

FACULDADES INTEGRADOS DO BRASIL - UNIBRASIL

PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

DERLAYNE DETROZ

A HIPERVULNERABILIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
CONSUMIDOR IDOSO NO DIREITO BRASILEIRO

Curitiba

2011

DERLAYNE DETROZ

A HIPERVULNERABILIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
CONSUMIDOR IDOSO NO DIREITO BRASILEIRO

Dissertação apresentada como Dissertação
apresentada ao Programa de Pós-
Graduação, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Mestre em Direito,
Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.

Orientadora: Prof^a. Dra. Rosalice Fidalgo
Pinheiro

Curitiba
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

DERLAYNE DETROZ

A HIPERVULNERABILIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR IDOSO NO DIREITO BRASILEIRO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdade Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. ^a Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro
Programa de Mestrado em Direito, Faculdade Integradas dos Brasil – UniBrasil

Membros: Rodrigo Xavier Leonardo – Universidade Federal do Paraná
Paulo Ricardo Schier - Faculdade Integradas dos Brasil – UniBrasil

Curitiba, 16 de fevereiro de 2011

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares, amigos e colegas de trabalho que não apenas foram compelidos a aceitar minhas ausências, pois não lhes dei escolha; por compreenderem minha apreensão e preocupação, mas acima de tudo, por terem me alimentado de força, coragem e confiança quando pensei em desistir.

Agradeço sinceramente a minha Orientadora Prof^a. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro pela compreensão quanto as minhas dificuldades pessoais, por sua dedicação e especial contribuição para a conclusão do presente trabalho.

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização deste trabalho.

“Nossas dúvidas são traidoras e nos fazem perder o bem que
poderíamos conquistar, se não fosse o medo de tentar.”

William Shakespeare

RESUMO

O presente trabalho trata da hipervulnerabilidade e direitos fundamentais do idoso nas relações de consumo. Partindo da evolução do direito privado desde a subjetividade abstrata à subjetividade concreta em que se busca a valorização da pessoa encontram-se subsídios para fundamentar a necessidade de tutela específica da categoria do idoso na condição de consumidor. De início, cuida-se da vulnerabilidade jurídica do consumidor a fim de justificar a sua condição especial em decorrência dos direitos que lhe são atribuídos constitucionalmente e infraconstitucionalmente, assim como cuida-se da condição especial do idoso de forma a preservar-lhe a dignidade humana. A consagração do direito fundamental do consumidor na Constituição Federal e as demais garantias concedidas ao idoso não podem ser consideradas de conteúdo programático, sendo, um direito-garantia fundamental. Nestes termos, deixa-se de ter a visão tão somente codicista para vincular-se a um sistema de valores e princípios constitucionais. Em nível constitucional observam-se princípios que fazem referência ao idoso e se propõem ao dever de ampará-lo; em nível infraconstitucional analisam-se conteúdos normativos do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso, delineando-se a hipervulnerabilidade. As relações de consumo envolvendo a pessoa idosa devem ser pautadas nos valores e princípios determinados pelo sistema constitucional fundado na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais visando o alcance do objetivo do Estado Democrático de Direito.

Palavras chave: Idoso. Consumidor. Estatuto do Idoso. Direitos Fundamentais. Hipervulnerabilidade.

ABSTRACT

This work deals with the hipervulnerabilidade and fundamental rights of the elderly in consumer relations. Starting from the evolution of private law from the abstract to the concrete subjectivity which seeks to promote human dignity is found subsidies to support the need for a specific protection category of the elderly as a consumer. Initially, attention is the legal vulnerability of consumers in order to justify their special status as a result of rights that are constitutionally and infra constitutionally assigned, as well as care is taken of the special condition of the elderly in order to preserve their human dignity. The recognition of the fundamental right of consumers in the Federal Constitution and other guarantees given to the elderly cannot be considered of program content, being a fundamental guaranteed right. In these terms, it lets from having the vision as only codex to be bound by a system of values and constitutional principles. On the constitutional level are observed principles that make reference to the elderly and propose to the duty to sustain them; in infra constitutional level we analyze normative contents of the Code of Defense of the Consumer Rights and the Elderly Rule, outlining the hipervulnerabilidade. Consumer relations involving the elderly should be guided by the values and principles established by the constitutional system founded on human dignity and fundamental rights in order to reach the goal of a democratic state.

Key-words: Elderly. Consumer. Elderly Rule. Fundamental Rights. Hipervulnerabilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. DE CONSUMIDOR A CONSUMIDORES: A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO	13
1.1 Da subjetividade abstrata à subjetividade concreta.....	13
1.2 Do individualismo proprietário ao individualismo de consumo.....	27
1.3 O princípio da vulnerabilidade do consumidor.....	37
1.4 A hipervulnerabilidade do consumidor idoso.....	50
2. ALCANCE E INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	66
2.1 A defesa do consumidor como direito fundamental.....	65
2.2 Discussão teórica acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	77
2.2.1 Teoria da eficácia direta.....	78
2.2.2 Teoria da eficácia indireta.....	83
2.2.3. Teoria dos deveres de proteção.....	86
2.3 A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais.....	90
3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO IDOSO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: O RECONHECIMENTO DA HIPERVULNERABILIDADE CONTRATUAL	101
3.1 Do abandono a proteção integral: a tutela estatutária do idoso.....	101
3.2 Os empréstimos consignados e o direito à informação do consumidor idoso.....	113
3.3 O direito fundamental à saúde da pessoa idosa e os planos de saúde.....	121
3.4 Seguros de vida e planos funerários: dignidade na vida e na morte?.....	133
CONCLUSÃO	142
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	146

INTRODUÇÃO

Na obra “A velhice” de Simone de Beauvoir, procurou-se refletir sobre a exclusão dos idosos em sociedade, mas do ponto de vista de quem sabia que iria se tornar um deles, ao pensar no próprio destino. Para ela, um dos problemas da sociedade capitalista estava no fato de que cada indivíduo percebe as outras pessoas como meio para a realização de suas próprias necessidades. Desta forma, as pessoas se relacionam com as outras priorizando seus desejos, pouco compreendendo e valorizando suas necessidades.

A velhice descrita por Simone de Beauvoir foi concebida pela realidade da época (1970) que pode ser comparada com o modelo capitalista, no qual a propriedade e valorização do indivíduo são identificadas por elementos patrimoniais¹. Do século XVIII ao século XIX aconteceram significativas mudanças: da subjetividade abstrata do indivíduo à subjetividade concreta. A concepção de indivíduos considerados formalmente iguais e a autonomia plena do liberalismo são substituídas pela igualdade material e a intervenção do Estado Social de Direito², em atenção ao solidarismo.

Os objetivos deste estudo compreendem (i) uma crítica à concepção abstrata do sujeito de direito na modernidade e sua superação na era dos estatutos³; (ii) a busca de fundamentos no campo da interdisciplinaridade; e (iii) a integração entre o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor, na tutela deste grupo vulnerável da sociedade, os idosos.

A introdução da pessoa no centro das relações jurídicas faz com que as diferenças sejam identificadas e valorizadas, e, sob esta ótica pretende-se verificar a existência da hipervulnerabilidade dos consumidores idosos nas relações de consumo e quais os fundamentos que sustentam tal afirmação. O caminho eleito para tanto foi a identificação do idoso como pessoa humana e a

¹ BARCELONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid. Editorial Trotta, 1996. p. 90.

² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito**. In Direitos humanos e democracia. Coordenadores: Clève, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Couto Pagliarini. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 498.

³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 45.

compreensão de que ele possui uma vulnerabilidade mais acentuada sob os contornos da hipervulnerabilidade.

A vulnerabilidade física, psíquica e social do idoso justifica uma vulnerabilidade especial, e, portanto um tratamento especial uma vez que aos considerados diferentes precisa ser assegurada a igualdade jurídica com o objetivo de mitigar a desigualdade material⁴. Para isso o direito deve conter instrumentos suficientes para o restabelecimento da isonomia e reafirmação da dignidade dos idosos marginalizados pela sociedade.

O interesse da pesquisa se deve ao fato de que o aumento da população idosa e decréscimo da população jovem hoje é uma realidade brasileira, isso faz com que aos poucos o país se torne um país de terceira idade. Este acontecimento é decorrente da diminuição de taxa de natalidade por políticas públicas e aumento da longevidade das pessoas com mais de sessenta anos, em face da melhoria da qualidade de vida e avanço da medicina.

Esta mudança paulatina e a transformação do país em um país de terceira idade fazem com que ocorram mudanças de paradigmas, e que, os olhares voltem-se para aqueles que antes eram esquecidos. No mercado de consumo deve-se lembrar que o idoso encontra-se em situação mais fraca, desvantajosa, vulnerável; primeiramente por ser um consumidor vulnerável, conforme prevê o Código de Defesa do Consumidor e, em condição social e biológica mais frágil, repisada no Estatuto do Idoso.

Nesta condição especial e de desigualdade em que se está inserido o idoso é que reside a problemática desta dissertação. A vulnerabilidade do idoso, considerada de forma especial e exacerbada neste trabalho é decorrente de fatores que lhe acompanham como eventuais problemas de saúde, condição física, dificuldade de ler e interpretar contratos, mudanças repentinas na sociedade, termos técnicos de difícil compreensão, fraudes, etc. Em face de sua condição biológica, física e social deve ser analisada e verificada a

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). 3 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 121.

necessidade de tutela especial destes que tanto fizeram em sua vida, que não podem ser deixados a margem do sistema jurídico.

A linha de pesquisa eleita trata da eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva das interdependências, correlações, projeções e implicações entre os direitos fundamentais, que se irradiam por toda normatividade do Direito Nacional (Constitucional e Infraconstitucional), sendo, portanto caminho obrigatório a verificação de eficácia dos direitos fundamentais do idoso na relações de consumo.

A hipervulnerabilidade pode ser o fundamento capaz de perfazer os direitos fundamentais do idoso nas relações de consumo, assegurando-lhe a dignidade da pessoa humana? É a indagação trazida pelo trabalho, com vistas a assegurar a eficácia dos direitos fundamentais no contexto do direito nacional.

Com o objetivo de fundamentar o tema pesquisado utilizou-se como marcos teóricos as obras de Pietro Barcellona, e seu “El individualismo propietario” e Michel Miaille, em sua “Introdução crítica ao Direito”, das quais se recolhem a crítica à subjetividade abstrata do Direito Privado Moderno e a construção de uma subjetividade concreta, capaz de emancipar grupos da sociedade contemporânea. Na obra “Contratos no Código de Defesa do Consumidor” de Cláudia Lima Marques foi possível a obtenção de subsídios para categorizar as relações de consumo e identificar o consumidor como parte vulnerável, e, portanto merecedor de tutela especial visando o reequilíbrio contratual. Contribuição ímpar de Teresa Negreiros em sua “Teoria do Contrato” da qual se retiram o paradigma da essencialidade e os fundamentos que norteiam a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais mediante a mudança valorativa das relações contratuais com ênfase a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Visando alcançar os objetivos traçados o presente trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, traça-se o percurso do sujeito de direito desde a subjetividade abstrata do século XIX até a subjetividade concreta do século XX; neste ponto o indivíduo passa a ser considerado como pessoa humana e como

consumidor vulnerável nas relações de consumo. Com base na hipervulnerabilidade do consumidor idoso, identifica-se a passagem da categoria de consumidor para a de consumidores.

No segundo capítulo, trata-se dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, com destaque para as relações de consumo. Considerando os reflexos do constitucionalismo do Direito Civil, os direitos fundamentais passam a ter eficácia horizontal e identifica-se a defesa do consumidor como direito fundamental. Como resultado desta evolução investiga-se a relação entre hipervulnerabilidade e direitos fundamentais.

No terceiro capítulo investigam-se questões mais debatidas pelos tribunais brasileiros acerca das relações de consumo envolvendo consumidores idosos e o entendimento dos tribunais sobre essas matérias no intuito de se verificar a existência ou não de uma tutela especial sob os contornos da hipervulnerabilidade do consumidor idoso e realização de seus direitos fundamentais.

1. DE CONSUMIDOR A CONSUMIDORES: A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO

1.1 Da subjetividade abstrata à subjetividade concreta

Com a passagem do período medieval para a modernidade, o Estado de Direito Liberal trouxe um novo padrão de juridicidade. A ideia era substituir a insegurança jurídica da pluralidade dos estatutos jurídicos por um mundo de segurança marcado por um Direito uno, criado pelo Estado em que a lei fosse a única fonte do Direito.

A formação do Estado de Direito e a monopolização da produção jurídica fizeram parte da mentalidade de grande parte dos juristas do final do século XVIII e século XIX na Europa, principalmente na França, em razão da Revolução Francesa e em virtude da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. É o período das codificações e da consolidação do direito em textos rígidos, visando à segurança e previsibilidade do direito tão almejadas pelo homem.

A evolução das ciências naturais, do método de observação das coisas, da valorização da realidade empírica e do fato dado acabaram por refletir no direito, que passou a buscar uma realidade científica, reduzindo o seu objeto ao direito positivado. Como afirma Hespanha:

Segundo o viés histórico, como na Escola Histórica, direito é o que está nas instituições, na vida, e na história do povo (positivismo histórico); a partir de uma perspectiva sociológica, direito é o que está presente nas relações sociais, nos fatos sociais (positivismo sociológico, naturalismo); de acordo com os conceitualistas, positivo são os conceitos genéricos e abstratos (positivismo conceitual); e por fim, de acordo com os legalistas, o direito se reduz à lei. Na verdade, todas estas correntes assumem o 'rótulo' positivista por privilegiarem o fato em detrimento de elementos metafísicos e transcendentais e pela forte preocupação com o caráter científico daquilo que propunham. Na realidade, a Escola Histórica, como se pode observar, e o naturalismo, são movimentos totalmente diversos da doutrina positivista que reduz o direito à lei determinada pela vontade do legislador desenvolvida principalmente a partir dos fenômenos da codificação [...]⁵

⁵ HESPANHA, Antônio Miguel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. 3 ed. Sintra: Publicações Europa-América, 2003. p. 265.

Nesta perspectiva, o direito se desvincula da teologia e da moral, e, contrapondo o direito natural determinante do bom e do mau, o direito positivo se afirma como particular e determinante do que é útil ou inútil. Neste sentido afirma Larenz:

[...] o positivismo na ciência do Direito, bem como no seu entendimento da ciência em geral, caracteriza-se pelo seu empenho em banir toda a 'metafísica' do mundo da ciência e de restringir rigorosamente esta última aos 'fatos' e às leis desses fatos, considerados empiricamente⁶.

Bobbio assim comenta:

Os iluministas consideraram possível e necessário substituir o acúmulo de normas consuetudinárias por um direito constituído por um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas pela razão e feitas valer através da lei. O movimento extremo do racionalismo, que estava na base do pensamento jusnaturalista, já que a idéia de um sistema de normas descobertas pela razão ele une a exigência de consagrar tal sistema em um código posto pelo Estado⁷.

O positivismo teve grande influência na construção do direito moderno. Com isso, algumas das conseqüências da doutrina foram a abstração do direito e o formalismo exacerbado, o que acabou por afastar o direito da realidade social⁸.

Antes dos códigos, as sociedades eram regidas pelas consolidações, que pretendiam apenas reproduzir o Direito sem modificá-lo, prestando-se apenas a continuar a melhorá-lo. Já os códigos, ao contrário, não são continuidade, mas sim ruptura⁹, pois pretendem criar uma nova regulação

⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2 ed. Trad. José Lamego, revisão Ana de Freitas. Lisboa: Fundação Caouste Gulbenkian, 1989. p. 41.

⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 55.

