade a ser identificada exigiria requisitos menos estritos, ou seja, dependeria do “grau de diligência acrescido quando estejam em causa práticas comerciais particularmente dirigidas a grupos de consumidores particularmente vulneráveis”¹²⁴, para se identificar a deslealdade da prática comercial.

Por Gálvez Kruger¹²⁵ outra corrente interpretativa acerca da conjugação do n.º 2 e 3 do artigo 5º entende que o n.º 3 é, na verdade, um novo método de avaliação para determinar o consumidor de referência – uma alternativa – haja vista este número trazer uma variante de consumidor médio, de modo que de acordo com o n.º 2, a prática só é desleal se for contrária às exigências relativas à diligência profissional, independentemente da existência de um grupo de consumidores mais vulneráveis¹²⁶.

como proposto, sob pena de o regime ser mais gravoso do que o geral”. Luis Manuel Teles de Meneses Leitão. *As práticas comerciais desleais nas relações de consumo...*, cit., p. 427, observa que “a utilização deste critério de consumidor médio tem vindo, porém, a ser objecto de críticas, por se considerar que os profissionais devem poder exonerar-se invocando a especial ingenuidade ou credulidade de alguns consumidores”; Jorge Pegado Liz. *A lealdade no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária...*, cit., p. 77, considera que “um consumidor médio é uma utopia, ninguém é médio e se tal noção pode servir, em casos concretos, nas decisões jurisprudências, para resolver conflitos de interesses, avaliar o grau de conhecimento presumido ou presumível, não pode basear uma política de proteção dos consumidores numa ficção”.

¹²³ Cfr. María Antonieta Gálvez Krüger. *O consumidor de referência para avaliar a deslealdade da publicidade e de outras práticas comerciais*. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida. Almedina: Coimbra, 2011, pp. 545 e 546.

¹²⁴ Cfr. Assunção Cristas. *Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor...*, cit., p. 8, que entende que “a directiva não é particularmente feliz neste ponto”, e complementa “só um esforço considerável de interpretação, com recurso nomeadamente à occasio legais referida nos considerandos, permite concluir que como proposto, sob pena de o regime ser mais gravoso do que o geral”.

¹²⁵ Cfr. María Antonieta Gálvez Krüger. *O consumidor de referência para avaliar a deslealdade da publicidade e de outras práticas comerciais...*, cit., p. 546.

¹²⁶ Cfr. Cláudia Sofia Gomes Abrunhosa. *Práticas comerciais desleais...*, cit., p. 151, que entende que “considerem-se as especificidades desta norma, designadamente que não estamos perante uma norma que prevê uma prática que visa em especial um grupo de consumidores vulneráveis (...), mas sim, como suprarreferido, de uma prática que visando consumidores que não especificamente um determinado grupo de consumidores mais vulneráveis – consumidores ordinários –, apenas estes são suscetíveis de distorção do seu comportamento económico, sendo que neste caso o consumidor médio de referência será deste grupo de consumidores – mais vulneráveis”.

2.4.2. Conceito de consumidor médio

A definição de consumidor médio é distinta da definição de consumidor¹²⁷ estabelecida na directiva. Aliás, o vocábulo *consumidor* não representa um conceito único, geral e uniforme. Existem distintos conceitos nas directivas da União¹²⁸. Entretanto, para se aferir se determinada prática é desleal ou não, entende o legislador europeu tomar como regência o conceito de consumidor médio – oposto ao conceito individual dele¹²⁹.

O conceito de consumidor médio surgiu com base em acórdãos proferidos pelos Tribunais Europeus, tendo apenas consagração legal em 2005, com a publicação da directiva relativa a práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno – a Directiva n.º 2005/29/CE, do Parlamento e do Conselho –, caminhando, atualmente, para a uniformização comunitária, ainda que continue, na sua aplicação prática, a ser distinto nos diversos países¹³⁰¹³¹.

¹²⁷ Segundo art. 2º da Directiva 2005/29/CE considera-se consumidor “qualquer pessoa singular que, nas práticas comerciais abrangidas pela presente directiva, actue com fins que não se incluam no âmbito da sua actividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”.

¹²⁸ Cfr. Jorge Carita Simão. *A repressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no Mercado Interno Europeu...*, cit., p. 1023; Fernando Baptista de Oliveira. *O conceito de consumidor...*, cit., p. 222.

¹²⁹ Cfr. Sandra Passinhas. *Dimensions of Property under European Law: Fundamental Rights, Consumer Protection and Intellectual Property: Bridging Concepts?* Disponível em: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13759/2010_Passinhas.pdf?sequence=2. Acesso em: 14 de maio de 2015, que entende que “o consumidor médio é tomado como um modelo no Direito do Consumidor Europeu. O conceito de consumidor médio tem sido desenvolvido pelo Tribunal de Justiça, em primeiro lugar, como um critério para avaliar se as medidas destinadas a proteger os consumidores poderiam ser justificadas ao abrigo do artigo 28.º do Tratado CE; em segundo lugar, nos casos relacionados com a publicidade enganosa; e em terceiro lugar, para apreciar se uma designação comercial ou o nome de um produto que possa iludir o consumidor ou criar confusão”. María Antonieta Gálvez Krüger. *O consumidor de referência para avaliar a deslealdade...*, cit., p. 525, que afirma que “(...) a noção de consumidor médio como consumidor de referência (...)”.

¹³⁰ Cfr. Vanessa Mak. *Standards of Protection: in search of the “average consumer” of EU law in the proposal for a consumer rights directive in European review of private law 1 – 2011*, p. 27. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1626115. Acesso em 19 de novembro de 2014; cfr. María Antonieta Gálvez Krüger. *O consumidor de referência para avaliar a deslealdade...*, cit., p. 526, que afirma que “a noção do consumidor médio provém duma vasta e reitera jurisprudência do TJCE com a mesma orientação, e que não deve ser confundida com os outros conceitos de consumidor que existem em diversas normas comunitárias”; Hélio T. Rigor. *O conceito de consumidor médio no panorama comunitário: subsídios para a sua compreensão*. RPDC, n.º 58, 2009. Disponível em <http://vlex.com/vid/medio-panorama-comunitario-subsidios-219627469>. Acesso em 13 de janeiro de 2015, p. 05, que entende que “noção de consumidor médio não é um conceito estanque, ou pelo menos, que possa neste momento ser considerado acabado”; José Massauguer. *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 89, que afirma que “a directiva assumiu a mesma noção de consumidor médio (dentro do círculo de destinatários) estabelecida pelo Tribunal de Justiça (...)”.

No entanto, cumpre destacar que o abandono por parte da directiva de constar uma definição de consumidor médio encontra-se explicada na Comunicação da Comissão ao parlamento europeu onde diz que “a redação foi alterada de forma a que o texto deixou de conter uma definição de consumidor médio, na sequência das preocupações manifestadas de que isso impediria o conceito de evoluir em consonância com a jurisprudência do TJCE”¹³²¹³³.

Seguindo a abordagem *business to consumer*¹³⁴, a mencionada directiva regula as relações entre produtor e consumidor, considerando como critério essencial para aferir da deslealdade da prática o conceito de consumidor médio. Então, o consumidor médio, definido no considerando 18 e, de acordo com a Jurisprudência do Tribunal de Justiça, como aquele que é “normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta factores de ordem social, cultural, linguística”¹³⁵.

¹³¹ Há críticas quanto à noção de consumidor médio, neste sentido, cfr. Luís Silveira Rodrigues. *Tendências recentes sobre a proteção do consumidor na União Europeia*. Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, 2003, p. 315, que considera que “esta noção significa trabalhar sobre uma ficção”, entende que vale “a lei do mais forte e do mais hábil a enganar”; Jorge Pegado Liz. *A “lealdade” no comércio ou as desventuras de uma Iniciativa comunitária...*, cit., p. 77, defendendo que “um consumidor “médio” é uma utopia, ninguém é “médio” e [...] não se pode basear toda uma política de proteção dos consumidores numa ficção”. Hélio T. Rigor Rodrigues. *A cláusula geral das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RigorRwhitepapers_03.pdf. Acesso em 13 de novembro de 2014, p. 27, que entende que “o conceito de consumidor médio pode comprometer o objectivo da Directiva conceder maior proteção aos consumidores. Isto, caso se entenda que este conceito jurídico deve sempre e impreterivelmente ser aplicado na hora de determinar a distorção do comportamento económico de um consumidor”; Geriant G. Howlles. *The rise of european consumer law: whither national consumer law?* pp. 63 a 88. Disponível em http://sydney.edu.au/law/slr/slr28_1/Howells.pdf. Acesso em 21 de junho de 2015, p. 87: “A Directiva Práticas Comerciais Desleais representa uma ameaça de uma ordem diferente e a qualidade da sua elaboração deve ser examinado mais de perto, pois visa substituir (ou, pelo menos, colocar uma tampa sobre) a proteção oferecida pelas formas tradicionais de defesa do consumidor. Este não é o lugar para ir em todos os detalhes e apontar todos os problemas com a presente directiva, mas incidindo sobre a falta de clareza com o conceito central do “consumidor médio” deve ilustrar o ponto”.

¹³² Cfr. Documento COM (2003) 356 de 18 de Junho de 2003.

¹³³ A noção de consumidor médio constou da proposta inicial da comissão, neste sentido, cfr. Jorge Carita Simão. *A repressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no Mercado Interno Europeu...*, cit., p. 1026; Luiz González Váque. *Las nociones 'consumidor medio' y 'miembro medio de un grupo particular de consumidores' en el Reglamento n.º 1924/2006 (declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos)*. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1175&context=luis_gonzalez_vaquez. Acesso em 20 de junho de 2015, p. 13, que entende que “Neste contexto, deve-se ressaltar que o legislador manteve a noção de consumidor médio como o ponto de referência para defeito com respeito a qual deve ser avaliadas o impacto das práticas potencialmente desleais”.

¹³⁴ Cfr. W. Micklitz Hanz e Rorbert Heich. *Crónica de Una Muerte Anunciada: The Commission Proposal for a “Directive on Consumer Rights”*. Disponível em: <http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?id=COLA2009021&PHPSESSID=gc1qn3qll3i5udura6ragsao> h0. Acesso em 19 de novembro de 2014.

¹³⁵ Acrescentamos que não mais se definem, nem estabelecem, critérios de aferição deste conceito no resto da directiva, além de que a própria directiva entende que são os Tribunais e as Autoridades Nacionais que terão

A jurisprudência tem força decisiva na construção do conceito aqui pretendido, posto que é preciso centrar o conceito (ou tentar padronizá-lo) “a medida que um ponto de ancoragem para os padrões de proteção que pode ser justificada sob a movimentos livres regulamentação, e também define o padrão para o nível de proteção prosseguido para harmonizar a legislação”¹³⁶.

Neste sentido, destacamos um acórdão referência por ter sido o primeiro a tratar do conceito de consumidor médio, o acórdão *Walker*, de 04 de Março de 1986, processo n.º 243/84, ao explicitar que o consumidor médio inglês ou escocês entenderia o *whisky* da mesma forma que o consumidor médio dinamarquês consideraria o vinho de frutas. Na prática, interessa-nos que o acórdão não efetua uma concretização do conceito, mas já o refere como condicionante para a decisão, demonstrando, também, que o consumidor médio relativo a um produto num país não é igual a outro noutro país¹³⁷.

Para melhor compreensão da definição de consumidor médio deveremos partir da idéia de que, como dito, este é “normalmente informado e razoavelmente atento e avisado”¹³⁸. Os autores destacam o acórdão *Gut Springenheid*¹³⁹ como tendo sido o caso que estimulou a tendência do conceito atual de consumidor médio, obtido a partir do julgamento do caso onde se discutia sobre uma menção existente num rótulo, cujo objetivo era fomentar a venda de ovos, mas que poderia levar o consumidor ao erro. Entendeu o Tribunal que o consumidor médio é um “consumidor avisado que percebe com atenção a informação sobre produto comercializado, e, por conseguinte, a totalidade da informação dos produtos”¹⁴⁰.

que saber determinar a reação expectável de um consumidor médio perante um facto, auxiliados apenas pela orientação jurisprudencial do Tribunal de Justiça.

¹³⁶ Cfr. Vanessa Mak. *Standards of Protection: in search of the “average consumer” of EU law in the proposal for a consumer rights directive in European review of private law 1 – 2011*, p. 27. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1626115. Acesso em 19 de novembro de 2014.

¹³⁷ Acórdão do Tribunal de 04 de março de 1986. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=93466&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&oc=first&part=1&cid=320338>. Acesso em 02 de abril de 2015.

¹³⁸ Cfr. Luis González Váque. *La Noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas*. Revista de Derecho Comunitario Europeu, ano 8, n.º 17, pp. 47 a 82, 2004, p. 49.

¹³⁹ Cfr. Acórdão de 16 de julho de 1998 do TJUE. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44018&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&oc=first&part=1&cid=1099690>. Acesso em 20 de junho de 2015.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 57; Jorge Carita Simão. *A repressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no Mercado Interno Europeu...*, cit., pp. 1025 a 1026; María Antonieta Gálvez Krüger. *O consumidor de referência para avaliar a deslealdade...*, cit., pp. 528 a 530.

Mencionamos, também, o Acórdão *Darbo*¹⁴¹, onde o Tribunal refere que “os consumidores que decidem adquirir um produto em função da respectiva composição leem previamente a lista de ingredientes, cuja menção é obrigatória nos termos do artigo 6.º da Directiva n.º 79/112/CEE”¹⁴².

Outro acórdão que merece destaque é o acórdão *Gottfried Linhart*¹⁴³, onde o Tribunal considerou que “a menção “dermatologicamente testado” não pode induzir em erro um consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido”, adiantando que “a proibição da referida menção, nos casos em que não figure na embalagem do produto cosmético qualquer indicação relativa ao objecto e ao resultado do estudo médico, constitui uma medida nacional de repressão das informações enganosas mais estrita do que a prevista no artigo 6.º, n.º 3, da Directiva 76/768”.

A atitude do consumidor e a informação que ele busca alcançar são elementos que acompanham a definição de consumidor médio. Através da atitude é que o consumidor se torna atento e perspicaz, buscando a informação sobre o produto ou serviço que pretenda consumir. Além disso, o consumidor deve buscar a informação necessária para decidir adquirir um produto e dispor livremente da sua funcionalidade, isto é, trata-se de um grau normal de conhecimento e informação¹⁴⁴¹⁴⁵.

O recurso à figura do consumidor médio é um instrumento interessante para a verificação da ocorrência ou não de prática desleal do profissional em determinadas

¹⁴¹ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 04 de abril de 2000. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45215&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1106278>. Acesso em 20 de junho de 2010.

¹⁴² Cfr. Jorge Carita Simão. *A repressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no Mercado Interno Europeu...*, cit., p. 1027; María Antonieta Gálvez Krüger. *O consumidor de referência para avaliar a deslealdade...*, cit., pp. 532 a 533.

¹⁴³ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de outubro de 2002. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47827&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1103643>. Acesso em 20 de junho de 2010.

¹⁴⁴ Cfr. Rossella Incardona e Cristina Poncibó. *The avarage consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive resolution*. Journal of Consumer Policy, 2007, vol. 30, issue 1, pp. 22 e 23; Luis González Váque. *La Noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas...*, cit., p. 78; Jorge Carita Simão. *A repressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no Mercado Interno Europeu...*, cit., p. 1027.

¹⁴⁵ Cfr. Ana Maria Guerra Martins. *O Direito Comunitário do Consumo...*, cit., p. 78, salienta que o TJUE “não entendeu como justificadas as medidas que se destinavam a proteger o consumidor cuja inteligência e prudência são inferiores à média, tendo antes raciocinado com base num consumidor razoavelmente prudente e informado”.

práticas comerciais, em que ele se aproveita da fragilidade – ou vulnerabilidade – do consumidor, influenciando-o e distorcendo o seu comportamento económico¹⁴⁶¹⁴⁷.

Convém abordarmos os últimos acórdãos do tema em comento, pois têm admitido que o consumidor médio é aquele “normalmente informado e razoavelmente atento e avisado”¹⁴⁸. Entretanto, convém salientar que podem ser analisados outros elementos, a exemplo, de considerações relativas às condições sociais, culturais ou linguísticas dos consumidores¹⁴⁹, bem como a obrigação que o consumidor médio tem de se informar, acedendo à informação sem que a adquira de forma exaustiva, sendo injustificada a sua falta de interesse ou descaso¹⁵⁰.

2.4.2.1. Análise da noção de consumidor médio no Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de Maio de 2011¹⁵¹.

O Acórdão do Tribunal de Justiça, de 12 de Maio de 2011, no processo C-122/10, chamado a decidir, através do reenvio prejudicial, sobre o facto de a agência de viagens *Ving Sverige AB* ter anunciado publicamente uma viagem à Nova Iorque. Por esse publicação em jornal entendeu o *Konsumentobundsmannen* tratar-se de um convite a contratar, e que deveria ser considerada uma prática comercial desleal, alvo de sanção pecuniária, por omissão enganosa de informações capazes de induzir o adquirente ao erro. Além disso, pediu que fosse dada uma ordem a agência *Ving Sverige AB* para que precisasse as características principais da viagem.

Contrariamente, a *Ving Severige AB* não concordou com tal pretensão, e argumentou que tal comunicação não poderia ser considerada um convite a contratar e que,

¹⁴⁶ Cfr. Jorge Morais Carvalho. *Os contratos de consumo...*, cit., p. 213.

¹⁴⁷ Cfr. Acórdão de 6 de Julho de 1995, Processo C-470/93, Acórdão do TJUE, de 10 de Setembro de 2009, Processo C- 446/07, Acórdão de 4 de Abril de 2000, Processo C-465/98], Acórdão de 28 de Janeiro de 1999, Processo C-303/97, Acórdão de 22 de Junho de 1999, Processo C-342/97.

¹⁴⁸ Cfr. Cláudia Sofia Gomes Abrunhosa. *Práticas comerciais desleais...*, cit., p. 37, ponde sobre este conceito e afirma que “ainda que informado, atento e advertido, não se espera que, por excesso, o consumidor médio seja, conhecedor e especialista quanto ao produto ou serviço em questão...”.

¹⁴⁹ Cfr. María Antonieta Gálvez Krüger. *O consumidor de referência para avaliar a deslealdade...*, cit., p. 535.

¹⁵⁰ Cfr. Luis González Váque. *La Noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas...*, cit., pp. 62 a 63

¹⁵¹ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Maio de 2011, p. 25. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=82045&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2515235>. Acesso em 07 de maio de 2015.

mesmo sendo consideradas, as características principais do produto estariam presentes, de acordo com exigência legal da Suécia.

O Tribunal de Justiça, com base na Directiva n.º 2005/29/CE, alinhou seu posicionamento decisório pelo critério do *consumidor médio*, para analisar a presença uma prática comercial desleal no caso em tela, e no caso em tela, no que respeita ao caráter enganoso de uma publicidade, essa é a orientação indicada.

Desse modo, considerou, primeiramente, que a noção de convite a contratar prevista no artigo 2.º/i) da directiva deveria ser interpretada numa forma não restritiva.

Aliado a esse entendimento, percebeu que não seria necessário identificar um preço “global”, estando o requisito do preço preenchido pela definição do preço mínimo, e que a representação nominativa ou visual do produto poderia preencher o requisito relativo às informações do produto.

Em relação à interpretação do artigo 7.º, n.º 4 da Directiva, para identificar ou não a prática comercial desleal, o Tribunal construiu o entendimento de que a remissão para o *site* poderia ser feita, entretanto as informações essenciais deveriam estar previstas na publicação. Com este argumento, decidiu o Tribunal que a indicação de um preço de partida num convite a contratar não seria uma omissão enganosa *de per se*, cabendo ao Tribunal nacional determinar se a presença deste preço seria suficiente para a decisão comercial do consumidor.

Tendo como base que no anúncio publicitário, e nas informações que nele constavam, seria o *consumidor médio* levado a pensar que, se se dirigisse à agência, poderia comprar a viagem nas condições apresentadas?

O *consumidor médio* deste produto teria que ser analisado tendo em conta, pelo menos, dos diversos critérios, o critério do grau de atenção e o conhecimento das práticas comerciais do setor. Na verdade, o consumidor tenderá a ser mais informado quanto mais incomum for essa compra, compreendemos que o grau de atenção numa compra de uma viagem a Nova Iorque é muito maior, implicando maior planeamento.

O conhecimento das práticas comerciais do setor conduziria o consumidor a desconfiar dos preços indicados, pois se conhece o sector sabe que os valores referidos são com datas de partida e chegada que, na grande maioria das vezes, não estão de acordo com as preferências e necessidades do consumidor.

Aliado a este entendimento, deve ser considerado que o *consumidor médio* compreende que o preço apresentado será o preço correspondente a viagens que, frequentemente, não têm a data mais desejada, representando, por isso, o preço mais baixo que é praticado naquela altura, e sabendo de antemão, que o preço da sua viagem será provavelmente bem mais caro.

Entendeu o Tribunal de Justiça, em sua segunda secção, que o artigo 2.^a, alínea i da Directiva, especificamente na “permitindo assim que o consumidor efectue uma aquisição”, “deve ser interpretada no sentido de que existe um convite a contratar quando a informação relativa ao produto comercializado e ao preço deste for suficiente para que o consumidor possa tomar uma decisão comercial, sem que seja necessário que a comunicação comercial comporte igualmente um meio concreto de adquirir o produto ou surja associada a essa possibilidade ou por ocasião desta”.

Além disso, concernente ao mesmo artigo, pugnou pela interpretação no sentido de a indicação do preço pode ser um preço inicial, desde que existam outros produtos com variações de conteúdo e preço distintos. Bem como, pugnou que uma interpretação visual contribui para o preenchimento das informações capazes de descrever o produto, e dessa forma deverá ocorrer com outros produtos que contenham outra variantes em suas características.

Relativo ao artigo 7.^o, n.^o 1, alínea a) da Directiva, entendeu que bastaria a indicação de algumas características do produto, caso o profissional disponibilizar o restante das informações na internet em seu sítio.

Por fim, no tocante a análise do artigo 7.^o, n.^o 4, alínea c) da referida Directiva, decidiu que o preço de partida num convite a contratar não são elementos para que se configure uma conduta constitutiva de omissão enganosa.

2.4.2.2. Análise da noção de consumidor médio no Acórdão do Tribunal de Justiça, de 09 de Novembro de 2010¹⁵².

¹⁵² Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 2010. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79165&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2515289>. Acesso em 07 de maio de 2015.

O Acórdão do Tribunal de Justiça, de 9 de Novembro de 2010, no âmbito do processo C-540/08, trouxe à discussão a ocorrência do jornal *Österreich*, propriedade da “*Österreich*”- *Zeitungsverlag GmbH*, ter organizado um concurso para seleção do “futebolista do ano”, com convite feito ao público participante pelo internet ou através de um cupão de voto que constava no jornal diário, permitindo aos participantes ganhar um jantar com o futebolista escolhido.

A *Mediaprint Zeitungs – und Zeitschriftenverlag GmbH Co. KG* considerou que tal jantar, uma vez que estava condicionado à compra do jornal, corresponderia a uma violação legal.

A questão chegou ao Tribunal de Justiça por reenvio prejudicial, sendo necessário responder sobre a compatibilidade da directiva com as disposições da legislação nacional, que prevê uma disposição geral de vendas com prémios, dentre outras medidas de protecção.

Respondeu o Tribunal que Entende que existindo lei interna que entende que tais práticas são consideradas desleais, esta norma não será compatível com a directiva, opondo-se esta à sua validade. Pugnou que as campanhas promocionais, como esta em questão, inscrevem-se claramente no quadro de um operador, e visam o incremento no fluxo de vendas, e constitui uma prática comercial na acepção do artigo 2.º, alínea d) da Directiva.

Ademais, argumentou que tal legislação nacional com mediadas restritivas colide com o conteúdo do artigo 4.º da Directiva, que veda expressamente aos Estados-Membros a adoção desta medidas, declarando, portanto, que a Directiva se opõe a disposição prevista na legislação nacional em causa.

Numa segunda questão, o Tribunal foi provocado a responder se a participação num concurso pela compra de um jornal corresponde a uma prática desleal ou não. Para buscar esta resposta utilizou o critério legal do *consumidor médio*, e argumentou que o jornal que promove o concurso é um jornal com notícias gerais, não específicas aos amantes do futebol, e que, portanto, e o consumidor interessado neste prémio será o consumidor relacionado com futebol.

Aquele que adquire o jornal em questão, não é, à partida, o consumidor que quer saber informações desportivas, e, por conseguinte, o *consumidor médio* não verá influenciada a sua decisão de aquisição de produtos pela existência ou não deste concurso. E terminou por entender que as práticas que oferecem produtos não são consideradas,

enquanto tal, práticas desleais, uma vez que esta possibilidade de participação constituiria apenas para parte do público, objeto da campanha promocional, o motivo principal para aquisição do periódico.

2.5. Consumidores particularmente vulneráveis a partir da Directiva n.º 2005/29/CE

2.5.1. Condições gerais

Com base no tópico anterior, percebemos que existe um fundamento para a vulnerabilidade do consumidor, que por sua vez fundamenta os sistemas de proteção aos destinatários finais de bens e serviços, na busca do equilíbrio das relações contratuais. Entretanto, a vulnerabilidade típica do consumidor diante de um profissional pode, em algumas situações, se mostrar mais acentuada, de modo a se verificar que certos grupos de consumidores possuem particularmente (especialmente) uma situação de fragilidade ainda maior frente ao profissional.

Dessa maneira, não é fácil alcançar uma definição para este grupo de consumidores particularmente vulneráveis, mas nas próximas linhas buscaremos alcançar uma noção de consumidor particularmente vulnerável na legislação e no Tribunal da União Europeia, a partir da Directiva n.º 2005/29/CE, da Resolução do Parlamento Europeu de 22 de maio de 2012 sobre uma estratégia de reforço dos direitos dos consumidores vulneráveis e outros dispositivos legais¹⁵³.

Conforme abordado anteriormente, a Directiva n.º 2005/29/CE dispõe em seu artigo 5º, sob a epígrafe de proibição de práticas comerciais desleais, no n.º 3 que: “as práticas comerciais que são *susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento econômico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis* à prática ou ao produto subjacente, *em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade*, de uma forma que se considere que o profissional poderia razoavelmente ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo. Esta disposição não prejudica a prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente”¹⁵⁴.

¹⁵³ Cfr. José Massauguer. *El nuevo derecho contra la competencia desleal...*, cit., pp. 91 a 95.

¹⁵⁴ Sem itálico no texto original.

O facto é que há uma grande preocupação refletida na directiva com aqueles consumidores cuja idade, doença física, doença mental, credulidade, ou qualquer outra característica, os tornem mais vulneráveis – definindo-lhes uma maior proteção –, efetuando-se esta proteção não já com base no consumidor médio, mas sim, baseado numa avaliação do membro médio do grupo.

Em análise ao considerando 18 da Directiva n.º 2005/29/CE conjuntamente com o artigo mencionado no parágrafo acima, que diz “quando uma prática comercial se destine especificamente a um determinado grupo de consumidores, como as crianças, é conveniente que o impacto da referida prática comercial seja avaliado do ponto de vista do membro médio do grupo”. O considerando destaca o grupo das crianças como exemplo de consumidores particularmente vulneráveis, mas, conforme dispõe o artigo 5º, em consonância com o considerando 19 da directiva, o grupo de consumidores particularmente (ou especialmente) vulneráveis pode ser identificado em virtude de factores como idade, doença (física ou mental) ou credulidade (ingenuidade de acreditar facilmente naquilo que houve)¹⁵⁶.

Tentemos então explicar a necessidade de se conceber uma proteção especial a um determinado grupo de consumidores que tem o seu comportamento económico normal distorcido, em razão de práticas comerciais que se aproveitam de factores, tais como, idade, doença ou credulidade, para assim alcançar o objetivo de todo profissional, qual seja, a venda de produto ou serviço.