⁸ "Todos estes factos, que antes de serem jurídicos são civilizacionais, modificaram de forma decisiva as bases do direito actual. Só muito simplificada e de forma cada vez mais irrealista – é que este pode continuar a ser identificado com a lei. Esta profunda modificação na natureza do direito contemporâneo implica na modificação, igualmente profunda, na sua teoria e na dogmática, não sendo mais possível continuar a utilizar conceitos e fórmulas que foram cunhados num período de monopólio legislativo do direito para descrever um direito que se afasta progressivamente da lei." (HESPANHA, Antônio Miguel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo hoje. 2ª ed. (O tempo e a norma). Edições Almedina, 2009. p. 29.)

⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Bruno Miragem Tradução. Cláudia Lima Marques Notas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 41.

substitutiva. Sem compilar, eles ordenam, baseando-se na racionalidade¹⁰. O Código seria a segurança, que se traduziria em uma seqüência ordenada de artigos.

A codificação do direito acabou por representar a unificação política dos Estados modernos na Europa continental, sendo a unidade a sua característica principal. A generalidade e a abstração acabam por submeter os indivíduos a uma única ordem jurídica, fazendo com que a diversidade dos direitos particulares de cada classe seja substituída por um “estatuto de sujeitos iguais”. Desta forma, surge um novo desenho entre a codificação e o princípio da igualdade, uma vez que rompe com a desigualdade jurídica suscitada pela pluralidade de fontes outrora existentes¹¹.

Os códigos surgem com o intuito de regular todo o espaço jurídico de uma nação, abandonando-se o pluralismo jurídico que antes vigorava e passam a regular a sociedade, a partir das necessidades e ideologias de uma fração da sociedade: a burguesia¹². Toda a nação passa a espelhar-se nos valores da burguesia.

É neste cenário que o individualismo passa a ser visto como valor a ser prestigiado, em contraposição ao período estamental da era medieval, em que o valor do indivíduo estava ligado ao estamento social a que estava integrado.

O que predomina neste período é a liberdade formal, e, no âmbito político, o Estado liberal é pouco intervencionista. Isso fez com que na esfera jurídica ocasionasse a ética do individualismo, com o aprimoramento das figuras do sujeito de direito, na condição de sujeito abstrato e do direito subjetivo. Os Códigos deste período caracterizam-se por estarem voltados para a propriedade, com ênfase na propriedade imobiliária, com caráter absoluto e individualista no voluntarismo jurídico, na liberdade e autonomia contratual e na igualdade meramente formal¹³.

¹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. P 42.

¹¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 51.

¹² NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. 3 ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 42.

¹³ NETO, Eugênio Facchini. *Op. cit.*, p. 44.

A subjetividade moderna e o processo de abstração do direito e do sujeito de direito, nada mais são do que a supervalorização do critério formal, em detrimento do material, tanto na concepção do homem - reduzido ao 'eu' pensante - quanto na construção jurídica.

O homem foi abstraído em sua natureza racional, e no direito foi abstraído no conceito de sujeito de direito, dotado de capacidade para estabelecer relações jurídicas no âmbito da sua liberdade, dentro de limites da sua liberdade autônoma. Assim, aos poucos, o direito deixa de tratar de homens concretos, existentes, de carne e osso, e passa a tratar de conceitos generalizados.

A filosofia de Descartes é identificada como fundadora da subjetividade moderna; já a filosofia de Kant é identificada como a concretizadora da subjetividade moderna. O direito se separa da moral, na medida em que corresponde à legislação externa, e determina as ações dos sujeitos sem perquirir suas motivações internas. Nesta concepção, o direito é reduzido à legalidade e a forma, e, ao mesmo tempo, por ser composto apenas por conceitos puros de razão, o direito se abstrai da realidade. Ele deixa de se identificar na objetividade e na faticidade e emerge da subjetividade e da consciência humana.

Michel Miaille¹⁴ indica que o real torna-se real jurídico, do concreto passa-se para as questões de direito, apresentam-se soluções de direito para que possa regressar ao real.

A abstração passou a ser alvo de críticas, por ter sido considerada a responsável pelas injustiças do sistema capitalista. Um direito abstrato e baseado em ficções, que garantisse a igualdade formal, completamente afastado da sociedade, alheio e alienado das desigualdades sociais, serviu como instrumento para a burguesia capitalista reduzir a realidade às trocas do mercado. Isso fez com que fosse excluída deste sistema grande parte da sociedade em que o verdadeiro sujeito não é o homem, mas o capital¹⁵.

Miaille assim comenta:

¹⁴ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2 ed. Lisboa: Estampa. 1989, p. 181.

¹⁵ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 129.

O positivismo científico encontra-se em uma sintonia inconsciente com as exigências políticas e econômicas da época liberal. Os conceitos fundamentais da autonomia privada, do direito subjetivo, da propriedade e a exigência, recolhida da teoria do direito de Kant, vinham mais directamente do que os próprios positivistas pensaram, ao encontro dos interesses particulares da classe de empresários.¹⁶

Neste cenário acaba por haver apreensão e indefinição, pois as construções jurídicas parecem insuficientes para apresentar soluções aos problemas que incessantemente se apresentam, algumas vezes aprofundados na modernidade.

O Código perdeu sua centralidade, porquanto se desloca progressivamente do centro para a periferia, sendo substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e, o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais¹⁷.

O sistema tradicional codificado não mais comporta a multifuncionalidade da sociedade, que cada vez é mais diferenciada. A sociedade não se enquadra mais em um sistema pré-concebido, lógico-formal, pré-anotado e com bases alicerçadas em princípios gerais de abstração, generalidade e impessoalidade.

Por conta disso, no século XX, o Estado de Direito Liberal, que defende a igualdade, vê a ocorrência de desigualdades decorrentes do liberalismo. De simples garantidor passa o Estado a intervir na economia.

A segurança jurídica antes caracterizada pela era das codificações e das constituições liberais representou o primado do direito privado sobre o direito público. Agora, esta relação se inverte com o advento do constitucionalismo social e, como consequência, acarreta maior intervencionismo estatal, fruto das concepções do Welfare State¹⁸.

¹⁶ MIAILLE. *Op. cit.*, p. 505.

¹⁷ LORENZETTI. **Fundamentos do..**, p. 45.

¹⁸ “O primado do público significa o aumento da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos infra-estatais, ou seja, o caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado.” (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política** [Stato, governo, società. Per una teoria generale della política]. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 25.)

O Estado Liberal não tinha condições de garantir o bem estar coletivo e não estava apto para responder às exigências impostas pelo capitalismo, conforme comenta Rosalice Fidalgo Pinheiro:

Os dogmas do Estado de Direito liberal mostraram-se insuficientes para garantir o bem-estar coletivo e responder às novas exigências impostas pelo desenvolvimento do capitalismo. A produção industrial em massa, a formação de monopólios, a concentração do capital e os conflitos entre empresários e trabalhadores, delineados em fins do século XIX e início do século XX, exigiram uma nova postura política em relação à sociedade: o Estado Social de Direito. Nele se reúnem os postulados de igualdade substancial, o reconhecimento de uma subjetividade concreta, o princípio da solidariedade e a intervenção do Estado na economia¹⁹.

Após a codificação, segue-se um novo período histórico, que visa a “descodificação”²⁰ em que o Estado, por meio de leis especiais retira a codificação do lugar de centro da regulamentação unitária e generalizante da vida privada. O legislador tem sua atenção voltada para os grupos da sociedade, visando a igualdade substancial²¹.

O período do constitucionalismo social visa endereçar o Estado no sentido da promoção da igualdade social mesmo que isso implique redução de espaço da liberdade econômica, mas não o sacrifica como um todo. Há também a sujeição de todos os poderes, públicos e privados, à legalidade constitucional²², e, na sua limitação e funcionalização, à tutela dos direitos fundamentais.

A igualdade substancial requer a substituição da subjetividade abstrata por uma subjetividade concreta, apta a excluir as diferenças materiais. Sob esta ótica o homem deixa de ser compreendido em sua abstração para ser considerado em seu grupo social, o que se reflete na descodificação do Direito

¹⁹ PINHEIRO. **Autonomia Privada**., p. 498.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Ensaio inserido em obra do mesmo autor denominada **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11.

²¹ PINHEIRO. **Contrato e ..**, p. 53.

²² “O Estado Social não é historicamente antitético ao Estado de Direito: ele se caracteriza pela separação dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) típica do Estado de Direito e, sobre o poder estatal assim instituído, insere um sistema de valores ao qual os poderes públicos devem se conformar. (PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 15.)

Privado. Quanto ao Estado, ele se desfaz da roupagem liberal e assume um caráter social e democrático²³.

No âmbito privado, esse período tem como característica a limitação da vontade das partes. Essa limitação ocorre principalmente a partir da concretização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Abandona-se a ética do individualismo pela ética do solidarismo; relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana.

Revela-se ainda a atuação positiva do Estado, pois diante das exigências do Estado assistencial contemporâneo, o direito não mais se limita a tutelar os atos, conforme suas normas. Sua função não se resume mais a proteger ou a reprimir, mas se torna também promocional.

Enquanto o constitucionalismo liberal foi marcado pela ruptura com o Estado absolutista, visando a edificação de um Estado de direito na busca pela eliminação de desigualdades e afirmação política do cidadão, o constitucionalismo do século XX tem como preocupação a eliminação de desigualdades.

A Constituição torna-se fonte suprema do Direito Público e Privado²⁴, desfazendo-se as barreiras existentes entre eles, e passa regular as relações entre particulares, delineando um ordenamento uno²⁵, o que faz com que a Código Civil perca o status de “Constituição do Direito Privado” - antes identificado como defesa do homem contra o Estado -, e submete-se à hierarquia das fontes assentada na primazia da Constituição.

Ressalte-se, também, que a substituição do individualismo pelo solidarismo foi responsável pela abertura dos princípios sociais, o que acarretou a leitura do Direito, sob uma perspectiva civil-constitucional, bem como a mudança de foco das situações jurídicas patrimoniais às pessoas.

²³ PINHEIRO. **Autonomia Privada..**, p. 498.

²⁴ “O movimento de “Publicização do Direito Privado” já dimanava desde o Pós II Guerra Mundial, mas com a Constituição-cidadã salientava-o de maneira dramática, afetando frontalmente os pilares das Codificações Oitocentistas Privadas, fazendo com que o Código Civil perdesse a centralidade de outrora para o texto constitucional.” (FACHIN. Edson Luiz. O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador. *In* **Direito Privado e constituição**. Marcelo Conrado, Rosalice Fidalgo Pinheiro (coords.). Curitiba: Juruá, 2009. p. 20.)

²⁵ PINHEIRO. **Contrato**, p. 53.

A constitucionalização do direito civil implica a migração para o âmbito privado de valores constitucionais, como o princípio da dignidade humana. Sendo assim, ocorre a repersonalização do direito civil ou, sob outro ângulo, a sua despatrimonialização, uma vez que o patrimônio não é mais o centro das preocupações privatistas, que é substituído pela consideração como pessoa humana.

Gustavo Tepedino assim comenta:

Novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as instituições patrimoniais²⁶.

Aquele sujeito abstrato das codificações oitocentistas cedeu lugar para o sujeito visto em sua concretude, como locatário, trabalhador, consumidor, etc. Perceberam-se as peculiaridades de cada uma destas situações, cada qual devendo receber um tratamento jurídico próprio, visando a compensação jurídica do desequilíbrio das partes.

O sistema tradicional codificado não mais comporta a multifuncionalidade da sociedade, que é cada vez mais diferenciada. A sociedade não se enquadra mais em um sistema pré-concebido, lógico-formal, pré-anotado e com bases alicerçadas em princípios gerais de abstração, generalidade e impessoalidade.

Sob este prisma, onde mais agudamente se percebe a necessidade de estabelecimento de relações sociais justas, o legislador intervém mais incisivamente, limitando a liberdade contratual e impondo uma orientação relativamente rígida ao programa contratual das partes²⁷.

Do sistema monolítico, representado pelos códigos do século XIX, passou-se a um polissistema ou plurissistema. Diferentemente do período anterior, em que os Códigos representavam o centro do ordenamento jurídico privado, intencionando disciplinar a totalidade das relações jurídicas do sujeito

²⁶ TEPEDINO. **Temas de...**, p. 22.

²⁷ NETO, Eugênio. *Op. cit.*, p. 50.

abstrato, neste novo período existem legislações extravagantes regulamentando a matéria.

Facchini assim comenta:

A matéria privada que antes estava concentrada nos códigos civis e comerciais, passou a ser tratada em leis especiais, naquele fenômeno que foi chamado de *era dos estatutos*²⁸.

Estes novos estatutos passaram a disciplinar temas específicos, sob outros enfoques e princípios, e, no intuito de manter uma unidade sistemática, buscou-se subordinar todo o direito privado à orientação unificadora da Constituição.

Pietro Perlingieri assim comenta:

O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema (...) é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional²⁹.

Surgem os microsistemas contemporâneos, que de uma maneira geral são integrados ao conjunto legislativo, porém sob a proposição de um novo paradigma.

Nas palavras de Lorenzetti:

Criam-se microsistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles³⁰.

Os microsistemas buscam proteger determinadas categorias de pessoas, que deixam de ser abstratas para serem concretamente consideradas, são núcleos que, dadas as condições especiais, merecem tratamento específico³¹.

²⁸ NETO, Eugênio. *Op. cit.*, p. 51.

²⁹ NETO, Eugênio. *Op. cit.*, p. 60.

³⁰ LORENZETTI. **Fundamentos do ...**, p. 45.

³¹ "Os interesses são individuais ou setoriais, perfeitamente diferenciados uns dos outros." (LORENZETTI. **Fundamentos do ...**, p. 53.)

Lembre-se que a plenitude da pessoa tinha no domínio das coisas a sua maior expressão, e que ser livre significava possuir coisas, momento em que a legislação abstrata resolvia os problemas. O individualismo era a idéia chave da codificação civil, apresentado como estatuto capaz de proporcionar a estabilidade que dava segurança aos sujeitos, o que foi substituído pela repersonalização e o 'ser' passou a ser mais importante que o 'ter'.

As legislações especiais já não se limitam a regular aspectos especiais de certas matérias, mas se disciplinam integralmente³². O que ocorre é que matérias inteiras são extraídas do Código Civil e passam a ser reguladas pelas leis especiais (estatutos jurídicos).

Gustavo Tepedino³³ indica que a era dos estatutos é marcada por algumas características importantes, como a vocação universalizante. Isso porque os estatutos não tratam apenas de direito substantivo, mas introduzem dispositivos processuais em seu corpo, tipos penais e veiculam normas de direito administrativo. Tem-se a conjunção de vários ramos do direito no mesmo diploma legal para disciplinar matéria específica.

Nelson Nery Junior assim comenta sobre o CDC:

O Código de Defesa do Consumidor é lei composta por normas oriundas de vários ramos do direito tradicional: civil, comercial, econômico, administrativo, penal, processual civil, processual penal, etc. Tem natureza de *microssistema*, isto é, de lei que procura regular, tanto quanto possível *completamente* a matéria de que se ocupa. Havendo lacuna no microssistema, deve ser preenchida com os mecanismos próprios, desde que a aplicação de norma subsidiária seja compatível com o microssistema³⁴.

Outra característica dessa nova era, seria a técnica legislativa, pois se usam cláusulas gerais para que o juiz ou intérprete tenha maior possibilidade de adaptar as normas às situações fáticas. Há utilização de uma nova linguagem, que é menos jurídica e mais setorial, adequada a matéria tratada no estatuto. Novos objetivos, pois indica o incentivo a certas ações passando a legislação de repressiva para incentivadora. Ou seja, os destinatários da norma

³² "(...) cada subsistema tem sua economia interna, e daí resulta a pluralidade de sistemas compensatórios." (LORENZETTI. **Fundamentos do ...**, p. 50.)

³³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de...**, p.9-11.

³⁴ NERY JR. Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. In NERY JR. Nelson. NERY Rosa Maria de Andrade (org.) Responsabilidade civil. V4. **Indenizabilidade e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 167.)

são incentivados a certas atividades ou comportamentos, o que ocorre algumas vezes com o oferecimento de vantagens individuais. Existe a imposição de deveres extrapatrimoniais com o objetivo de realização de personalidade e tutela da dignidade humana. E, por fim, surgem o caráter contratual e a participação dos grupos dos interessados, que acabam por instigar a criação de leis, como movimentações e discussões de associações, sindicatos, grupos interessados, etc.

Sob esta ótica, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, traduzindo-se em um verdadeiro sistema de proteção ao consumidor, que exhibe seus princípios, normas, fontes de criação, doutrina e jurisprudência, particularizado, com base em preceitos Constitucionais, tendo sido, inclusive, indicado o prazo de sua elaboração pela própria assembléia constituinte.

Anos depois, por necessidade, surge o Estatuto do Idoso, cuja finalidade é a proteção integral do idoso e afirmação da dignidade como pessoa humana.

Pergunta que segue é como ficaria a aplicação destes institutos, que estão todos sob a égide da Constituição, e, se um anularia o outro por conta da lei nova ser aplicada em detrimento da antiga ou, ainda, em virtude da especificidade da matéria.

Cláudia Lima Marques assim comenta sobre o tema:

Foi a Constituição Federal de 1988 que modificou e moldou profundamente o Direito Privado brasileiro ao estabelecer as bases para o tratamento privilegiado de uns agentes econômicos, os consumidores (CF/88, art. 5º, XXXII), impondo uma nova ordem constitucional do mercado (CF/88, art. 170), e, por fim, mandou organizar um Código especial de proteção deste sujeito de direitos fundamentais (art. 48 do ADCT da CF/88), reconstruindo, assim, com uma divisão tríplice (de direito civil, comercial e de proteção do consumidor, art. 22, I, da CF/88 c.c. o art. 48, da ADCT da CF/88), o Direito Privado³⁵.

O Código de Defesa do Consumidor é um microsistema dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pois regula relações específicas, que envolvem um sujeito de direitos especiais: o consumidor. Quanto ao Estatuto do Idoso, muito embora, não tenha sido previsto pela Constituição Federal, foi criado

³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes**: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil de 2002. Revista do Consumidor, São Paulo, v. 51, 2003. p. 38.

visando assegurar a efetividade dos dispositivos constitucionais que tratavam da matéria.

Com base nas lições da Cláudia Lima Marques, entende-se que a pluralidade de leis da atualidade não permite mais tratar de conflitos de lei. O aplicador do direito tem a responsabilidade de harmonizar o sistema. Não há mais que se falar apenas nos velhos critérios de especialidade, anterioridade e hierarquia³⁶. A tarefa precisa ser um pouco mais intensa, demonstrando-se insuficiente o simples critério de exclusão. Há de se falar de harmonização da pluralidade das leis existentes para ao alcance dos objetivos constitucionalmente previstos.

Cláudia Lima Marques assim comenta:

Na belíssima obra expressão de Erik Jayme, é o atual e necessário 'diálogo das fontes' (dialogue des sources), a permitir a aplicação simultânea coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. 'Diálogo', porque há influências recíprocas, 'diálogo' porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis-modelos), ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpretação, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).³⁷

O que se pretende não é apenas a eficiência hierárquica, mas uma eficiência funcional do sistema plural do direito contemporâneo. Deve haver um diálogo de fontes normativas entre os sistemas³⁸. O microssistema não pode

³⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UNB, 1999. p. 92.

³⁷ MARQUES. **Superação das ...**, p. 26.

³⁸ "Diálogo pressupõe o efeito útil de dois (di) e uma lógica ou fala (logos), enquanto o conflito leva a exclusão de uma das leis e bem expressa a mono-solução ou o "monólogo" de uma só lei. Este esforço para procurar novas soluções plurais está visando justamente evitar-se a "antinomia" (conflitos "pontuais" da convergência eventual e parcial do campo de aplicação de duas normas no caso concreto) pela correta definição dos campos de aplicação. Evitando, assim, a "incompatibilidade" total (conflito de normas" ou conflitos entre normas de duas leis, conflitos "reais" ou aparentes"), que leve a retirada de uma lei do sistema, a qual levaria a "não-ocorrência" do sistema plural brasileiro, que deixaria desprotegido os sujeitos mais fracos, que a Constituição Federal de 1988 visou proteger de forma especial, ou seja, os consumidores." (MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das...**, p. 57.)

ser uma ilha isolada no todo, ele está inserido e deve conviver em harmonia com o todo que é o sistema unitário constitucional³⁹.

O diálogo das fontes deve ser examinado à luz das junções normativas, que interagem e se complementam. Na aplicação simultânea de duas leis, uma pode servir de base conceitual para outra, especialmente se uma lei é geral e outra especial, se uma lei é central e outra é de um microsistema.⁴⁰ Como exemplo, há a junção do Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso e a Constituição Federal de 1988.

Ressalte-se que Cláudia Lima Marques defende, ademais, que tratando-se de Direito do Consumidor, deve-se buscar sempre a norma mais favorável ao consumidor, esteja disposta onde estiver⁴¹.

O Código de Defesa do Consumidor foi criado com a finalidade de instrumentalizar e tornar eficaz o princípio constitucional de defesa do consumidor, sendo considerado lei central. Todavia este direito emerge do Estado Constitucional, que privilegia os direitos fundamentais, que, por conseguinte, não pode ficar adstrito única e exclusivamente ao texto frio da lei⁴².

Diante da afirmação acima, poder-se-ia questionar se na atualidade as relações de consumo podem ser reduzidas à tutela prevista no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, como indicado anteriormente, a unificação acabou por não atender as necessidades do Estado Social de Direito. Ademais, o ordenamento jurídico é fundado na unidade constitucional, não pode estar fechado, sob pena de deixar de corresponder às necessidades daqueles a quem deve tutelar.

A aplicação do diálogo das fontes conterà normas constitucionais que revestem o diálogo, pois possuem eficácia direta nas relações entre

³⁹ WEBER, Ricardo Henrique. **O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas**. 2009, 113f. Dissertação (Mestrado em Direito da Relações Sociais) Universidade Federal do Paraná. Curitiba. p. 84-85.

⁴⁰ MARQUES. **Superação das..**, p. 60.

⁴¹ MARQUES. **Superação das..**, p. 81

⁴² WEBER, *Op. cit.*, p. 85.

particulares. O *status* da pessoa consumidora possui caráter de direito fundamental, e seus direitos não devem ficar restritos à forma de código⁴³.

Conforme Weber:

É nesta dimensão material e objetiva que o sistema unitário constitucional implementa por meio de uma ordem de valores e princípios, que se faz necessário analisar a simbiose entre a pessoa, o seu *status* de consumidor no mercado⁴⁴.

Ao se defender a necessidade de um dever constitucional de proteção do consumidor, o diálogo das fontes conduz à obtenção do equilíbrio do ordenamento jurídico, revelando a possibilidade de decisão coerente frente a pluralidade de fontes normativas que coexistem entre si⁴⁵. Sob este prisma, paralelamente ao Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso pode ser aplicado na busca da solução que melhor atenda ao mandamento constitucional de proteção do consumidor, proteção integral do idoso e manutenção da dignidade da pessoa humana.

Feitas as considerações iniciais sobre a passagem do século XIX ao século XX, que perpassa pelo período das codificações até a era dos estatutos em que a centralidade passou a ser na pessoa humana, passa-se a apresentação da alteração de foco da propriedade imobiliária que refletia a realidade do século XX até a valorização do interesses dos consumidores.

⁴³ “O Código de Defesa do Consumidor, em virtude de sua origem constitucional, é parte integrante e essencial deste novo sistema de direito privado *sui generis* brasileiro, formado necessariamente pela coexistência coerente e em diálogo de várias fontes legislativas de direito privado (Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e leis do sistema financeiro e securitário.)” (MARQUES, Cláudia Lima. O novo direito privado brasileiro após a decisão da ADIn dos Bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito e a *Drittwirkung* no Brasil. *In Revista do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, 2007. p. 45.)

⁴⁴ WEBER, *Op. cit.*, p.89.

⁴⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. *In Revista de Direito do Consumidor*. Ano 18. N. 17. Jul. set/2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 162.

1.2 Do individualismo proprietário ao individualismo de consumo

O individualismo caracterizou a codificação europeia do século XIX e plasmou o Código Civil brasileiro, que cedeu lugar a um esforço interpretativo, conciliado com a evolução econômica e social ocorrida no século XX.

Fundadora da sociedade liberal, a classe burguesa utiliza-se do modelo proprietário como instrumento de garantia e o transforma em instrumento de todo o sistema⁴⁶.

Erouths Cortiano Jr. assim comenta:

Disso se trata o discurso proprietário da modernidade que, tomando a propriedade como relação jurídica, e ao mesmo tempo, situação subjetiva e instituto jurídico, compõe nela uma série de materiais econômicos, políticos e sociais, dando-lhe uma roupagem jurídico formal, de tal sorte que se insere em nossa vida de relações de forma permanente⁴⁷.

No momento em que os Códigos liberais conferiram abstração e generalidade à norma proprietária, acabaram por lhe dar potencialidade e lhe permitiram transformar-se em um princípio proprietário⁴⁸. Quando começou a haver mudança no foco, com a descentralização do Código Civil, e análise de abstração, o modelo proprietário também sofreu alterações e sua abstração e generalidade começaram a ser questionadas e substituídas pela realidade concreta e específica.

Ressalte-se que a valorização da propriedade é decorrente da visão que parte da coisa e não do sujeito, como ocorre com as civilizações individualistas. A propriedade é fundamentada na existência de um poder sobre a coisa, que é traduzida no pensamento da época feudal.

A pessoa é proprietária da sua própria pessoa e possui capacidade de agir independentemente dos outros. Tal autonomia significa liberdade de agir, que é confundida com a propriedade⁴⁹. Sob este ângulo, ser proprietário significava ser livre.

⁴⁶ CORTIANO JR, Eroulths, **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 85.

⁴⁷ CORTIANO JR. *Op. cit*, p. 85-86.

⁴⁸ CORTIANO JR. *Op. cit*, p. 86.

⁴⁹ CORTIANO JR. *Op. cit*, p. 91.

Em 1789, sob a influência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a propriedade passa a ser identificada como um direito inviolável e sagrado e assim se constrói um novo conceito de propriedade, segundo os ideais burgueses. A propriedade parcelada do feudalismo foi abandonada⁵⁰ e substituída pela noção de propriedade individual.

José Castán Tobenas assim comenta:

La Revolución Francesa y la Codificación napoleónica consumaron y exaltaron la individualización del derecho de propiedad. Se concibe ahora a la propiedad y se la declara como um derecho asistido de a triple prerrogativa de ser inviolable, sagrado y absoluto, al servicio del individuo. La propiedad individualista adquiere así los caracteres de um dogma intengible y um amística. Esta mística del “caráter inviolable y sagrado de la propiedad marca el apogeo de la propiedad privada.”⁵¹

O modelo proprietário - em que reina a característica de abstração - serve para ser único e universal, e os sujeitos são únicos e iguais, pois é destinado ao ser impessoal.

Luiz Edson Fachin assim comenta:

Um sistema pretensamente neutro, calcado em abstratas categorias jurídicas, destinado a um ser impessoal, com pretensões à perenidade, desenhou a formulação mais acabada do projeto de sustentação do direito civil nos últimos dois séculos.⁵²

A superação do regime feudal possibilitou a construção do direito sobre bases novas, e, em tal construção, somente é pessoa quem a lei define que o seja. No código encontra-se no proprietário a pessoa e a pessoa no proprietário, passando a propriedade a qualificar⁵³ o sujeito.

Com o surgimento do Estado Social de Direito⁵⁴, a propriedade passa a ser visualizada de forma funcional em razão dos interesses da coletividade^{55 56}.

⁵⁰ CORTIANO JR. *Op. cit*, p. 95.

⁵¹ TOBENAS, José Casstán. *La proiedad y sus problemas actuales*. Madrid: Reus 1963. p. 45. Apud CORTIANO JR, Eroulth, **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 99

⁵² FACHIN, Luiz Edson. *O novo direito civil: naufrágio ou porto?* In CHAGAS, Sílvio Donizete (org.) **Lições de direito civil alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 73.

⁵³ BARCELONA. **El individualismo ..**, p. 90.

⁵⁴ “O Estado Social de Direito representa a tentativa de conjugar legalidade e justiça social. Não é suficiente a garantia de que o Estado se abstenha de comportamentos invasivos da liberdade individual (liberdade frente ao estado), mas sim é necessário que o Estado, mediante ações próprias, assegure o efetivo exercício da liberdade (liberdade através do Estado).” (PERLINGIERI. **O direito..**, p. 15.)

O Estado torna-se obrigado a atuar na seara econômica, visando a correção do mercado e na seara social, a recuperação dos excluídos.

Sobre a função social da propriedade Eros Roberto Grau assim comenta:

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isto significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta de concreção do poder de polícia⁵⁷.

A função social da propriedade implica buscar a posição do sujeito nas relações - se é empreendedor, consumidor, trabalhador, etc. e sob este novo enfoque, importante saber se ele é ou não proprietário para verificar qual a melhor forma de tutelá-lo. O sujeito deixa de ser passivo e universal, titular de um dever genérico de abstração⁵⁸ e passa a ser identificado como inserido numa situação jurídica.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração é a existência dos modos de agir do proprietário, que fez com que a propriedade considerada deixasse de ser exclusivamente a propriedade imobiliária. A propriedade passa a ser identificada como moeda de troca, bens de consumo, bens imateriais⁵⁹ dentre outros.

Paulo Luiz Netto Lôbo assim comenta:

⁵⁵ CORTIANO JR. *Op. cit.*, p. 137.

⁵⁶ “A sociedade moderna – que se diz civilizada – clama pelo respeito, acima de tudo, da dignidade humana. O ser humano deve ser o alvo de todas as atenções, ao passo que o patrimônio e os negócios jurídicos seriam os instrumentos dessa realização coletiva.” (EFING, Antonio Carlos. A proteção Constitucional do consumidor fundamentada na dignidade humana do cidadão. *In* Direito Privado e Constituição. Marcelo Conrado, Rosalice Fidalgo Pinheiro (coords). Curitiba: Juruá, 2009. p. 281.)

⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (Interpretação Crítica). 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 255.

⁵⁸ CORTIANO JR. *Op. cit.*, p. 153

⁵⁹ “Num sistema capitalista desenvolvido, a riqueza de facto não se identifica apenas com as coisas materiais e com o direito de usá-las; ela consiste também, e, sobretudo, em bens imateriais, em relações, em promessas alheias e no correspondente direito ao comportamento de outrem, ou seja, a pretender de outrem algo que não consiste necessariamente numa res a possuir em propriedade.” (ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 64.)

A concepção de propriedade, que se desprende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos imobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais. Os direitos autorais de software transformaram seus titulares em megamilionários. As riquezas são transferidas em rápidas transações de bolsas de valores, transitando de país a país, em investimentos voláteis. Todas essas dimensões de propriedade estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social.⁶⁰

Ressalte-se que a abstração tentou dominar a realidade, tendo, posteriormente retornado ao momento em que a realidade retornou objetivando informar a abstração legal. Surge o período em a concretude busca na pessoa o lugar que era destinado à abstração.

A pessoa humana passa a ocupar lugar de destaque, em substituição ao sujeito de direito titular de patrimônio, e começa a exigir proteção, de acordo com a sua valoração social, tornando-se categoria central no direito privado⁶¹.

Neste sentido Luiz Edson Fachin comenta:

Nessa expressão, o direito civil deve, com efeito, ser concebido como “serviço da vida” a partir de sua raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico da Revolução Francesa, mas sim para se afastar do tecnicismo e do neutralismo⁶².