Neste sentido, pontuamos que, apesar de a directiva considerar 3 grupos de consumidores vulneráveis, as verificações destas particularidades não constituem elementos suficientes para se afirmar, por si só, que o comportamento económico dos consumidores está prejudicado ou distorcido. Haverá que se observar cada caso concreto, e particularmente a natureza da prática e as características do bem ou do serviço adquiridos, por que, como prevê o número 3 do artigo 5º da directiva, as práticas estão “suscetíveis de

¹⁵⁵ Sem grifos no texto original.

¹⁵⁶ Cfr. José Carita Simão. *A repressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no Mercado Interno Europeu...*, cit., p. 1028, que observa que “embora as crianças não sejam as únicas merecem proteção acrescida em matéria de práticas comerciais desleais, a atenção que estas merece dos profissionais e a vontade que estes demonstram em captar atenção, faz com que as coloquemos num lugar de destaque (...)”; Alexandre Dias Pereira. *Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais...*, cit., p. 373; Hélio T. Rigor Rodrigues. *A Proteção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais...*, cit., p. 104.

distorcer” o comportamento destes grupos especiais de consumidores, e não efetivamente distorcem seu comportamento.

É igualmente necessário dizer que não há definição a nível comunitário sobre idade, doença física ou mental ou credulidade, de modo que a vulnerabilidade especial destes grupos de consumidores deve levar em consideração as suas qualidades pessoais, porque o fundamento desta vulnerabilidade atende ao risco que corre o consumidor de vir a ser lesado nos seus interesses económicos, entendendo que a probabilidade de lesão é aqui maior¹⁵⁷.

Ressaltamos, ainda, que se deve levar em conta a capacidade destes consumidores de evitarem as hipóteses de ocorrer uma lesão de seus interesses, a capacidade de suportarem as lesões, além da transitoriedade ou não da vulnerabilidade particular, posto que os factores indicados na directiva podem se permanecer por tempo indefinido ou continuamente, como o caso do idoso, ou por breve tempo, como no caso da doença, seja física ou mental¹⁵⁸.

É preciso ser dito que a prática comercial deve ser suscetível de distorcer o comportamento económico dos consumidores que, segundo o artigo 2º, alínea f) da directiva, é “utilização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo”.

Deve haver uma mudança substancial no comportamento do consumidor, ou seja, uma influência significativa ao ponto impedir o exercício de sua autonomia e racionalidade na decisão de pactuar com o profissional. Além disso, não poderá haver mera influência para a distorção substancial na forma como agem os consumidores particularmente vulnerais diante de um determinado produto ou serviço¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Pensamos que determinados grupos podem ter os seus comportamentos económicos lesados, mas se assim se verificar, não estariam dentro dos factores previstos na directiva 2005/29/CE. É possível que outros factores auxiliem na lesão que a prática comercial venha a provocar, como, por exemplo, o grau de instrução do consumidor (em especial os analfabetos), os consumidores que se encontrem com poucos rendimentos ou difícil situação financeira (o caso dos desempregados, os sobreendividados), uma minoria étnica, os consumidores compulsivos, etc.

¹⁵⁸ De todo modo, mesmo que temporária, haverá de se analisar, no caso concreto, se no momento da lesão aos interesses económicos o consumidor encontrava-se numa situação de particularmente vulnerável.

¹⁵⁹ Neste caso, é preciso ressaltar que a directiva considerou a possibilidade de reduzida distorção substancial operar na decisão dos consumidores, como aponta o artigo 8º do anexo I da directiva.

2.5.2. Os consumidores particularmente vulneráveis em outras normas de União Europeia

Com efeito, convém observar que a noção de consumidor particularmente vulnerável apresenta-se em alguns regulamentos e disposições comunitárias relativas direta ou indiretamente aos consumidores vulneráveis em questão. Como exemplo, a Decisão 2010/15/Comissão, que estabelece as diretrizes para a gestão da Comunidade troca rápida de informações RAPEX estabelecido ao abrigo do artigo 12.º da Directiva 2001/95/CE e do procedimento de notificação previsto no artigo 11 da referida directiva:

Outros exemplos são a directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que trata das regras comuns para o mercado interno da eletricidade, com referência à *proteção dos clientes vulneráveis*, etc.¹⁶⁰, e a Directiva n.º 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, relativa às regras comuns para o mercado interno do gás natural, usando uma terminologia e os princípios consagrados de forma muito semelhante à prevista na directiva 2009/72/CE¹⁶¹.

Além desses, o Regulamento (CE) n.º 1881/2006 que estabelece os níveis máximos de certos contaminantes presentes nos géneros alimentícios, a Recomendação 1999/721/CE-Comissão, acerca dos resultados da avaliação dos riscos e da estratégia de limitação dos riscos de determinadas substâncias, e afirma expressamente a obrigação “(...) indicam claramente nas instruções de utilização destes produtos (embalagens e recipientes) o facto de que as mulheres em idade fértil são um *grupo vulnerável*”¹⁶².

A Directiva n.º 83/2011 relativa aos direitos dos consumidores estabelece, no considerando 34, uma preocupação relativa aos particularmente vulneráveis, quando afirma que “Ao fornecer essa informação, o profissional deverá ter em conta as necessidades específicas dos “consumidores que sejam *particularmente vulneráveis*”¹⁶³, devido a uma enfermidade mental, física ou psicológica, idade ou credulidade, de uma forma que se poderá razoavelmente esperar que seja prevista pelo profissional”.

O recente Regulamento n.º 254/2014, que trata do programa plurianual de consumidores para o período 2014-2020, deve contribuir para garantir um elevado nível e

¹⁶⁰ Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, pp. 102-103

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 104

¹⁶² *Ibidem*, pp. 104 a 105.

¹⁶³ O destaque não consta texto original.

proteção aos consumidores, tendendo, especialmente, a inclusão social por consideração à *situação particular dos consumidores vulneráveis* e à necessidade de crer no envelhecimento da população e à uma regulação inteligente sobre a base do seguimento do mercado de consumo para poder surgir normas bem estruturadas com objetivos adequados^{164 165}.

As ações financiadas devem tratar de questões ligadas à globalização, à digitalização, e à necessidade de evolução dos modelos de consumo mais sustentáveis, ao envelhecimento da população, à exclusão social e à vulnerabilidade dos consumidores¹⁶⁶¹⁶⁷. Assim, o programa deverá assegurar um elevado “nível de proteção de todos os consumidores”, conferindo “*particular atenção aos consumidores vulneráveis*”¹⁶⁸, a fim de ter em conta as suas necessidades específicas, e de reforçar as suas capacidades”.

Somado a estes, merece referência a Resolução do Parlamento Europeu de 22 de maio de 2012, sobre uma estratégia de reforço dos direitos dos consumidores vulneráveis. Essa resolução pontua que o mercado único deve igualmente zelar por um “elevado nível de proteção de todos os consumidores”, dando “*especial atenção aos consumidores vulneráveis*”¹⁶⁹ a fim de ter em conta as suas necessidades específicas e reforçar as suas capacidades”¹⁷⁰¹⁷¹.

Esta Resolução trata de diferenciar a vulnerabilidade da condição de consumidor vulnerável, mas ressalta que o “conceito de consumidor vulnerável deve também incluir consumidores numa situação de vulnerabilidade”. A partir daí considera haver uma “diversidade das situações de vulnerabilidade”, de modo que “tanto a legislação como as políticas praticadas até a data abordem o problema da vulnerabilidade numa perspectiva casuística”¹⁷².

¹⁶⁴ Cfr. Luiz Gonzalez Vaqué. *La protección de los consumidores vulnerables en el derecho del consumo de la eu...*, cit., p. 97.

¹⁶⁵ Vide Regulamento (UE) n.º 254/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativo ao programa plurianual “Consumidores” para o período 2014-2020, no seu considerando 3.

¹⁶⁶ Cfr. Luiz Gonzalez Vaqué. *La protección de los consumidores vulnerables...*, cit., p. 97.

¹⁶⁷ Vide Regulamento (UE) n.º 254/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, no seu considerando 7.

¹⁶⁸ O destaque não consta no texto original.

¹⁶⁹ O destaque não consta no texto original.

¹⁷⁰ Cfr. Luiz Gonzalez Vaqué. *La protección de los consumidores vulnerables...*, cit., p. 97.

¹⁷¹ Vide Regulamento (UE) n.º 254/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativo ao programa plurianual «Consumidores» para o período 2014-2020, considerando 8.

¹⁷² Vide Resolução do Parlamento Europeu, de 22 de maio de 2012, sobre uma estratégia de reforço dos direitos dos consumidores vulneráveis, no ponto 1.

Portanto, prevê a referida Resolução, que “a legislação europeia deve abordar o problema da vulnerabilidade do consumidor partindo de uma formulação horizontal e tendo em conta as suas diferentes necessidades, capacidade e circunstâncias”¹⁷³.

Mais ainda, reforça que a política da união de proteção dos consumidores particularmente vulneráveis deve “incidir no reforço dos seus direitos em assegurar que estes são efetivamente salvaguardados e reforçados, bem como dar aos consumidores todos os meios necessários para assegurar que estão em condições de tomar decisões certas e ser assertivos”¹⁷⁴.

Trata, com esmero, o factor informação na condição de vulnerável por admitir promover a autonomia que todo o consumidor precisa na tomada de decisões certas e a necessidade da “disponibilização de informações de fácil acesso e compreensão e de formação dos consumidores”. Para tanto, salienta que esta vulnerabilidade pode “advir da sua dificuldade em aceder e avaliar as informações que lhe são prestadas”¹⁷⁵.

Por fim, a Resolução dispõe que a ideia de “consumidores vulneráveis se baseia na noção de vulnerabilidade como endógena e visa um grupo heterogéneo composto por pessoas consideradas permanentemente como tal devido à sua deficiência mental, física ou psicológica, pela sua idade, credulidade ou gênero”¹⁷⁶.

Porém, além destas condições, o referido texto legal demonstra haver consumidores vulneráveis frente aos mercados financeiros, porque “nas instâncias internacionais reconhecida a necessidade de proteger o consumidor através da informação e regulação dos mercados financeiros”. Além de crianças e adolescentes, “particularmente vulneráveis a marketing e publicidade agressivos”, prevê a Resolução aceca dos “consumidores que por vários motivos não podem aceder ou usar a *internet* se encontrem numa situação de vulnerabilidade”¹⁷⁷.

Por conseguinte, a Resolução mostra-se como um plano de perspectivas a serem desenvolvidas nos próximos anos e denotam a preocupação iminente e crescente da União com estes grupos especiais de consumidores. Ressalta que, além dos factores estabelecidos na Directiva n.º 2005/29/CE, como idade, doença ou credulidade, a vulnerabilidade dos

¹⁷³ Vide Resolução do Parlamento Europeu, de 22 de maio de 2012, sobre uma estratégia de reforço dos direitos dos consumidores vulneráveis, no ponto 1.

¹⁷⁴ *Ibidem*, ponto 3.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ *Idem*, considerando C e D.

¹⁷⁷ *Ibidem*, ponto 21, 28 e 31.

consumidores, é clara no mercado financeiro, no grupo das crianças e adolescentes, e nos potenciais usuários de internet.

Com base na revisão das disposições constantes nos exemplos dados acima, que são bastante representativas, bem como a análise da resolução do Parlamento mencionado, afirmamos ser possível delinear uma ideia geral - sem uma definição precisa - do que pode ser descrito¹⁷⁸. Em busca desta noção de consumidores particularmente vulneráveis, após a breve análise legislativa, alcançamos a orientação jurisprudencial que, em curto e médio prazo, contribuirá substancial e positivamente para a definição de consumidor particularmente vulnerável.

2.5.3 Análise da noção de consumidor vulnerável na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Passemos ao exemplo, de orientação jurisprudencial, que pode ser inspirador dos conceitos a serem construídos pelo legislador comunitário. Trata-se do julgamento "do *Solgar Vitamin* França e outros acerca de uma questão em vitaminas e minerais que podem ser usados na fabricação de suplementos alimentares¹⁷⁹¹⁸⁰.

O acórdão é da terceira secção do Tribunal de Justiça, processo n.º C-446/08, que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.º CE, apresentado pelo *Conseil d'État* (França), por decisão de 17 de Dezembro de 2007, tendo entrado no Tribunal de Justiça em 9 de Outubro de 2008.

Por petições apresentadas em Julho de 2006 no órgão jurisdicional de reenvio, os recorrentes do processo principal e o SDCA pediram a anulação do Despacho de 9 de Maio de 2006. Além disso, o SDCA interveio em apoio dos recorrentes no processo principal.

Em especial, os recorrentes no processo principal e o SDCA sustentam que a Directiva n.º 2002/46 obsta à adopção de uma medida nacional relativa à fixação das quantidades máximas e mínimas de vitaminas e de minerais presentes nos suplementos alimentares e, assim, contestam as regras que fixam as doses diárias máximas das

¹⁷⁸ Cfr. Luiz Gonzalez Vaqué. *La protección de los consumidores vulnerables...*, cit., p. 105.

¹⁷⁹ Cfr. Acórdão de 9 de outubro de 2008 do Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=84475&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=PT&cid=39904>. Acesso em 10 de abril de 2015.

¹⁸⁰ Cfr. Luiz González Vaqué. *La protección de los consumidores vulnerables...*, cit., pp. 105 e 106.

vitaminas e dos minerais que podem ser utilizados no fabrico de suplementos alimentares, estabelecidas no Despacho de 9 de Maio de 2006.

O Conselho de Estado decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça algumas questões prejudiciais, dentre elas, o segundo questionamento letra c): “Na fixação dos teores máximos, e uma vez que é possível ter em conta os diversos graus de sensibilidade dos diferentes grupos de consumidores, nos próprios termos da alínea a) do n.º 1 [...] do artigo 5.º da Directiva n.º 2002/46, um Estado Membro pode igualmente basear-se no facto de uma medida, como por exemplo uma rotulagem adequada, que visa apenas *o público especialmente exposto ao risco*, poder dissuadir esse grupo de recorrer a um nutriente que lhe seria benéfico em dosagens baixas? A consideração dessa diferença de sensibilidade pode conduzir a aplicar a toda a população o teor máximo adequado a um público frágil, designadamente as crianças?”.

Com relação a segunda questão, alínea c), o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, no essencial, se, uma vez que o artigo 5º, nº 1, alínea a), da Directiva n.º 2002/46 determina que, quando da fixação das quantidades máximas de vitaminas e minerais que podem ser utilizadas no fabrico de suplementos alimentares, devem ter em conta os diversos graus de sensibilidade dos diferentes grupos de consumidores, um Estado-Membro pode, para fixar as referidas quantidades, ter também em conta o facto de uma medida que apenas visa um grupo de consumidores particularmente exposto a um risco, poder dissuadir esse grupo de recorrer a um nutriente que, em pequena dose lhe é benéfico.

Na decisão destacou-se que a circunstância de uma rotulagem adaptada poder dissuadir o grupo de consumidores a que se dirige de recorrer a um nutriente que, em pequena dose, lhe é benéfico não figura nos elementos, mencionados no artigo 5.º, n.º 1 e 2, da Directiva n.º 2002/46, que devem ser tidos em conta para fixar as quantidades máximas de vitaminas e de minerais que podem ser utilizadas no fabrico de suplementos alimentares.

Recorda que uma rotulagem adequada que informe os consumidores sobre a natureza, os ingredientes e as características dos géneros alimentícios enriquecidos pode permitir que os consumidores susceptíveis sejam ameaçados por um consumo excessivo de uma substância nutritiva adicionada a esses géneros e decidam por si mesmos acerca da utilização de tais géneros, sendo que esta solução acarreta restrições menos importantes à

livre circulação das mercadorias, respondendo simultaneamente ao objetivo de proteção da saúde pública. Resulta do quinto considerando da Directiva n.º 2002/46 que uma rotulagem adequada e apropriada contribui para garantir um nível elevado de proteção dos consumidores e facilita a sua escolha.

É muito importante salientar que a decisão leva em conta a diferença dos *graus de sensibilidade dos diferentes grupos de consumidores*, de aplicar a toda a população uma quantidade máxima adaptada a *um grupo de consumidores frágeis*, como o das crianças. Entendeu que a dita diferença constitui um elemento que, por força do artigo 5.º, n.º 1, alínea a), da Directiva n.º 2002/46, pode ser tido em conta no quadro de uma avaliação científica dos riscos destinada a estabelecer os limites superiores de segurança para as vitaminas e os minerais.

Assim, deve ser demonstrado que, à luz dos hábitos alimentares nacionais e tendo em conta os resultados da investigação científica internacional, uma medida que consiste em aplicar a toda a população uma quantidade máxima adaptada a *um grupo de consumidores frágeis, como o das crianças*, é necessária para garantir a proteção da saúde das pessoas que pertencem a esse grupo, por a comercialização de suplementos alimentares com um teor em nutrientes que exceda essa quantidade máxima apresentar um risco real para a saúde pública e, também, por esse objetivo não pode ser alcançado através de medidas menos restritivas das trocas comerciais no interior da União.

Lembra que, por força do sexto considerando da Directiva n.º 2003/40/CE da Comissão, de 16 de Maio de 2003 que estabelece a lista, os limites de concentração e as menções constantes do rótulo para os constituintes das águas minerais naturais, bem como as condições de utilização de ar enriquecido em ozono para o tratamento das águas minerais naturais e das águas de nascente, a fim de proteger os lactentes e as crianças jovens, que constituem a população mais sensível ao risco de fluorose, se deve prever, na rotulagem das águas cujo teor em flúor seja superior ao valor orientador para o flúor na água potável recomendado pela Organização Mundial de Saúde, uma menção que seja facilmente visível pelo consumidor.

Nesse contexto, há ainda que recordar que, embora o critério da necessidade nutricional da população de um Estado-Membro possa ser tido em conta no momento da avaliação aprofundada por este efectuada do risco que a adição de elementos nutritivos aos géneros alimentícios pode representar para a saúde pública, a inexistência desta

necessidade não pode, por si só, justificar uma proibição total, com fundamento no artigo 30.º da CE, da comercialização dos géneros alimentícios legalmente fabricados e/ou comercializados noutros Estados Membros

O Tribunal termina por responder o questionamento afirmando que o artigo 5.º da Directiva 2002/46 deve ser interpretado no sentido de que, a circunstância de uma rotulagem adaptada pode dissuadir o grupo de consumidores a que se dirige de recorrer a um nutriente que em pequena dose lhe é benéfico, não constitui um elemento pertinente para fixar as quantidades máximas de vitaminas e de minerais que podem ser utilizadas no fabrico de suplementos alimentares.

Dessa forma, a consideração da diferença dos graus de sensibilidade de diferentes grupos de consumidores não pode permitir a um Estado-Membro aplicar a toda a população uma tal quantidade máxima adaptada a um grupo de consumidores específico, como o das crianças, a não ser que esta medida seja limitada ao necessário para garantir a proteção da saúde das pessoas que pertencem a esse grupo e seja proporcionada ao objetivo que prossegue, não podendo este ser alcançado através de medidas menos restritivas das trocas comerciais no interior da União, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.

Como percebemos partindo da análise da legislação e da jurisprudência, a definição de consumidores particularmente vulneráveis comporta muitos pontos a serem considerados, de modo a não ser possível identificá-los, ainda, a partir de uma ideia precisa. Percebemos, portanto, que o universo jurídico europeu, em todos os seus órgãos e comités, pôs um olhar atento a este grupo especial de consumidores e, em certo tempo, contribuirá na melhoria da proteção destes, a partir, quem sabe, da própria definição do grupo.

A definição de consumidor particularmente (ou especialmente) vulnerável é dinâmica, porque comporta vários aspectos ou variantes, de modo que acreditamos que a directiva está correta ao prever que é “conveniente que o impacto da referida prática comercial seja avaliado do ponto de vista do membro médio desse grupo”.

CAPÍTULO 3

A PROTEÇÃO CONTRATUAL DOS CONSUMIDORES E A VULNERABILIDADE NA VISÃO PORTUGUESA

3.1. Breves notas sobre a evolução legislativa de defesa dos consumidores em Portugal

Como em outros países, Portugal aperfeiçoa e amplia o seu conjunto de normas de proteção aos consumidores com o transcorrer dos anos. No passado, não havia nada comparativo ao que hoje existe nesta matéria, apenas normas que indiretamente poderiam de algum modo resguardar os consumidores. Tratava-se de normas penais do século XIX, que puniam práticas comerciais como a venda de substâncias nocivas a saúde pública ou o engano sobre a natureza ou a quantidade das coisas¹⁸¹.

O código civil português de 1966 teve em atenção “estas preocupações de justiça e solidariedade social bem patentes, aliás, no direito civil português”¹⁸², sendo um importante instrumento disciplinador nas relações entre consumidores e profissionais. Mas “vida não é estanque. De 1966 para cá, acentuaram-se as relações de desequilíbrio, multiplicaram-se as fontes de risco e surgiram problemas novos. Houve necessidade de intervir legislativamente, perante a insuficiência e/ou inadequação das soluções tradicionais”¹⁸³.

Adicione-se a esta necessidade que o legislador português tinha na proteção aos consumidores, o crescimento do direito europeu do consumo¹⁸⁴ que, por sua vez, é fonte

¹⁸¹ Cfr. Carlos Ferreira de Almeida. *Os direitos dos consumidores...*, cit., p. 40; Cfr. Jorge Pegado Liz. *Introdução ao direito e à política do consumo...*, p. 66.

¹⁸² Cfr. António Pinto Monteiro. *Quadro jurídico da proteção do consumidor*. Forum Iustitiae: Direito e Sociedade. Lisboa: Editorial Forum Iustitiae. Ano 1, n.º 1, 1999, pp. 44 a 46. Neste sentido, Jorge Pegado Liz. *Introdução ao direito e à política do consumo...*, cit., p. 66.

¹⁸³ Cfr. António Pinto Monteiro. *Quadro jurídico da proteção do consumidor...*, cit., pp. 44 a 46; António Pinto Monteiro. *Sobre o direito do consumidor em Portugal*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n. 4, 2002, p. 125.

¹⁸⁴ Cfr. Ana Guerra Martins. *O Direito Comunitário do Consumo...*, cit., 2002, pp. 63 a 71; Thierry Bourgoignie. *Droit et Politique Communautaires de la Consommation: une Évaluation des Acquis*. Études de Droit de la Consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy, Dalloz, Paris, 2004, pp. 95 a 129; Mario Frota. *Política de consumidores na união europeia...*, cit., pp. 9 a 81; Javier Lete Achirica. *El Libro Verde sobre la Protección de los Consumidores en la Unión Europea*. Estudos de direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, nº 5, 2003, pp. 67 a 86; Carlos Ferreira de Almeida. *Direito do Consumo...*, cit., pp. 65

inspiradora do direito consumerista luso a partir da década de 80 do século passado, pelo grande número de directivas aprovadas. Como ressaltamos anteriormente, o primeiro programa de direito dos consumidores aprovado em 1975, pela Comissão Europeia, fez referência a cinco direitos fundamentais: a proteção da saúde e da segurança; a proteção dos interesses económicos; a indemnização dos danos; a informação e a educação; a representação. Podemos afirmar que estes direitos foram orientadores na defesa dos consumidores na legislação interna portuguesa que florescia.

Envolvido pelas preocupações de ordem social e económica que ganham força logo com a instituição do regime democrático, a defesa dos consumidores em Portugal ganha acento e consagração constitucional na Carta Magna de 1976 como direitos formalmente fundamentais¹⁸⁵ na Parte I (direitos e deveres fundamentais), Título III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais), Capítulo I (Direitos e deveres económicos), artigo 60, com conteúdo programático, atribuindo ao Estado a proteção dos consumidores, com o apoio de cooperativas e associações de consumidores¹⁸⁶. O legislador constitucional determinou ser a “proteção dos consumidores” um dos objetivos da política comercial¹⁸⁷.

a 68; Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz. *Droit de la consommation...*, cit., pp. 39 a 47; Guido Alpa. *Introduzione al Diritto dei Consumatori...*, cit., pp. 45 a 71; Jorge Pegado Liz. *Introdução ao direito e à política do consumo...*, cit., pp. 97 a 176.

¹⁸⁵ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na constituição...*, cit., p. 140.

¹⁸⁶ Cfr. Jorge Pegado Liz. *Introdução ao direito e à política do consumo...*, cit., p. 67; António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. *La protection de l'acheteur de choses défectives en droit portugais*. Boletim da Faculdade de Direito, vol. 69, 1993, p. 282; Adelaide Meneses Leitão. *Estudos de direito privado sobre cláusula geral de concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 89 e 90: “a Constituição trata os direitos do consumidor pelo prisma de um direito económico de conteúdo essencialmente programático”; António Menezes Cordeiro. *Tratada de direito civil*, vol. 1, ..., cit. p. 654; José Casalta Nabais. *O estatuto constitucional dos consumidores...*, cit., p. 488; Jorge Miranda. *Anotação ao art. 60 da Constituição*. Estudos do Instituto de direito do consumo. Adelaide Menezes Leitão (coord.), vol. IV, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 21 a 32; Assunção Cristas. *Proteção constitucional do consumidor...*, cit., p. 52, entende que “as influências do artigo 60º na disciplina dos contratos relativos a bens de consumo “são sobretudo indirectas: a previsão constitucional da proteção do consumidor é um forte factor de pressão para o legislador ordinário aprovar leis no sentido de assegurar essa proteção”; Carla Amado Gomes. *Os novos trabalhos do estado: a administração pública e a defesa do consumidor*. Estudos do Instituto de direito do consumo/ Luiz Menezes Leitão (coord.), vol. I. Coimbra: Almedina, 2002, p. 34; António Pinto Monteiro. *Breve Nótula sobre a Proteção do Consumidor na Jurisprudência Constitucional*. Direitos Fundamentais e Direito Privado – Uma Perspectiva de Direito Comparado, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 293 a 304, p. 302: “assiste-se, actualmente, a um movimento de constitucionalização do direito privado, podendo ver-se na consagração dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais um aspecto desse movimento”; Marcelo Rebelo de Sousa e José de Melo Alexandrino. *Constituição da República Portuguesa Comentada*. Lisboa: Lex, 2000, p. 166.

¹⁸⁷ Cfr. António Pinto Monteiro. *Sobre o direito do consumidor em Portugal...*, cit., p. 127

Assim, Portugal lança pioneiramente as premissas da defesa dos consumidores em seu texto constitucional de 1976, e “a legislação nacional atinente ao direito do consumo surge, pode afirmar-se, nos finais da década de 70 e no início dos anos 80 do século passado”¹⁸⁸. Em sequência, tivemos a aprovação da lei 29/81, a primeira lei de defesa do consumidor, que representou um importante passo na defesa dos consumidores, pois estabeleceu um norte na proteção dos consumidores com alguns direitos estabelecidos e, também, regras e princípios base desse direito, ademais sendo chamada de lei-quadro¹⁸⁹.

A primeira revisão da Constituição da República Portuguesa, em 1982, introduz expressamente alguns direitos dos consumidores que careciam da segurança dos textos constitucionais e da força que só os direitos fundamentais têm nas modernas Constituições¹⁹⁰. A segunda revisão do texto constitucional, em 1989, no trilho da primeira revisão, amplia a segurança dos consumidores¹⁹¹ ao incluir os direitos a estes relativos na parte referente aos direitos fundamentais¹⁹².

A defesa dos consumidores em Portugal soma ao longo dos anos 80 e 90 a contribuição no campo do direito derivado de normas que aos poucos disciplinam e protegem os consumidores em determinadas matérias. Como dito, as directivas da União Europeia transpostas para o ordenamento jurídico nacional contribuíram para ampliação desta defesa.

¹⁸⁸ Cfr. Fernando Gravato Morais. *A evolução do direito do consumo*. Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 55, Setembro 2008. Disponível em <http://vlex.com/vid/direito-consumo-223026025>. Acesso em 28 de janeiro de 2015, p. 04; cfr. Duarte Ivo Cruz e Nuno de Siqueira. *Notas sobre Defesa do Consumidor*. Revista ciência e técnica fiscal, n.º 149, 1971, p. 25, “em Portugal não há, na verdade, qualquer tradição legislativa sistemática de defesa dos interesses do consumidor”.

¹⁸⁹ Cfr. António Pinto Monteiro. *Sobre o direito do consumidor em Portugal...*, cit., p. 127; Antunes Varela. *Direito do consumo*. Estudos de Direito do Consumo, Centro de Direito do Consumo, n.º 1, 1999, p. 394.

¹⁹⁰ Cfr. José Manuel Meirim. *A constituição da república e os consumidores*. Revista do Ministério Público. n.º 44, ano 11º, 1990, p. 182: “a revisão constitucional de 1982 assume um relevante papel na afirmação dos consumidores como sujeitos do mercado”. Fernando Baptista de Oliveira. *O conceito de consumidor...*, cit., p. 32.

¹⁹¹ Cfr. Catarina Sampaio Ventura. *Os direitos fundamentais à luz da quarta revisão constitucional*. Boletim da Faculdade de Direito Coimbra, Vol. LXXIV, 1998, pp. 493 a 527, considera que é “conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para (...) promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra (...) os direitos dos consumidores (...)”.

¹⁹² Cfr. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. I, 2ª ed. Coimbra, 1984, p. 475, “Na vigência da 1ª Revisão da Constituição Portuguesa, os seus mais autorizados intérpretes consideravam que a declaração de que “os consumidores têm direito à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses econômicos e à reparação de danos” representava a criação de autênticos direitos fundamentais “fora do catálogo”.

Em 1996, a lei nº 24 substituiu a primeira lei de defesa do consumidor e constituiu-se num passo significativo na evolução da proteção dos consumidores em Portugal¹⁹³.

Em 15 de março de 2006, o presidente da comissão de elaboração do Anteprojecto do Código do Consumidor, Pinto Monteiro, apresenta-o para conhecimento e debate público¹⁹⁴¹⁹⁵.

3.2. Anteprojecto do código de defesa do consumidor

O anteprojecto do código do consumidor¹⁹⁶ foi anunciado em 2006 pelo supra citado presidente da comissão de elaboração, tendo dividido opiniões¹⁹⁷, especificamente quanto à necessidade de uma codificação em prol do consumidor português. Discussão doutrinária a parte, trata-se, também, de uma questão de política legislativa¹⁹⁸ conduzir os trabalhos à discussão na casa legislativa e invocar a necessidade de aprovação deste comando normativo de interesse social.

¹⁹³ Cfr. António Pinto Monteiro. *A proteção do consumidor de serviços públicos essenciais*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n. 2, 2000, pp. 333 a 350 refere que “a *trave-mestra* da política de consumo e o quadro normativo de referência no tocante aos direitos do consumidor e às instituições destinadas a promover e a tutelar esses direitos”.

¹⁹⁴ Cfr. Antunes Varela. *Direito do consumo...*, cit., p. 395.

¹⁹⁵ Sobre evolução do consumidor em Portugal cfr. Jorge Pegado Liz. *Tendências internacionais e nacionais da política de proteção dos consumidores...*, cit, pp. 75 a 126, 2011, pp. 85 a 92.

¹⁹⁶ Cfr. António Pinto Monteiro. *Harmonização Legislativa e Proteção do Consumidor...*, cit., p. 187, adverte tratar-se de um código que “o qual não se limita a reunir o direito existente, antes inova onde se mostra necessário e procura sempre as ligações sistemáticas adequadas”.

¹⁹⁷ Cfr. José de Oliveira Ascensão. *Direito civil e direito do consumidor*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 8, 2006/2007..., cit., p. 178, é bastante crítico quando afirma que “absorver integralmente institutos gerais não é regular o estatuto do Consumidor, é criar o tal Código Civil II que rejeitamos”, para o autor são “defeitos muito graves do Anteprojecto”. José de Oliveira Ascensão. *O anteprojecto do código do consumidor e a publicidade*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luíz Manuel Teles de Menezes Leitão (coord.), vol. III. Coimbra: Almedina, 2006, p. 11, afirma que “a vantagem didáctica dum exposição conjunta do estatuto do consumidor ou a vantagem pragmática da reunião das fontes compense a perda dogmática da separação de matérias comuns”. António Menezes Cordeiro. *Da reforma no direito civil português*. O direito, anos 134º-135º, 2002/2003, p. 42, que defende que o Código “irá quebrar a unidade do Direito civil português, reduzindo a pouco a eficácia diária do Código Civil”; Cfr. António Menezes Cordeiro. *O Anteprojecto de Código do Consumidor*, e explica que “tudo isto – e o muito mais que poderia ser dito – corresponde a um óbice do anteprojecto: em múltiplas ocasiões, ele limitou-se a compilar leis, justapondo-as lado a lado em detrimento de uma mais aprofundada codificação”. Jorge Pegado Liz. *Um Código do Consumidor, Para os Consumidores ou Nem uma Coisa Nem Outra? RPDC*, nº 49, 2007, pp. 26-32, p. 27, afirma que “Trata-se, de facto, de um «verdadeiro código», embora «pós-moderno», no dizer do seu autor, com todos os defeitos que isso exactamente comporta – e precisamente aquilo que nenhuma falta faz aos consumidores e ao ordenamento jurídico nacional”.

¹⁹⁸ Cfr. Paulo Mota Pinto. *O anteprojecto do código do consumidor e a venda de bens de consumo*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 7, 2005, p. 263.

Menezes Cordeiro¹⁹⁹ ensina-nos que havia quatro opções ao ordenamento jurídico português, nomeadamente: 1) optar por uma lei central com diplomas avulsos a regularem matérias específicas, como atualmente há em Portugal; 2) optar pelo acolhimento no código civil das leis fundamentais que tem matreira de consumo; 3) optar por uma compilação das leis esparsas em vigência no país; e 4) optar pela elaboração de um código do consumidor que se constituísse em um instrumento de racionalização e de unidade sistemática²⁰⁰.

Quanto à primeira opção, deixar como está parece ser a opção mais fácil e conveniente, se levarmos em consideração que a produção legislativa dos últimos anos em Portugal, em matéria de direito do consumo, caminha de acordo com as atualizações promovidas pela União Europeia sobre o tema e, assim, o que há em matéria de consumo, sobretudo, na última década, resultou de directivas transportas no ordenamento pátrio.

Dentre estas opções, acolher no código civil as leis já existentes sobre a matéria, pode dar azo a discussão porque pode encontrar adeptos apreciadores do que foi feito na Alemanha, quando naquele país a “Lei de Modernização do Direito das Obrigações”, de 2001, veio a integrar no Código Civil Alemão disposições sobre os consumidores²⁰¹. No caso de Portugal, seria uma tentativa de restauração do direito privado mediante a integração do regime de defesa do consumidor no código civil.

Esta integração, no entanto, mostra-se cercada de dificuldades como, por exemplo, a de integrar o direito do consumidor ao direito privado comum, assim como, a tentativa de integração implicar abandonar a unificação legislativa do regime do consumidor proposta pela ideia da codificação.

Parece-nos que a melhor saída é a da codificação e, por várias e concretas razões, como a dificuldade de integração do direito do consumidor no direito privado comum, que divergem na sua base teórica, incapacitando uma única codificação com as duas

¹⁹⁹ Cfr. António Menezes Cordeiro. *O anteprojecto do código do consumidor*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 135, n.º 3937, 2006, p. 690.

²⁰⁰ Neste sentido, cfr. António Pinto Monteiro. *Harmonização legislativa e proteção do consumidor...*, cit., p. 195; Gilles Paisant. *Código europeu de consumo o códigos nacionais?* Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo, n.º 11. Curitiba: Editora Bonijuris LTDA e J.M. Editora e Livraria LTDA, pp. 105 a 123, 2013, p. 107, afirma que “nível nacional, sabemos até o momento só quatro países da União Europeia adotaram um declarado Código de consumo: França, Romênia, Itália e Luxemburgo”.

²⁰¹ Cfr. Paulo Mota Pinto. *O anteprojecto do código do consumidor...*, cit., p. 265.

matérias²⁰². Além disso, a adoção pelo código civil não consistirá na rejeição de outros elementos contributivos na defesa do consumidor, como a constituição e o código civil, este em especial é indispensável na articulação com o aclamado código consumerista²⁰³.

Nas palavras do presidente da comissão de juristas para a elaboração do código do consumidor²⁰⁴, “optamos pela codificação. A *eta dela decodificazione*, de que fala Natalino Irti não tem impedido que vários códigos venham sendo aprovados pelo mundo fora, em diversos domínios, desde códigos civis a códigos do trabalho e do consumidor, entre outros”²⁰⁵.

²⁰² Cfr. Paulo Mota Pinto. *O anteprojecto do código do consumidor...*, cit., pp. 265 e 266; Rui de Alarcão. *Globalização, democracia e direito do consumidor*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n. 8, 2006/2007, p. 25, que entende que “a elaboração de um código do consumidor é, em si mesma, uma questão polémica, não faltando, em Portugal e no estrangeiro, quem lhe seja desfavorável”.

²⁰³ Cfr. Luiz Edson Fachin. *Novo código civil brasileiro e o código de defesa do consumidor: um approach de suas relações jurídicas*. Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 07, 2005, pp. 111 ss; António Pinto Monteiro. *Harmonização legislativa e proteção do consumidor...*, cit., p. 204; Adalberto Pasqualoto. *O código de defesa do consumidor em face do novo código civil*. Revista de direito do Consumidor, n.º 43. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 97 a 110.

²⁰⁴ Sobre o anteprojecto do código do consumidor cfr. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão. *A reparação de danos causados ao consumidor no anteprojecto do código do consumidor*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luíz Manuel Teles de Menezes Leitão (coord.), vol. III. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 65 a 74; Augusto Silva Dias. *Linhas gerais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores no anteprojecto de código do consumidor*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luíz Manuel Teles de Menezes Leitão (coord.), vol. III. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 93 a 118; Adelaide Menezes Leitão. *As reclamações no direito do consumo: análise do actual legislação e apreciação do anteprojecto do código do consumidor*. Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 1473 a 1486; Elsa Dias Oliveira. *Práticas comerciais proibidas*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luíz Manuel Teles de Menezes Leitão (coord.), vol. III. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 147 a 174; Pedro Romano Martinez. *Anteprojecto do código do consumidor: contratos em especial*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luíz Manuel Teles de Menezes Leitão (coord.), vol. III. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 57 a 64; José de Oliveira Ascensão. *O anteprojecto do código do consumidor...*, cit., pp. 7 a 35; Dário Moura Vicente. *Arbitragem de conflitos de consumo: da lei n.º 31/86 ao anteprojecto de código do consumidor*. Estudos do Instituto de direito do consumo/Luíz Manuel Teles de Menezes Leitão (coord.), vol. III. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 75 a 92; Fernando de Gravato Morais. *Contratos de Crédito ao consumo*. Coimbra, Almedina, 2007, pp. 36 a 37.

²⁰⁵ Cfr. António Pinto Monteiro. *O anteprojecto do código do consumidor...*, cit., pp. 194 e 195; Mário Frota. *Por um código de direito do consumo para Portugal*. Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo, n.º11. Curitiba: Editora Bonijuris LTDA e J.M. Editora e Livraria LTDA, 2013, pp. 153 a 192, defende que “ante a dispersão das regras que direta ou reflexamente tutelam a posição jurídica do consumidor, vimos sustentando vigorosamente a necessidade de um Código de Direitos do Consumidor (...); António Pinto Monteiro. *Sobre o direito do consumidor em Portugal...*, cit., pp. 128 a 135.

3.3. Direito do consumidor e direito civil

É importante, no âmbito do estudo dos direitos dos consumidores em Portugal, analisarmos a relação entre os direitos dos consumidores e a sua relação com o direito civil, de maneira que, em breve resumo, abordaremos as duas áreas, caracterizando-as e relacionando-as²⁰⁶.

Assim sendo, o direito civil é a grande área do direito que rege irrestritamente todas as relações jurídicas entre sujeitos privados, de modo que, é possível afirmar que constitui essencialmente o direito privado²⁰⁷. No entanto, as mudanças na sociedade com o passar dos anos alcançaram as relações privadas em outros setores da vida humana e influenciaram no surgimento de regras específicas, que postas em conjunto legislativo ganharam identificação com o setor da vida ao qual se aplicavam, passando a ser estudadas em doutrina específica. Eis a especialização de normas do direito civil²⁰⁸.

Desta especialização surge o direito do consumidor. A necessidade de socialização das relações privadas na busca de uma justiça contratual através da proteção do contratante mais frágil proporciona uma mudança na visão do direito privado, proporcionando ao direito civil essa dimensão social. Nas palavras de Mota Pinto “o direito do consumidor integra normas de direito privado e direito público”²⁰⁹.

Desta forma, apontamos uma das principais características do direito dos consumidores que é a sua multidisciplinaridade²¹⁰ e a sua integração com outros ramos do direito²¹¹.

²⁰⁶ Cfr. Rui de Alarcão. *Globalização, democracia e direito do consumidor...*, cit., p. 24, entende tratar-se de “uma matéria que “convoca o direito privado, civil e comercial”.

²⁰⁷ Cfr. Luís Carvalho Fernandes. *Teoria geral do direito civil*, vol. I, 5ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009, p. 28, entende que “o direito civil regula, porém, a generalidade das relações entre particulares”; Carlos Alberto da Mota Pinto. *Teoria geral do direito civil*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 60, “o direito civil disciplina substancialmente as relações de pessoa a pessoa, e, necessariamente, porque é um ordenamento jurídico, tutela coercitivamente os interesses das pessoas”.

²⁰⁸ Cfr. Carlos Alberto da Mota Pinto. *Teoria geral do direito civil...*, cit, p. 47.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 54.

²¹⁰ Cfr. José Cunha Rodrigues. *As novas fronteiras dos problemas de consumo*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 1, 1999, pp. 46; António Pinto Monteiro. *Do direito do consumo...*, cit., p. 212; Nuno Miguel Pereira Ribeiro Coelho. *O consumidor e a tutela do consumo no âmbito do crédito ao consumo*: algumas questões. Revista do Ministério Público, ano 26, n.º 103, 2005, p. 79; João Calvão da Silva. *Responsabilidade civil do produtor...*, cit., p. 67 a 69; Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz. *Droit de la consommation...*, cit., p. 19; Luís Manuel Teles de Menezes Leitão. *O direito do consumo*: autonomização e configuração dogmática. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luiz Menezes Leitão (coord.), vol. I. Coimbra: Almedina, 2002, p. 25; Adelaide Menezes Leitão. *Tutela do consumo e procedimento administrativo*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luiz Menezes Leitão

Entretanto, apesar da relação com outros ramos do direito, é no direito civil que encontra a sua base, de modo que podemos afirmar que “o núcleo substancial do direito do consumo é direito civil”²¹². Os negócios jurídicos, especialmente os contratos, presentes nas disciplinas de teoria geral do direito civil, direitos das obrigações e direitos dos contratos²¹³, compõem aspectos elementares na formulação das normas de direito do consumo e, destaque-se, o direito do consumidor promoveu e promoverá significativas alterações na “panorâmica da contratação privada”²¹⁴.

Neste contexto está a responsabilidade civil, com normas importantíssimas para a defesa do consumidor, sobretudo, dentro deste universo de desvantagem sofrida pelo consumidor que construímos e destacamos neste trabalho, como instrumento de reparação dos danos sofridos, em especial, a responsabilidade civil extracontratual.

É indiscutível que o direito do consumo utiliza-se de institutos civilistas no que diz respeito, como acima referido, aos negócios jurídicos, em específico, aos contratos. Ou seja, uma ordem principiológica e normativa no campo consumerista com fomento a partir do conjunto de princípios e normas que compõe o ramo do direito civil.

No entanto, é imprescindível destacar que o direito do consumidor disciplina as relações entre consumidores e profissionais, sendo consumidor aquele a “quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso

(coord.), vol. II. Coimbra: Almedina, 2005, p. 121; Bruno Miragem. *Consumo sustentável e desenvolvimento*: por uma agenda comum do direito do consumidor e do direito ambiental. Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo, n.º13. Curitiba: Editora Bonijuris LTDA e J.M. Editora e Livraria LTDA, 2013, pp. 31 a 48.

²¹¹ Cfr. António Pinto Monteiro. *O papel dos consumidores na política ambiental*. Separata do Boletim da Faculdade de Direito, vol. 72, 1996, pp. 386; Thomas Willhelmsson. *Consumer law and the environment: from consumer to citizen*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 1, 1999, p. 101; J. P. Remédio Marques. *A comercialização de organismos geneticamente modificados e os direitos dos consumidores: alguns aspectos substantivos, procedimentais e processuais*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 1, 1999, pp. 353 a 381; António Marques dos Santos. *Arbitragem no direito do consumo*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luiz Menezes Leitão (coord.), vol. I. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 281 a 295; Carlos Pizzaro de Almeida. *Direito penal do consumo: algumas questões*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luiz Menezes Leitão (coord.), vol. I. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 255 a 280; Dário Moura Vicente. *A competência judiciária em matéria de conflitos de consumo nas convenções de Bruxelas e de Lugano: regime vigente e perspectivas de reforma*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luiz Menezes Leitão (coord.), vol. I. Coimbra: Almedina, 2002, pp. 107 a 130.

²¹² Cfr. António Menezes Cordeiro. *O Anteprojecto de Código do Consumidor...*, cit., p. 693.

²¹³ Cfr. José de Oliveira Ascensão. *Direito civil e direito do consumidor...*, cit., p. 177: “no Direito dos Consumidores manifestam-se muitos institutos civis, que não há motivo para manter segregados num corpo à parte. Temos sobretudo as Obrigações e os Contratos, mas também institutos da Teoria Geral e dos Direitos Reais”.

²¹⁴ Cfr. António Menezes Cordeiro. *O Anteprojecto de Código do Consumidor...*, cit., p. 685.

não profissional por pessoa que exercia com caráter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”²¹⁵.

Após a caracterização das áreas do direito em destaque, devemos lembrar que os estudiosos das duas áreas debatem se o direito do consumidor, no seu estágio atual, já alcançou a categoria de ramo autônomo do direito, distinguindo-se, assim, do direito civil, mesmo sendo áreas conexas no que diz respeito ao universo das obrigações²¹⁶. Notadamente esta discussão ganha maior importância quando se debate se as leis de proteção ao consumidor devem ser inseridas no código civil ou se deve ser criado um código próprio de defesa do consumidor, conforme apontamos anteriormente.

A partir desta discussão podemos elencar alguns argumentos que envolvem o debate e servem para distinguir as duas correntes, uma favorável e a outra contrária à autonomia científica do citado ramo do direito. Quanto à primeira, muitos autores creem na autonomia científica²¹⁷ do direito do consumidor pautando-se no argumento que as suas normas se baseiam no *mister* de proteção específica da parte vulnerável deste negócio jurídico que existe partir da identificação da relação entre um consumidor e um profissional. Ainda para esta corrente, o pensamento de que o direito do consumidor é composto por princípios e normas jurídicas tornando-o concorde e coerente, é um outro argumento que é sustentado²¹⁸.

Em relação a segunda corrente, o entendimento é contrário e pauta-se na crença de que o direito civil é fonte recorrente de normas e princípios para regulação quando o direito do consumidor mostrar-se desprovido de tal. Além disso, os defensores deste pensamento contrário à autonomia do direito do consumidor julgam que a

²¹⁵ Noção de consumidor prevista no artigo 2º, nº 1, da lei 24/96.

²¹⁶ Cfr. Carlos Alberto da Mota Pinto. *Teoria geral do direito civil...*, cit., p. 54, afirma que “no tocante às normas de direito privado – que são maioria e assumem um relevo muito significativo -, parece estar-se perante um *direito especial*”.

²¹⁷ Assim observemos na lição de cfr. Guido Alpa. *Introduzione al Diritto dei Consumatori...*, cit., p. 9, que entende que “sobrecarregar o termo consumidor de todos os ideais, as problemáticas e mesmo a história das relações económicas, sociais e jurídicas entre empregador e trabalhador”, mostra a sua visão sobre a afinidade do direito com o direito do trabalho que, também defende a parte mais fraca, o que justifica a autonomia do direito do consumidor.

²¹⁸ Cfr. Mafalda Miranda Barbosa. *Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do Artigo 1º, nº 2, da Lei nº 23/96, de 26 de Julho. Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo, nº 6, 2004, p. 404; Jorge Pegado Liz. *Introdução ao direito e à política do consumo...*, cit., pp. 290 e 291, “estarem reunidos os requisitos para a plena consagração da autonomia do direito do consumo enquanto ramo de direito diferenciado de qualquer outro e, em particular, do direito civil, do direito comercial ou mesmo do direito económico, sem embargo das relações que mantém com todos os outros ramos do direito”.*

multidisciplinaridade é um factor que aponta para ausência da mencionada autonomia²¹⁹, em razão de que esta área do direito estaria instrumentalizada por outros ramos da ciência jurídica.

Acreditamos que o direito do consumidor é uma área recente do direito que tem indubitavelmente raízes profundas no direito civil, mas, também, tem e merece apoio principiológico e normativo em outras áreas jurídicas. Destarte, mesmo que não tenha ainda autonomia científica – assim considerada pela academia –, progressivamente ganha a sua identidade com normas e princípios próprios, para assim, no futuro, tornar-se uma área de autonomia das ciências jurídicas, tal como ocorreu com tantas outras áreas²²⁰. O facto é que a defesa do consumidor existe e este necessita cada vez mais de proteção, independentemente da autonomia científica do direito do consumidor²²¹.

3.4. Noção de consumidor

As directivas que se ocupam de matérias ligadas a direito de consumo, em regra, definem consumidor como a pessoa singular que dispõe dos produtos ou serviços sem destina-los à sua atividade comercial ou profissional.

²¹⁹ Cfr. Carlos Ferreira de Almeida. *Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 81: “se as coincidências marginais entre ramos de direito são inevitáveis, [...] a dispersão total por vários é incompatível com a autonomia científica”. O autor conclui “que o direito do consumo, sendo embora um tema disciplinar identificável, não dispõe de autonomia científica, por falta de objecto e de métodos próprios”; António Menezes Cordeiro. *O Anteprojecto de Código do Consumidor...*, cit., p. 612: “toda esta matéria não tem unidade dogmática: a não ser por referência ao Direito civil”; José de Oliveira Ascensão. *Direito civil e direito do consumidor...*, cit., p. 179, defende que “o Direito do Consumidor não corresponde sequer a um sector autonomizável do Direito Privado, que adapte os princípios gerais a situações particulares: está no coração mesmo do Direito Privado”. Neste sentido, José de Oliveira Ascensão. *Direito industrial e consumidor*. Scientia Iuridica. Tomo 57, n.º 313, 2008, p. 81.

²²⁰ Cfr. José Cunha Rodrigues. *As novas fronteiras dos problemas de consumo...*, cit., p. 46, “possível definir um conjunto de princípios a que, cada vez mais, poderá atribuir-se valor metodológico autónomo”.

²²¹ Mesmo não constando no próximo capítulo desta pesquisa, mas por se tratar de um estudo comparado, aproveitamos esta discussão para afirmar que a academia jurídica brasileira considera o direito do consumidor um ramo ou área autónoma no direito brasileiro. Neste sentido, cfr. Rizzato Nunes. *Curso de Direito do consumidor...*, cit., p. 118; Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012, pp. 28 a 30; João Batista de Almeida. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 9 a 15; cfr. Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de direito do consumidor...*, cit., pp. 20 a 23; Cláudia Lima Marques. *Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas*. in: Cláudia Lima Marques; Bruno Miragem. *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor - (Coleção doutrinas essenciais, v.1)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 643 a 678; Antônio Carlos Efig. *Direito do consumo e direito do consumidor...*, cit., p. 109, que enfatiza que “nitidamente percebem-se, portanto, os pressupostos de autonomia no direito do consumidor, quais sejam: a vastidão da matéria a merecer um estudo específico; a especialidade de princípios, conceitos, teorias, e até processos especiais de interpretação de sua formulação”.

Uma noção de consumidor²²² é uma “verdadeira pedra angular”²²³ e “não há dúvida de que as questões que mais problemas tem acarretado no direito do consumo dizem respeito à correta aplicação desse complexo de normas, pois pressupõe uma correta definição ou delimitação”²²⁴. Como trataremos mais a frente, há um elemento relacional na ideia de consumidor, ou seja, só é consumidor se houver uma relação jurídica com um profissional. Assim sendo, dependendo do tipo de regime jurídico o conceito de consumidor pode sofrer alterações entre normas.

Calvão da Silva explica que, “deste modo, tal como a lei comercial regula os actos de comércio (art. 1 do Código Comercial), assim também o denomina direito do consumo, de que a Lei n.º 24/96 faz parte integrante como lei-quadro, regulará os actos de consumo, relação jurídicas existentes entre um consumidor e um profissional (produtor, fabricante, empresa de publicidade, instituição de crédito, etc).”²²⁵.

Com este mesmo pensamento, Ferreira de Almeida afirma que “uma pessoa será ou não consumidor num determinado acto ou numa determinada situação, mas não há pessoas que em absoluto, sejam consumidores. Pode é haver pessoas cujo estatuto seja sempre incompatível com a qualificação concreta de consumidor”²²⁶. Percebemos que a noção ou definição de consumidor não é estanque, ou seja, não é fixa e absoluta. E mais, não é um grupo ou categoria por si própria, a sua noção é alvo de mutação ao longo do tempo.

Dessa maneira, o que se verifica é que inexistente um conceito único de consumidor no ordenamento jurídico português, que influenciado pelas directivas europeias²²⁷ nesta matéria, tem em seu conjunto de normas várias noções de consumidor, como dito acima, que se modificam de acordo com o regime jurídico tratado²²⁸. A noção mais relevante de

²²² Cfr. António Menezes Cordeiro. *Tratado de Direito Civil Português – Vol. I – Parte Geral*, Tomo I, cit., p. 202, entende que “em rigor, a expressão técnica preferível deveria ser consumidor e não consumidor”.

²²³ Cfr. Fernando Baptista de Oliveira. *O conceito de consumidor...*, cit., p. 51.

²²⁴ *Ibidem*, p. 51.

²²⁵ Cfr. João Calvão da Silva. *Compra e venda de coisas defeituosas*. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2008, p. 114.

²²⁶ Cfr. Carlos Ferreira de Almeida. *Direito do Consumo...*, cit., p. 45.

²²⁷ Cfr. Luis Gonzalez Váque. *La noción de consumidor en el derecho comunitario del consumo*. Disponível em http://consumo-inc.gob.es/publicac/EC/2005/EC75/EC75_02.pdf. Acesso em 21 de novembro de 2014.

²²⁸ Verificamos a primeira definição de consumidor na Lei n.º 29/81, que dispunha no artigo 2.º que, “para efeitos da presente lei, considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens ou serviços destinados ao seu uso privado por pessoa singular ou colectiva que exerça, com carácter profissional, uma actividade económica”. Em sequência, observamos o Decreto-Lei n.º 359/91, que tratava da regulação da matéria de crédito ao consumo, estabeleceu uma definição de consumidor no seu artigo 2.º, n.º 1, alínea b),

consumidor é a estabelecida no texto da lei geral do consumidor, lei n.º 24, de 31 de julho de 1996, porque incorpora os princípios gerais do direito do consumidor, além de que outros diplomas fazem remissão expressa à definição desta lei²²⁹.

Em caso de ausência de noção de consumidor ou até de remissão a doutrina percebe ser tendente a adoção da mencionada noção²³⁰.

Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, da lei de geral do consumidor, “considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

Desta noção de consumidor, extraímos quatro elementos²³¹, sejam eles: 1) elemento subjectivo; 2) elemento objectivo; 3) elemento teleológico; e 4) elemento relacional²³².

O primeiro elemento está presente na expressão “todo aquele” e a sua generalidade permite entender que consumidor pode ser qualquer pessoa singular (física) ou colectiva (jurídica)²³³. O segundo elemento está na expressão “quem sejam fornecidos

como “a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente diploma, actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional”. Ressaltamos a existência da definição do consumidor em outros diplomas legais, como por exemplo, o Decreto-Lei n.º 143/2001, o Decreto-Lei n.º 95/2006, o Decreto-Lei n.º 57/2008, o Decreto-Lei n.º 67/2003, e o Decreto-Lei n.º 29/2006, dentre outros

²²⁹ Observemos a disposição do artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, relativo à venda de bens de consumo, na sua redacção originária. Cfr. João Calvão da Silva. *Venda de Bens de Consumo...*, cit., p. 53, entende que se tratava de “procedimento legítimo e saudável”; também, neste sentido, a alínea b) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 134/2009.

²³⁰ Neste sentido, Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, que regula o comércio electrónico. Cfr. Alexandre Dias Pereira. *A Protecção do Consumidor no Quadro da Directiva sobre o Comércio Electrónico*. Estudos de direito do consumidor, n.º 2, 2000, pp. 43 a 140, p. 62, entende que, “a definição da Lei de Defesa do Consumidor “deveria valer como conceito operatório no tratamento do problema da protecção jurídica do consumidor de serviços da sociedade da informação”; Fernando Baptista de Oliveira. *O conceito de consumidor...*, cit., p. 77, que entende que “onde, em qualquer diploma que rege determinada relação de consumo não vier adoptado o conceito restrito às pessoas singulares, ter-se-á que seguir o conceito amplo contido na LDC”; Ana Prata. *Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais...*, cit., p. 92, nota 262, entende que “é esta a definição que deve valer para efeitos do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, que regula as cláusulas não negociadas individualmente”.

²³¹ Cfr. Carlos Ferreira de Almeida. *Direito do Consumo...*, cit., p. 29, faz referência ao modelo de definição de consumidor com a presença de elementos uma vez que “permite enquadrar todas as variantes possíveis, desde aquelas em que os quatro elementos coexistem até aquelas outras em que alguns deles ficam vazios”.

²³² Cfr. Carlos Ferreira de Almeida. *Os Direitos dos Consumidores...*, cit., pp. 208 a 210; Carlos Ferreira de Almeida. *Negócio Jurídico de Consumo*. Boletim de Ministério da Justiça, n.º 347, 1985, p. 12, o autor integra o elemento objectivo no elemento teleológico; também neste sentido, Carlos Ferreira de Almeida. *O consumidor na ordem jurídica portuguesa...*, cit., p. 14.

²³³ Cfr. Paulo Duarte. *O conceito jurídico de consumidor, segundo o artigo 2.º, n.º 1, da lei de defesa do consumidor*. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 75, 1999, pp. 661 a 665.

bens, prestados serviços e transmitidos quaisquer direitos” – vê-se que é amplo -, manifestando a pretensão de abarcar qualquer relação estabelecida entre as partes.

Quanto ao terceiro elemento, que consta na expressão “destinados a uso não profissional”, o legislador pretendeu estabelecer um critério finalista da noção, porém, há discussão no caso de a finalidade ser mista, ou seja, tanto para uso profissional quanto para uso não profissional²³⁴. Em relação ao elemento teleológico, o legislador português pareceu excluir da noção de consumidor as pessoas singulares ou colectivas que actuam no âmbito de uma actividade económica²³⁵.

Por fim, o quarto elemento está na expressão “pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”²³⁶.

O anteprojecto do código do consumidor define o consumidor no artigo 10º como “a pessoa singular que actue para a prossecução de fins alheios ao âmbito da sua actividade profissional, através do estabelecimento de relações jurídicas com quem, pessoa singular ou colectiva, se apresenta como profissional”.

3.5. Consumidor médio no Decreto-Lei n.º 57/2008

3.5.1. Conceito de consumidor médio

No capítulo anterior, referimo-nos à Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de março de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno. Em Portugal, esta directiva foi transposta para o ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que trata de um conjunto vasto de matérias e que, por isso, não as trataremos

²³⁴ Cfr. Sandrina Laurentino. *Os destinatários da legislação do consumo*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 2, 2000, p. 424; Fernando Baptista de Oliveira. O conceito de consumidor..., cit., p. 88.

²³⁵ Cfr. Carlos Ferreira de Almeida. *Direito do consumo*, cit., p. 31, afirma que a lei portuguesa “usando uma fórmula indefinida, deixa [...] a questão em aberto”; Luís Menezes Leitão. *O direito do Consumo...*, cit., p. 22, refere que “apenas as associações que tenham a seu cargo unidades de assistência, como hospitais e asilos poderiam considerar-se consumidores, uma vez que nelas existe um destino final ou não profissional dos produtos e serviços”. Teresa Almeida. *Lei de defesa do consumidor*: anotada. 2ª ed. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2001, p. 29, defende que, apesar da formulação legal, o consumidor tem de ser uma pessoa singular.

²³⁶ Na opinião de cfr. António Menezes Cordeiro. *Da natureza civil do direito do consumo...*, cit., p. 615, “trata-se de uma noção indevidamente estreita, uma vez que os consumidores devem ser protegidos perante entidades que forneçam bem ou serviços sem carácter profissional ou sem visar a obtenção de benefícios”.

inteiramente aqui, importando-nos a noção de consumidor médio no direito português por meio da directiva transposta.

Acreditamos ser relevante referir que a transposição de directivas permite aos Estados-Membros alguma liberdade, sendo, portanto, uma base para as regras a serem criadas internamente e, dessa maneira, é natural que existam diferenças entre as directivas e os decretos-lei, *i.e.*, no vocabulário utilizado e na ordenação dos artigos²³⁷.

Na transposição do artigo 5º, n.º 1 da directiva *supra*, o artigo 4º do Decreto-Lei n.º 57/2008 prevê que “sai proibidas as práticas comerciais desleais”, e, na sequência o artigo 5º do Decreto-Lei define o que são práticas desleais, e considerada a cláusula geral destas práticas no diploma mencionado. Por este artigo no n.º 1 “desleal qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afecte relativamente a certo bem ou serviço”.

Ainda no mesmo artigo do decreto, especificamente o n.º 2, “carácter leal ou desleal da prática comercial é aferido utilizando-se como referência o consumidor médio ou o membro médio de um grupo, quando a prática for destinada a um determinado grupo de consumidores”.

A partir disto fazemos algumas considerações. Primeiramente, quanto à aplicação desta cláusula geral nas relações jurídicas de consumo, adotou-se um conceito de consumidor bastante restrito, nos termos do artigo 3º, alínea a). Em segundo lugar, pressupõe-se que há um que prática comercial definida no próprio diploma, nos termos do artigo 3º, alínea d). Importante considerar que a prática comercial tem de ser desconforme com a diligência profissional, igualmente definida no Decreto-Lei nos termos do artigo 3º, alínea h).

Impõe-se, ainda, considerar que a prática comercial é considerada desleal quando distorça ou seja susceptível de distorcer substancialmente o comportamento económico do consumidor. O Decreto-Lei define em que consiste distorcer substancialmente o

²³⁷ Cfr. Alexandre Soveral Martins. *A transposição da directiva sobre práticas comerciais desleais (directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo decreto-lei n.º 57/2008, de 26 de março*. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida/comis. org. José Lebre de Freitas ... [et al.]. Vol. 1: Direito comparado, Direito económico, Direito do consumo, Direito dos valores mobiliários. Coimbra: Almedina, 2011, pp. 569 a 585.

comportamento económico dos consumidores, nos termos do artigo 3º, alínea e), que, por decisão de transacção, a definição vem tratada no artigo 3º, alínea l)²³⁸.

O consumidor médio ingressa como consumidor de referência para a análise da susceptibilidade de distorção do comportamento económico e para noção de consumidor médio que tem sido utilizada e desenvolvida pela jurisprudência nacional. Os julgadores têm interpretado que se trata de um consumidor normal, com nível de informação mediano e que utiliza diligência regular nos contratos que celebra.

3.5.2. Análise da noção de consumidor médio na jurisprudência portuguesa

Para análise do consumidor médio na jurisprudência portuguesa²³⁹ escolhemos o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de Abril de 2012²⁴⁰, no âmbito do processo 571/06.8TYLSB.L1-7. A situação em causa é relativa à concessão do registo relativo à marca nominativa ETOGEL, discordado pela proprietária.

No recurso para este Tribunal, a detentora da marca AUTOGEL insurge-se contra despacho de órgão de região de marca que concedeu o uso da marca ETOGEL destinada a assinalar cosméticos em geral e variações do género. Aduz que a marca AUTOGEL é destinada também ao género de cosmético, e que, portanto, os dois produtos se reportam ao mesmo segmento de mercado. Argui que essas semelhanças linguísticas são violadoras do disposto no Código de Propriedade Industrial.

O Tribunal passa análise da questão para decidir se as marcas em confronto são susceptíveis de se confundirem, tendo em consideração o seu aspecto gráfico ou fonético, de modo a saber se esta confusão é capaz de inuzir os consumidores a erro, e, para tanto, pautou-se no critério do *consumidor médio*.

²³⁸ Cfr. Assunção Cristas. *Concorrência Desleal e Proteção do Consumidor...*, cit ., p. 158.

²³⁹ Defende-se que o consumidor médio é apressado e distraído nas seguintes decisões: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Setembro de 1995, Processo n.º 087043 (Torres Paulo), e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de Janeiro de 2010, Processo n.º 25/07.5TYLSB.L1-1 (João Aveiro Pereira). No mesmo sentido, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Julho de 2010, Processo n.º 3/05.9TYLSB.P1.S1 (Fonseca Ramos), caracteriza-se o consumidor médio como “não particularmente atento”; também no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Abril de 2010, Processo n.º 483/04.0TYLSB.L1-8 (Silva Santos), se caracteriza o consumidor médio como “medianamente atento”, mesmo “distraído”.

²⁴⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Abril de 2012. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/54b1f6118d3cfa6380257a02003821bf?OpenDocument>. Acesso em 07 de maio de 2015.

Em análise a legislação e doutrina específica, entendeu o Tribunal que a marca não pode ser criada de modo a causar confusão com outra previamente adotada, em específico para o mesmo produto ou produto semelhante. Caso haja confusão não atingirá o seu fim.

Neste sentido, argumentou que a pretensa marca necessita ser posta em confronto com a outra para perceber se há confusão, e se deve perceber se pode ser tomada por outra que se tenha conhecimento. Como trata o caso de marcas nominativas, a pretensa marca em confronto com uma mais antiga pode causar confusão aos consumidores do produto.

Em específico, as marcas ETOGEL e AUTOGEL são diferentes para o Tribunal. Embora com terminação igual, GEL, compreendeu que a pronuncia das duas marcas produz sons distintos. Ademais, a grafia de ambas terminou por ser intepretada como inabilitadas de causar confusão ou associação.

Com referência ao consumidor médio, entendeu o Tribunal que não será induzido ao erro, afastando o risco de associação entre as marcas, mesmo considerando nesta análise o consumidor deste tipo de produto e os produtos de escolha. Considera o consumidor como “diligente e medianamente informado”, capaz de distinguir as marcas em destaque.

Como o *consumidor médio* neste caso é capaz de realizar um exame de conforntamento entre marcas, não está suceptível de ser conduzido ao erro ou confusão, então a conclusão foi de que as marcas são distintas na grafia e na fonética.

3.6. Consumidor particularmente vulnerável no Decreto-Lei n.º 57/2008

O artigo 6º, alínea a) do Decreto-lei n.º 57/2008, define como prática comercial desleal em especial aquelas “práticas comerciais susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores *particularmente vulneráveis*, em razão da sua doença mental ou física, idade ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era susceptível de provocar essa distorção”²⁴¹.

²⁴¹ Cfr. Luis Manuel Teles de Meneses Leitão. *As práticas comerciais desleais nas relações de consumo...*, cit., p. 428.

Devemos ressaltar que o legislador nacional afastou-se da directiva n.º 2005/29/CE, no artigo 5º, n.º 3 – analisado no capítulo anterior – especificamente quanto grupo dos consumidores “particularmente vulneráveis”, que no Decreto-Lei foi considerado uma prática comercial desleal em especial, diferentemente da citada Directiva onde é considerada prática comercial geral²⁴².

Pela leitura do artigo 6º, alínea a) do Decreto-Lei n.º 57/2008 percebemos que, uma vez preenchidos os requisitos do dispositivo, a prática comercial é considerada desleal. Consta um requisito que destacamos, que é “o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era susceptível de provocar essa distorção”, mas não há necessidade de desconformidade da prática com a diligência profissional.

Com efeito, o grupo ou os grupos de consumidores a quem a prática comercial se dirige devem ser claramente identificáveis, para evitar que a norma seja utilizada pelo profissional deixando a parecer que foi utilizada para os consumidores em geral. O grupo em comento tem identificação no dispositivo que, quanto a nós, parece ter feito menção taxativa²⁴³ - doença mental ou física, idade ou credulidade –, ou seja, excluindo outros possíveis grupos de consumidores²⁴⁴.

A particular vulnerabilidade, ou ainda, a especial vulnerabilidade, conforme alguns autores, é a referência a uma condição específica de vulnerabilidade que um grupo de consumidores suporta. Em outras palavras, grupo de consumidor no qual há probabilidade maior de se consumir um risco e, por isso, merece igualmente maior atenção em comparação a um grupo “convencional de consumidores”²⁴⁵.

O anteprojecto do código do consumidor²⁴⁶ de Portugal faz referência à expressão dos consumidores particularmente vulneráveis no artigo 129, n.º 3 “quando se trate de prática comercial que se dirija ou afecte um único grupo, claramente identificável, de consumidores que, em razão de doença mental ou física, da idade ou de especial credulidade, sejam *particularmente vulneráveis* à prática utilizada ou ao bem ou serviço

²⁴² Cfr. Alexandre Soveral Martins. *A transposição da directiva sobre práticas comerciais desleais...*, cit., p. 576.

²⁴³ Cfr. Elsa Dias Oliveira. *Práticas comerciais proibidas...*, cit., p.157, que entende que “a vulnerabilidade pode ser devida a “qualquer razão”.

²⁴⁴ Cfr. Jorge Morais Carvalho. *Práticas comerciais desleais das empresas...*, cit., p. 200.

²⁴⁵ *Ibidem*. Entende este autor que “esta exigência deve, no entanto, ser interpretada com alguma cautela, relevando essencialmente uma fragilidade identificável pela pertença de um grupo que olha em causa uma parcela da liberdade do consumidor no momento da decisão de contratar”.

²⁴⁶ Anteprojecto do código do consumidor. Disponível em <http://www.acra.pt/pdf/ApCC2006.pdf>. Acesso em 30 de maio de 2015.

em causa, de um modo razoavelmente previsível para o profissional, a sua susceptibilidade de distorcer substancialmente o comportamento económico do consumidor deve ser avaliada do ponto de vista do membro médio desse grupo”²⁴⁷.

Em pesquisa feita no repertório eletrónico de jurisprudência portuguesa, não encontramos referência ao consumidor vulnerável nas práticas comerciais desleais²⁴⁸.

²⁴⁷ Cfr. Elsa Dias Oliveira. *Práticas comerciais proibidas...*, cit., p. 157, que entende que “nos casos em que a prática comercial se dirige a um grupo determinado de consumidores, – v.g. crianças, adolescentes, idosos – que, devido a qualquer razão, sejam particularmente vulneráveis à prática utilizada ou ao bem ou serviço em causa - e essa vulnerabilidade seja previsível ao profissional –, na avaliação impacto da prática comercial, devem ser tidas em conta as características da pessoa média desse grupo e não já o consumidor médio out court”

²⁴⁸ No acórdão de 24 de setembro de 2013 do Tribunal de Relação de Coimbra, encontramos a expressão “particularmente vulnerável” e em tantos outros momentos a decisão menciona o “consumidor”, mas não há relação a uma prática comercial desleal nos termos do DL n.º 57/2008, além de que a ação discute o requisito de forma em contrato-promessa de compra e venda, nos termos do n.º 3 do artigo 410 de código civil.

CAPÍTULO 4

A VULNERABILIDADE E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO DIREITO BRASILEIRO: DA VULNERABILIDADE GERAL À VULNERABILIDADE AGRAVADA (OU HIPERVULNERABILIDADE)

4.1. O direito do consumidor no Brasil e o conceito de Consumidor na Lei 8078/90

4.1.1. Breves notas sobre a evolução da proteção do consumidor no Brasil

No Brasil, anteriormente à vigência da Lei n.º 8.078/90, caso um consumidor se sentisse lesado em uma relação contratual frente a um fornecedor – produtor, fabricante, distribuidor, construtor, importador ou comerciante –, e buscasse suporte legal, somente encontraria certa “proteção normativa” através do Código Civil de 1916, Lei n.º 3.071. No entanto, este não representava uma específica e eficaz proteção, ainda mais quando o consumidor pretendesse buscar a reparação de danos, posto que não se tratava de lei com instrumentos de proteção própria aos consumidores e, também, porque a responsabilidade subjetiva era regra geral a ser aplicada por esta lei, o que, na seara do consumo, é um empecilho no alcance de um *quantum* indenizatório²⁴⁹.

A discussão sobre a defesa do consumidor no Brasil iniciou-se com a criação das primeiras associações civis, nos idos da década de 1970. Nestes idos, ganharam destaque a criação do Conselho de Defesa do Consumidor no Rio de Janeiro, em 1974, e, em 1976, o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor criado pelo Governo do Estado de São Paulo²⁵⁰. Contudo, estes foram institutos primeiros e de atuação jurídico-administrativa bem limitada.

O despertar para a proteção do consumidor com meios imperativos para uma tutela mais efetiva e eficaz à defesa dos seus direitos só se deu na década de 1980. A redemocratização do país impulsionou a promulgação da Constituição Federal da

²⁴⁹ Sobre evolução administrativo-legal do tema no Brasil no campo cfr. Luiz Otavio de Oliveira Amaral. *História e fundamentos do direito do consumidor...*, cit., p. 746 ss.

²⁵⁰ Cfr. Sergio Cavalieri Filho. *Programa de direito do consumidor...*, cit., p. 07; Écio Perin Junior. *A globalização e o direito do consumidor...*, cit., pp. 14 a 16; João Batista de Almeida. *Manual de direito do consumidor...*, cit., p. 9; Amanda Flávio de Oliveira. *O sistema nacional de defesa do consumidor*. Revista de direito do consumidor, n.º 44, 2002, pp. 99 a 102.

República do ano de 1988, e, junto o fortalecimento do clamor popular por uma regulamentação dos direitos sociais fundamentais, o que se fez sentir também na criação do Código de Defesa do Consumidor, por ordenação expressa em texto constitucional. Assim, tornava-se necessária a elaboração de normas que acompanhassem o dinamismo de uma sociedade de massas que se formou no decorrer do século XX e alcançara o Brasil.

Assim, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada em 5 de outubro, com a imperativa do artigo 5º, inciso XXXII, que estabelece que “o Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor”. Lei esta que deveria ser elaborada dentro de 120 dias a partir da promulgação da Constituição, conforme artigo 48 dos atos das disposições constitucionais transitórias, na mesma Constituição²⁵¹.

A inserção do artigo 5º, XXXII, entre os direitos fundamentais coloca os consumidores entre os titulares de direitos constitucionais fundamentais, porque estes não mais se resumem aos direitos de defesa contra interferência estatal na esfera jurídica particular²⁵². Atualmente, os direitos fundamentais conferem também aos particulares direitos de proteção, direitos à organização e ao procedimento e direitos as prestações sociais.

Entendemos que o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais e, assim, proteger um cidadão perante o outro²⁵³.

²⁵¹ Cfr. Bruno Miragem. *O direito do consumidor como direito fundamental*. Revista de direito do Consumidor, n.º 43, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. pp. 111 a 132, “Trata-se, na verdade, de uma exigência da interpretação, à luz do denominado princípio da unidade da Constituição, cuja razão de ser prende-se à constatação de que o texto constitucional constitui um sistema normativo fundado em determinadas idéias-força que lhe configuram um núcleo irredutível, com um sistema interno unitário, de normas e princípios. A constituição, ao determinar no art. 48 do ADCT a realização de um Código de Defesa do Consumidor, estava em verdade determinando a realização do conteúdo eficaz da norma constitucional consagrada do direito fundamental (art. 5, XXXII), que tinha seus efeitos integrais condicionais à produção da lei - portanto, norma de eficácia limitada”; Sergio Cavalieri Filho. *Programa de direito do consumidor...*, cit., p. 11; Luiz Renato Ferreira da Silva. *O princípio da igualdade e o código de defesa...*, cit., p. 270, entende que “a principiologia que rege a política nacional das relações de consumo explica quais as motivações da lei e, de início, expõe qual o critério discriminador que reconhecendo as desigualdades, tenta fazer prevalecer uma isonomia material. É que se tem como regra cimeira dos princípios da lei de consumo, a norma reconhecera da “vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”, devendo a ação governamental ser estabelecida “no sentido de proteger efetivamente o consumidor”; Marcelo Shenk Duque. *A proteção ao consumidor como dever de proteção estatal...*, cit., p. 143; Eros Roberto Grau. *Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.º 5, 1993, p. 188; Marcelo Gomes Sodré. *A construção do direito do consumidor...*, cit., p. 7; Cristiane Derani. *Política nacional das relações de consumo e o código de defesa do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, n.º 29, 1999, pp. 29 a 30.

²⁵² Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina: 1993, p. 541.

²⁵³ Cfr. Eros Roberto Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 3d., São Paulo, 1997, p. 260, entende que “o direito do consumidor como direito fundamental não configura mera

Além disto, o artigo 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988, tornou a defesa do consumidor um princípio da ordem econômica constitucional. Estes dois dispositivos – artigo 5º, inciso XXXII, e artigo 170, inciso V – legitimam todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista. A defesa dos consumidores pauta-se, em primeiro, nas razões econômicas derivadas das formas, segundo as quais se desenvolvem, em grande parte, ao atual tráfico mercantil e, em segundo, por critérios que emanam da adaptação da técnica constitucional ao estado de coisas que hoje vivemos imersos – na chamada sociedade de consumo em massa²⁵⁴.

O dispositivo constitucional ordena ao Estado Brasileiro o dever de promoção à defesa do consumidor na forma de lei e não mera faculdade, pois se trata de um imperativo constitucional que ordena ao Estado em todas as esferas de poder (união, estado e municípios) e na sua tripartição de poderes (executivo, legislativo e judiciário)²⁵⁵. Foi o constituinte originário que instituiu um direito subjetivo público geral para todos os brasileiros como uma garantia fundamental. Outro imperativo ocorreu nos atos das disposições constitucionais transitórias, em seu artigo 48, que, por sua vez, deu prazo e nomeou a lei de defesa do consumidor como Código de Defesa do Consumidor²⁵⁶.

expressão de ordem pública senão que sua promoção deve ser lograda pela implementação de normatividade específica e medidas de caráter interventivo”; cfr. Cristiano Heineck Schmitt. *A hipervulnerabilidade do...*, cit., pp. 140 e 141.

²⁵⁴ Cfr. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 25 ed., São Paulo: Malheiros, 2005; Rizzato Nunes. *Curso de direito do consumidor...*, cit., p. 52, “No que respeita às normas constitucionais que tratam da questão dos direitos e garantias do consumidor, elas são várias, algumas explícitas, outras implícitas. A rigor, como a figura do consumidor, em larga medida, equipara-se à do cidadão, todos os princípios e normas constitucionais de salvaguarda dos direitos do cidadão são, também, simultaneamente extensivos ao consumidor pessoa física. Dessarte, por exemplo, os princípios fundamentais instituídos no art. 5º da Constituição Federal são, no que forem compatíveis com a figura do consumidor na relação de consumo, aplicáveis como comando normativo constitucional”.

²⁵⁵ Cfr. Antonio Herman V. Benjamin; Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de direito do consumidor*. 2 ed., RT: São Paulo, 2008, p. 68, que afirma: “Se a Constituição Federal de 1988 manda o Estado-juiz, o Estado-executivo, e o Estado-legislativo proteger imperativamente o consumidor em suas relações intrinsecamente desequilibradas com os fornecedores de produtos e serviços, a CF/88 não definiu quem é o consumidor – logo temos que recorrer ao CDC, como base legal especial infraconstitucional para saber quando aplicar o CDC”.

²⁵⁶ Cfr. Sergio Cavaleiro Filho. *Programa de direito do consumidor...*, cit., p. 11. Neste sentido, Fabricio Bolzan de Almeida. *Direito do consumidor esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 28; João Batista de Almeida. *Manual de direito do consumidor...*, cit., p. 09. Adolfo Mamoru Nishhiyama e Roberto Densa. *A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos e as crianças e os adolescentes*. in: Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor - (Coleção doutrinas essenciais, v.2)*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 432 a 433, que afirma que “o princípio da proteção do consumidor é norma constitucional”; Marecelo Shenk Duque. *A proteção ao consumidor como dever de proteção estatal...*, cit., pp. 149 a 160.

Finalmente, a Lei n.º 8078/90, Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, foi promulgada em 1990, e acarreta importantes mudanças que, no decorrer dos anos 90 e na primeira década do século XXI, tanto nos mecanismos de proteção, com o surgimento de novas associações civis voltadas à proteção dos consumidores, como órgãos administrativos também com o mesmo escopo.

Além disso, impôs importantes e gradativas mudanças às relações de consumo, perceptível na melhora na qualidade de fabricação dos produtos e na relação das empresas, de um modo geral, frente os consumidores²⁵⁷.

4.1.2. Noção de consumidor segundo o Código de Defesa do Consumidor

A lei n.º 8078/90, Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, estabelece em seu artigo 2º o conceito de consumidor padrão, sendo este “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”²⁵⁸.

O professor José Geraldo de Brito Filomeno²⁵⁹ ensina sobre o conceito de consumidor trazido no CDC, ao defender que “o conceito de consumidor adotado pelo código foi de caráter econômico”. O autor entende que o consumidor age pretendendo a satisfação de uma necessidade própria e não ao atendimento de uma necessidade profissional, tornando-se, portanto, um personagem que adquire bens ou contrata serviços, como destinatário final²⁶⁰²⁶¹.

²⁵⁷ Sobre relação de consumo Cfr. Alberto Pasqualotto. *Defesa do consumidor...*, cit., pp. 41 a 42; Amanda Flávio de Oliveira. *O sistema nacional de defesa do consumidor...*, cit., pp. 102 a 104.

²⁵⁸ Cfr. Bruno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araújo Junior. *Direito do Consumidor...*, cit., pp. 31 a 33, que afirma que “a definição trazida no *caput* do art. 2º do CDC é a do chamado consumidor *standard, stricto sensu* ou negocial”; sobre as relações de consumo em sentido amplo, Alcides Tomasetti Jr. *As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos*. Revista de Direito do Consumidor, n.º 13, pp. 12 a 17; Cristiane Derani. *Política nacional das relações de consumo e o código de defesa do consumidor...*, cit., p. 31, que entende que “o mero ato de aquisição de um bem para satisfação do sujeito não é o bastante para caracterizar o consumidor (...). É necessário que este bem seja uma mercadoria, isto é, oriunda do processo produtivo”; Marco Antonio Zanelato. *Noção jurídica de consumidor...*, cit., p. 257, que entende que “trata-se de um conceito padrão ou em sentido estrito de consumidor”; Antônio Carlos Efig. *Direito do consumo e direito do consumidor...*, cit., pp. 112 a 114; Antonio Herman V. Benjamin; Claudia Lima Marques; Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de direito do consumidor...*, cit., p. 69, que entende que “o consumidor é uma definição também ampla em seu alcance material”.