Tal repersonalização, como indicado no item 1.1, envolve diretamente o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser protegido, e guia a aplicação e interpretação da ordem jurídica.

No que diz respeito ao individualismo de consumo, Pietro Barcellona defende como a passagem da sociedade do século XIX para a sociedade de

⁶⁰ LOBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa. Brasília. n. 141. p. 107 Apud CORTIANO JR, Eroulths, **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 159.

⁶¹ TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 2., Editorial, p.v, abr./jun, 2000.

⁶² FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades do ensino e da pesquisa jurídica: repensando paradigmas. Revista Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro, n. 15 p. 61-71, ago/dez. 1999. p 50 Apud CORTIANO JR, Eroulths, **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 165.

consumo, o indivíduo⁶³, ao se fragmentar em diversos papéis sociais, acabou perdendo a sua centralidade para se tornar apêndice daquilo que consome.

Segundo o autor, o papel de consumidor de maior destaque nessa sociedade massificada, torna-se o definidor do lugar de cada um no sistema social: o indivíduo valerá tanto quanto puder participar, como consumidor, no mercado. Eis aí sua importância.

Em outras palavras, ao mesmo tempo em que o espaço de ausência de coerção do consumo privado faz dos indivíduos livres, retira-se a possibilidade de que estes sejam realmente livres para definir os rumos da sociedade, para o exercício de sua cidadania. A liberdade política do cidadão seria substituída pela liberdade econômica do consumidor.

Pietro Barcellona defende a função social como inserida no conteúdo do direito de propriedade, uma vez que o direito de propriedade é atribuído não a um indivíduo abstrato, mas ao sujeito privado como membro da comunidade.

Desta forma, acabou trazendo-se o consumidor para o centro do sistema econômico produtivo, que é alvo do mercado, uma vez que impulsiona o desenvolvimento econômico.

Diante de tal acontecimento, o consumidor é tratado como sujeito econômico da contemporaneidade. Pietro Barcellona assim comenta:

A través de un proceso complejo, que precisamente nos proponemos analizar y decifrar, la actualidad del sujeto viene luego transformada en principio de organización del sistema. El sistema ha pasado a ser, si es posible utilizar la expresión sin suscitar equívocos, sistema propietario. Esta transformación se produce mediante la inclusión de la propiedad, transformada en objeto disponible y reproducible, como principio organizativo y 'razón' y 'regra' del funcionamiento del sistema en su conjunto. Es decir, el sistema funciona como productor y destructor de objetos destinados a la apropiación y, al final de su 'ciclo vital', nos devuelve un sujeto en relación con el objeto consumible (que constituye el soporte del sistema). El sujeto propietario es transformado en sujeto consumidor⁶⁴.

Tal posição, assumida pelo consumidor, não ocorreu de forma inconsciente e desordenada. E, para que se materializasse, o mercado se

⁶³ O termo indivíduo designa duas coisas ao mesmo tempo: um objeto fora de nós e um valor. O primeiro é um sujeito empírico que fala, pensa e quer, é o modelo individual da espécie humana, que se encontra em todas as sociedades. O segundo é o ser moral independente, autônomo, não-social, que representa a ideologia moderna do homem e da sociedade. (DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 22.)

⁶⁴ BARCELLONA. **El individualismo**..., p. 91.

infiltrou na vida das pessoas, o que segundo o autor, acarretou a banalização do consumo, o consumir por consumir:

*Las nuevas jerarquias sociales de los consumidores supérfluos y em los símbolos de status de la sociedad de massas. Um gran imperativo parece dominar sin discusión: 'soy porque consumo', 'consumo porque todo está al alcance de mim mano, de mi deseo ilimitado de posses'*⁶⁵.

Pietro Barcellona refere-se a sociedade atual como sendo “*uma masa amorfa de indivíduos que persiguen frebilmente uma identidad imposible: el mundo de los objetos consumibles gobierna ya sus vidas según una lógica puramente cuantitativa.*”⁶⁶

A objetificação do sujeito gerou a consagração do fetichismo da subjetividade do consumidor, em que as pessoas deixam de se referir às coisas e passam a se referir às imagens sobre as quais essas próprias coisas se constroem⁶⁷.

O consumismo retira a liberdade real do consumidor, considerando que lhe resta consumir o que está sendo oferecido pelo mercado. Em tal mercado, a liberdade da pessoa não é real, sua autonomia é mitigada, uma vez que está condicionada à vontade dos objetivos econômicos, sendo o consumidor relegado à simples troca e exposto à condição de vulnerabilidade.

Segue trecho da obra de Pietro Barcellona sobre o tema:

*La reificación general, la reducción de todo a valor de cambio, es precisamente 'el mundo que se convierte em fábula'; es um debilitamiento de la fuerza apremiante de la realidad. En el mundo del valor de cambio generalizado todo viene dado como relato. Ya no hay necesidad de um centro de referencia. Las imagines se suceden los mensajes de los médios de comunicación de massas se convierten en una declinación vertiginosa de las relaciones entre el presente y la misma tradición*⁶⁸.

Como indicação de que o mercado tenta anular a capacidade crítica das pessoas e dominar as relações sociais indica-se a expressão conhecida de Henry Ford I em que comenta “*comprem o que quiserem, desde que seja um*

⁶⁵ BARCELLONA. **El individualismo...**, p. 146.

⁶⁶ BARCELLONA. **El individualismo...**, p. 20.

⁶⁷ FONTELLE, Isleide Arruda. **O nome da marca** – McDonald's, Fetichismo e Cultura Descartável. 2ª reimpressão. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 285.

⁶⁸ BARCELLONA. **El individualismo...**, p. 37.

Ford e de cor preta". Apesar da diversidade do contexto em que esta frase se formou, pode-se fazer um paralelo com os dias atuais e os produtos constantemente inseridos no mercado.

A despeito de a sociedade ser massificada, paradoxalmente, sua marca é o individualismo. Este acaba sendo utilizado pelo mercado para amoldar a pessoa no padrão de vida social que lhe convém, proporcionando-lhe assim uma identidade de consumidor⁶⁹.

O mercado aduz que o sujeito contemporâneo é o soberano da relação de consumo, pois ele tem o poder de escolha no momento de adquirir ou de substituir os objetos que não lhe agradam mais. Porém, seu poder de escolha seria relativizado pelo mercado, o que fragiliza o consumidor, conforme demonstra Pietro Barcellona:

En este triunfo de la mercancía absoluta se realiza la desaparición del sujeto que ya no puede arriesgar ni su fragilidad ni su muerte por la simple razón de que há sido inventado para defenderse de ellas, mientras que, por otro lado, no sabe defenderse de la seducción del objeto que lo arrastra a la ruína frente a la objetividad de la mercancía, la posición de sujeto simplemente se há hecho insostenible⁷⁰.

Segundo Barcellona a debilidade do consumidor no mercado de consumo dá ensejo ao resgate histórico-evolutivo do instituto de Direito Privado *favor debilis*. A debilidade é identificada como a fraqueza da liberdade e dos direitos humanos:

Paradójicamente, en la época en la que parece conseguirse el máximo reconocimiento de la libertad y los derechos humanos, el individuo que debería ser su titular parece reducirse a um resíduo externo a la trama de las cualificaciones y determinaciones positivas, a algo 'descartado' del sistema de los modelos y los roles⁷¹.

Quando Barcellona analisa a evolução do sujeito na sociedade - de proprietário a consumidor - considera-o, respectivamente, como originário e débil, pois a visão clássica de proprietário foi substituída pela propriedade de objetos de consumo:

⁶⁹ BARCELLONA. **El individualismo...**, p. 145-146.

⁷⁰ BARCELLONA. **El individualismo...**, p. 93.

⁷¹ BARCELLONA. **El individualismo...**, p. 90.

Es un proyecto a una especie de metamorfosis del 'sujeto originario' – en este caso, el burgués propietario – que, por así decir, imprime al proceso la dirección en la que debe marchar y después se deja absorber e incluir en los mecanismos de la objetivación, para ser restituído finalmente em términos aparentemente distintos y sin embargo marcados por aquel origen (en términos que lo hacen aparecer como más 'débil', que el sujeto originário)⁷².

Diante da visão de Pietro Barcellona, o consumidor assume a posição de agente central da sociedade contemporânea e o mercado gira em torno dele. Porém, o consumidor é sujeito econômico débil e carente nas suas relações.

Tais considerações encontram reflexo no conceito de consumidor, presente na legislação brasileira e na discussão que ele enseja na doutrina e jurisprudência. Deste modo, o Código de Defesa do Consumidor refere-se ao consumidor *stricto sensu* e ao equiparado, o *bystander* da relação de consumo. Acerca do primeiro, o artigo 2º assim dispõe:

Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final⁷³.

Diante da definição legal, a única característica restritiva seria a aquisição ou utilização do bem como destinatário final. Contudo, existem duas teorias que tentam definir o campo e aplicação do Código: os finalistas e os maximalistas, cujo embate segue por uma interpretação sistemática e teleológica do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor pelos primeiros, e uma interpretação gramatical pelos segundos⁷⁴.

Para os finalistas, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial concedida aos consumidores. Afinal, a tutela só existe porque o consumidor é parte vulnerável nas relações contratuais, sendo, portanto, importante interpretar a expressão “destinatário final”.

⁷² BARCELLONA. **El individualismo..**, p. 90.

⁷³ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. 21 ed. São Paulo: Atlas. 2010.

⁷⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4 ed. ver. e ampl. Incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 307.

Destinatário final, segundo os finalistas, seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja pessoa física ou jurídica⁷⁵. Não basta ser destinatário fático do produto retirando-o da cadeia de produção. Esta interpretação restringe a figura do consumidor aquele que adquire o produto para uso próprio e de sua família, excluindo os que utilizam o bem na sua cadeia de produção⁷⁶.

Para os maximalistas, o Código de Defesa do Consumidor é um novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas somente para o consumidor não profissional. Diante da teoria defendida pelos maximalistas, o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor deveria ser interpretado da forma mais extensa possível, e destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, isto é, consome-o.

Cláudia Lima Marques é adepta da teoria finalista, interpretando a regra do Código de Defesa do Consumidor esculpida no art. 2º de acordo com o sistema de tutela especial⁷⁷.

O Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência sob o n. 41.056, mediante a relatoria do ministro Aldir Passarinho Junior, definiu que destinatário final é aquele que assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza, isto é, quando o bem ou serviço, mesmo que componha o estabelecimento empresarial, não integra diretamente – por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda – o produto ou serviço ofertado a terceiros⁷⁸.

O ministro afirma que a definição de consumidor estabelecida pela Segunda Seção (Recurso Especial n. 541.867) foi orientada pela doutrina finalista ou subjetiva, segundo a qual, de regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no artigo 2º do CDC.

⁷⁵ MARQUES. **Contratos...**, p. 253.

⁷⁶ MARQUES. **Contratos...**, p. 254.

⁷⁷ MARQUES. **Contratos...**, p. 279.

⁷⁸ BRASIL. STJ. Conflito de Competência 41.056/SP - Min. Rel. Aldir Passarinho Junior - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 jan. 2011.

Registre-se, no entanto, um certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, *in concreto*, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

Para o presente trabalho esta celeuma não afetará em demasia, isso porque será tratado sobre o consumidor idoso, sendo este destinatário final do produto, momento em que se utiliza a tutela especial do Código de Defesa do Consumidor, visando minimizar o desequilíbrio nas relações de consumo⁷⁹.

De toda forma, ressalte-se que há divergência no conceito de consumidor conforme apresentada por Pietro Perlingieri.

Na realidade, os *status* de pessoa e de cidadão têm um valor absoluto; ao contrário, o consumidor é uma condição ligada às circunstâncias concretas e às efetivas modalidades de contratação. [...] O consumidor não é um *status*, mas uma posição contratual a ser individualizada e averiguada a cada vez: o sujeito ora é consumidor, ora é produtor ou empresário em condições de dependência econômica ou tecnológica, como no contrato de subfornitura, onde existe a necessidade de obviar as macroscópicas disparidades de poder contratual, tutelando a parte vulnerável⁸⁰.

Por conta desta ambiguidade, necessário apresentar a temática do consumidor não apenas em termos descritivos, mas em termos de sistema, e, tal sistema realiza um interesse merecedor de tutela, também sob o perfil constitucional⁸¹. Até mesmo porque não é possível individuar a natureza derogável ou inderrogável das normas ordinárias, salvo no contexto dos princípios constitucionais que caracterizam o ordenamento vigente.

O Código de Defesa do Consumidor, tomado como microssistema, é peça de uma engrenagem, na qual os valores são definidos na Constituição Federal. Nela estão inseridos os princípios fundamentais que não de ter

⁷⁹ “No caso dos contratos, o problema é o desequilíbrio. Flagrante de forças contratantes. Uma das partes é vulnerável (art. 4, I), é o pólo mais fraco da relação contratual, pois não pode discutir o conteúdo do contrato; mesmo que saiba que determinada cláusula é abusiva, só tem uma opção ‘pegar ou largar’, isto é, aceitar o contrato nas condições que lhe oferece o fornecedor ou não aceitar e procurar outro fornecedor. Sua situação é estruturalmente e faticamente diferente da do profissional que oferece o contrato. Este desequilíbrio de forças entre os contratantes é a justificação para um tratamento desequilibrado e desigual dos contratantes, protegendo o direito àquele na posição mais fraca, o vulnerável, o que é desigual fática e juridicamente.” (MARQUES. **Contratos**., p. 268)

⁸⁰ PERLINGIERI. **O direito**., p. 542-543.

⁸¹ PERLINGIERI. **O direito**., p. 543.

interferência na atividade interpretativa sobre quaisquer outros⁸², não sendo possível o afastamento do consumidor⁸³ como pessoa e sendo identificado apenas como mera posição no mercado.

A atividade interpretativa precisa ir além do juízo da ilicitude, deve verificar se as relações estão atendendo concretamente os valores constitucionais. Isso porque, se assim se desse, se o consumidor fosse descartado do ordenamento seria possível a apresentação de resultados, em relação de locação ou consumo, diferenciados em termos de proteção à pessoa humana⁸⁴.

Gustavo Tepedino chega a seguinte conclusão:

... parece-me chegada a hora de buscarmos uma definição de um conjunto de princípios ou de regras que se constituam em normas gerais a serem utilizadas não de forma isolada em um ou outro setor, mas de maneira abrangente, em consonância com as normas constitucionais, para que se possa, só então, e a partir daí, construir o que poderia ser uma nova teoria contratual, ou – por que não? -, uma teoria contratual revitalizada, constitucionalizada, e até despatrimonializada, relativizada pela tensão dialética incessante entre a produção legislativa e a atividade econômica⁸⁵.

Diante da alteração do foco do individualismo proprietário ao individualismo de consumo, que reflete os ideais de tutela da pessoa humana pelo Estado social, criaram-se institutos visando suprir as carências do consumidor, na tentativa de se manter o equilíbrio nas relações de consumo, como a indicação de vulnerabilidade a seguir apresentada.

1.3O princípio da vulnerabilidade do consumidor

Com o advento das sociedades pós-industrializadas, no século XX, assiste-se verdadeira padronização contratual no âmbito das relações de consumo, marcada pela elaboração de contratos de conteúdo homogêneo (pré-redigidos e aplicáveis a uma série de futuras relações contratuais) visando

⁸² TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *In Temas de Direito Civil*. 4. Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 242.

⁸³ “Este, antes de ser consumidor, é pessoa humana, par cuja proteção se volta inteiramente o constituinte.” (TEPEDINO. *Temas de...*, p. 244.)

⁸⁴ TEPEDINO. *Temas de...*, p. 243.