²⁵⁹ Cfr. Ada Pellegrini Grinover... [et al.]. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9.º ed. Forense: Rio de Janeiro: 2007, p. 28.

²⁶⁰ Cfr. Newton de Lucca. *Direito do consumidor...*, cit., p. 56, que entende que a relação de consumo “se estabelece necessariamente entre fornecedores e consumidores, tendo por objeto a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo”.

Percebamos que a proteção do consumidor remete à proteção do não profissional que estabelece relação com o fornecedor²⁶². Seria uma noção subjetiva de consumidor que excluiria do âmbito da proteção legal dois fornecedores, ou seja, para aplicação do CDC é necessário uma relação contratual em que uma das partes seja um consumidor vulnerável, o que pode ocorrer com uma empresa, como analisaremos adiante²⁶³.

Com efeito, a partir da definição legal de consumidor podemos perceber a sua amplitude e generalidade. Deste modo, para melhor entendimento e análise extraímos alguns elementos²⁶⁴: 1) toda pessoa física ou jurídica; 2) adquire ou utiliza; 3) produto ou serviço; 4) como destinatário final.

Quanto ao primeiro elemento, bastante generalista, permite afirmarmos que qualquer pessoa pode ser consumidora e que uma imensa gama de relações contratuais são relações de consumo²⁶⁵, pois, qualquer pessoa física (ou singular) ou qualquer pessoa jurídica (ou coletiva) – dentre estas podem ser pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado.

Quanto ao segundo elemento, a pessoa torna-se consumidora quando adquire o produto ou a prestação de serviço para si, frente a um profissional/fornecedor, bem como, torna-se consumidora quando apenas utiliza, ou seja, ela não pagou pelo produto ou pelo serviço, mas pode vir a usar a partir da aquisição feita por outrem²⁶⁶. O terceiro elemento remete para um bem, seja ele móvel ou imóvel, e à uma atividade feita.

²⁶¹ Alguns autores retiram desta conceitualização componentes de natureza sociológica e psicológica. Por um conceito sociológico, consumidor é qualquer indivíduo que frui ou utiliza bens e serviços e pertence a uma determinada categoria ou classe social. Segundo a visão psicológica, consumidor é o indivíduo sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizarem os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo. Neste sentido, Cfr. Guido Alpa. *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, Società Editrice. Mulino, 1977 *apud* Ada Pelegrini Grinover...[*et al.*]. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto...*, cit., p. 29.

²⁶² Diferente das Directivas da União Europeia e dos Decretos-lei de Portugal, o legislador brasileiro utiliza a expressão *fornecedor* e não *profissional*, como ocorre naqueles sistemas legais. Segundo a lei n.º 8.078/90, em seu artigo 3º, a expressão fornecedor envolve genericamente todo aquele que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização. Deste modo, neste capítulo do trabalho, por se tratar de proteção de consumidores no Brasil, utilizaremos a expressão *fornecedor* ao invés de *profissional*, como fizemos nos dois capítulos anteriores.

²⁶³ Cfr. Antonio Herman V. Benjamin; Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de direito do consumidor...*, cit., p. 68.

²⁶⁴ Cfr. João Batista de Almeida. *Manual de direito do consumidor...*, cit., pp. 37 e 38.

²⁶⁵ Ressaltamos que a relação contratual será de consumo se o consumidor nela mostrar-se vulnerável.

²⁶⁶ Cfr. Antonio Herman V. Benjamin; Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de direito do consumidor...*, cit., p. 70, “No CDC, também, a definição de consumidor não distingue entre o adquirente de produtos e usuário de produtos, nem entre o objeto da relação de consumo, se uso de produtos ou o uso de serviços (...)”.

Por sua vez, o quarto elemento, *destinatário final*, considerado como elemento teleológico do conceito legal que destacamos²⁶⁷. Um grande desafio ao intérprete do CDC frente às situações práticas é conseguir enxergar quando o sujeito da cadeia produtiva retira o produto ou serviço como *destinatário final*. O exercício de determinar quem é o sujeito ou quem são os sujeitos da relação contratual e extracontratual vai definir o campo de aplicação desta lei, de modo que o campo de aplicação subjetivo é um aspecto de diferenciação do código de defesa do consumidor, em razão de ser aplicado materialmente a estas partes, ou seja, o que o referido código traz de diferente é enquadrar as pessoas da relação jurídica como consumidor *destinatário final* ou fornecedor²⁶⁸.

Assim, surgiram algumas formas de interpretar o que seria “destinação final”, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, que contribuiu significativamente para o entendimento da expressão em destaque.

Uma primeira corrente trata muito objetivamente a interpretação da *destinação final* de produto ou serviço, porque entende que consumidor é aquele que tira do mercado o produto ou serviço não o intermediando, mas que, concretamente, dá-lhe uso final ao bem ou serviço, independentemente de a utilização ser para fim privado, ou seja, sem interesse de lucro, ou para fim econômico. Esta corrente interpretativa recebeu o nome de maximalista ou objetiva²⁶⁹.

A segunda corrente, chamada de finalista ou subjetiva, entende que *destinatário final* presente no final do *caput* do artigo 2º da Lei n.º 8078/90 deve ser interpretada de maneira mais restrita, em conformidade com a lei em seus artigos 4º e 6º. De modo que, o

²⁶⁷ Cfr. Rizzato Nunes. *Direito do consumidor...*, cit., p. 122, que entende que “O problema do uso do termo “destinatário final” está relacionado com um caso específico: o daquela pessoa que adquire produto ou serviço como destinatária final, mas que usará tal bem como típico de produção”. Thierry Bourgoignie. *Éléments pour une théorie du droit de la consommation...*, cit., pp. 60 a 61, que entende que “O consumidor é uma pessoa física ou jurídica que adquire, possui ou utiliza um bem ou serviço distribuído no âmbito do sistema econômico por um profissional, sem que ela própria tenha como propósito fabricá-lo, transformá-lo, distribuí-lo ou prestá-lo no âmbito comercial ou no de uma profissão”; Marco Antonio Zanelato. *Noção jurídica de consumidor*. In: *Justitia*, n.º 64 (197), 2007, p. 257, que afirma que “a concentração fundamental do conceito repousa sobre a finalidade da aquisição ou da utilização: a destinação final”; Claudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 343, que observa que “o destinatário final é o *Enderbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo”.

²⁶⁸ Cfr. Antonio Herman V. Benjamin; Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de direito do consumidor...*, cit., p. 67.

²⁶⁹ Cfr. Sergio Cavaleiri Filho. *Programa de direito do consumidor...*, cit., pp. 49 e 50; Antonio Herman V. Benjamin; Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de direito do consumidor...*, cit., p. 71; Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012, p. 76; Bruno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araújo Junior. *Direito do Consumidor...*, cit., p. 33.

destinatário final é aquele destinatário final do bem ou serviço para uso exclusivamente particular, sem destinação econômica, diferentemente da corrente apresentada no parágrafo *supra*. Em outras palavras, o consumidor tem que utilizar o produto, retirando-o da cadeia de produção, mas em âmbito e intenção não profissional. Portanto, se o faz com interesse de obter lucro, desenvolvendo atividade profissional, não é consumidor^{270 271}.

Há uma terceira forma de análise da expressão *destinatário final* desenvolvida pela jurisprudência e aceita amplamente pela doutrina. Trata-se da corrente nomeada de finalista mitigada ou aprofundada que, pelo próprio nome, é na verdade uma variação da ideia finalista anteriormente exposta. Esta corrente interpretativa surge a partir de situações postas à apreciação do poder judiciário em que os fornecedores se encontram em visível situação de vulnerabilidade – elemento indispensável para identificação do consumidor na relação contratual –, mesmo, ressaltamos, sendo uma pessoa jurídica (ou coletiva)²⁷².

Com efeito, o que se buscou foi a verificação da aplicação do princípio da vulnerabilidade aos casos concretos, mesmo sendo o sujeito um fornecedor, mas que mostrou estar vulnerável diante de outro fornecedor por fatores técnicos, jurídicos, socioeconômicos e informacionais. Atinge-se o escopo da proteção proposta pela Lei n.º 8.078/90 ao se identificar o consumidor como vulnerável, posto que somente merece proteção se assim o for.

A jurisprudência apreciou situações que discutiam a vulnerabilidade do consumidor e percebeu a necessidade de mudança na interpretação, se pautando nas suas decisões pela premissa da vulnerabilidade, a exemplo do acórdão do Superior Tribunal de

²⁷⁰ Cfr. Antonio Herman V. Benjamin; Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de direito do consumidor...*, cit., p. 70; Sergio Cavaleiri Filho. *Programa de direito do consumidor...*, cit., 5; Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de direito do consumidor...*, cit., p. 75; Bruno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araújo Junior. *Direito do Consumidor...*, cit., p. 34.

²⁷¹ Há jurisprudências que acompanham este entendimento, como a do: Supremo Tribunal Federal. Sentença estrangeira contestada 5.847-1, sob relatoria do Ministro Maurício Corrêa, julgada em 01.12.1999; e, também, o Superior Tribunal de Justiça: Conflito de competência n.º 92.519/SP, Recurso especial n.º 541867/BA.

²⁷² Cfr. Antonio Herman V. Benjamin; Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de direito do consumidor...*, cit., pp. 72 a 79; Sergio Cavaleiri Filho. *Programa de direito do consumidor...*, cit., p. 52; Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de direito do consumidor...*, cit., pp. 78 a 82; Bruno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araújo Junior. *Direito do Consumidor...*, cit., p. 35; Claudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., pp. 350 a 356.

Justiça em sede do Recurso Especial n.º 476.428/SC²⁷³, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi²⁷⁴.

Cuida-se de ação indenizatória de GRACHER HOTÉIS E TURISMO LTDA contra AGIPLIQUIGÁS S.A. pretendendo o ressarcimento de prejuízos decorrentes da impossibilidade de usufruir as sobras de gás remanescentes em recipientes de gás GLP, vendidos pela distribuidora insurgente. Informou que as sobras de gás são devolvidas à fornecedora, ante a inviabilidade de utilização do produto até o final, diante de circunstâncias físicas específicas do produto e da sua forma de acondicionamento, facto que geraria um dano contínuo.

Em sentença o juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido. Inconformada, a autora apresentou recurso de apelação ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que deu provimento ao apelo do recorrido.

Desta feita, a empresa ré recorreu ao Superior Tribunal de Justiça que decidiu dever a expressão “consumidor final”, presente no conceito de consumidor do artigo 2º do CDC, ser interpretada restritivamente. Dessa forma, consumidor deve ser entendido como aquele que consome o produto para uma necessidade ou satisfação pessoal, e assim “expressão destinatário final não compreenderia a pessoa jurídica empresária”.

Desta forma, o Tribunal referido percebe que há necessidade de mitigar o rigor excessivo do critério subjetivo do conceito de consumidor, para permitir, como sendo uma situação excepcional, a equiparação e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários.

O Tribunal passou a identificar e, assim, a exigir, que determinadas pessoas jurídicas em litígio com outras, demonstrassem a sua condição de vulnerável no caso concreto. Ou seja, para a Egrégia Corte não bastava ser a pessoa jurídica apenas um

²⁷³ Vide, neste sentido, o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça em Recurso especial n.º 476428/SC, do, publicado em 19/04/2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1673417&num_registro=200201456245&data=20050509&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 18 de março de 2015. Neste sentido, também no Superior Tribunal de Justiça os acórdãos proferidos em Recurso Especial n.º 1195642/RJ, Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1319518/SP, Recurso especial n.º 611.872/RJ, Recurso Especial n.º 575.469/RJ, Recurso especial n.º 231.208/PE, Recurso Especial n.º 716.877/ SP, Recurso Especial n.º 661.145/ES e Recurso Especial n.º 1.010.834/GO.

²⁷⁴ Uma prova de que o sistema de defesa do consumidor brasileiro tem a sua base constituída na ideia primeira de vulnerabilidade, é a admissão, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), de que em uma relação de consumo entre empresas, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade conforme princípio da Lei nº 8.078/90, autorizando a pessoa jurídica a proteção dos dispositivos legais protetivos, pois dá-lhe a condição de consumidora.

destinatário final e, por consequência, um consumidor, ficando protegido pelas disposições do Código do Consumidor, mas, sim, a comprovação da sua fragilidade dentro da relação jurídica.

Percebido o conceito padrão de consumidor, expresso no artigo 2º, *caput*, do CDC, é preciso entender que o sistema desta codificação se inicia justamente pela definição do sujeito a proteger, mas também é definido em mais 3 artigos, e, atente-se, não é definido sob a ótica individual, como sujeito de direitos individuais, mas também sob a ótica meta ou transindividual ou de grupo. Isto porque, no Código, o consumidor não é uma definição meramente contratual (o adquirente), mas visa proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais e de práticas comerciais abusivas, além das vítimas do acidente de consumo. É uma definição para relações de consumo contratuais e extracontratuais individuais ou coletivas.

Estes três artigos referidos trazem outras formas de identificação do consumidor e são conjuntamente classificados pela doutrina como consumidor por equiparação, não provenientes de uma aquisição ou utilização direta de produto ou serviço²⁷⁵. Os textos legais do artigo 2º, parágrafo único²⁷⁶, artigo 17²⁷⁷ e artigo 29²⁷⁸ do Código de Defesa do Consumidor, integram no seu contexto a expressão “equipara-se a consumidor” ou “equiparam-se aos consumidores”.

Equiparar significa igualar, tornar igual ou semelhante. Ou seja, são considerados consumidores, de modo a terem as benesses da proteção do referido código, aqueles que não adquiriram ou utilizaram diretamente o produto ou serviço, mas que a lei prevê

²⁷⁵ Neste sentido, Antonio Herman V. Benjamin; Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de direito do consumidor...*, cit., p. 79; Bruno Miragem. *Curso de direito do consumidor*. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 147.

²⁷⁶ Cfr. Marco Antonio Zanelato. *Noção jurídica de consumidor...*, cit., p. 239, que afirma que “quis o legislador, com tal equiparação, albergar a coletividade de pessoas cujos interesses ou direitos são atingidos pelo desrespeito pelo fornecedor de produtos ou serviços”; Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 383.

²⁷⁷ Cfr. Marco Antonio Zanelato. *Noção jurídica de consumidor...*, cit., p. 260, que entende que “as vítimas de um acidente de consumo, que não contrataram com o fornecedor (fabricante, importador, comerciante etc.) a aquisição do produto ou serviço, sem fazerem uso deles, sendo pessoas estranhas ao negócio jurídico de venda do produto ou do serviço e não tendo feito uso deles, não são passíveis de enquadramento no conceito padrão de consumidor”; Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., pp. 383 a 385.

²⁷⁸ Cfr. Rizzato Nunes. *Direito do consumidor...*, cit., p. 121, “o art. 29 indica o consumidor do tipo ideal, um ente abstrato, uma espécie de conceito difuso, na medida em que a norma fala da potencialidade, do consumidor que presumivelmente exista, ainda que possa não ser determinado”; Marco Antonio Zanelato. *Noção jurídica de consumidor...*, cit., p. 261.

situações em que estes se encontram em condição de vulnerabilidade, igualando os sujeitos à condição legal de consumidor.

4.2. Vulnerabilidade do consumidor

Vê-se que o legislador brasileiro admite a vulnerabilidade como uma presunção absoluta ao admitir que todo consumidor é vulnerável, sem exceção ou restrição. Além disso, determina que o Estado deve reconhecer a vulnerabilidade do consumidor, ou seja, invoca o Estado a proteger o consumidor, de acordo com o dispositivo do artigo 5º, XXXII. Ademais, este reconhecimento estatal repercute no mercado que deve ser regulado, sendo-lhe imposto parâmetros ou medidas para a atividade econômica em defesa do consumidor, conforme previsão do seu artigo 170, inciso V²⁷⁹.

A Constituição Federal de 1988 reconhece a vulnerabilidade, que deve ser, portanto, tratada pelo legislador infraconstitucional de maneira diferencial para buscar a aplicação da igualdade nas relações contratuais em busca de uma igualdade material²⁸⁰. Conforme abordagem anterior a este tema, o princípio da vulnerabilidade está diretamente relacionado com outro princípio que lhe é pressuposto, o da igualdade. Aquele que é vulnerável, necessariamente se encontra em situação desigual, assim, podemos afirmar que o princípio da vulnerabilidade é subprincípio, derivado do princípio constitucional da igualdade expresso no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

A Lei n.º 8.078/90 identifica a vulnerabilidade no princípio da política nacional de proteção e de defesa do consumidor, ao prever no artigo 4º que o Estado “deve então reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no mercado”²⁸¹. O CDC prevê a

²⁷⁹ Segundo Leonardo de Medeiros Garcia. *Direito do consumidor: lei 8078/90*. 5 ed., Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 24, “No Brasil, as pessoas jurídicas de direito público podem ser consumidoras. Desde que vulneráveis na relação jurídica, pode-se perfeitamente considerar um determinado município, estado ou até mesmo a União como consumidora”; Rizzato Nunes. *Curso de direito do consumidor...*, cit., p. 76.

²⁸⁰ A Constituição Federal de 1988 reconhece a vulnerabilidade e procura realizar a isonomia garantida pela própria Constituição no seu artigo 5º; Cristiane Derani. *Política nacional das relações de consumo e o código de defesa do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, n.º 29, 1999, p. 35.

²⁸¹ Cfr. Valério Dal Pai Moraes. *Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 125, “Vulnerabilidade, sob enfoque jurídico, é, então, o princípio pela qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele sujeito mais fraco na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendido (s) ou ferido (s), na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do(s) sujeito (s) mais potente (s) da mesma relação”; Rosalice Fidalgo Pinheiro e Derlaune Detroz. *A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro...*, cit., p. 115, que afirma que “o princípio da vulnerabilidade instituído pelo Código de Defesa do Consumidor aflora como

vulnerabilidade como princípio geral, e linha filosófica, na qual toda e qualquer norma protetora do consumidor terá como base esta perspectiva. Destarte, a vulnerabilidade é o início de qualquer discussão sobre a defesa do consumidor, por isso, qualquer medida protetiva já parte desta premissa²⁸².

A vulnerabilidade do consumidor é presumida, sendo em certa medida o próprio fundamento da legislação de defesa do consumidor no Brasil²⁸³, logo é um princípio estruturante de seu sistema, do qual as normas decorrentes emergiam deste princípio²⁸⁴, sendo desnecessária a sua caracterização em decorrência de uma circunstância ou aspecto especial, como mostrado no tópico anterior²⁸⁵. Trata-se da quebra do paradigma contratual clássico ao se admitir que um dos lados da relação de consumo, o consumidor, é vulnerável frente ao díspare poder negocial na relação contratual que detém o fornecedor²⁸⁶.

A doutrina tradicionalmente aponta a existência de modalidades²⁸⁷ de vulnerabilidade. A vulnerabilidade técnica está direcionada na ideia de ausência de

tentativa de dirimir os efeitos da predominância da vontade de uma das partes”; Bruno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araújo Junior. *Direito do Consumidor...*, cit., p. 33; Cristiane Derani. *Política nacional das relações de consumo e o código de defesa do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, n.º 29, 1999, p. 35; Marco Antonio Zanelato. *Noção jurídica de consumidor...*, cit., p. 262, que entende que “a razão de ser do Estatuto Consumerista é a vulnerabilidade do consumidor”; Olga Maria do Val. *Política nacional das relações de consumo*. Revista de direito do consumidor, n.º 11, pp. 67 a 83.

²⁸² Cfr. Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012, p. 44, “constata-se que a expressão consumidor vulnerável, uma vez que todos os consumidores têm tal condição, decorrente de uma presunção que não admite discussão ou prova em contrário. Para concretizar, de acordo com a melhor concepção consumerista, uma pessoa pode ser vulnerável em determinada situação – sendo consumidora –, mas em outro caso concreto poderá não assumir tal condição, dependendo da relação jurídica consubstanciada no caso concreto”.

²⁸³ Cfr. James Eduardo Oliveira. *Código de defesa do consumidor: anotado e comentado*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 110.

²⁸⁴ Cfr. Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de direito do consumidor...*, cit., p. 38.

²⁸⁵ Cfr. Bruno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araújo Junior. *Direito do Consumidor...*, cit., p. 49, que afirma que “vulnerabilidade é qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissolúvel de todos que se colocam na posição de consumidor, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica. É incidível no contexto das relações de consumo, não admitindo prova em contrário por não se tratar de mera presunção legal”.

²⁸⁶ Cfr. Teresa Negreiros. *Teoria do contrato: paradigma contratual*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 305, “No âmbito de uma disciplina contratual cuja própria razão de ser consiste na “vulnerabilidade” do consumidor (art. 4, I do CDC), deixa de fazer sentido ignorarem-se as características dos contratantes que determinem a sua melhor ou pior condição de barganha contratual. Um sistema de proteção e defesa fundado sobre a premissa de que é justo que o contratante vulnerável seja legalmente fortalecido frente à disparidade de poder negocial que a distância do outro contratante, constitui, sem dúvida, uma quebra da unidade e do formalismo da teoria contratual clássica”.

²⁸⁷ Cfr. Bruno Miragem. *Curso de direito do consumidor...*, cit., p. 123; Adolfo Mamoru Nishhiyama e Roberto Densa. *A proteção dos consumidores hipervulneráveis...*, cit., p. 435; Claudia Lima Marques. *Contratos no código de defesa do consumidor...*, cit., p. 320; Cristiano Heineck Schmitt. *A*

conhecimento técnico específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo; a vulnerabilidade jurídica está determinada pela falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo; e a vulnerabilidade socioeconômica está delimitada por situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor²⁸⁸.

Alguns doutrinadores incluem outras modalidades de vulnerabilidade, por exemplo, a vulnerabilidade informacional, que diz respeito aos dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra²⁸⁹. Admite a doutrina outras espécies, *i.e.*, a vulnerabilidade política ou legislativa, a vulnerabilidade biológica ou psíquica e a vulnerabilidade ambiental. No caso da vulnerabilidade política, identifica a ausência ou debilidade de poder do consumidor em relação ao *lobby* dos fornecedores nas casas legislativas. Já a vulnerabilidade biológica identifica-se como sendo a que caracteriza o consumidor diante das modernas técnicas de *marketing* adotadas pelos fornecedores e que repercutem na esfera da escolha livre do consumidor. Ainda, a vulnerabilidade ambiental, como sendo aquela que apresenta ao consumidor vantagens, mas na verdade são grandes riscos ao meio ambiente e, indiretamente, o consumidor em sua vida, saúde e segurança²⁹⁰.

4.2.1. Diferença entre hipossuficiência e vulnerabilidade do consumidor

Dentro do CDC, não se deve confundir a vulnerabilidade, princípio amplo e irrestrito, com hipossuficiência – debilidade processual que permite ao magistrado inverter o ônus da prova em favor do consumidor. No senso comum, podem ser utilizadas

hipervulnerabilidade do consumidor idoso..., cit., pp. 147 e 148; Marília Zanchet. *A vulnerabilidade e a proteção dos mais fracos no MERCOSUL...*, cit., p. 80 a 81.

²⁸⁸ Neste sentido, Bruno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araújo Junior. *Direito do Consumidor...*, cit., p. 50; Sérgio Cavalieri Filho. *Programa de direito do consumidor...*, cit., p. 39; Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*. Vol.3. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 268; Fabrício Bolzan de Almeida. *Direito do consumidor esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 139; Antonio Herman V. Benjamin; Claudia Lima Marques; Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de direito do consumidor...*, cit., p. 73.

²⁸⁹ Neste sentido, Claudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 330; Fabrício Bolzan de Almeida. *Direito do consumidor esquematizado...*, cit., p. 141; Bruno Miragem. *Curso de direito do consumidor...*, cit., p. 124.

²⁹⁰ Cfr. Valério Dal Pai Moraes. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais...*, cit., p. 100.

perfeitamente como palavras sinônimas, mas juridicamente, especificamente aos olhos da Lei n.º 8.078/90, não.

A hipossuficiência é uma consequência desta debilidade do consumidor e deve ser interpretada como um fruto normativo e jurídico em virtude da fragilidade do consumidor que norteia sua proteção legal²⁹¹.

A hipossuficiência é terminologia do direito social (ou do trabalho) e remete para a idéia de pobreza econômica, notadamente no acesso aos conhecimentos técnicos nas relações consumeristas. Nas demandas judiciais decorrentes destas relações, vale a facilitação da defesa, embora o consumidor possa ter condições ou não da produção de prova no processo. Em outras palavras, ele é vulnerável mas pode ou não ser hipossuficiente²⁹².

Neste norte, a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ao passo em que a hipossuficiência é uma marca pessoal, isto é, limitada a alguns consumidores, o que legitima um tratamento processual diferenciado no CDC. Assim, a hipossuficiência pode ser econômica, por exemplo, por dificuldades financeiras para pagar um perito e assim provar o seu direito em juízo, ou processual, porque não é detentor de conhecimento técnico para fazer prova do seu direito em contenda judicial²⁹³.

Assim a hipossuficiência passa a ser um requisito para permitir que o consumidor não precise de ter condições processuais de provar o seu direito, concedido deste modo pelo magistrado, que no caso concreto analisará a necessidade desta inversão. De sorte que a hipossuficiência fica caracterizada como a vulnerabilidade processual, o que nós leva a

²⁹¹ Cfr. Adolfo Mamoru Nishhiyama e Roberto Densa. *A proteção dos consumidores hipervulneráveis...*, cit., p. 435, “a vulnerabilidade não se confunde com a hipossuficiência”.

²⁹² Cfr. João Batista de Almeida. *A proteção jurídica do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 24 a 25: “Essa relação de hipossuficiência é multiforme, podendo ocorrer por desinformação, quando consome medicamento sugestionado pela massiva propaganda dos meios de comunicação ou influenciado por orientação desqualificada, sem estar informado corretamente de sua indicação ou dos efeitos nefastos à sua saúde. Também pode ocorrer por fraude, quando lhe vendem farinha de trigo embalada como antibiótico ou o adoçante artificial sacarina, de preço menor e prejudicial à saúde se consumido em grandes quantidades, embalado como se fosse adoçante natural stévia, mais caro e inofensivo ao organismo. Pode ocorrer, ainda, quando o produtor não dê ou não honre a garantia ao bem produzido, como no caso do eletrodoméstico que se estraga no dia da compra ou logo após e o produtor se esquiva de substituir o produto defeituoso ou até mesmo as peças que impedem o seu perfeito funcionamento. Nessa extensa lista, que poderia ser aumentada casuisticamente muitas vezes, chega-se à conclusão de que o consumidor não está educado para o consumo, e que, em razão disso, é lesado por todos os modos e maneiras, diuturnamente, e vê, com frequência, serem desrespeitados os seus direitos básicos consagrados pela ONU e pela legislação brasileira, como saúde e segurança, escolha, informação e ressarcimento”. Ver, também, Ada Pelegrini Grinover... [et al.]. *Código de defesa do consumidor comentado...*, cit., p.157.

²⁹³ Cfr. Bruno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araújo Junior. *Direito do Consumidor...*, cit., p. 50; Antônio Carlos Efig. *Direito do consumo e direito do consumidor...*, cit., p. 111.

concluir que todo o consumidor é vulnerável, mas nem todo vulnerável é hipossuficiente, porque, apesar de ser vulnerável, numa demanda judicial ele pode ter condições de provar o direito frente o fornecedor²⁹⁴.

4.3. A hipervulnerabilidade (ou vulnerabilidade agravada) dos consumidores: previsão constitucional e a contribuição da jurisprudência para o seu alcance. Os casos de consumidores hipervulneráveis em razão da idade e de doença.