⁸⁵ TEPEDINO. *Temas de...*, p. 246.

economia, praticidade e segurança às relações comerciais. Dessa forma, garantia-se maior celeridade à celebração dos negócios jurídicos, porquanto eliminada a necessidade de elaborar, para cada adquirente em particular, um instrumento contratual específico, no qual se devesse discutir todo o conteúdo a ser regulado⁸⁶.

É que assevera Fernando Noronha

Foram necessidades da economia que vieram a dar relevo a estes contratos padronizados. O próprio processo capitalista de progressiva concentração industrial e comercial não só reduziu o número de empresas existentes, como também exigiu delas, por razões de racionalidade econômica, pela necessidade de reduzir custos, pelo imperativo de acelerar o ritmo dos negócios, que as transações fossem simplificadas – o que só podia ser feito através da adoção de técnicas contratuais uniformes, com pré-fixação de cláusulas contratuais gerais. É a própria economia moderna que exige a padronização e, por isso, não existe uma empresa de grande ou de médio porte que normalmente aceite discutir os termos de contratação estabelecidos para a generalidade dos seus clientes⁸⁷.

O que se verifica com o surgimento da sociedade de consumo é uma crescente despersonalização das relações contratuais; já não se vislumbra a formatação de um contrato específico para cada indivíduo, com conteúdo personalizado e previamente discutido em decorrência da incompatibilidade de tal procedimento frente à celeridade exigida por um sistema de produção e distribuição de bens e serviços em larga escala; pelo contrário, formula-se com precedência o conteúdo de instrumentos contratuais que serão ofertados a uma pluralidade de consumidores ainda desconhecidos. Deste modo é que os

⁸⁶ “Na verdade, o que se convencionou indicar como relação de igualdade, sobretudo centrado na figura do contrato entre livres e iguais, era uma conformação própria do liberalismo político e econômico, traduzido no individualismo jurídico, que acabou por redundar no dogma da autonomia da vontade. Fundado na idéia de liberdade para contratar entre iguais, do que, conseqüentemente, surgiu a força obrigatória dos pactos contraídos entre homens livres (*pacta sunt servanda*), o único modo de excluir-se a vinculatidade da obrigação, por muito tempo, era a alegação dos chamados vícios de consentimento. Concentrou-se, pois, na construção de um significado de igualdade jurídica abstrata, manifestada sobretudo por meio do instituto do contrato, mas que não guardava relação com a situação fática específica.” (MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental – conseqüências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**. n.º 43. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho/setembro, 2002. p. 119.)

⁸⁷ NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**. n.º 20. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro/dezembro, 1996. p. 95.

contratos padronizados⁸⁸ passam a predominar nas relações contratuais entre fornecedores e consumidores.

Judith Martins Costa assim ressalta:

Não se pode enquadrar esses “conjuntos humanos” uniformes e padronizados em seus estilos de vida, em seu comportamento social, em seu raciocínio, nas formas de sua vestimenta e nas necessidades criadas ou dirigidas pelo mercado de consumo, na mesma moldura recortada por séculos ao indivíduo, homem isolado em sua singularidade, sobre o qual se assentou, com base ou justificativa, o padrão de igualdade formal e de liberdade inscrito no substrato político do dogma da livre manifestação da vontade⁸⁹.

Não seria demasiado afirmar que está enfraquecido o caráter sinalagmático dos contratos por uma utilização cada vez maior de contratos de adesão⁹⁰. Quando se muda a linguagem do contrato e o tratamento concedido ao consumidor, este fica sujeito ao que estão lhe impondo, deixando de ser uma pessoa especial, para ser tão somente parte da massa de consumidores⁹¹. E, em termos jurídicos, pode-se dizer que quando a bilateralidade de qualquer contratação deixa de ser verificada, a igualdade se enfraquece, evidenciando a vulnerabilidade do consumidor.

O papel do consumidor neste contexto limita-se à aceitação em bloco de cláusulas previamente fixadas pelo fornecedor, figurando a ausência de debate prévio como elemento essencial deste modo de contratação⁹². Podem-se elencar como características precípua do contrato de adesão: a) pré-

⁸⁸ NORONHA. *Op. cit.*, p. 94.

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. nº 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, setembro/dezembro, 1992. p. 136.

⁹⁰ “A crise da massificação dos contratos levou a alguns a afirmarem ‘a morte do contrato’, reabsorvido no *mainstream* dos atos ilícitos. A massificação dos contratos de adesão e das condições gerais contratuais foi o primeiro fenômeno da despersonalização do contrato, por meio de uma nova pluralidade e objetividade. Os consumidores são o exemplo desta pluralidade, mas também os fornecedores se organizaram em cadeias de fornecimento, não sendo sempre possível identificar com quem exatamente é a relação de consumo.” (MARQUES, Claudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004. p. 64.)

⁹¹ BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 61, 2007. p. 126-141.

⁹² PONTES DE MIRANDA adverte, contudo, que esta predisposição do conteúdo contratual através de fórmulas rígidas não retira dos contratos a bilateralidade das manifestações de vontade. O que se diminui, segundo o autor, é a incursão na autonomia da vontade. Esta, não resulta, assim, eliminada. (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. p. 34.)

elaboração unilateral; b) oferta uniforme e geral a futuras relações contratuais, até então indeterminadas; e c) modo de aceitação por simples adesão. Destaque-se, por relevante, não ser o contrato de adesão uma espécie nova e independente de contrato, mas tão-somente um método de contratação, no qual prevalece a pré-elaboração do conteúdo contratual pela parte economicamente mais forte, restando a adesão do outro parceiro contratual⁹³.

Os métodos de contratação em massa trouxeram vantagens (celeridade, praticidade), mas essa nova realidade também trouxe algumas desvantagens, especialmente para o consumidor, como a possibilidade de inclusão de cláusulas abusivas. Percebeu-se que, na maioria dos casos, o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixaram claro o desnível entre os contratantes, pela fixação unilateral das disposições contratuais, em detrimento do contratante mais fraco. A distância entre a disposição da lei (igualdade entre os sujeitos contratuais) e a realidade era notória, predominando o desequilíbrio de forças entre as partes contratantes.

Desse cenário retira-se a necessidade de proteção dos consumidores. As regras de sua proteção surgem, basicamente, da necessidade de obtenção de igualdade⁹⁴ entre aqueles que eram naturalmente desiguais⁹⁵.

A nova realidade social, industrializada e massificada em suas relações, vem provocar as exigências de normas de tutela específica do

⁹³ Neste sentido, MARQUES. **Contratos...**, p. 67.

⁹⁴ “O fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se, em primeiro lugar, no princípio da igualdade, isto é, no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais. Esta é uma das formas de igualdade, a primeira porque a mais básica, a que normalmente se denomina de “igualdade formal”, segundo a qual “todos são iguais perante a lei”.

Logo se iria verificar, contudo, que essa espécie de igualdade, exclusivamente formal, era insuficiente para atingir o fim desejado, isto é, não privilegiar nem discriminar, uma vez que as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas. Adotou-se então, normativamente, uma outra forma de igualdade, a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade; essa passou a ser a formulação mais avançada da igualdade de direitos.” (BODIN DE MORAES. **O conceito de...**, p. 121.)

⁹⁵ BONATO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor – Cláusulas Abusivas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 72.

consumidor, de uma ética social, e da intervenção do Estado, no sentido de amparar os mais fracos⁹⁶.

E é neste mesmo sentido que Maria Cecília Nunes Amarante se manifesta:

Exposto aos fenômenos econômicos, tais como a industrialização, a produção em série e a massificação, assim vitimados pela desigualdade de informações, pela questão de produtos defeituosos e perigosos, pelos efeitos sobre a vontade e a liberdade, o consumidor acaba lesionado na sua integridade econômica e na sua integralidade físico-psíquica, daí emergindo como vigoroso ideal a estabilidade e a segurança, o grande anseio de protegê-lo e colocá-lo em equilíbrio nas relações de consumo⁹⁷.

As relações de consumo são cada vez mais despersonalizadas, muito velozes, envolvem grandes valores em dinheiro e informações cada vez mais rápidas, ou seja, o modo de consumidor mudou^{98 99}. Quando se analisa este fato, chega-se a pensar que a relação de consumo esta à beira das incertezas da instantaneidade, volume e descartabilidade, levando a justificar a tentativa cada vez maior de minimizar os riscos e manter a segurança e equilíbrio.

A respeito deste assunto Ricardo Luis Lorenzetti¹⁰⁰ assim comenta:

Há sido descripto suficientemente en la filosofía y en la teoría social, como um aspecto de las sociedades maduras que van fraccionando en múltiples sectores autonómicos, que van cambiando su escala cuantitativa hacia dimensiones masivas y planetária, que aceleran el tiempo y la sofisticación de los dispositivos del consumo, todo lo cual presenta distantes, anónimas, hipercomplejas. Este aspecto de una sociedad "posmoderna" tiene su impacto indubitable en la ciência jurídica, que reformula sus herramientas para comprender y regular estes fenômenos.

Em decorrência da intensa transformação da sociedade, é possível identificar como imprescindível a interpretação do ato de consumir, mediante a

⁹⁶ "A efetiva proteção aos consumidores surgiu após a segunda metade do século XX, devido à expansão da massificação dos produtos em decorrência do modelo capitalista, surgindo, assim, a preocupação do Estado no controle das relações de consumo devido ao desequilíbrio entre poder econômico dos fornecedores frente aos consumidores." (GÓNGORA. Cláudia. **O Direito do Consumidor e o Mercosul, relações de consumo no direito brasileiro**. São Paulo: Método, 2001. p. 15.)

⁹⁷ AMARANTE, Maria Cecília Nunes. **Justiça ou equidade nas relações de consumo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998. p. 15-16.

⁹⁸ BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação: direito e dever nas relações de consumo São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008 (Biblioteca de Direito do Consumidor. V 37) p. 62-63.

⁹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico...**, p. 65.

¹⁰⁰ Cf LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como aparência y la aceptación basada em la confianza. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v 35, p. 9-38, 2000.

aplicação de princípios que favoreçam o consumidor, perseguindo a garantia fundamental do direito à igualdade¹⁰¹.

Neste sentido Cláudio Monato:

O código de defesa do consumidor veio para confirmar, de maneira concreta, o princípio da igualdade, pois surgiu para cumprir o objetivo maior de igualar os naturalmente desiguais, jamais podendo acontecer o inverso, isto é, desigualar os iguais¹⁰².

O consumidor é aquele que não dispõe de controle sobre os bens de produção, em razão de se submeter ao poder dos titulares da produção. Isso induz à realidade de que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo, essencialmente quando se tem em conta que os detentores dos meios de produção é que determinam o que produzir, para quem produzir e, principalmente, qual a margem de lucro que empregarão e, por conseguinte, o preço final a ser pago pelo consumidor¹⁰³.

Com a renovação da teoria contratual por intermédio das tendências sociais antes mencionadas, em face dos postulados de um Estado Social de Direito e da realidade das sociedades de massas, a Estado passa a intervir nas relações obrigacionais.

A estrutura do contrato de adesão não permite que ele seja interpretado de forma similar aos demais contratos, principalmente em virtude da mitigada autonomia da vontade, característica marcante neste tipo de técnica contratual, observada no predomínio da vontade de um dos contratantes.

¹⁰¹ “Se, num primeiro momento, logo após a instauração dos Estados de Direito na Europa Ocidental, a igualdade substancial gerou significativas alterações legislativas – que, tomadas em seu conjunto, viriam a formar a estrutura normativa dos chamados *Welfare States* -, hoje a questão mais debatida coloca-se em outros termos, isto é, na reivindicação de um “direito a diferença”. Esta ideia parte do princípio de que, em lugar de se reivindicar uma “identidade humana comum”, é preciso que sejam contempladas, desde sempre, as diferenças existentes entre as pessoas, evidência empírica que pode ser facilmente comprovada: os homens não são iguais entre si, e para confirmar esta assertiva basta pensar em dicotomias facilmente visualizáveis, como cultos, analfabetos, sadios e deficientes, heterossexuais e homossexuais.” (BONDIN DE MORAES. **O conceito de..**, 122.)

¹⁰² BONATO, Cláudio. MORAES, Paulo Valério dal Pai. **Questões controvertidas no código de defesa do consumidor**. 2 ed. Porto Alegre, 1999. p. 30.

¹⁰³ FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições Gerais (comentadas no código do consumidor) *In* GRINOVER, Ada Pellegrini, et all. 6 ed. **Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Forense, 2001. p. 54.

O Código Civil de 2002 trouxe dois artigos específicos sobre as regras de interpretação dos contratos de adesão: artigo 423 e artigo 424. O art. 423 relata que “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Cláusulas ambíguas são aquelas que oferecem mais de um sentido, a partir da interpretação gramatical. Já as contraditórias são aquelas em que o conteúdo de uma delas é incompatível com o disposto em outra cláusula.

O dispositivo em comento tem dupla função: ao mesmo tempo em que inibe o predisponente na elaboração de cláusulas abusivas ou que ensejem excessiva vantagem para si (natureza preventiva), determina a leitura mais favorável ao aderente, quando presentes tais aberrações (natureza corretiva)¹⁰⁴.

O art. 424 estabelece que “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio¹⁰⁵”. Nos dizeres de Bierwagen:

Quis o legislador proteger os direitos correlatos que na prática comercial são comumente excluídas por cláusulas padrão como a de não-reparação pelos danos decorrentes de defeitos da coisa ou pela má prestação de serviços, não-indenizabilidade de vícios redibitórios, evicção, etc¹⁰⁶.

Considerando que são cláusulas nulas, podem ser alegadas a qualquer tempo e serem decretadas de ofício pelo juiz, além de terem seus efeitos retroagidos no tempo (eficácia *ex tunc*).

O art. 47 do Código de Defesa do consumidor serviu para esta finalidade e prevê que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor¹⁰⁷”. O princípio da isonomia tem sido entendido como busca da igualdade substancial real, e não apenas formal¹⁰⁸, por isso a necessidade de tratar o consumidor de maneira desigual.

¹⁰⁴ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 96.

¹⁰⁵ BRASIL. Código Civil. 1 ed. São Paulo: Manole, 2002.

¹⁰⁶ BIERWAGEN. *Op. cit.* p. 96.

¹⁰⁷ BRASIL. Código Civil. 1 ed. São Paulo: Manole, 2002.

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. VASCONCELLOS, Antônio Herman. FINK, Benjamin Daniel Roberto Fink, FILOMENO, José Geraldo Brito Filomeno, WATANABE, Kazuo, NERY JÚNIOR,

O Código de Defesa do Consumidor introduz um segundo e poderoso instrumento para alcançar a justiça ou equidade contratual, qual seja, a nova noção de equilíbrio mínimo das relações de consumo¹⁰⁹. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o contrato passa a ter seu equilíbrio, conteúdo ou equidade mais controlado, valorizando-se o seu sinalagma. O papel preponderante da lei sobre a vontade das partes, a impor uma maior boa fé nas relações de mercado, conduz o ordenamento jurídico a controlar mais efetivamente este sinalagma¹¹⁰ e, como conseqüência, o equilíbrio contratual.

O princípio da vulnerabilidade instituído pelo Código de Defesa do Consumidor aflora como tentativa de dirimir os efeitos da predominância da vontade de uma das partes. Essa fragilidade e impotência frente ao poder econômico é que caracteriza a vulnerabilidade do consumidor. Assim, o princípio da vulnerabilidade do consumidor é considerado:

O princípio do qual o sistema jurídico brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação¹¹¹.

O princípio da vulnerabilidade está diretamente relacionado com o outro princípio que lhe é pressuposto, o da igualdade. Aquele que é vulnerável, necessariamente se encontra em situação desigual. Pode-se afirmar que o princípio da vulnerabilidade é subprincípio, derivado do princípio constitucional da igualdade expresso no caput do art. 5º da Constituição Federal.

Cláudia Lima Marques¹¹², ao falar da vulnerabilidade, indica que ela é filha do princípio da igualdade afirmando o seguinte:

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

Nelson. DENARI, Zelmo. **Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Fonte Universitária, 2001. p 488.

¹⁰⁹ MARQUES. **Contratos..**, p. 240.

¹¹⁰ MARQUES. **Contratos..**, p. 240.

¹¹¹ MORAES. Paulo Valerio dal Pai. **Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 96.

¹¹² MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antonio Herman V. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 144.

situações e pessoas: aos iguais trata-se igualmente, aos desiguais trata-se desigualmente para alcançar a justiça. Já a vulnerabilidade é filha deste princípio, mas noção flexível 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.

José Geraldo Filomeno, ao comentar a vulnerabilidade do consumidor, retoma a célebre frase de Henry Ford: *o consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte que o seu elo mais fraco*¹¹³.

Paulo Valério dal Pai de Moraes assim define vulnerabilidade:

Vulnerabilidade é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação¹¹⁴.

O Código de Defesa do Consumidor regula a relação de consumo na busca do reequilíbrio na relação entre consumidor e fornecedor, seja reforçando a posição do consumidor, seja limitando certas práticas abusivas impostas pelo fornecedor. Desta forma, importante é a preocupação do Código em tutelar a parte mais fraca na relação consumeirista, conforme indica Cláudia Lima Marques:

O CDC brasileiro concentra-se justamente no sujeito de direitos, visa proteger este sujeito, sistematiza suas normas a partir desta idéia básica de proteção de apenas um sujeito “diferente” da sociedade de consumo: o consumidor. É um Código especial para “desiguais”, para “diferentes” em relações mistas entre um consumidor e um fornecedor¹¹⁵.

A imperatividade das normas do Código de Defesa do Consumidor tem por objetivo proteger o consumidor, erradicando o desequilíbrio em que se

¹¹³ FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições Gerais (comentadas no código do consumidor) In: GRINOVER, Ada Pellegrini, et all. 6 ed. **Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Forense, p. 54.

¹¹⁴ MORAES, Paulo. *Op. cit.* p. 96.

¹¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima Marques. **Contratos...**, p. 53.

encontra o mercado de consumo, na tentativa de alcançar uma realidade social mais justa e real em conformidade com o princípio da vulnerabilidade do consumidor, uma das vigas mestras do Código.

Cláudia Lima Marques indica a existência de quatro tipos diferentes de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional.

Em resumo, em minha opinião atual existem quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional. Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços¹¹⁶.

A vulnerabilidade técnica é aquela que acontece quando o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo, e acaba sendo facilmente enganado quanto às características do produto ou serviço.

Paulo Valério dal Pai Moraes¹¹⁷ indica, ainda, que a vulnerabilidade técnica também pode ser configurada por outros motivos como, por exemplo, a falta de informação ou por informações prestadas de forma incorreta, e até mesmo diante do excesso de informações desnecessárias para induzir o consumidor em erro, uma vez que se perde no meio de informações e não percebe aquelas informações que realmente lhe interessam.

Quanto à vulnerabilidade jurídica Cláudia Lima Marques¹¹⁸ indica como:

Já a vulnerabilidade jurídica ou científica é falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. Esta vulnerabilidade, no sistema do CDC, é presumida para o consumidor não-profissional e para o consumidor pessoa física.

Neste item, Paulo Valério dal Pai Moraes¹¹⁹ diverge da autora, pois sustenta que a deficiência de conhecimentos jurídicos corresponde a mesma

¹¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: RT, 2006. p. 320.

¹¹⁷ MORAES, Paulo. *Op. cit.* p. 116.

¹¹⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código..**, p. 320.

vulnerabilidade técnica. Ele defende a vulnerabilidade jurídica no momento em que surge algum problema decorrente da relação de consumo em que se reclama a adoção de medidas capazes de solucioná-los, por parte do consumidor, seja perante o fornecedor, ou aos órgãos de defesa do consumidor, evidenciando, desta forma, a vulnerabilidade jurídica extrajudicial, pré-processual, e, ainda, a judicial.

Quanto à vulnerabilidade fática, econômica ou social, elas decorrem da ausência de paridade de forças existentes, em que os consumidores e os agentes econômicos favorecem a sua imposição da vontade em prejuízo do consumidor. Paulo Valério¹²⁰ defende que economicamente o consumidor é vulnerável porque está submetido às imposições econômicas e políticas dos mais fortes, sofrendo diretamente os reflexos de qualquer medida que venha a interferir na circulação de moeda.

Cláudia Lima Marques¹²¹ indica que:

Mas há ainda a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, em que o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam – por exemplo, quando um médico adquire um automóvel através do sistema de consórcios para poder atender as suas consultas, e submete-se às condições fixadas pela administradora de consórcios ou pelo próprio Estado.

A autora chama atenção para a importância da aparência, da comunicação e da informação, neste mundo de consumo cada vez mais visual, rápido e de risco.

É importante que se tenha em mente que o agente econômico da relação de consumo - o fornecedor - sempre deterá informação privilegiada e pode não informar por completo os consumidores, pode agir de boa fé com lealdade e transparência, ou simplesmente omitir alguma informação que indique ser irrelevante. Porém, a informação precisa, necessariamente, ser repassada da forma mais completa possível ao consumidor para que se tente,

¹¹⁹ MORAES, Paulo. *Op. cit.* p. 120.

¹²⁰ MORAES, Paulo. *Op. cit.* p. 161.

¹²¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código..**, p. 320.

de alguma forma, manter ou tentar manter a igualdade das partes e assim possa o consumidor exercer sua liberdade de escolha¹²².

Lembre-se que o fator confiança é deveras importante para os idosos, considerando que eles vêm de uma época em que esse valor era a base de tudo, e nos dias atuais cada vez mais importante a tutela do direito, a garantia dos direitos e eventuais 'novos' direitos que entendam serem seus.

No mundo competitivo, de consumo, por seu turno, em que os bens são cada vez mais descartáveis, o idoso acaba sendo diretamente afetado por confiar, sendo então, necessário que regras claras de informação sejam impostas para que respostas sejam exigidas:

A crescente evolução da sociedade no sentido desta juridificação não elimina a confiança. A normativização e a inerente 'regidificação' das expectativas não logra expulsá-la nem a torna dispicienda. Ela continua a exercer uma presença básica e imprescindível na vida social, pois de outro modo não se encetaria relacionamento humano algum. Aliás, comprova-se que a aludida tendência para a juridificação vai de par com a progressiva falta de transparência e complexificação das sociedades modernas; o que, considerando o caráter insuficiente e a precariedade relativa das medidas de controle e de segurança instituídas (ou, em qualquer caso, a respectiva sensação), exige redobrados 'níveis de confiança' da parte dos sujeitos e obra a uma tutela particularmente eficaz para conseguir um funcionamento aceitável do sistema social em seu conjunto¹²³.

A vulnerabilidade do consumidor pode ser manifestada de diversas formas, especialmente pela manipulação do conteúdo, que se presume pelo consumidor ser fidedigno, corresponder a realidade do que estão lhe oferecendo, razão que justifica a responsabilização pela frustração de expectativas.

Carneiro assim comenta:

¹²² "Nas relações entre leigos e experts, consumidores e fornecedores, um dos agentes econômicos detém a informação, sabe algo, e pode comunicar este algo para o outro ou omitir, pode fazê-lo de boa-fé e lealmente, informando sobre os riscos, os perigos, os efeitos colaterais, as chances de sucesso, ou não informar, não compartilhar a informação que detém. [...] Ao consumidor é assegurado neste micro-sistema do CDC o direito básico à informação sobre o produto ou serviço, assim como direito ao acesso à informação necessária, clara, objetiva, como especificam os incs. I, II e III do art. 6º [...] A informação no CDC é, ao mesmo tempo, instrumento de liberdade, de igualdade e de solidariedade na sociedade de consumo." (Cf MARQUES, Cláudia Lima. Apresentação. In BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor v. 37) p. 12-13)

¹²³ CARNEIRO DE FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 19.

A intervenção da ordem jurídica pode visar de tudo ressarcir o sujeito do dano ocasionado pela frustração das expectativas que acalentou, concedendo-lhe portanto (apenas) uma pretensão dirigida à reparação do prejuízo que ele não teria sofrido se não tivesse confiado¹²⁴.

Sobre a vulnerabilidade Paulo Valério assim comenta:

Vulnerabilidade sob o enfoque jurídico é, então o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venha(m) 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 relação¹²⁵.

O consumidor está, sob diversos enfoques, em visível situação de fragilidade – vulnerabilidade – no mercado de consumo, não apenas em relação a interesses patrimoniais, mas também em seus interesses existenciais (projeção da dignidade humana – art. 1º, III da CF/88).¹²⁶

O princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo faz parte da política de relações de consumo, que tem por objetivo “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde, a segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo¹²⁷”.

A teoria finalista, que entende ser consumidor aquele que adquire o produto ou serviço como destinatário final, indica que a vulnerabilidade do consumidor é presumida. Já a teoria maximalista, que amplia o conceito de consumidor, entende que a vulnerabilidade deve ser comprovada.

Cláudia Lima Marques assim comenta:

Esta vulnerabilidade no sistema do CDC é presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se. Considere-se, pois a importância desta presunção de vulnerabilidade

¹²⁴ CARNEIRO DE FRADA. *Op. cit.*, p. 42.

¹²⁵ MORAES, Paulo. *Op. cit.* p. 125.

¹²⁶ BESSA, *Op. cit.*, p. 126-141.

¹²⁷ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. 21 ed. São Paulo: Atlas. 2010. Art. 4º.

jurídica do agente consumidor (não profissional) como fonte irradiadora de deveres de informação do fornecedor sobre o conteúdo do contrato, em face da complexidade da relação contratual conexa e dos múltiplos vínculos cativos (por exemplo, vários contratos bancários em um formulário, vínculos com várias pessoas jurídicas em um contrato de planos de saúde) e da redação clara deste contrato, especialmente o massificado e de adesão¹²⁸.

A discussão existente entre as teorias finalistas e maximalistas no que diz respeito a presunção ou não da vulnerabilidade do consumidor faz com que seja necessária a reflexão no que diz respeito a hipervulnerabilidade dos idosos, se seria ela ou não presumida e extensiva a toda a categoria de idosos.

1.4 A Hipervulnerabilidade do consumidor idoso

O primeiro questionamento a que se faz seria quem é o idoso de quem fala-se no presente estudo, quais são as pessoas que compõe esta categoria e quais são as suas características. Assim, visando iniciar com uma abordagem mais concreta e descritiva apresenta-se uma síntese de importante relato de Simone de Beauvoir, quando já idosa, escreveu um dos mais complexos ensaios sobre a velhice. No ensaio, a autora apontou aspectos biológicos e sociológicos do envelhecimento, estudou a velhice nas sociedades históricas e acabou por trazer à discussão a experiência de velhice de artistas, filósofos, e de pessoas desconhecidas.

A autora relata¹²⁹ que o que caracteriza fisiologicamente o homem na senescência é o que o Doutor Destrem chama de uma “*transformação pejorativa dos tecidos*”. Ou seja, a debilidade fisiológica, o declínio.

E a autora continua seu relato:

A massa dos tecidos metabolicamente ativos diminui, enquanto aumenta a dos tecidos metabolicamente inertes: tecidos intersticiais e fibroesclerosados; eles são objeto de uma desidratação e de uma degeneração gordurosa. Há uma diminuição marcada da capacidade de regeneração celular. O progresso do tecido intersticial sobre os tecidos nobres é principalmente surpreendente no nível das glândulas e do sistema nervoso. Ele acarreta uma involução dos principais órgãos e um enfraquecimento de certas funções que não cessam de declinar até a morte.

¹²⁸ MARQUES. **Comentários ao...**, p. 145.

¹²⁹ DE BEAUVOIR. Simone. **A velhice**. Tradução de MARTINS, Maria Helena Franco. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. p. 33.

Fenômenos bioquímicos se produzem: aumento do sódio, do cloro, do cálcio; diminuição do potássio, do magnésio, do fósforo e das sínteses protéicas¹³⁰.

Tais alterações fisiológicas de declínio, muitas vezes imperceptíveis às pessoas próximas, ocasiona alterações físicas mais aparentes. É inevitável o envelhecimento físico, a aparência da pessoa muda, seus traços, a cor dos seus cabelos, a pele. Este novo período da vida passa a ser perceptível por todos, o avanço da idade, as alterações são por muitas pessoas consideradas cruéis, e, apesar de tentativas da medicina de torná-las menos evidentes, são implacáveis. A respeito deste item segue descrição física narrada por Simone de Bouavoir:

A aparência do indivíduo se transforma e permite que se possa atribuir-lhe uma idade, sem muita margem de erro. Os cabelos embranquecem e se tornam rarefeitos, não se sabe por quê: o mecanismo da despigmentação do bulbo capilar permanece desconhecido; os pêlos embranquecem também, enquanto em certos lugares – no queixo das mulheres velhas por exemplo – começam a proliferar. Por desidratação e em consequência da perda de elasticidade do tecido dérmico subjacente, a pele se enrug. Os dentes caem [...] A perda dos dentes acarreta um encolhimento da parte inferior do rosto, de tal maneira que o nariz – que se alonga verticalmente por causa da atrofia de seus tecidos elásticos – aproxima-se do queixo. A proliferação senil da pele traz um engrossamento da pálpebras superiores, enquanto se formam papos sob os olhos. O lábio superior minguia; o lóbulo da orelha aumenta. Também o esqueleto se modifica. Os discos da coluna vertebral empilham-se e os corpos vertebrais vergam: entre 45 e 85 anos o busto diminui dez centímetros nos homens e quinze nas mulheres. A largura dos ombros se reduz e bacia aumenta; o tórax tende a tornar uma forma sagital, sobretudo nas mulheres. A atrofia muscular e a esclerose das articulações acarretam problemas de locomoção. O esqueleto sofre de osteoporose: a substância compacta do osso torna-se esponjosa e frágil; é por este motivo que a ruptura do colo do fêmur, que suporta o peso do corpo, é um acidente freqüente¹³¹.

Características ligadas ao biológico e físico fazem com que a capacidade dos idosos seja diminuída, o raciocínio seja afetado 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 em um cenário pessoal complexo e digno de atenção.

Segue outro trecho da obra de Simone de Bouavoir tratando sobre o tema:

¹³⁰ DE BEAUVOIR. *Op. cit.* p. 33.

¹³¹ DE BEAUVOIR. *Op. cit.* p. 33.

O coração não muda muito, mas seu funcionamento se altera; perde progressivamente suas faculdades de adaptação; o sujeito deve reduzir suas atividades para poder poupá-lo. O sistema circulatório é atingido; a arteriosclerose não é a causa da velhice, mas é uma das suas características mais constantes. Não se sabe exatamente o que a provoca: desequilíbrios hormonais, dizem uns; uma tensão sanguínea excessiva dizem outros; pensa-se em geral que a causa principal é uma perturbação do metabolismo dos lipídeos. As conseqüências são variáveis. Por vezes a arteriosclerose atinge o cérebro. Em todo o caso, a circulação cerebral torna-se mais lenta. As veias perdem sua elasticidade, o débito cardíaco decresce, a rapidez da circulação diminui, a pressão sobe. É preciso observar, aliás, que a hipertensão, tão perigosa para o adulto, pode muito bem ser suportada pelo homem idoso. O consumo de oxigênio do cérebro reduz-se. A caixa torácica torna-se mais rígida e a capacidade respiratória, que é de 5 litros aos 25 anos, cai para 3 litros aos 85 anos. A força muscular diminui. Os nervos motores transmitem com menor velocidade as excitações e as reações são menos rápidas. Há involução dos rins, das glândulas digestivas, do fígado. Os órgãos do sentido são atingidos. O poder de acomodação diminui. A presbiopia é um fenômeno quase universal entre os velhos, e a vista 'cansada' faz com que a capacidade de discriminação decline. Também diminui a audição, chegando freqüentemente até a surdez. O tato o paladar, o olfato têm menos acuidade que outrora¹³².