Apesar da ampla e irrestrita presunção de vulnerabilidade do consumidor, fixada no CDC, reconhecida pela necessidade de atuação Estatal em sua defesa e dos argumentos aqui expostos, a doutrina e a jurisprudência²⁹⁵ passaram a admitir e a debater sobre a necessidade de enxergar segmentos de consumidores com vulnerabilidade maior do que a vulnerabilidade habitualmente decorrente do mercado de consumo. Enxerga-se que determinados grupos de consumidores, identificados por características especiais que os tornem mais fragilizados – ou potencialmente fragilizados –, necessitam de uma maior proteção, em razão desta debilidade acrescida, que pode ser temporária ou contínua²⁹⁶.

A esta condição particular de vulnerabilidade chamamos de *Hipervulnerabilidade* ou *Vulnerabilidade em Potencial* ou *Vulnerabilidade Agravada*²⁹⁷. Por sua vez, esta determina um regime de tutela também particular que se nutre da situação real do consumidor, não sendo possível alcançar uma decisão sem antes ponderar as circunstâncias concretas do conflito a ser dirimido²⁹⁸²⁹⁹.

²⁹⁴ Neste sentido Ada Pelegrini Grinover... [et al.]. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores...*, cit., p. 27.

²⁹⁵ Cfr. Claudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 363, que afirma que “a jurisprudência desenvolveu a noção de hipervulnerabilidade como um corolário positivo da proibição de discriminação logo do princípio da igualdade (um dever ser) e mandamento de pleno desenvolvimento da personalidade, diretamente ligada, pois, a nossa visão de dignidade da pessoa humana (tratamento equitativo e digno da pessoa humana)”.

²⁹⁶ Cfr. Claudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 357.

²⁹⁷ *Ibidem*, “que define a hipervulnerabilidade como “a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (assim o caso da comida para bebês ou da publicidade para crianças) ou sua idade alentada (assim os cuidados especiais com os idosos, no Código em diálogo com o Estatuto do Idoso, e a publicidade de crédito para idosos) ou a situação de dente (assim o caso do glúten e as informações na bula de remédios)”.

²⁹⁸ Cfr. Teresa Negreiros. *Teoria do contrato...*, cit., p. 490; Adolfo Mamoru Nishhiyama e Roberto Densa. *A proteção dos consumidores hipervulneráveis...*, cit., p. 436, que entende que “certas pessoas, classe, grupo ou categoria de pessoas podem ser consideradas hipervulneráveis, necessitando de proteção maior do que os consumidores em geral”.

Não há como negar que há diferenças entre os consumidores e, para o nosso tema em específico, é necessária a compreensão de que tratamos de consumidores especialmente vulneráveis, isto é, com uma individualidade considerada, identificados no direito do consumidor brasileiro como consumidores hipervulneráveis e, por conseguinte, não há como não reconhecer a sua relevância jurídica.

A doutrina reforça que há situações reais de consumidores que necessitam de uma tutela específica, pois, na condição de consumidores são diferentes e apresentam uma maior fragilidade se comparados a outros consumidores³⁰⁰.

A *vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade* tem justificativa Constitucional, por força do princípio da dignidade da pessoa humana – especificamente as crianças, os adolescentes, os portadores de deficiências e os idosos –, aplicando-o como solução para a tutela de pessoa consumidora no negócio jurídico em face do mínimo existencial, uma vez que o citado princípio “institui cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, impondo reconhecimento e influência de interesses não patrimoniais sobre relações interprivadas”³⁰¹.

Podemos indicar situações que demandam a atenção especial do legislador e dos julgadores para que a dignidade da pessoa humana dos especiais consumidores seja mantida, como no caso dos doentes, dos analfabetos, dentre outros.

²⁹⁹ A Lei 8.078/90 prevê situação de acrescida vulnerabilidade conforme se verifica nos artigos 4º, inciso I, 6º, inciso VIII, 39, inciso IV e 51, inciso II.

³⁰⁰ Cfr. Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...*, cit., p. 563, que entende que “o grupo de pessoas maiores de 60 anos é definido pela Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, como sendo de “idosos”. Apesar de o CDC não mencionar expressamente os idosos, o art. 39, IV, menciona expressamente a “fraqueza” relacionada à idade, da mesma forma que o art. 37 menciona as crianças como um consumidor especial. A jurisprudência brasileira já identificou que a igualdade teórica de direitos e de chances entre os consumidores “jovens” e os consumidores “idosos” não estaria sendo realmente alcançada na contratação e na execução de contratos de consumo, daí a preocupação em proteger de forma especial este grupo vulnerável. Efetivamente, e, por diversas razões, há que se aceitar que o grupo dos idosos possui uma vulnerabilidade especial, seja pela vulnerabilidade técnica exagerada em relação às novas tecnologias (*home banking*, relações com máquina, uso necessário da internet, etc.); sua vulnerabilidade fática quanto a rapidez das contratações, sua saúde debilitada; a solidão de seu dia-a-dia, que transforma um vendedor de porta-emporta, um operador de telemarketing, talvez na única pessoa com a qual tenham contato e empatia naquele dia; sem falar em sua vulnerabilidade econômica e jurídica, hoje, quando se pensa em um teto de aposentadoria única no Brasil de míseros 400 dólares para o resto da vida”.

³⁰¹ Cfr. Rosalice Fidalgo Pinheiro e Derlaune Detroz. *A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor...*, cit., p. 128; neste sentido, também, Bruno Nubens Barbosa Miragem. *O direito do consumidor como direito fundamental...*, cit., p. 121, que afirma que “o princípio da dignidade da pessoa humana, neste aspecto, servirá igualmente de elemento de legitimidade dos direitos sociais, econômicos e culturais da Constituição, sobretudo ao manifestar o reconhecimento da pessoa como valor-fonte do direito”.

O facto é que há visivelmente uma demanda jurídica de aplicação da tutela destes consumidores, para assim promover-lhes garantias suplementares além daquelas já constantes da norma e do ordenamento jurídico.

As situações reais a seguir expostas são os primeiros passos desta análise e identificação das situações práticas de *vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade*, de modo que, a princípio, caberá à doutrina e à jurisprudência, na análise caso a caso, verificar a necessidade de proteção destes consumidores em maior grau de debilidade.

Consideramos que o avanço das discussões sobre este tema poderá impulsionar o legislador a avaliar a necessidade de elaboração de dispositivos legais mais específicos para a eficácia de uma especial proteção destes consumidores.

Neste trabalho, limitar-nos-emos na análise da doutrina e da jurisprudência. Aliada à contribuição da jurisprudência para identificação das situações em que os consumidores apresentam-se em condição de fragilidade agravada, a doutrina brasileira realiza um debate valoroso para o estudo deste facto jurídico de premente atenção.

4.3.1. Hipervulnerabilidade (ou vulnerabilidade agravada) do consumidor criança

No direito brasileiro, a proteção da criança encontra fundamento constitucional no artigo 227 da Constituição da República, que dispõe que “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”³⁰².

³⁰² Cfr. Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis...*, cit., p. 133: “Na análise, aparecem as duas faces da proteção à criança e ao adolescente, um direta (proteção da criança e do adolescente como sujeito), que encontra legislação própria no Estatuto da Criança e do adolescente e no Código Civil de 2002 e uma indireta, quanto igualdade na família, de direitos e de qualificações. O pluralismo vem da própria identificação da criança e do adolescente como sujeito de direitos a proteger, hoje, sujeito de direitos fundamentais, ex vi arts. 226 e 227 da CF/1988. No direito pós moderno, significa afirmar que hoje a expressão “melhor interesse” (*best interest*), “bem-estar” ou expressão do art. 43 ECA, “vantagem” para a criança deve ser interpretado à luz da Convenção dos Direitos da Criança da ONU, á luz dos direitos básicos assegurados no ECA, exatamente como faz a Convenção de Haia. Em outras palavras, a expressão passa a ter um duplo sentido (*Double coding*), é um bem-estar econômico e afetivo, mas é direito a sua identidade cultural, é respeito aos novos direitos humanos, inclusive o de manifestar-se e ser sujeito ativo de sua própria adoção. Os valores a ponderar são, portanto, dois: não há bem-estar econômico-afetivo, se viola os direitos humanos culturais e de identidade da criança, não há respeito aos direitos

Com efeito, extrai-se do texto constitucional que a vulnerabilidade da criança detém um estado de fragilidade *a priori*, e deve ser considerado que a sua faixa etária é indicativa de facilidade de ser ferido ou ser vítima facilmente³⁰³. Neste sentido, Bruno Miragem entende que a vulnerabilidade da criança é reconhecida universalmente através da Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia das Nações Unidas ao prever que “a criança, por motivo de sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento”³⁰⁴.

Segundo a Convenção de Direitos da ONU, podemos considerar criança como ser humano desde o seu nascimento até aos 18 anos, abarcando dentro desta faixa etária os adolescentes que, segundo os instrumentos internacionais, são adolescentes aqueles que tenham entre 12 a 18 anos de idade³⁰⁵.

Reconheçamos que a construção da condição de criança consumidora na pós-modernidade é marcada pela intensidade da participação dos infantes nas compras da família. Nos dias atuais, os genitores dispõem de tão pouco tempo para estar ao lado dos filhos que ir às compras, mesmo sendo compras domésticas, é um momento de laser para a família, o que permite a introdução das crianças no mercado de consumo, sujeitando-as aos ataques publicitários e à variedade de produtos ofertada a este segmento dos consumidores³⁰⁶.

As crianças exercem um “poder” decisório nas decisões de compra da família, em virtude da vulnerabilidade típica destes pequenos consumidores frente às estratégias de *marketing* empregadas pelos profissionais. Neste sentido, é dedutivo afirmar que se há uma

humanos da criança, se a decisão desrespeita seu bem-estar afetivo ou econômico, só conjunção destes dois factores é que realiza a expressão, o conceito aberto “melhor interesse” ou “vantagem”. Adolfo Mamoru Nishhiyama e Roberto Densa. *A proteção dos consumidores hipervulneráveis...*, cit., p. 449; Bruno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araújo Junior. *Direito do Consumidor...*, cit., p. 53.

³⁰³ Cfr. Cláudia Lima Marques; Bruno Miragem. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis...*, cit., pp. 129 e ss.

³⁰⁴ Cfr. Bruno Miragem. *Curso de direito do consumidor...*, cit., p. 125.

³⁰⁵ Cfr. Cláudia Lima Marques; Bruno Miragem. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis...*, cit., p. 132.

³⁰⁶ Cfr. Káren Rick Danilevicz Bertocello. *Os efeitos da publicidade na “vulnerabilidade agravada”*: como proteger as crianças consumidoras?. *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 90. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 76; Marta Morillas Fernández. *La protección jurídica de los menores ante la publicidad: una visión común de España y Portugal*. *Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo*, n.º 10. Curitiba: Editora Bonijuris LTDA e J.M. Editora e Livraria LTDA, 2013, p. 144, que entende que “certamente, a publicidade dirigida a criança provoca maiores riscos em relação a idade e podem ter consequências prejudiciais para elas”.

influência sobre os adultos, mais facilmente haverá sobre as crianças, uma vez que o estágio da vida em que se encontram não tem a maturidade intelectual completa para sopesar determinados factores que envolvem os riscos e benefícios do negócio. Daí é possível, também, perceber que a vulnerabilidade destes consumidores está agravada em comparação à vulnerabilidade do consumidor adulto, considerando-os, assim, hipervulneráveis³⁰⁷.

Por não ser objeto de nossa investigação, em relação ao aprofundamento da vulnerabilidade especial das crianças, podemos mencionar com brevidade algumas situações em que a dita vulnerabilidade floresce. Por exemplo, diante dos riscos do desenvolvimento por consequência do uso precoce de aparelhos de telemóveis que, segundo estudos, são causadores de enfermidades nos ouvidos e no cérebro, recomendado o uso somente a partir dos 13 anos de idade.

Outro exemplo pode ser o da fragilidade dos ditos consumidores diante dos fornecedores de comidas e bebidas que não são saudáveis, que não poupam esforços publicitários para divulgação dos seus produtos, esquecendo-se do público infante suscetível de fácil convencimento e poder de influência junto aos pais. Tratando-se de publicidade, este é o meio que decididamente contribui para orientar a escolha destes consumidores para aquisição do produto. Hoje, esta publicidade é fartamente veiculada na televisão, cinema, rádio, internet, livros escolhas e embalagens de produtos, sendo capaz de convencer crianças e pais que também têm um papel relevante nesta relação criança e profissional³⁰⁸.

³⁰⁷ Cfr. Bruno Miragem. *Curso de direito do consumidor...*, cit., p. 126; Adolfo Mamoru Nishhiyama e Roberto Densa. *A proteção dos consumidores hipervulneráveis...*, cit., p. 420, afirma que “a hipervulnerabilidade do consumidor criança e adolescente é mais patente com o desenvolvimento de novas tecnologias, como internet, aparelhos celulares de última geração, videogames, aparelhos digitais”. Hélio T. Rígor Rodrigues. *A Proteção dos consumidores Vulneráveis nas práticas comerciais desleais: Análise da Directiva 2005/29/CE e do Decreto-Lei 57/2008*. RPDC, n.º 556, 2008. Disponível em: <http://vlex.com/vid/vulneraveis-comerciais-desleais-analise-219407433>. Acesso em 25 de outubro de 2014, “Sabemos que não são apenas as crianças os sujeitos que mereceram proteção acrescida em matéria de práticas comerciais desleais, todavia, a atenção que estas merecem dos profissionais e a vontade que estes têm em conseguir a sua atenção coloca-as em destacado lugar. Na actual sociedade de consumo a criança foi elevada ao *status* de cliente, é actualmente vista pelos profissionais como ocupando um lugar privilegiado, de alguém que, com muita exigência compra, gasta e consome”.

³⁰⁸ Cfr. Káren Rick Danilevicz Bertoncello. Os efeitos da publicidade na “vulnerabilidade agravada...”, cit., pp. 78 e ss: “a regulamentação e a limitação da publicidade voltada às crianças retirará a característica da invisibilidade das crianças consumidores, identificadas por Bakan.º É preciso enxergarmos a vulnerabilidade agravada das crianças para o reconhecimento da necessidade de controle sobre o conteúdo veiculado aos pequenos”.

A identificação hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada da criança consumidora foi levada ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais³⁰⁹, em sede de Apelação Cível n.º 1.0145.08.501050-5/001, sob relatoria do Desembargador Estevão Lucchesi, publicada em 17 de julho de 2012.

A autora da ação, Maria Luiza Fortes Rangel, menor impúbere representada por sua genitora, Paula Fortes de Andrade, recorre contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, em Ação de Indenização movida em desfavor da apelada Botica Comercial Farmacêutica Ltda., que julgou improcedente o pedido inicial de indenização por danos morais sofridos em virtude da ingestão acidental da esfera metálica que compunha o produto comercializado pela ré/apelada, consistente em brilho labial com sistema *roll-on*, supostamente ocorrida por falha na produção e informação a respeito dos riscos e da idade mínima para o uso do produto.

Em suas razões recursais, a apelante sustenta a necessidade de reforma da decisão de primeiro grau, porquanto foi prolatada em manifesto desacordo com as circunstâncias e provas dos autos. Argumenta que a ingestão acidental de parte componente do produto comercializado pela ré deu-se em virtude da falha de informação da fornecedora, uma vez que o produto se apresentava com clara destinação ao público infantil, apesar de ter como alvo o público juvenil, sem que qualquer ressalva constasse da embalagem, não informando os consumidores acerca dos riscos na utilização e idade mínima para manuseio.

Afirma que, nessa linha, não se pode imputar qualquer responsabilidade à criança (que tinha só seis anos) ou mesmo à sua genitora, tendo em conta a informação insuficientemente prestada no rótulo das embalagens, pois tudo levava a crer que o produto poderia ser, também, indicado ao uso infantil.

Assevera ser facto incontroverso a soltura e ingestão de uma pequena esfera metálica componente do produto e, por isso, pretende a reforma da sentença com o acolhimento do pedido de indenização por danos morais, haja vista a completa

³⁰⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na Apelação cível n.º 1.0145.08.501050-5/001, sob relatoria do Desembargador Estevão Lucchesi. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=1.0145.08.501050-5/001&pesquisarPor=acordao&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em 11 de maio de 2015.

inadequação do produto para o uso infantil, apesar do apelo publicitário capaz de induzir os consumidores a pensar que era destinado a essa faixa etária.

Entendeu o Julgador que é incontroverso nos autos que a autora engoliu uma esfera metálica componente de produto comercializado pela empresa ré, no entanto, não restou comprovado por laudo pericial qualquer falha na produção do produto. Para fundamento da sua decisão salientou que o maior factor de desequilíbrio entre o consumidor e o fornecedor reside na vulnerabilidade informacional, uma vez que o último é o único e verdadeiro detentor da informação aplicável ao negócio. Na esmagadora maioria das vezes, as lesões aos direitos do consumidor possuem raízes na falha do fornecedor em seu dever de informação, nos elementos cognitivos repassados ao contratante antes da formalização do negócio, que o induzem a crer em algo diferente daquilo que realmente se aplica ao bem adquirido.

Entendeu o Desembargador que, dentre os consumidores reconhecidamente vulneráveis, existem aqueles que estão em posição ainda mais desvantajosa, consumidores especiais que, por sua condição específica, necessitam de uma proteção maior do que a já prestada – são aqueles nominados pela doutrina de *hipervulneráveis* –, como os deficientes físicos, os idosos e as crianças. Considerou, portanto, que a clara destinação do produto ao público infanto-juvenil competia à fornecedora, que, por sua vez, deveria atentar para a maior vulnerabilidade desses consumidores, fornecendo informações muito mais claras, completas, precisas e adequadas, tanto em respeito à utilização do bem, mas, principalmente, quanto aos riscos no seu manuseio.

4.3.2. Hipervulnerabilidade (ou vulnerabilidade agravada) do consumidor idoso

No direito brasileiro, a proteção do idoso também encontra respaldo no texto constitucional de 1988, no artigo 230, *caput*, ao dispor que “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 a vida”³¹⁰.

³¹⁰ Cfr. Adolfo Mamoru Nishhiyama e Roberto Densa. *A proteção dos consumidores hipervulneráveis...*, cit., p. 444; Cristiano Heineck Schmitt. *A hipervulnerabilidade do consumidor...*, cit., pp. 149 e 150, que entende que “o aludido dispositivo constitucional é uma reiteração das prerrogativas fundamentais de proteção à dignidade, à vida, à igualdade, localizando-se, no entanto, a pessoa idosa”; Bibiana Graeff. *Direitos do consumidor idoso no Brasil*. Revista de direito do Consumidor, n.º 86. São Paulo: Editora

Dentro desta tutela especial, apesar de entender-se que há incontestável necessidade de proteção diferenciada, não há qualquer definição em texto normativo de quem seria consumidor idoso, de modo que esta será alcançada a partir da fusão de dois conceitos: consumidor e idoso. Assim, pelo conceito de consumidor – abordado neste trabalho – e pelo conceito de idoso³¹¹, podemos dizer que se trata de qualquer pessoa com idade igual ou superior a 60 anos que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final³¹².

O professor Bruno Miragem enfatiza que a vulnerabilidade do consumidor idoso é demonstrada a partir de dois aspectos principais: a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação a atuação comercial dos fornecedores; b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo que a coloca numa relação de dependência em relação aos seus fornecedores³¹³.

Quanto ao primeiro aspecto, a fragilidade provocada pela diminuição da condição intelectual provocada pelo envelhecimento do organismo como um todo, retiram-lhe o discernimento e a ponderação necessárias para analisar determinados factores essenciais diante dos riscos e benefícios do negócio. Em relação ao segundo, é evidente que uma maior necessidade de produtos e serviços do consumidor idoso faz presumir que o eventual inadimplemento por parte do fornecedor dê causa a danos mais graves do que seriam de se indicar aos consumidores em geral³¹⁴.

Os consumidores idosos demandam proteção mais intensa, em razão da sua clara *hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada* e melhor proteção do Estado para algumas formas de contratação³¹⁵ em que a debilidade provocada pela idade prejudica o

Revista dos Tribunais, 2013. p. 67; Bruno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araújo Junior. *Direito do Consumidor...*, cit., p. 53.

³¹¹ Segundo a Política nacional do Idoso e do Estatuto do Idoso, a pessoa idosa é aquela com 60 ou mais anos de idade (respectivamente, art. 2º da lei 8842/1994 e art. 1º da Lei 10.471/2003).

³¹² Cfr. Bibiana Graeff. *Direitos do consumidor idoso no Brasil...*, cit., p. 68.

³¹³ Cfr. Bruno Miragem. *Curso de direito do consumidor...*, cit., p. 128.

³¹⁴ Cfr. Bruno Miragem. *Curso de direito do consumidor...*, cit., p. 128; Rosalice Fidalgo Pinheiro e Derlaune Detroz. *A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor...*, cit., p. 2012, que afirma que “características físicas e biológicas fazem com que a capacidade do idoso seja diminuída, o raciocínio seja afectado pela debilidade do cérebro, redução da vitalidade do coração, perda de capacidade respiratória pela redução da força muscular do pulmão, diminuição da acuidade visual. Isso reflete um cenário pessoal complexo e digno de atenção. Essas alterações abalam física e emocionalmente as pessoas idosas, tornando-as vulneráveis física, psíquica e socialmente”.

³¹⁵ Como exemplo, podemos citar os contratos de planos e de seguros privados de saúde e alinha de financiamento designada de “crédito consignados para aposentados”.

seu discernimento na tomada da decisão de celebração ou não do pacto negocial. A atenção do Estado e da sociedade na defesa é tão necessária que o impulso constitucional na proteção e atenção à população idosa repercutiu-se na elaboração da Lei n.º 10.741/2003 – Estatuto do Idoso³¹⁶.

O processo evolutivo na construção de um regime especialmente concebido para a proteção eficaz do consumidor idoso ganha reforço no projeto de lei 283/2012³¹⁷ que, caso seja aprovado, alterará o Código de Defesa do Consumidor para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e prevê a inclusão do termo *idoso* e de direitos expressamente reservados a ele na lei brasileira³¹⁸.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a necessidade de visualizar a fragilidade do consumidor idoso e, principalmente, buscar meios de protegê-lo, parece-nos que alcança mais autores e chega aos juízes de modo a fazê-los perceber que em muitas situações é necessário cautela, análise e percepção nas suas decisões, possibilitando-os enxergar a debilidade destes consumidores nos casos concretos que passam a julgar. Neste sentido, há decisões que avaliaram a posição do consumidor idoso como sendo de fragilidade, de modo que é possível identificar na jurisprudência uma *hipervulnerabilidade* do consumidor idoso.

O Supremo Tribunal Federal³¹⁹ reconheceu a vulnerabilidade do consumidor idoso na Repercussão Geral no recurso Extraordinário n.º 630.852/RS, julgado em 2004, sob relatoria da Ministra Ellen Gracie, que afirma que “o idoso é um consumidor

³¹⁶ Cfr. Cristiano Heineck Schmitt. *A hipervulnerabilidade do consumidor...*, cit., p. 168. Neste sentido, Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis...*, cit., p. 147, “Daí porque no direito privado brasileiro, a afirmação de um Estatuto do Idoso, espécie de lei protetiva, que reconhece expressamente a vulnerabilidade deste novo sujeito especial de direitos, deve ser interpretado e aplicado em vista deste paradigma de proteção da sua vulnerabilidade”. Entretanto, Bibiana Graeff. *Direitos do consumidor...*, cit., pp. 68 e 69, “O regime jurídico especial aplicável ao consumidor idoso não é facilmente identificável, pois é composto por normas esparsas em diversos dispositivos normativos. Referindo-se à prestação de serviços, essas normas não mencionam a expressão “consumidor”, não obstante, seja exatamente ao idoso que recebe prestação de serviços, portanto, a um consumidor idoso, que se dirijam”.

³¹⁷ O projeto de lei do Senado Federal n.º 283/2012 prevê o termo idoso e direitos a esse sujeito reservados: “Art. 54-B, §4º, IV - ocultar, por qualquer forma, os ônus e riscos da contratação do crédito, dificultar sua compreensão ou estimular o endividamento do consumidor, em especial se idoso ou adolescente; Art. 54-F, IV – assediar ou pressionar o consumidor, principalmente, se idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada, para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, em especial à distância, por meio eletrônico ou por telefone, ou se envolver prêmio”. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106773. Acesso em 12 de maio de 2015.

³¹⁸ Cfr. Bibiana Graeff. *Direitos do consumidor idoso no Brasil...*, cit., p. 72.

³¹⁹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Federal em Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 630.852/RS, sob relatoria da Ministra Ellen Gracie, publicado em 07 de abril de 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>. Acesso em 12 de maio de 2015.

duplamente vulnerável, necessitando de tutela diferenciada e reforçada”, ao pontuar que “dentre os novos sujeitos de direito que o mundo pós-moderno identifica, a Constituição Federal de 1988 concede uma proteção especial a dois deles, que interessa ao tema planos de saúde: consumidor e o idoso”.

Com efeito, destacamos um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul³²⁰, mesmo não fazendo referência à expressão *hipervulnerável*, mas que alude à sensibilidade do julgador ao entender que há consumidores em situação de vulnerabilidade agravada, no caso específico os idosos.

Por conseguinte, trata-se de ação de rescisão contratual cumulada com inexigibilidade de débito e pedido indenizatório contra as empresas de telefonia móvel, Tim Celulares S.A. e Global Celulares Tim, em que a autora alegou que adquiriu um aparelho de celular Tim com intuito de utilizá-lo fora do país, em viagem à Europa, bem como de presentear o seu neto quando lá chegasse. Atestou que no ato da compra a vendedora esclareceu que o celular funcionaria na Itália e Espanha. Aduziu que não possui a nota fiscal.

Mencionou que o aparelho não funcionou fora do país conforme prometido, pois as ligações não eram completadas. Contou que ligara para o número de 0800 disponível em Espanha, não lhe sendo solucionado o problema. Salientou que a sua esposa, que ficara no Brasil, procurou a loja vendedora a fim de rescindir o contrato, o que se mostrou inviável.

Mencionou que o aparelho também apresentou problemas de funcionamento, pois a bateria durava apenas um dia e o carregador que acompanhava o aparelho era incompatível com as tomadas de luz européias. Insurgiu-se contra a cobrança de ligações que não foram efetivamente realizadas. Tentou rescindir o contrato quando retornou a São Leopoldo, tendo sido atendida na loja pela mesma vendedora que lhe vendera o aparelho, não obtendo êxito. Suscitou a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à espécie.

³²⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na Apelação Cível n.º 70025289943, sob relatoria da Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 18.02.2009. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=cr%3A11&partialfields=n%3A70025289943.%28s%3Acivel%29.%28td%3Aac%C3%B3rd%C3%A3o%7Ctd%3Anull%29&as_q=+#main_res_juris. Acesso em 17 de março de 2015.

Em sua defesa a empresa de telefonia suscitou a litigância de má-fé do autor. Disse que o contrato prevê multa rescisória quando não respeitado o período de carência. Aduziu que o aparelho foi disponibilizado de forma facilitada mediante a assinatura de contrato de prestação de serviços vinculado a um plano específico de assinatura, com características peculiares dos planos de serviços oferecidos pelas prestadoras de telefonia móvel. Salientou que a ANATEL permite a cobrança de ligações por tempo menor que trinta segundos, nos termos do art. 48, IV, “c”, da Resolução n.º 316/2002. Refutou, por fim, a aplicabilidade do código de defesa do consumidor.

Em sentença de primeiro grau, o magistrado decidiu pela improcedência dos pedidos formulados pela autora. Em sede de recurso de apelação, no qual a Desembargadora Relatora fundamentou que “posta à ação deve ser vista à luz do princípio da vulnerabilidade, o qual fundamenta a própria existência de uma proteção especial ao consumidor, dado o desequilíbrio nas relações estabelecidas entre os agentes econômicos”. Então complementa a julgadora que “a vulnerabilidade, que nas relações de consumo se presume de forma absoluta, é agravada em relação ao consumidor idoso, como ocorre no caso dos autos”.