Nos relatos do ensaio, com freqüência, são afirmados pelos entrevistados a vivência difícil, dolorosa, de perdas tanto para os ricos como para os pobres, intelectuais e trabalhadores braçais.

Não há como negar que os acontecimentos decorrentes do passar dos anos abalam física e emocionalmente as pessoas idosas, porque sabem como foram um dia e esta diferença é que os torna vulneráveis fisicamente, psíquica e também socialmente.

Norberto Bobbio também escreveu sobre a velhice em obra chamada "Tempo da Memória" na qual indica que o "mundo dos velhos, de todos os velhos, é, de modo mais ou menos intenso, o mundo da memória. Dizemos: afinal, somos aquilo que pensamos, amamos, realizamos. E eu acrescentaria somos aquilo que lembramos"¹³³.

Diante da leitura do trecho acima transcrito, percebe-se que em nada se parece com o escritor de inúmeros livros que os juristas conhecem, tão ativo e engajado. Ao contrário, revela uma pessoa melancólica, como ele mesmo diz a "melancolia subentendida como a consciência do não-realizado e do não realizável"¹³⁴. Isto faz com que se olhe com mais atenção aos idosos e a

¹³² DE BEAUVOIR. *Op. cit.* p. 34.

¹³³ BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória: de senectude e outros escritos autobiográficos**. 7 ed. Tradução de: VERSIANI, Daniela. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997, p. 30.

¹³⁴ BOBBIO. **O tempo...**, p. 31.

necessidade de uma tutela diferenciada, independentemente de condição social, cultural ou financeira, mas em decorrência da idade.

Nobert Elias escreveu sobre “Envelhecer e Morrer” e “A Solidão dos Moribundos” - induzindo a pensar se a fragilidade dos idosos é decorrente da sua própria condição de fragilidade à que se inserem:

Muitas pessoas morrem gradualmente, adoecem, envelhecem. As últimas horas são importantes, é claro, mas muitas vezes a partida começa muito antes. A fragilidade dessas pessoas é muitas vezes suficiente para separar os que envelhecem dos que estão vivos¹³⁵.

Schirrmacher explica que além do envelhecimento biológico, há o social, ambos iniciados após os quarenta anos de idade, afirmando que quando a natureza ataca a sociedade também o faz. Porém, a sociedade ataca de forma grosseira, de maneira com que o indivíduo perca seu rumo¹³⁶, ou seja, a sociedade “rouba do homem seu status dentro do grupo para poder afugentá-lo mais facilmente”¹³⁷.

Questão que foi durante um período de certa forma polêmica é a de identificação de quem seria idoso para fins de aplicação do Direito. Há quem defenda que se percebe a diminuição da reputação a partir dos quarenta anos¹³⁸. A Lei n. 8.842 de 1994, ao instituir a Política Nacional do Idoso, corroborada pela Lei n. 10.741 de 2003, denominado Estatuto do Idoso, acabou gerando discussões sobre a matéria, conquanto superadas, merecem ser apresentadas no presente estudo.

¹³⁵ ELIAS, Norbert. **A solidão dos moribundos**. Tradução de: DENTIZIEN, Plínio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 8.

¹³⁶ “Como animais nas estepes, os mais velhos são constantemente caçados até a exaustão depois que perdem o prestígio. Isso acontece por meio de estereótipos sobre a velhice, de insinuações e ataques de todos os lados. O alvo dos ataques é a autoconfiança. Faz parte da natureza dessa caça que os homens se confunda rapidamente com sua propaganda caricatura. A partir dos 40 anos, muitos percebem que sua reputação no trabalho está diminuindo, a partir dos 50 anos já começam a dizer que não agüentam mais esperar a hora de se aposentar. [...] São exatamente as elites que não conseguiram chegar ao topo que são atingidas no coração pelos estereótipos racistas sobre a velhice. A insinuação de que uma pessoa com 60, 65, 70 ou 75 anos não está mais em condições de desempenhar tarefas físicas ou intelectuais do trabalho cotidiano é uma das determinações mais traiçoeiras da sociedade.” (SCHIRRMACHER, Frank. **A revolução dos idosos**. Rio de Janeiro: Elsevier. Editora Ltda, 2005, p. 73.)

¹³⁷ SCHIRRMACHER. *Op. cit.*, p. 73.

¹³⁸ Cf. SCHIRRMACHER. *Op. cit.*

A Constituição Federal de 1988 havia previsto que aos maiores de setenta anos o voto é facultativo¹³⁹. Estabelecia também regras de aposentadoria voluntária, tratando de forma diferenciada homens e mulheres¹⁴⁰.

As idades foram legalmente fixadas, considerando que eles já trabalharam suficientemente ao longo da vida, merecendo, portanto, uma velhice de descanso e usufruto do que adquiriram. Na esteira desse raciocínio, a Constituição Federal também tem inserida em seu texto a garantia a um salário mínimo de benefício mensal ao idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la promovida por sua família¹⁴¹. A proteção do idoso na Constituição Federal também prevê a gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de sessenta e cinco anos¹⁴².

Quanto à definição de idade e estabelecimento de uma regra, o Estatuto do Idoso estabeleceu que idoso é aquele que possui mais de sessenta anos, conforme seu art. 1º: “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos¹⁴³.”

¹³⁹ “Art. 14 - A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...) b) os maiores de setenta anos; (...)” (BRASIL. Constituição, 1988)

¹⁴⁰ “Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...)II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.” (BRASIL. Constituição, 1988)

¹⁴¹ “Art. 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.” (BRASIL. Constituição, 1988)

¹⁴² “Art. 230 - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (...)§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.” (BRASIL. Constituição, 1988)

¹⁴³ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003.

Diante desta regra, pode-se indicar que a determinação legal do idoso é definida cronologicamente, não devendo ser levada em consideração sua debilidade ou não, bem como sua condição física ou qualquer outra que o valha. A legislação estabeleceu um critério objetivo na definição de idoso, encerrando qualquer discussão antes havida sobre o tema.

A adoção do critério cronológico foi alvo de críticas, pois deixou de considerar as diferenças pessoais existentes entre os indivíduos. Sobre esta questão Pérola Melissa assim comenta:

O grande problema do critério cronológico é de não considerar as diferenças pessoais e a larga faixa etária que está abrangida pelo conceito, principalmente se levarmos em conta que, atualmente, são cada vez mais numerosas as pessoas centenárias¹⁴⁴.

Embora a discussão já tenha merecido respeito e consideração, a legislação simplesmente definiu o conceito de idoso, caracterizado pela pessoa que tem mais de sessenta anos. E, hoje, o fato de pessoas de sessenta anos ou mais encontrarem-se em pleno vigor não lhes retira a condição de biologicamente envelhecidas, isso porque, embora variável de um indivíduo para outro, o envelhecimento ocorre para todos¹⁴⁵.

De toda forma, o critério cronológico vem sendo reiteradamente utilizado pelo ordenamento jurídico na definição de categorias, desconsiderando a capacidade individual de cada um e definindo o conceito, e tem oferecido a segurança jurídica devida. Acontece isso quando a legislação proíbe que menores de quatorze anos trabalhem¹⁴⁶, ao tomar por menor a pessoa que tem menos de 18 anos¹⁴⁷, relativamente capaz aqueles que possuem menos de 16 anos¹⁴⁸, dentre outras situações.

Com a definição de que idoso é aquele que possui sessenta anos ou mais, a legislação tentou buscar um critério uniforme, proveniente de pesquisas

¹⁴⁴ BRAGA, Pérola Melissa V., **Direitos do idoso segundo o estatuto do idoso**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 44.

¹⁴⁵ PAPALÉO NETTO, Matheus. O estudo da velhice no século XX: histórico, definição do campo e termos básicos. *In Tratado de Geriatria e Gerontologia*. Organizadores: DE FREITAS, Elizabete Viana, PY, Ligia. NERI, Anita Libermanesso, CANÇADO, Flavio Aluizio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 3.

¹⁴⁶ Art. 227, parágrafo 3º da Constituição Federal. (BRASIL. Constituição, 1988).

¹⁴⁷ Art. 27 do Código Penal. (BRASIL. Código Penal. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.)

¹⁴⁸ Art. 4º, inc. I do Código Civil. (BRASIL. Código Civil. 1 ed. São Paulo: Manole, 2002.)

e investigações científicas da Organização Mundial de Saúde (OMS) que consideram pessoas idosas aquelas com mais de sessenta e cinco anos nos países desenvolvidos e de sessenta anos ou mais nos países em desenvolvimento¹⁴⁹.

Desta forma importante lembrar, que o estabelecimento de quem é idoso por um critério objetivo, como o que ocorreu na legislação brasileira, é o mais invariável possível, e, em termos legais, cumpre a determinação necessária à aplicação da norma especial.

Assim como a criança e o adolescente, o idoso se encontra em situação peculiar, na qual a vulnerabilidade é potencializada. Embora ambos os grupos sejam constituídos por pessoas ‘especialmente’ vulneráveis, e haja em vários pontos certo paralelismo entre a situação da criança e do adolescente e a do idoso, impondo-se a tutela de seus direitos, não se deve perder de vista que, na verdade, tais pessoas caminham em direção oposta, sendo, suas necessidades, inversamente proporcionais¹⁵⁰.

Esta vulnerabilidade pode ser identificada como inversa a da infância, pois na infância é o momento em que se ganha força, desenvolve-se a inteligência. Já na idade avançada é inevitável a perda de força ou, pode-se afirmar que há uma espécie de involução.

Neste sentido Ana Amélia Camarano:

Assume-se que a idade traz vulnerabilidades, perda de papéis sociais com a retirada de atividade econômica, aparecimento de novos papéis (ser avós), agravamento de doenças crônicas e degenerativas, perdas de parentes e amigos entre outras. [...] Pode-se dizer que as principais características do grupo são o crescimento,

¹⁴⁹ “Esse critério cronológico atendeu às especificações da Organização Mundial de Saúde, que considera idoso nos países em desenvolvimento, a pessoa a partir dos 60 (sessenta) anos. Igual critério foi adotado pelos seguintes países: México – Ley de Los Derechos de Las Personas Adultas Mayores (art. 3º, inciso I); Guatemala – Ley de protección para las personas de la tercera edad (art. 3º); El Salvador – Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor (art. 2º), entre outros, os quais consideram como adulto maior a pessoa com 60 (sessenta) anos ou mais.” (BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. **Estatuto do idoso comentado**. Naide Maria Pinheiro (org.). Campinas: LZN, 2006. p. 6.)

¹⁵⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. **O melhor interesse do idoso**. In. Cuidado como valor jurídico. Coordenadores: PEREIRA, Tania da Silva e de DE OLIVEIRA, Guilherme. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 65.

proporcional à idade, das suas vulnerabilidades físicas e mentais e a proximidade da morte.¹⁵¹

A inserção do idoso no cenário jurídico-social brasileiro representa a justiça social aos que, portadores ou não de deficiência, de enfermidades, debilidades, representaram e representam valor cultural e humano importante para a continuidade da vida.

Diante do que foi apresentado sobre a categoria “idoso” em destaque, não é difícil afirmar que a fragilidade psíquica dos idosos acarreta a vulnerabilidade especial para lidar com situações que antes eram identificadas como corriqueiras, e que na idade avançada acabam por ter dimensão alargada, vulnerabilidade especial, que se pretende chamar de hipervulnerabilidade.

As vivências dos idosos somadas às perdas afetivas que tiveram durante sua vida e às dificuldades físicas e psíquicas que lhes são inerentes, acabam por lhes deixar em condição hipervulnerável, até mesmo porque acompanhar a evolução da sociedade torna-se, gradativamente, uma tarefa árdua.

Na busca pelo tratamento com igualdade, persegue-se a vulnerabilidade física, psíquica e social para que seja encontrada a sua vulnerabilidade jurídica. Quando existe desigualdade constatada, as normas jurídicas não podem ser iguais para todos. Aos que são considerados diferentes, neste caso, em razão do envelhecimento que os torna hipervulneráveis, precisa ser assegurada a igualdade jurídica com o objetivo de mitigar sua desigualdade material em relação aos demais cidadãos. Desta forma, há de se garantir o humanismo social.

Maria Celina Bondin de Moraes assim comenta:

Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de

¹⁵¹ CAMARANO, Ana Amélia e PASIANTO, Maria Teresa. Introdução *in*: **Os Novos Idosos Brasileiros: Muito Além dos 60?**, Organizadora: CAMARANO, Ana Amélia. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 2-3.

uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos...¹⁵²

Marques também comenta a vulnerabilidade dos idosos:

Efetivamente o art. 230 da Constituição Federal brasileira identifica também a necessidade de ‘amparar as pessoas idosas [...] defendendo sua dignidade e bem estar’. 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 consumidores ‘jovens’ e 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 a 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-em-porta, 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 vida¹⁵³.

Diante desta realidade, o reconhecimento da hipervulnerabilidade do consumidor idoso perpassaria pela defesa do direito à vida, sendo um dever da sociedade de forma geral não só protegê-lo, mas também prevenir a ameaça dos seus direitos.

Antes de seguir sobre o tema, convém indicar, que ao elaborar o Código de Defesa do Consumidor, o legislador deixou clara a existência de diferenciação conceitual entre vulnerabilidade e hipossuficiência. Isso porque os conceitos indicam realidades jurídicas distintas, com conseqüências jurídicas também distintas, indicando desde já que nem todos os consumidores são hipossuficientes, conquanto sejam vulneráveis.

A determinação da hipossuficiência do consumidor e do seu grau cabe ao juiz, cujo convencimento deve tomar por base regras ordinárias de experiência e suporte fático. A aplicação da hipossuficiência pela jurisdição depende da discricionariedade judicial e sua conseqüência jurídica imediata é a

¹⁵² BONDIN DE MORAES. **O conceito de...**, p. 116.

¹⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código...**, p. 563

inversão do ônus da prova no processo, acarretando facilitação dos direitos do consumidor.

Os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência poderão coexistir, mas apesar de os consumidores serem considerados vulneráveis, nem todos são hipossuficientes, até mesmo porque enquanto a vulnerabilidade trata de direito material a hipossuficiência é utilizada em matéria processual. Como ensina Paulo Valério del Pai de Moraes:

A hipossuficiência é um conceito relacionado ao processo e a possibilidade custeá-lo, enquanto a vulnerabilidade é um conceito que relaciona as forças em geral dos dois pólos da relação de consumo, verificando se um é mais fraco que o outro¹⁵⁴.

Comungando do mesmo entendimento Cláudia Lima Marques¹⁵⁵ segue Adalberto Pasqualotto, reservando a expressão hipossuficiência a aspectos processuais, desenvolvendo em sede de direito material o termo vulnerabilidade.

A vulnerabilidade é uma categoria jurídica de direito material, enquanto a hipossuficiência é de direito processual, considerando a própria destinação específica da norma.

E é esta vulnerabilidade que se pretende relacionar ao consumidor idoso, visando verificar a existência de sua fragilidade mais acentuada no mercado de consumo, o que exige uma maior proteção estatal em determinadas relações negociais.

Ressalte-se que a vulnerabilidade não é o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a explicação destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica de aplicação, é a noção instrumental que guia a aplicação das normas protetivas e reequilibradoras das relações visando o fundamento da igualdade e da justiça equitativa¹⁵⁶.

Por força do art. 4º, inc. I do Código de Defesa do Consumidor, consumidor é considerado vulnerável no mercado de consumo. Trata-se de princípio jurídico de direito material. Hipossuficiência por outro lado, é um

¹⁵⁴ MORAES, Paulo. *Op. cit.* p. 122.