Aduz a magistrada que contando o autor com 82 anos ao tempo da contratação, não se pode olvidar de sua vulnerabilidade psíquica no momento da contratação. Pelo contrário, deve-se dar a este facto o peso merecido, a fim de compreender a questão partindo-se da premissa de uma maior fragilidade deste consumidor para realizar verdadeira justiça no caso concreto. Acolheu, portanto, o apelo da autora.

Entendeu a julgadora que há o reconhecimento constitucional da necessidade de atenção do Estado aos idosos, amparando-lhes de modo a alcançar e preservar sua dignidade, alcançando, assim, os ditames principiológicos da dignidade da pessoa humana, princípio este que rege a defesa do consumidor, conforme disposição do artigo 4º do CDC³²¹.

Neste esteio, destacamos que o Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão no recurso especial n.º 10615000/RS, sob relatoria do Ministro Sidnei Beneti, que decidiu

³²¹ O idoso tem tutela especial representado pelo Estatuto do Idoso – Lei n.º 10.471/2003.

reconhecer a situação de hipervulnerabilidade do consumidor idoso ao admitir a sua fragilidade agravada no caso concreto³²².

Em síntese, a Sra. Adelina Farina Ruga ajuizou ação de indenização por danos não patrimoniais com pedido de declaração de inexistência de débito contra o Banco Citibank S.A, motivada pelo recebimento de cartão de crédito do banco citado sem que o tenha requerido, tendo, por isso, solicitado o cancelamento do aludido cartão. No entanto, a instituição insistiu em cobrar a anuidade indevida o que, alegou a autora, gerou dano não patrimonial. O banco contesta a ação por entender que o cartão foi solicitado pela autor e os valores da anuidade foram estornados pelo que não havia dano moral no caso.

Em primeira instância o pedido foi julgado procedente, facto que motivou recurso de apelação ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pelo banco, que conseguiu reduzir o valor da indenização. Mesmo assim, o banco interpôs recurso especial, defendendo que não havia nos autos comprovação do dano não patrimonial e que a recorrida passou por um mero aborrecimento considerado insuficiente para gerar o dever de indenizar.

O Tribunal reconhece a vulnerabilidade agravada da recorrida ao entender que o *sofrimento moral foi agravado pela sua idade avançada* à época dos factos, o que tornou incômodo e dificultoso o cancelamento do cartão de crédito não solicitado, que é considerado pelo CDC como sendo prática abusiva.

4.3.3. Hipervulnerabilidade (ou vulnerabilidade agravada) do consumidor doente

A condição de enfermidade é aceite pela doutrina como factor capaz de fragilizar o consumidor, impedindo-o ou dificultando-o de exercer a sua liberdade de escolha em relação contratual com os fornecedores, aproveitando-se deste modo da sua debilidade emocional que a enfermidade pode trazer. Como ressaltam os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, na palavra de Antônio Herman de V. Benjamin, “entre todos os que são vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de

³²² Cfr. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial n.º 10615000/RS, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, julgado em 04.11.2008. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801197193&dt_publicacao=20/11/2008. Acesso em 21 de abril de 2015.

saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que são adquirindo”³²³.

A enfermidade, mesmo que breve ou por tempo prolongado, incurável ou não, pode ser um factor considerável a influenciar o consumidor no seu poder de decisão, retirando-lhe a possibilidade de livre escolha dos itens de consumo. Em outros termos, a doença tem a possibilidade de alterar psicologicamente o consumidor, levando-o a tomar decisões equivocadas ou precipitadas e deixando-o a mercê das provocações do mercado³²⁴.

Para o bem da proteção dos consumidores doentes no Superior Tribunal de Justiça, no julgado pelo Ministro Herman Benjamin, em voto proferido no Recurso Especial n.º 586.316/MG, em que ele identificou os consumidores hipervulneráveis, no caso os celíacos³²⁵.

O relator explica que o organismo das pessoas com a doença celíaca sofre intolerância ao *glutén*, que nada mais é do que um grupo de proteínas encontradas em certos grãos. A doença é uma enfermidade crônica no aparelho digestivo e pode causar perda de peso, hemorragias internas, dentre outros males. Afirma o Ministro haver um número expressivo de pessoas que sofrem de doença celíaca.

No acórdão Herman Benjamin aponta quatro questões: a) o caráter exaustivo da lei n.º 10.674/03 de modo a afastar a aplicação do dever de informação presente do artigo 31 do CDC; b) o campo de aplicação material do artigo 31 com análise das várias modalidades do dever de informação; c) a suficiência dos dizeres “contém glutén”, para cumprimento das exigências do artigo 31 do CDC, considerando os altos riscos à saúde e segurança de um número expressivo de consumidores, que estariam assegurados com uma

³²³ Cfr. Ada Pellegrini Grinover...[et al.]. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto...*, cit., p. 381.

³²⁴ Cfr. Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis...*, cit., pp. 188 e 189, que entende que “(...) a hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como (...) sua situação de doente. (...) Em outras palavras, enquanto a vulnerabilidade 'geral' do art. 4º, I se presume e é inerente a todos os consumidores (em especial tendo em vista a sua posição nos contratos, tema desta obra), a hipervulnerabilidade seria inerente e “especial” à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade)”.

³²⁵ Cfr. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial n.º 586.316/MG, sob relatoria do Min.º Herman Benjamin. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2893505&num_registro=200301612085&data=20090319&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 17 de março de 2015.

advertência mais precisa possível; d) o campo subjetivo do artigo 31 referido que permite salvaguardar grupos de consumidores hipervulneráveis.

Para o Ministro “o dever de informação, previsto no CDC, tem finalidade inegável, óbvia até: informar o consumidor sobre o que é relevante, da melhor e mais completa forma possível”. Dessa forma o dever de informação atinge um comportamento positivo, pois, como relata, o CDC não aceita que o silêncio equivalha à informação. Assim, o comportamento positivo necessita de uma informação prestada de forma completa no sentido jurídico e prático. A informação completa no sentido jurídico é aquela informação adequada, ou seja, verdadeira, clara, gratuita e útil, sem a diluição de informações efetivamente relevantes.

Neste sentido, o relator frisa que os fabricantes pretendiam omitir intencionalmente a frase: “contém *glutén*: a existência do *glutén* é prejudicial a saúde dos doentes celíacos”. Omitir a referência à prejudicialidade do *glutén* faz com que a informação seja apenas um conteúdo e não uma advertência para os fins a que se propõe, sendo a informação referida insuficiente para a sua finalidade, de modo que educar pelo rotulo da embalagem é menos traumático e socialmente louvável.

A decisão reconhece a hipervulnerabilidade quando o Relator afirma que “o Código de Defesa do Consumidor protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores”. Complementa quando fixa que “existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados de hipervulneráveis”.

Dessa forma, Herman Benjamin salienta que os agentes econômicos devem atentar para as peculiaridades de saúde e segurança dos consumidores. Se os riscos de um produto ou serviços são gritantes e massificados, compete à administração pública controlá-los. Trata-se da opção de intervenção na ordem econômica quando se está diante de um grupo e não da generalidade dos consumidores.

Complementa Benjamin, “são exatamente os consumidores hipervulneráveis que os que demanda atenção do sistema de proteção em vigor. Afastá-los da cobertura da lei, com o pretexto de que são estranhos à generalidade das pessoas, é pela via de uma lei que na origem pretendia-lhes dar especial tutela, elevar a raiz quadrada a discriminação”.

Conclui o Relator do voto recomendando que os grupos especiais de consumidores, por uma ou outra razão, precisam da interpretação do artigo 31 do CDC para que a sua tutela seja garantida.

O Ministro acolhe a tese da hipervulnerabilidade quando do julgamento da suficiência ou não dos dizeres “contém glúten” nas embalagens de alimentos industrializados considerando os riscos para a saúde e a segurança de consumidores. Desse modo, o julgador recorre a argumentos pautados na necessidade de proteção da minoria da população, tendo necessidade de proteção por parte do legislador para reequilibrar a relação. Destaca que há a necessidade do Estado Democrático de Direito de assegurar a igualdade material para que certos grupos de consumidores hipervulneráveis encontrem tutela especial³²⁶.

Em outra decisão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu haver também um claro caso de hipervulnerabilidade em razão de doença para conceder a indenização ao autor da ação. Trata-se da decisão emanada por ocasião do recurso especial n.º 1.329.556³²⁷, sob relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, publicada em 09 de Dezembro de 2014, em razão de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Trata-se de ação de reparação por danos materiais e morais ajuizada pelo Sr. Benedito Domingues contra a empresa ré que lhe vendeu o produto denominado “Cogumelo do Sol”, sob a promessa de que seria eficaz na promoção da cura do câncer³²⁸. O produto foi adquirido pelo autor cuja doença já se encontrava em um estágio avançado, vindo a falecer três anos depois da compra do medicamento. Na petição inicial, o autor informa que a sócia-proprietária da ré afirmou que o remédio cogumelo do sol teria resultado positivo, garantido a cura da doença após a sua utilização durante o período de 6 (seis) meses, visto que o remédio possuía propriedades terapêuticas e medicinais, agia na parte imunológica do organismo, diminuindo as células cancerígenas. Em vista disso, o

³²⁶ Cfr. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial n.º 586.316/MG, sob relatoria do Min.º Herman Benjamin. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2893505&num_registro=200301612085&data=20090319&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 17 de março de 2015.

³²⁷ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça em recursos especial n.º 329.556/SP, sob relatoria do Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, publicada em 09.12.2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201240476&dt_publicacao=09/12/2014. Acesso em 21 de maio de 2015.

³²⁸ Em Portugal, a enfermidade é chamada de Cancro

autor, fragilizado pela enfermidade de seu filho, adquiriu o produto Cogumelo do Sol como solução para a doença. O produto Cogumelo do Sol não trouxe qualquer resultado positivo na cura da doença do filho do autor que veio a falecer. O autor fez constar nos autos que a empresa ré foi autuada por uso ilegal da medicina mediante a prescrição de tratamentos não comprovados cientificamente, vindo o sócio-proprietário a ser preso em flagrante.

A sentença em juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, entendendo que a ré prevaleceu-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, dentro das características pessoais deste, na intenção de comercializar produtos ou serviços por meio de publicidade enganosa, o que ensejaria o dever de indenizar.

A ação subiu de instância judicial, e, ao analisar o recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que os fatos tratavam de um simples aborrecimento, ou seja, acontecimento corriqueiro na sociedade em que vivemos, não entendendo pela condenação aos danos não patrimoniais, admitindo, apenas, o ressarcimento do Autor pelos danos patrimoniais sofridos.

Novamente inconformado, o Autor apresenta recurso especial e, desta vez, alcança a tutela pretendida em brilhante voto do Ministro Relator que iniciou os seus argumentos destacando que “não se está a analisar a eficácia do produto "Cogumelo do Sol", quais seus resultados objetivos à saúde ou, ainda, se existe autorização da ANVISA para a sua comercialização, circunstâncias não elencadas na causa de pedir e alheias ao pedido”.

Segue a sua linha argumentativa ao entender que a lide está adstrita à “alegação de propaganda enganosa”, ou seja, a razão exclusiva para a aquisição do produto mencionado se deu por sua publicidade que assegurava positivamente os resultados no tratamento do câncer. Assim, a questão discutida ronda no “direito subjetivo do consumidor obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções”, afirmou o relator.

Aduz que um consumidor médio, em condições normais, dificilmente acreditaria que pedaços de desidratados em comprimidos poderiam autonomamente fazer parte do tratamento com câncer, sem prescrição médica. No caso, o produto foi utilizado como alternativa e uma alternativa decida pelo impulso da emoção e angústia de ver o filho curado da doença, apesar de que o paciente teve assistência médica durante toda a doença.

Sustenta a sua decisão na previsão do art. 37, parágrafo 2º do CDC que trata da publicidade enganosa, e no artigo 39, IV do mesmo código, relativo a práticas abusivas, por perceber nos autos processuais a comprovação de publicidade enganosa com exploração do medo e incitação de superstições, aproveitando-se da momentânea deficiência de julgamento do consumidor.

Assim, entendeu o relator que “a aquisição do produto decorreu da inadequada veiculação de falsas expectativas quando a possibilidade de cura de câncer agressivo e da exploração da hipervulnerabilidade do recorrente, naturalmente fragilizado pela morte de seu filho”. Complementou, ainda, que “o desequilíbrio da relação negociar decorre da capacidade de persuasão do fornecedor, único e verdadeiro detentor da informação acerca do produto e da sua eficácia, havendo, indubitavelmente, um desencontro de forças. Concluiu que se trata de “vulnerabilidade informacional agravada ou potencializa que é denominada hipervulnerabilidade”.

Em síntese, e pautado na premissa da hipervulnerabilidade no caso posto à sua apreciação, bem como por outros fundamentos legais, para modificar a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e condenar a empresa ré vendedora dos “ cogumelos do sol” a pagar indenização por danos patrimoniais e não patrimoniais.

Outras decisões podem ser destacadas, mas o facto é que também se encontra consolidado na jurisprudência brasileira o entendimento da vulnerabilidade dos consumidores doentes³²⁹.

³²⁹ Cfr. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n.º 931.513/RS. sob relatoria do Ministro Hermam Benjamin que entende que hipervulneráveis são “a categoria ético-política, e também jurídica, dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis, entre os quais se destacam, por razões óbvias, as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental”.

CONCLUSÃO

Ao final deste estudo, em que comparamos aspectos da vulnerabilidade e da “especial vulnerabilidade” na União Europeia, Portugal e Brasil e os aspectos que envolvem o seu reconhecimento e aplicação pelo legislador, pela doutrina e jurisprudência nos respectivos sistemas jurídicos, entendemos termos suporte para algumas conclusões.

Ao fim desta pesquisa, conforme anúncio introdutório, percebemos tornar-se difícil uma comparação fria entre sistemas de proteção aos consumidores sem sopesar a realidade que cada sociedade de consumo vive. Tratamos de mercados e sociedades díspares que impulsionam visões distintas de como aplicar e adequar o direito às realidades sociais.

No entanto, é cediço que o desequilíbrio contratual permanente nas relações de consumo demanda proteção legal e Estatal, por mais evoluído que seja o ordenamento jurídico – detenção de instrumentos jurídicos de proteção nesta relação –, dificilmente evitará que os consumidores sejam lesados³³⁰. O que liga os sujeitos ao mercado são os seus interesses económicos, consumidores em busca de produtos ou serviços oferecidos por empresas que apenas se preocupam em vender a produção.

Assim, se tratando de interesses económicos, o poder de atuação no mercado põe em larga vantagem a sobreposição dos interesses das empresas.

A defesa dos interesses dos consumidores pede uma frequente atenção do legislador na busca de um “elevado nível de proteção dos consumidores” – utilizando uma expressão presente nas normas da União Europeia, mas que também se aplica ao Brasil, bem como outros sistemas jurídicos e, ainda, uma política de proteção eficaz com suporte na percepção de que existem consumidores e consumidores, isto é, por mais gerais e abstractas que sejam as normas – e, até mesmo, por mais específicas que sejam – elas podem não dar a proteção que se espera.

É assim que nesta pesquisa a nossa atenção esteve relacionada à vulnerabilidade dos consumidores no mercado, ao salientarmos e entendermos que alguns grupos de

³³⁰ Entendemos que paralelamente a evolução do direito do consumidor está o melhoramento das técnicas de marketing, publicidade e práticas comerciais fruto da sociedade de consumo que permanecerá sempre a atenta, primeiramente, a venda, e por via legal, em segundo plano, “voltada” ao consumidor.

consumidores demandam maior proteção, posto que já se encontram reconhecidos nos sistemas jurídicos que comparamos, porém, não devidamente protegidos.

Entendemos que a vulnerabilidade, como base da defesa dos consumidores, é admitida na União Europeia, em Portugal e no Brasil. O que ocorreu foi uma variação nesses sistemas jurídicos do grau de importância do instituto da vulnerabilidade dos consumidores como orientação das normas.

Na União Europeia e em Portugal, o consumidor vulnerável é reconhecido, porque também é reconhecida a sua variação através dos “particularmente vulneráveis”. Assim sendo, obviamente que se o legislador reconhece a espécie então reconhece o gênero, mas não percebemos ser a vulnerabilidade uma regra principiológica geral e abstrata, irradiada em outras normas de ordem material ou processual.

Além disso, quando os Estados-Membros são invocados à promoção de um “elevado nível de proteção dos consumidores”, é porque existe o reconhecimento de sua vulnerabilidade. Assim, tratamos do consumidor médio, aquele “normalmente informado e razoavelmente atento e advertido”, cuja identificação ficou a cargo dos Tribunais no caso concreto.

Durante o trabalho, nos ativemos ao estudo dos consumidores vulneráveis no artigo 5º da Directiva 2005/29/CE e ao Decreto-lei n.º 57/2008, no seu artigo 5º e 6º, da União Europeia e de Portugal, respectivamente.

Partindo destes diplomas legais e em breve análise de outros diplomas, percebemos que não há menção expressa ao termo vulnerabilidade e que nos temas que são objecto de tratamento nas normas específicas – a exemplo das cláusulas contratuais gerais, viagens organizadas, dentre outras – o reconhecimento da fragilidade fica adstrito ao contexto destes diplomas.

No Brasil, a vulnerabilidade é reconhecida e repercute-se em outros dispositivos legais alcançando a condição de princípio norteador da política nacional de proteção dos consumidores presente em normas de natureza material e processual, como referimos anteriormente, de hipossuficiência permissiva da inversão do ônus da prova a favor do consumidor e de cláusulas abusivas. É assim, geral e abstrata, conforme se percebe no próprio conceito de consumidor, estabelecido no artigo 2º da Lei 8078/90.

Além disso, a vulnerabilidade habitual sofrendo influência de aspectos pessoais em determinados grupos de consumidores sofre uma variação. Isto é, torna-se uma

vulnerabilidade maior, aumentada, de maneira que não nos resta dúvida do reconhecimento do que preferimos tratar de “especial vulnerabilidade” nos sistemas jurídicos comprados neste trabalho.

De sorte que, o que os diferencia não é somente a expressão usada para identificá-los, mas, principalmente, o nível de reconhecimento da necessidade de proteção também especial. E quando falamos de proteção, não pretendemos uma total mudança no sistema jurídico dos consumidores, mas apenas, e até mesmo na menor das hipóteses, uma interpretação diferenciada em relação aos próprios instrumentos legais já existentes.

Quando tratamos de maior proteção não pedimos maior proteção durante toda a vida, podendo até ser, mas se são consumidores então precisam que os seus interesses econômicos sejam protegidos em um grau de proteção de acordo com a sua debilidade. Quíça, até em maior hipótese a mudança do sistema jurídico, e porque não?

Independente da nomenclatura que lhes seja dada – hipervulneráveis ou particularmente vulneráveis –, são reconhecidamente consumidores que pedem uma maior proteção.

Na União Europeia e em Portugal, o legislador não pode ser taxativo, pois é possível que se identifique outras formas de “especial vulnerabilidade” e a jurisprudência – assim como para o conceito de consumidor médio – terá um papel importante a desempenhar.

No Brasil, restou claro que os autores e a jurisprudência, com robusto respaldo constitucional, estão atentos a depositarem uma maior proteção aos consumidores que assim necessitem.

No decorrer do trabalho, destacamos situações que influenciam a estabilidade normal de decisão de celebração contratual que deve existir nos consumidores, de modo que a alteração desta condição livre pode transacionar prejudicando o seu comportamento econômico.

Em simples análise, e mesmo nas situações do cotidiano, existem grupos de consumidores que sofrem desgaste mental e físico, no caso de idosos, como também, não têm maturidade completa livre de fácil influência e desembaraço, tal como a doença nos consumidores.

Com efeito, percebemos que esta maior fragilidade, sinalizada pelos ordenamentos jurídicos em análise, alcança fundamento na própria proteção dos

consumidores – o que é natural –, mas, principalmente, pela preservação da dignidade humana deste grupo de consumidores e pela garantia de livre exercício dos seus direitos de personalidade na posição de contratante no mercado de consumo.

Apesar de o consumidor ser um ente da sociedade de consumo e, portanto, ter valor e referência econômica, quando tratamos de sua proteção devemos dar primazia à preservação da pessoa e não do agente econômico, da dignidade da pessoa acima da proteção da economia.

As inferências que os fatores biológicos ou psicológicos têm no desempenho das escolhas pessoais, econômicas ou sociais de determinados consumidores, são prejudiciais ao livre desempenho dos negócios jurídicos privados e na disposição do seu patrimônio. Esta é garantida através do livre exercício dos direitos da personalidade que, nestas situações peculiares, apresentam um risco maior para estes sujeitos.

O que visualizamos é que estes consumidores não podem ser a mera ficção jurídica, com interpretação normativa habitual aos “consumidores normais”. Ainda mais ao grupo de consumidores idosos, uma vez que, no caso dos Estados-Membros da União Europeia e, em especial, em Portugal, é um grupo crescente devido ao envelhecimento da população.

No decorrer do trabalho fomos acometidos por mais inquietudes sobre o tema da “especial vulnerabilidade”, dentre elas, se é essencial ao ordenamento jurídico já tão preenchido de legislação protetiva? Será que o instituto da vulnerabilidade é por si só admitido como geral e abstrata, não abastecer o direito do consumidor, sendo garantidor dos direitos destes grupos de consumidores com riscos maiores em razão da idade ou de doença?

Entendemos que, a depender de cada sociedade de consumo e, conseqüentemente, da jurisprudência condutora da análise minuciosa das fragilidades destes consumidores, seja possível aplicar aos casos outros institutos jurídicos, como a equidade, boa-fé, confiança e informação.

Ademais, podemos afirmar que este tema não se esgota neste trabalho de mestrado, pois os consumidores portadores de “especial vulnerabilidade”, como demonstrado, existe e são facilmente identificados, porém, ainda não concluimos haver a necessidade a positivação de outros direitos especiais, além do que existe. Também ainda

não concluímos se estes haverão de alcançar a condição de uma nova categoria jurídica de consumidores. É algo a ser debatido e estudado futuramente.

BIBLIOGRAFIA

Ada Pelegrini Grinover ... [et al.]. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9ª ed. Forense: Rio de Janeiro: 2007.

Adalberto Pasqualoto. *O código de defesa do consumidor em face do novo código civil*. Revista de direito do Consumidor, n.º 43. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 97 a 110, 2002.

Adalberto Pasqualotto. *Defesa do consumidor*. in: Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor – (Coleção doutrinas essenciais, v.1)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 25 a 62, 2001.

Adelaide Menezes Leitão. *Estudos de direito privado sobre cláusula geral de concorrência desleal*. Coimbra: Almedina, 2000.

Adelaide Menezes Leitão. *As reclamações no direito do consumo: análise do actual legislação e apreciação do anteprojecto do código do consumidor*. Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, vol. II, Coimbra: Almedina, 2008.

Adelaide Menezes Leitão. *Estudo sobre a cláusula geral de concorrência desleal*. Coimbra, Almedina, 2000.

Adelaide Menezes Leitão. *Publicidade e tutela do consumidor*. Estudos em memória do professor J. L. Saldanha Sanches, Vol. 2. Coimbra: Coimbra editora.

Adelaide Menezes Leitão. *Tutela do consumo e procedimento administrativo*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luiz Menezes Leitão (coord.), vol. II. Coimbra: Almedina, 2005.

Adolfo Mamoru Nishhiyama e Roberto Densa. *A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos e as crianças e os adolescentes*. in: Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor – (Coleção doutrinas essenciais, v.2)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 431 a 461, 2011.

Alcides Tomasetti Jr. *As relações de consumo em sentido amplo na dogmática das obrigações e dos contratos*. *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 13, pp. 12 a 17.

Alexandre Dias Pereira. *A Proteção do Consumidor no Quadro da Directiva sobre o Comércio Electrónico*. *Estudos de direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo*, n.º 2, 2000.

Alexandre Dias Pereira. *Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais*. *Estudos de direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo*, n.º 2, 2000.

Alexandre Soveral Martins. *A transposição da directiva sobre práticas comerciais desleais (directiva 2005/29/CE) em Portugal pelo decreto-lei n. 57/2008, de 26 de março*. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida/comis. org. José Lebre de Freitas (et al.)*. Vol. 1: *Direito comparado, Direito económico, Direito do consumo, Direito dos valores mobiliários*. Coimbra: Almedina, 2011.

Amanda Flávio de Oliveira. *O sistema nacional de defesa do consumidor*. *Revista de direito do consumidor*, n.º 44, pp. 97 a 105, 2002.

Ana Guerra Martins. *Manual de direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2012.

Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda Barbosa. *Do Nexo de causalidade ao nexo de imputação: Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Vol. I, Parede: Príncípia, 2013.

Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda Barbosa. *Acerca do Âmbito da Lei dos Serviços Públicos Essenciais: Taxatividade ou Carácter Exemplificativo do Artigo 1º, n.º 2, da Lei nº 23/96, de 26 de Julho*. Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 6, 2004.

Ana Maria Guerra Martins. *O direito comunitário do consumo: guia de estudo*. Estudos do Instituto de direito do consumo. Luiz Menezes Leitão (coord.), vol. I. Coimbra: Almedina, 2002.

Ana Prata. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

Ana Prata. *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*. Coimbra: Almedina, 2010.

Antônio Carlos Efig. *Direito do consumo e direito do consumidor: reflexões oportunas*. Revista Luso -Brasileira de Direito do Consumo, n.º 1. Curitiba: Editora Bonijuris LTDA e J.M. Editora e Livraria LTDA, pp. 103 a 120, 2011.

Antônio Herman V. Benjamin; Claudia Lima Marques; Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de direito do consumidor*. 2ª ed. RT: São Paulo, 2008.

António Marques dos Santos. *Arbitragem no direito do consumo*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luiz Menezes Leitão (coord.), vol. I. Coimbra: Almedina, 2002.

António Menezes Cordeiro. *A tutela do consumidor de produtos financeiros. Liber Amicorum Mario Frota: a causa dos direitos dos consumidores...* Ada Pellegrini Grinover (et al). Coimbra: Almedina, 2001.

António Menezes Cordeiro. *Da natureza Civil do direito do consumo*. Revista O Direito, n.º 04, 2004.

António Menezes Cordeiro. *Da reforma no direito civil português*. O direito, anos 134º – 135º, 2002/2003.

António Menezes Cordeiro. *Tratado de direito civil*, vol. 1, tomo 1, 3 ed. Coimbra: Almedina, 2005.

António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. *La protection de l'acheteur de choses défectives en droit portugais*. Boletim da Faculdade de Direito, vol. 69, pp. 259 a 288, 1993.

António Pinto Monteiro. *A contratação em massa e a proteção do consumidor numa economia globalizada*. Revista de legislação e de jurisprudência n.º 3961. pp. 221a 235.

António Pinto Monteiro. *A proteção do consumidor de serviços públicos essenciais*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 2, 2000.

António Pinto Monteiro. *Breve Nótula sobre a Protecção do Consumidor na Jurisprudência Constitucional*. Direitos Fundamentais e Direito Privado – Uma Perspectiva de Direito Comparado, Coimbra: Almedina, 2007.

António Pinto Monteiro. *Do direito do consumo ao código do consumidor*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n. 1, 1999.

António Pinto Monteiro. *Harmonização legislativa e protecção do consumidor: a propósito do Anteprojecto do Código do Consumidor Português*. Themis: Revista de Direito. Ed. Esp., pp, 183 a 206, 2008.

António Pinto Monteiro. *O anteprojecto do código do consumidor*. Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 135, n. 3937, pp. 190 a 195, 2006.

António Pinto Monteiro. *O direito do consumidor em Portugal*. Revista Brasileira de Direito Comparado, n.º 17, 1999, pp. 128 a 142, 1999.

António Pinto Monteiro. *O papel dos consumidores na política ambiental*. Separata do Boletim da Faculdade de Direito, vol. 72, pp. 383 a 390, 1996.

António Pinto Monteiro. *Quadro jurídico da protecção do consumidor*. Forum Iustitiae: Direito e Sociedade. Lisboa: Editorial Forum Iustitiae, Ano 1, n.º 1, 1999.

António Pinto Monteiro. *Sobre o direito do consumidor em Portugal*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 4, 2002.

Antunes Varela. *Direito consumo*. Estudos de Direito do Consumo, Centro de Direito do Consumo, n.º 1, 1999, pp. 391 a 405

Antunes Varela. *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

Assunção Cristas. *Concorrência desleal e protecção do consumidor: A Propósito da Directiva 2005/29/CE*. Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos – Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2007.

Assunção Cristas. *Protecção constitucional do consumidor e suas implicações no direito contratual*. Direito Contratual entre Liberdade e Protecção dos Interesses e Outros Artigos Alemães-Lusitanos, Almedina, Coimbra, 2008.

Augusto Silva Dias. *Linhas geais do regime jurídico dos crimes contra interesses dos consumidores no anteprojecto de código do consumidor*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luíz Manuel Teles de Menezes Leitão (coord.), vol. III. Coimbra: Almedina, 2006.

Beyla Esther Fellous. *Protecção do consumidor no Mercosul e na União Europeia*. São Paulo: RT, 2003.

Bibiana Graeff. *Direitos do consumidor idoso no Brasil*. Revista de direito do Consumidor, n.º 86. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 65 a 74, 2013.

Bruno Miragem. *Consumo sustentável e desenvolvimento: por uma agenda comum do direito do consumidor e do direito ambiental*. Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo, n.13. Curitiba: Editora Bonijuris LTDA e J.M. Editora e Livraria LTDA, pp. 31 a 48, 2013.

Bruno Miragem. *Curso de direito do consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Bruno Nubens Barbosa Miragem. *O direito do consumidor como direito fundamental*. Revista de direito do Consumidor, n.º 43. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 111 a 132, 2002.

Bruno Pandori Giancoli e Marco Antonio Araújo Junior. *Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2012.

Carla Amado Gomes. *Os novos trabalhos do estado: a administração pública e a defesa do consumidor*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luiz Menezes Leitão (coord.), vol. I. Coimbra: Almedina, 2002.

Carlos Alberto da Mota Pinto. *Teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

Carlos Ferreira de Almeida. *Contratos I: conceito, fontes e formação*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

Carlos Ferreira de Almeida. *Direito do Consumo*. Coimbra: Almedina, 2005.

Carlos Ferreira de Almeida. *Negócio Jurídico de Consumo*. Boletim de Ministério da Justiça, nº 347, pp. 11 a 38, 1985.

Carlos Ferreira de Almeida. *O Consumidor na Ordem Jurídica Portuguesa. PdD*, ano II, nº 2, pp. 13 a 18, 1984.

Carlos Ferreira de Almeida. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.

Carlos Pizzaro de Almeida. *Direito penal do consumo: algumas questões*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luiz Menezes Leitão (coord.), vol. I. Coimbra: Almedina, pp. 255 a 280, 2002.

Castanheira Neves. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra editora, 1ª Ed. (Reimpressão), 2014.

Catarina Sampaio Ventura. *Os direitos fundamentais à luz da quarta revisão constitucional*. Boletim da Faculdade de Direito Coimbra, Vol. LXXIV, pp. 493 a 527, 1998.

Celso Antônio Bandeira de Mello. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

Claudia Lima Marques e Antonio Herman V. Benjamin. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Claudia Lima Marques. *Algumas considerações sobre a pessoa no mercado e a proteção dos vulneráveis no direito privado brasileiro*. Direito privado, constituição e fronteiras: encontro da associação luso-alemã de juristas no Brasil. 2ª ed. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 91 a 124, 2014.

Claudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Claudia Lima Marques. *Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas*. in: Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor - (Coleção doutrinas essenciais, v.1)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 643 a 678, 2011.

Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012.

Cláudia Sofia Gomes Abrunhosa. *Práticas comerciais desleais: um estudo da directiva 2005/29/CE*. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, n.º 1. Curitiba: Editora Bonijuris LTDA e J.M. Editora e Livraria LTDA, pp. 121 a 198, 2011.

Claus-Wihelm Canaris. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almeida, 2003.

Claus-Wilhelm Canaris. *A liberdade e a justiça contratual na “sociedade de direito privado”*. in: *Contratos: actualidade e evolução*, António Pinto Monteiro (coord.). Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

Cristiane Derani. *Política nacional das relações de consumo e o código de defesa do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, n.º 29, pp. 29 a 39, 1999.

Cristiano Heineck Schmitt. *A hipervulnerabilidade do consumidor idoso*. Revista de direito do consumidor, n.º 70. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 139 a 171, 2009.

Dário Moura Vicente. *A competência judiciária em matéria de conflitos de consumo nas convenções de Bruxelas e de Lugano: regime vigente e perspectivas de reforma*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luiz Menezes Leitão (coord.), vol. I. Coimbra: Almedina, 2002.

Dário Moura Vicente. *Arbitragem de conflitos de consumo: da lei n.º 31/86 ao anteprojecto de código do consumidor*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luíz Manuel Teles de Menezes Leitão (coord.), vol. III. Coimbra: Almedina, 2006.

Dimanava Barbieri. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais dos consumidores na ordem jurídica portuguesa: pode-se/ deve-se pensar em eficácia directa?* Estudos em Direito do Consumo, Centro de Direito do Consumo, n.º8, 2006/2007, pp. 17 a 28.

Diogo Leite Campos. *Lições de direitos da personalidade*. 2ª ed. Coimbra: Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. 66, 1995

Duarte Ivo Cruz e Nuno de Siqueira. *Notas sobre Defesa do Consumidor*. Revista ciência e técnica fiscal, n.º 149, pp. 23-82, 1971.

Écio Perin Junior. *A globalização e o direito do consumidor: aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais*. Barueri, SP: Manole, 2003.

Elsa Dias Oliveira. *Práticas comerciais proibidas*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luíz Manuel Teles de Menezes Leitão (coord.), vol. III. Coimbra: Almedina, 2006.

Enzo Roppo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

Eros Roberto Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 3ª ed. São Paulo, 1997.

Eros. Roberto Grau. *Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.º 5, p. 188, 1993.

Fábio Konder Comparato. *A proteção do consumidor: importante capítulo de direito econômico*. in: Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. Doutrinas Essenciais Direito do

Consumidor: fundamentos do direito do consumidor – (Coleção doutrinas essenciais, v.1). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 167 a 186, 2011.

Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial*. Vol. 3. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Fabício Bolzan de Almeida. *Direito do consumidor esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Fernanda Neves Rebelo. *O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da proteção do consumidor*. in: Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

Fernando Araújo. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

Fernando Baptista de Oliveira. *O conceito de consumidor: perspectivas nacional e comunitária*. Coimbra: Almedina, 2009.

Fernando de Gravato Morais. *Contratos de Crédito ao consumo*. Coimbra, Almedina, 2007.

Fernando Gravato Morais. *A evolução do direito do consumo*. Revista portuguesa de Direito do Consumo, n.º 55, Setembro 2008. Disponível em: <http://vlex.com/vid/direito-consumo-223026025>. Acesso em 28 de janeiro de 2015.

Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

Geriant G. Howlles. *The rise of eruropean consumer law: whhither national consumer law?* pp. 63 a 88. Disponível em: http://sydney.edu.au/law/slr/slr28_1/Howells.pdf. Acesso em 21 de junho de 2015.

Gilles Paisant. *Código europeu de consumo o códigos nacionais?* Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo, n.º 11. Curitiba: Editora Bonijuris LTDA e J.M. Editora e Livraria LTDA, pp. 105 a 123, 2013.

Gilles Paisant. *Direito comunitário europeu: estado, problemas atuais, desenvolvimento.* in: Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor – (Coleção doutrinas essenciais, v.2).* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 1207 a 1224, 2011.

Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos fundamentais: a eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Direito privado, contituição e fronteiras: encontro das associações luso-alemã de juristas no Brasil. 2ª.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Guido Alpa. *Il diritto dei consumatori.* Roma: Editori Laterza, 2012.

Guido Alpa. *Introduzione al Diritto dei Consumatori.* Roma: Editori Laterza, 2006.

Guido Alpa. *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa.* Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1977.

Guilherme Machado Dray. *Breves notas sobre o ideal de justiça contratual do contraente mais débil.* in: Estudos em Homenagem aos Prof. Doutor Inocêncio Galvão Teles, Pinto Monteiro (org.), Vol. I. Coimbra: Almedina, 2003.

Guilhermo Palao Moreno. *La protección de los consumidores en el ámbito Comunitario Europeo,* in *Derecho Privado de Consumo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Hélio T. Rigor Rodrigues. *A cláusula geral das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores.* Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/RigorRwhitepapers_03.pdf. Acesso em 13 de novembro de 2014.

Hélio T. Rigor Rodrigues. *A Protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais*: Análise da Directiva 2005/29/CE e do Decreto-Lei 57/2008. RPDC, n.º 556, 2008. Disponível em: <http://vlex.com/vid/vulneraveis-comerciais-desleais-analise-219407433>. Acesso em 25 de outubro de 2014.

Hélio T. Rigor. *O conceito de consumidor médio no panorama comunitário*: subsídios para a sua compreensão. RPDC, n.º 58, 2009. Disponível em <http://vlex.com/vid/medio-panorama-comunitario-subsidios-219627469>. Acesso em 13 de janeiro de 2015.

Heloisa Carpena Vieira de Mello. *Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, n.º 28, 1998.

Ingo Wolfgang Sarlet. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado*: notas sobre a evolução brasileira. Direito privado, contituição e fronteiras: encontro das associações luso-alemã de juristas no Brasil. 2ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

Inocência Galvão Teles. *Direito das obrigações*. 7ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

J. P. Remédio Marques. *A comercialização de organismos geneticamente modificados e os direitos dos consumidores*: alguns aspectos substantivos, procedimentais e processuais. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 1, 1999.

J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. I, 4ª ed. Coimbra: Coimba editora, 2007.

J.J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2002.

James Eduardo Oliveira. *Código de defesa do consumidor*: anotado e comentado. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Javier Lete Achirica. *El Libro Verde sobre la Protección de los Consumidores en la Unión Europea*. Estudos de direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 5, 2003.

Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz. *Droit de la consommation*. 6ª ed. Paris: Dalloz, 2003.

Jean Calais-Auloy. Regard Critique sur L'harmonisation Européenne du Droit de la Consommation. *Liber Amicorum Mario Frota: a causa dos direitos dos consumidores...* Ada Pellegrini Grinover (et al). Coimbra: Almedina, 2001.

Jean-Pascal Chazal. *Vulnerabilite et droit de la consommation*. Disponível em: <http://spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/3cr7jj61bs68cvg998ecligkj>. Acesso em 25 de maio de 2015.

João Batista Almeida. *A proteção jurídica dos consumidores*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

João Batista Almeida. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.

João Calvão da Silva. *Compra e venda de coisas defeituosas*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

João Calvão da Silva. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.

John F. Kennedy. *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest, 1962*. Disponível em: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108#axzz1wFt70jkC>. Acesso em 12 de abril de 2015.

Jónotas E. M. Machado. *Direito da união europeia*. Coimbra: Woltres Kluwer sob a marca Coimbra Editora, 2010.

Jorge Carita Simão. *A repressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no Mercado Interno Europeu*. Revista de Direito das Sociedades, A. 4, n.º 4, pp. 1009 a 1045, 2012.

Jorge Miranda. *Anotação ao art. 60 da Constituição*. Estudos do Instituto de direito do consumo/ Adelaide Menezes Leitão (coord.), vol. IV. Coimbra: Almedina, 2013.

Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*, vol II, tomo IV. Coimbra: Coimbra editora, 2014.

Jorge Miranda. *Constituição portuguesa anotada*, tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

Jorge Morais Carvalho. *La protección de los consumidores en la Unión Europea: ¿Mito o Realidad?* in Criterio Jurídico, Revista de la Pontificia Universidad Javeriana Cali, Vol. 6, pp. 243 a 266, 2006.

Jorge Morais Carvalho. *Os contratos de consumo: reflexão sobre autonomia privada no direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2012.

Jorge Morais Carvalho. *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*. Revista de Direito das Sociedades, ano 3, n.º 1, 2011.

Jorge Morais de Carvalho. *Reflexão em torno dos contratos promocionais com objecto plural*. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida/comis.org. José Lebre de Freitas ... [et al.]. Vol. 1: Direito comparado, Direito económico, Direito do consumo, Direito dos valores mobiliários. Coimbra: Almedina, 2011.

Jorge Pegado Liz. *A lealdade no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária: (análise crítica da directiva 2005/29/CE)*. Revista Portuguesa de Direito do Consumo, n.º 44 (Dezembro 2005), p. 17 a 93.

Jorge Pegado Liz. *Introdução ao direito e à política do consumo*. Lisboa: Editorial Notícias, 1999.

Jorge Pegado Liz. *Tendências internacionais e nacionais da política de proteção dos consumidores*. Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo, n.º 5. Curitiba: Editora Bonijuris LTDA e J.M. Editora e Livraria LTDA, pp. 75 a 126, 2011.

Jorge Pegado Liz. *Um código do consumidor, para os consumidores ou nem uma coisa nem outra?* RPDC, n.º 49, pp. 26 a 32.

Jorge Reis Novais. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

Jorge Reis Novais. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

José Carita Simão. *A repressão das práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no Mercado Interno Europeu*. Revista de Direito das Sociedades, A. 4, n.º 4, pp. 1009 a 1045, 2012.

José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 5, 2003.

José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

José Casalta Nabais. *O estatuto constitucional dos consumidores*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Vol. 1, 2010.

José Cunha Rodrigues. *As novas fronteiras dos problemas de consumo*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 1, 1999.

José de Oliveira Ascensão. *Direito civil e direito do consumidor*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 8, 2006/2007.

José de Oliveira Ascensão. *Direito industrial e consumidor*. Scientia Iuridica. Tomo 57, n.º 313, 2008.

José de Oliveira Ascensão. *O anteprojecto do código do consumidor e a publicidade*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luíz Manuel Teles de Menezes Leitão (coord.), vol. III. Coimbra: Almedina, 2006.

José Geraldo Brito Filomeno. *Manual de direitos do consumidor*. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.

José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

José Manuel Meirim. *A constituição da república e os consumidores*. Revista do Mistério Público. N.º 44, ano 11º, 1990, pp. 181 a 188.

José Massauguer. *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

Káren Rick Danilevicz Bertoncello. *Os efeitos da publicidade na “vulnerabilidade agravada”*: como proteger as crianças consumidoras? revista de direito de direito do consumidor, n.º 90. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 69 a 90, 2013.

Leonardo de Medeiros Garcia. *Direito do consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Impetus, 2010.

Livia Barbosa. *Sociedade de consumo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

Luís Carvalho Fernandes. *Teoria geral do direito civil*, vol. I, 5ª ed. Lisboa: Universidade Católica editora, 2009.

Luis Gonzalez Váque. *La noción de consumidor en el derecho comunitario del consumo*. Disponível em: http://consumo-inc.gob.es/publicac/EC/2005/EC75/EC75_02.pdf. Acesso em 21 de novembro de 2014.

Luis González Váque. *La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas*. Revista de Derecho Comunitario Europeu, ano 8, n.º 17, pp. 47 a 82, 2004.

Luis Manuel Teles de Menezes Leitão. *A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*. Revista O Direito, 134º-135º, pp. 69 a 85, 2002-2003.

Luis Manuel Teles de Menezes Leitão. *As práticas comerciais desleais nas relações de consumo*. Revista da Ordem dos Advogados, ano 71, n.º, pp. 423 a 445, 2011.

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão. *A reparação de danos causados ao consumidor no anteprojecto do código do consumidor*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão (coord.), vol. III. Coimbra: Almedina, 2006.

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão. *O direito do consumo: autonomização e configuração dogmática*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luiz Menezes Leitão (coord.), vol. I. Coimbra: Almedina, 2002.

Luis Manuel Teles de Menezes Leitão. *Direito das obrigações*, vol. I. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2010

Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva Editora, 2009.

Luís Silveira Rodrigues. *Tendências recentes sobre a protecção do consumidor na União Europeia*. Estudos de Direito do Consumidor, n.º 5, 2003.

Luiz Edson Fachin. *Novo código civil brasileiro e o código de defesa do consumidor: um approach de suas relações jurídicas*. Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 07, 2005.

Luiz González Váque. *La noción de consumidor em el derecho comunitário*. Estudios sobre consumo. n. 75, 2005.

Luiz González Váque. *La protección de los consumidores vulnerables en el derecho del consumo de la ue [el programa plurianual para el período 2014-2020]*. Disponível em: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>. Acesso em 20 de novembro de 2014.

Luiz González Váque. Las nociones 'consumidor medio' y 'miembro medio de un grupo particular de consumidores' en el Reglamento nº 1924/2006 (declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos). Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1175&context=luis_gonzalez_vaque. Acesso em 20 de junho de 2015.

Luiz Otavio de Oliveira Amaral. *História e fundamentos do direito do consumidor*. in: Cláudia Lima Marques; Bruno Miragem. Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor - (Coleção doutrinas essenciais, v.1). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Luiz Renato Ferreira da Silva. *O princípio da igualdade e o código de defesa do consumidor*. in: Cláudia Lima Marques; Bruno Miragem. Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor – (Coleção doutrinas essenciais, v.1). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Marcelo Gomes Sodré. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

Marcelo Junqueira Calixto. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. São Paulo: Renovar, 2004.

Marcelo Rebelo de Sousa e José de Melo Alexandrino. *Constituição da República Portuguesa Comentada*. Lisboa: Lex, 2000.

Marcelo Shenck Duque. *Fundamentação em torno da chamada “Drittwirkung” dos direitos fundamentais*. Direito privado, constituição e fronteiras: encontro da associação luso-alemã de juristas no Brasil. 2ª ed. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 91 a 124.

Marco Antonio Zanelato. *Noção jurídica de consumidor*. In: *Justitia*, n.º 64 (197), pp. 255 a 276, 2007.

Marecelo Shenk Duque. *A proteção ao consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional*. Revista de direito do consumidor, n.º 71. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 143 a 167, 2009.

María Antonieta Gálvez Kruger. *O consumidor de referência para avaliar a deslealdade da publicidade e de outras práticas comerciais*. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida. Almedina: Coimbra, 2011.

Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino. *A Caminho de um direito civil constitucional*. Revista Direito, Estado e Sociedade – Departamento de Ciências Jurídicas da PUC – RJ, n.º I, dezembro, pp 131 a 135, 1991.

Maria da Glória F. P. D. Garcia. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005.

Marília Zanchet. *A vulnerabilidade e a proteção dos mais fracos no mercosul*. Cadernos do programa de pós-graduação Direito/UFRGS. n.º 3 (2005). Disponível em:

<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50235/31381>. Acesso em 06 de maio de 2015.

Mário Frota. *Política de consumidores na união europeia: o acervo do direito europeu do consumo*. Almeida: Coimbra, 2003.

Mário Frota. *Por um código de direito do consumo para Portugal*. Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo, n.11. Curitiba: Editora Bonijuris LTDA e J.M. Editora e Livraria LTDA, pp. 153 a 192, 2013.

Mário Júlio de Almeida Costa. *Direito das obrigações*. 12 ed. Coimbra: Almeida, 2009.

Mário Júlio de Almeida Costa. *História do Direito Português*. 5ª ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2012.

Micklitz Hans.-W e Norbert Reich. *Crônica de una muerte anunciada: the commission proposal for a "Directive on Consumer Rights"*. Disponível em: <http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?id=COLA2009021&PHPSESSID=gc1qn3qll3i5udura6ragsoh0>. Acesso em 19 de novembro de 2014.

Miguel Reale. *Lições preliminares de direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Nelson Nery Junior. *Os Princípios Gerais do Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, n.º 07, p. 53, 1992.

Newton de Lucca. *Direito do consumidor: teoria geral da relação jurídica de consumo*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Newton de Lucca. *Os direitos dos consumidores no Brasil e no Mercosul*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 1, 1999.

Newton de Lucca. *Processos comunitários de integração econômica e a proteção dos consumidores*. Revista de direito do consumidor, n.º 16, pp. 29 a 36.

Nuno Miguel Pereira Ribeiro Coelho. *O consumidor e a tutela do consumo no âmbito do crédito ao consumo: algumas questões*. Revista do Ministério Público, ano 26, n.º 103, pp. 79 a 110, 2005.

Olga Maria do Val. *Política nacional das relações de consumo*. Revista de direito do consumidor, n.º 11, pp. 67 a 83.

Orlando de Carvalho. *A teoria geral da relação jurídica: seus sentidos e limites*. 2ª ed. Coimbra: Centelha, 1981.

Orlando Gomes. *A Agonia do Código Civil*. Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n.º 7. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1988.

Paulo Bonavides. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Paulo Duarte. *O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2º/1 da lei de defesa do consumidor*. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 75, 1999.

Paulo Luiz Netto Lobo. *A informação como direito fundamental do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, n.º 37, pp. 59 a 76, 2001.

Paulo Mota Pinto. *O anteprojecto do código do consumidor e a venda de bens de consumo*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 7, 2005.

Paulo Mota Pinto. *Autonomia privada e discriminação: algumas notas*. in: Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

Pedro Romano Martinez. *Anteprojecto do código do consumidor: contratos em especial*. Estudos do Instituto de direito do consumo, Luíz Manuel Teles de Menezes Leitão (coord.), vol. III. Coimbra: Almedina, 2006.

Rabindranath C. A. Capelo de Sousa. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora: 2011.

Rizzatto Nunes. *Curso de direito do consumidor*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

Robert Alexy. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Roberto Senise Lisboa. *O direito ao desenvolvimento dos consumidores e a tutela coletiva dos seus interesses individuais*. Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo, n.º 1. Curitiba: Editora Bonijuris LTDA e J.M. Editora e Livraria LTDA, pp. 15 a 42, 2011.

Roberto Wider. *O direito dos contratos e a autonomia da vontade: a protecção especial dos consumidores*. Estudos de Direito do Consumo, Centro de Direito do Consumo, n.º 5, 2003.

Rosalice Fidalgo Pinheiro e Derlaune Detroz. *A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro*. RDPC, n.º 71, pp. 109 a 148, 2012.

Rossella Incardona e Cristina Poncibó. *The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive resolution*. Journal of Consumer Policy, 2007, vol. 30, issue 1, pp. 21 a 38.

Rui de Alarcão. *Globalização, democracia e direito do consumidor*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 8, 2006/2007, pp. 17 a 28.

Rui Stoco. *Responsabilidade Civil no franchising e o Código de Defesa do Consumidor*. revista CEJ, 4.

Sálvio de Figueiredo Teixeira. *A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro*. Revista de direito do consumidor, n.º 43. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 67 a 95, 2002.

Sandra Passinhas. *Dimensions of Property under European Law: Fundamental Rights, Consumer Protection and Intellectual Property: Bridging Concepts?* Disponível em: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13759/2010_Passinhas.pdf?sequence=2. Acesso em 14 de maio de 2015.

Sandrina Laurentino. *Os destinatários da legislação do consumo*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 2, 2000.

Sérgio Cavaliéri Filho. *Programa de direito do consumidor*. Atlas: São Paulo, 2011.

Sofia Oliveira Pais. *O critério do bem-estar dos consumidores no contexto da renovação do direito comunitário da concorrência*. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida/comis. org. José Lebre de Freitas ... [et al.]. Vol. 1: Direito comparado, Direito económico, Direito do consumo, Direito dos valores mobiliários. Coimbra: Almedina, 2011.

Teresa Almeida. *Lei de defesa do consumidor - anotada*. 2ª ed. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2001.

Teresa Almeida. *Os caminhos nacionais da defesa do consumidor: Europa, mas pouco*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 5, 2003.

Teresa Negreiros. *Teoria do contrato: paradigma contratual*. São Paulo: Renovar, 2002.

Thierry Bourgoignie. *A política de proteção do consumidor: desafios à frente*. in: Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor - (Coleção doutrinas essenciais, v.1)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Thierry Bourgoignie. *Droit et Politique Communautaires de la Consommation: une Évaluation des Acquis. Études de Droit de la Consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004.

Thierry Bourgoignie. *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*. Bruxelles, Story Scientia, 1988.

Thierry Bourgoignie. *O conceito jurídico de consumidor*. in: Claudia Lima Marques; Bruno Miragem. *Doutrinas Essenciais Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor - (Coleção doutrinas essenciais, v.1)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Thomas Wilhelmsson e Geraint Howells. *EC consumer law*. Dartmouth: Aldershot, 1997.

Thomas Willhelmsson. *Consumer law and the environment: from consumer to citizen*. Estudos em direito do consumidor, Centro de Direito do Consumo, n.º 1, 1999.

Valério Dal Pai Moraes. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 2009.

Vanessa Mak. *Standards of Protection: in search of the “average consumer” of EU law in the proposal for a consumer rights directive in European review of private law 1 – 2011* . p. 27. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1626115. Acesso em 19 de novembro de 2014.

Vasco Pereira da Silva. *A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias*. Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano XXIX, n.º 2. Coimbra: Livraria Almedina, 1987

Yann Favier. *A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: uma abordagem francesa* (traduzido por Vinícius Aquini e Karen Rock Danilevicz Bertocello). Revista de direito do consumidor, n.º 85. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

JURISPRUDÊNCIA

1) UNIÃO EUROPEIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Acórdão do Tribunal de Justiça de 04 de março de 1986 (caso Walker) *consumidor médio*
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de julho de 1998 (caso Gut Springenheid) - *consumidor médio*
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 04 de abril de 2000 (caso Darbo) - *consumidor médio*
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de outubro de 2002 (caso Gottfried Linhart) - *consumidor médio*
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 09 de outubro de 2008 - *consumidores particularmente vulneráveis*
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 2009 - *consumidor médio*
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 2010 - *consumidor médio*
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Maio de 2011 - *consumidor médio*

2) PORTUGAL

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Setembro de 1995, Processo n.º 087043 (Torres Paulo) - *consumidor médio*
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Julho de 2010, Processo n.º 3/05.9TYLSB.P1.S1 (Fonseca Ramos) - *consumidor médio*

TRIBUNAL DE RELAÇÃO DE COIMBRA

- Acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra de 24 de setembro de 2013, Processo n.º 881/10.0TBLRA.C1 - *particularmente vulneráveis*.

TRIBUNAL DE RELAÇÃO DE LISBOA

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de Janeiro de 2010, Processo n.º 25/07.5TYLSB.L1-1 (João Aveiro Pereira) - *consumidor médio*
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Abril de 2010, Processo n.º 483/04.0TYLSB.L1-8 (Silva Santos) - *consumidor médio*
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24 de Abril de 2012 - *consumidor médio*

3) BRASIL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- Acórdão na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 630.852/RS
- Acórdão na Sentença estrangeira contestada n.º 5.847-1

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Acórdão no Recursos especial n.º 329.556/SP
- Acórdão no Recurso especial n.º 586.316/MG
- Acórdão no Recurso especial n.º 10615000/RS
- Acórdão no Recurso especial n.º 476428/SC
- Acórdão no Recurso Especial n.º 1195642 / RJ
- Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1319518/SP
- Acórdão no Recurso especial n.º 611.872/RJ
- Acórdão no Recurso especial n.º 575.469/RJ
- Acórdão no Recurso especial n.º 231.208/PE
- Acórdão no Recurso especial n.º 716.877/SP

- Acórdão no Recurso especial n.º 661.145/ES
- Acórdão no Recurso especial n.º 1.010.834/GO
- Acórdão no Conflito de competência n.º 92.519/SP
- Acórdão no Recurso especial n.º 541867/ BA
- Acórdão no Recurso Especial n.º 931.513/RS.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Acórdão no Recurso de apelação cível n.º 1.0145.08.501050-5/001

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

- Acórdão no Recurso de apelação cível n.º 70025289943