¹⁵⁵ MARQUES. **Contratos...**, p. 149

¹⁵⁶ MARQUES. **Contratos...**, p. 270.

conceito que se relaciona com o direito processual, já que diz respeito àquele que tem menos condições de produzir provas.

Nas palavras de Eduardo Gabriel Saad:

Falar-se em vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo não é o mesmo que dizer se ele, sempre o economicamente mais fraco, uma hipossuficiência, que devida a essa circunstância faz jus à proteção parecida com aquela que a CLT dispensa ao assalariado (...) mercê da sua complexa natureza, as relações de consumo processam-se de modo mais favorável aos interesses do fornecedor que os do comprador ou usuário de serviços de terceiros. Por outras palavras, **nessas relações é mais fácil o consumidor ser lesado em seus direitos que o fornecedor, o que importa dizer que ele é mais vulnerável ao dano que o fornecedor**¹⁵⁷. – grifo inserido

No mesmo sentido, tratando a hipossuficiência como necessária à disparidade em sede de produção de provas é o entendimento de Rodrigo Xavier Leonardo:

... o consumidor deve ser qualificado como hipossuficiente quando, analisadas as circunstâncias particulares de cada caso, for perceptível um sensível disparidade de condições técnicas, econômicas e, até mesmo, intelectuais, para a produção de prova sobre os fatos pertinentes à relação jurídica de consumo¹⁵⁸.

Em função da existência de tal vulnerabilidade fática, o legislador preocupou-se em estabelecer regras tendentes a buscar o equilíbrio na relação jurídica por uma das partes ser mais susceptível ao dano. A especial vulnerabilidade do consumidor idoso frente ao fornecedor faz com que se fale em hipervulnerabilidade como paradigma a ser adotado na proteção do indivíduo fragilizado.

A condição de idoso deve fomentar uma preocupação do Estado-juiz no sentido de propiciar-lhe tratamento especial, visando a igualdade constitucional; daí a necessidade de analisá-los como hipervulnerável,

¹⁵⁷ SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: lei 8.078 de 11.09.1990. 5ª ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2002, p. 148.

¹⁵⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renivar, 2004. p. 278.

conclusão a que se chega mediante a análise sistemática do Estatuto do Idoso e Código de Defesa do Consumidor sob a ótica constitucional¹⁵⁹.

Em se tratando de relação de consumo com idoso, a igualdade a ser buscada pelo microsistema do CDC em conjunto com o Estatuto do Idoso passa pela necessidade de reconhecimento do idoso como consumidor na condição de mais fraca na relação de consumo.

Ainda, ressalta-se que o Código de Defesa do Consumidor, mesmo que de forma tímida, faz referência à idade do consumidor ao trazer no art. 39 a proibição ao fornecedor de produtos e serviços, dentre outras práticas abusivas, “IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista a sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços¹⁶⁰”.

Tal dispositivo toma relevo, porém, para que se tenha a efetividade necessária na defesa dos interesses do consumidor idoso analisando-se sistematicamente com os mandamentos do Estatuto do Idoso. Isso porque o Código de Defesa do Consumidor não os diferencia, tornando-se imprescindível a valorização da pessoa, de forma mais individualizada possível para que seus direitos sejam assegurados. O Código de Defesa do Consumidor de forma isolada não consegue corresponder às exigências daqueles que deveria servir¹⁶¹.

Marques¹⁶² afirma que a vulnerabilidade seria a chave da justiça no Código de Defesa do Consumidor. Em se tratando de idoso consumidor, em razão de sua condição de consumidor, deve-se-lhe aplicar as normas que regem as relações de consumo, e, há também de se verificar o grau de vulnerabilidade do consumidor enquanto idoso, buscando subsídios no Estatuto do Idoso a fim de que seja alcançada a realização final de justiça.

Marques assim sustenta:

¹⁵⁹ LEITE, Julio de Assis Araujo Bezerra. **O direito do idoso e o mútuo bancário**: Aplicação do código de defesa do consumidor e o estatuto do idoso. 2007, 163f. Dissertação (Mestrado em Direito Consitucional) Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Fortaleza. p. 126.

¹⁶⁰ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. 21 ed. São Paulo: Atlas. 2010.

¹⁶¹ WEBER, *Op. cit.*, p. 86.

¹⁶² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código..**, p. 328.

Tratando-se de consumidor 'idoso' (assim considerado indistintamente aquele cuja idade está acima de 60 anos) é, porém, um consumidor de vulnerabilidade potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita de forma premente dos serviços, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração denominados de 'planos' de serviços de assistência à saúde ou assistência funerária¹⁶³.

Colaciona-se decisão do tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se indica a existência de vulnerabilidade agravada pelo fato do consumidor ser idoso.

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. COBRANÇAS ABUSIVAS. VULNERABILIDADE AGRAVADA DO CONSUMIDOR IDOSO. CONSIDERAÇÃO. RESCISÃO DO CONTRATO DETERMINADA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. Considerando a verossimilhança das alegações do autor, no sentido de que o serviço de telefonia móvel contratado para utilização no exterior mostrou-se defeituoso, culminando com cobranças abusivas, bem como tendo em vista a vulnerabilidade agravada do consumidor idoso, é de se julgar procedente o pedido de rescisão de contrato, sem o pagamento de multa, tornando-se inexigíveis os valores a título de ligações internacionais, determinando-se, outrossim, a devolução do valor pago pelo aparelho celular. Danos morais não configurados, na medida em que os incômodos vivenciados pelo autor não feriram sua dignidade a ponto de gerar direito à indenização. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJRS APELAÇÃO CÍVEL, NONA CÂMARA CÍVEL, Nº 70025289943, COMARCA DE SÃO LEOPOLDO, ANIBALLE TISO APELANTE, TIM CELULAR S.A E GLOBAL CELULARES TIM APELADOS)¹⁶⁴.

¹⁶³ MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso., *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 194.

¹⁶⁴ Transcreve-se trecho da decisão que trata sobre o tema: “[...] A questão posta em exame também 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. 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. Na dicção do promissor jurista Bruno Miragem “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 à atuação negocial dos fornecedores; b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca em uma relação de dependência em relação aos seus fornecedores.” *Direito do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 66 (BRASIL. TJRS. Apelação Cível n. 70025289943 - Des. Rel. Marilene Bonzanini Bernardi - j. em 18.02.2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. 2011.)

No corpo da decisão o desembargador sustenta seu entendimento indicando que a vulnerabilidade, de um modo geral nas relações de consumo é presumida, ao passo que quando se trata de relação com idosos é agravada.

Complementa ainda suas razões apontando 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 à atuação comercial dos fornecedores; b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca em uma relação de dependência em relação aos seus fornecedores.¹⁶⁵

E por fim, defende que uma vez seja a parte requerente idosa “deve-se dar a este fato 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”¹⁶⁶.

Noutra decisão do mesmo tribunal, que trata sobre a negativa de aceitação de pessoa por operadora de plano de saúde em virtude a idade, o desembargador indica a existência de “presunção de vulnerabilidade ainda maior em função de sua idade avançada”¹⁶⁷. Que tal reconhecimento deve ser levado em consideração na análise dos casos envolvendo tais pessoas.

Convém esclarecer que não são todos os idosos irrestritamente considerados que se caracterizam como o hipervulneráveis, descrito por Simone de Bouavoir. Isso porque, no Brasil, um país de dimensões continentais, as diferenças também são imensas. O avanço de tecnologias médicas, a vaidade, a manutenção de mentes sãs em decorrência de atividades intelectuais faz com que nem todos idosos estejam contemplados na categoria de hipervulnerabilidade. Não se pode negar as diferenças das

¹⁶⁵ BRASIL. TJRS. Apelação Cível n. 70025289943 - Des. Rel. Marilene Bonzanini Bernardi - j. em 18.02.2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. 2011.

¹⁶⁶ BRASIL. TJRS. Apelação Cível n. 70025289943 - Des. Rel. Marilene Bonzanini Bernardi - j. em 18 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. 2011.

¹⁶⁷ (...) Note-se que no caso em tela, a parte agravante vai fazer sessenta (60) anos de idade no final de 2009, portanto, trata-se de consumidor idoso, existindo uma presunção de vulnerabilidade ainda maior em função de sua idade avançada, de sorte que a toda evidência não pode ser atingido por práticas comerciais abusivas, (...) (BRASIL. TJRS. Agravo de Instrumento nº. 70029810108 - Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto - j. 12.05.2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. de 2011.)

peças, mesmo em determinadas categorias que se pretende de certa forma isolar e conceituar, cada ser humano é diferente, e as diferenças precisam ser respeitadas.

Maria Celina Bodin de Moraes assim comenta:

Os problemas surgem, porém, no momento em que se tenta responder à questão sobre quem é igual e quem é diferente. Os critérios em base aos quais se agrupam os indivíduos iguais e os diferentes variam conforme os tempos, os lugares, as ideologias, as concepções éticas, religiosas, filosóficas, etc. De fato, os indivíduos são, entre si, tanto iguais quanto diferentes e podem mesmo ser considerados todos iguais – pessoas – e todos diferentes – altos, baixos, gordos, magros, cultos, analfabetos, mulheres, homens, etc. A regra valorativa que aprioristicamente os igualará ou os distinguirá será sempre uma regra de pré-conceito¹⁶⁸.

A hipervulnerabilidade propõe-se como um critério jurídico a ser utilizado no exame das relações de consumo dos idosos no compromisso de tutela da dignidade da pessoa humana. Faz-se necessária a criação de uma nova consciência, que permeie a dogmática e informe a atividade jurisdicional, refletindo-se na legislação positiva e viabilizando a instauração de um regime jurídico diferenciado. Ou, como sugere Teresa Negreiros, trata-se de uma mudança de paradigmas. Segundo ela:

Por meio do paradigma da essencialidade – distinguindo-se os interesses existenciais dos interesses apenas patrimoniais e submetendo estes àqueles -, o direito civil e o seu estudioso talvez possam contribuir para a construção de um sistema jurídico voltado para a pessoa e para a satisfação de suas necessidades básicas¹⁶⁹.

A ordem contratual contemporânea é sensível à disparidade do poder negocial entre os contratantes e procura compensá-la através da imposição de um regime de proteção à parte vulnerável¹⁷⁰, no caso em tela, proteção especial do consumidor idoso¹⁷¹. Ou seja, deixa-se de ter um grupo único

¹⁶⁸ BONDIN DE MORAES. **O conceito de...**, p. 125.

¹⁶⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p 518.

¹⁷⁰ NEGREIROS. *Op. cit.* p. 389.

¹⁷¹ "... 18. Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. 19. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do

inscrito no Código de Defesa do Consumidor a que se chama de consumidor, para existirem diversos grupos de consumidores que anseiam por tutelas diferenciadas, o que não impede ainda que nas próprias categorias criadas existam diferenças entre as pessoas.

O Código de Defesa do Consumidor protege todos os consumidores, mas não é alheio à realidade, há indicações em seus dispositivos de que existem consumidores e consumidores. Neste sentido importante trecho do Recurso Especial n. 586.316-MG, que trata da necessidade de tutela especial de um grupo visando a informação clara de existência de glúten em determinado produto colocado à venda.

O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas¹⁷².

O acórdão ganha destaque quando se está diante de grupos, e não mais de generalidade de consumidores, mais precisamente como justificativa para a intervenção na ordem econômica pelo Estado social.

O que se pretende dos fornecedores, é que assim como visualizam os consumidores de forma diferenciada na obtenção de seus lucros, ao visualizar uma potencial massa de consumidores, também atentem para a manifestação concreta da função social da propriedade e da responsabilidade social¹⁷³.

legislador.” (BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316-MG - Min. Rel. Hermann Benjamin - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 jan. 2011.)

¹⁷² BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316-MG - Min. Rel. Hermann Benjamin - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 jan. 2011.

¹⁷³ BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316-MG - Min. Rel. Hermann Benjamin - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 jan. 2011.

2. ALCANCE E INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

2.1 A defesa do consumidor como direito fundamental

É importante consignar que os direitos fundamentais se revelam em dimensões também chamadas gerações. Os direitos de primeira geração protegem as liberdades públicas, contendo como principal característica o fato de garantir uma esfera de atuação ao indivíduo afastando a ingerência do Estado, tendo em vista a imposição de obrigações negativas a ele. São direitos civis e políticos, ou seja, são direitos de resistência ou oposição perante o Estado¹⁷⁴.

Nesta primeira fase de geração, os direitos fundamentais consistiram basicamente no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade. A primeira dimensão dos direitos fundamentais surgiu com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII e foi inspirada nas ideias de iluminismo racionalista fundando-se no liberalismo clássico.

Os direitos de segunda geração surgiram no século XIX como frutos das revoluções sociais, assim, protegem os direitos econômicos, culturais e sociais, já contemplados pelas Constituições. Compreendem os direitos sociais, aqueles relativos à educação, saúde, previdência e assistência social, lazer, trabalho, segurança e transporte.

O que distingue os direitos de primeira geração com os de segunda é o fato de, enquanto aos primeiros impõe-se uma atitude abstencionista do Estado, dos segundos exige-se uma atitude positiva, a fim de propiciar liberdade por intermédio do Estado¹⁷⁵. Assim, é de se afirmar que os direitos de segunda dimensão traduzem-se em direitos de participação, que obrigam políticas públicas asseguradoras do efetivo exercício dos direitos sociais dos indivíduos.

¹⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002 p. 564.

¹⁷⁵ LAFER, Celso. **Reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 127.

Os direitos de terceira geração, do final do século XX, são os direitos de solidariedade resultantes da “consciência de novos desafios, não mais à vida e à liberdade, mas especialmente à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos de todas as raças ou nações”¹⁷⁶.

Ressalte-se que esses direitos se desprendem, em princípio, da figura do homem, individualmente considerado, para destinar a proteção aos grupos (família, povo, nação), caracterizando-se assim, pela titularidade difusa ou coletiva. Como exemplo destes direitos tem-se a paz, o meio ambiente, a conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural dentre outros¹⁷⁷.

Os direitos de quarta geração são preconizados por Bonavides¹⁷⁸, que defende ser esta geração de direitos resultado da globalização dos direitos fundamentais, isso no sentido de que a universalização no plano institucional corresponde à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Assim, são considerados direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e ao pluralismo, pois segundo o autor “deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua missão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”¹⁷⁹.

Visando atuar na relação de consumo, o direito, através de Constituição Federal¹⁸⁰, firmou a defesa do consumidor como um direito fundamental. Ressalte-se que uma das prerrogativas do direito fundamental, nada mais é do que impor limites ao mercado, mediante o estabelecimento de valores aos quais devem se submeter as partes privilegiadas, no intuito de amenizar as desigualdades e a falta de liberdade do agente social econômico da atualidade¹⁸¹.

Ricardo Sayeg comenta que:

¹⁷⁶ FERREIRA FILHO, MANUEL GONÇALVES. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 57.

¹⁷⁷ BONAVIDES. *Op. cit.* p. 571.

¹⁷⁸ BONAVIDES. *Op. cit.* p. 571.

¹⁷⁹ BONAVIDES. *Op. cit.* p. 571.

¹⁸⁰ A Constituição Federal de 1988 fez menção a palavra consumidor nada mais do que seis vezes em todo o seu texto. Foram elas: art. 5º, inc. XXXII acima indicado; art. 24, inc. VIII; art. 150, parágrafo 5º; art. 155, parágrafo 2º, inc. VII; artigo 170, inc. V; e art. 48 do ADCT.

¹⁸¹ WEBER, *Op. cit.*, p. 45.

Em suma, conforme a lei natural da fraternidade, o capitalismo como regime econômico, longe de ser sórdido e selvagem, muito menos um Estado centralizador, deve ser indutor do exercício do direito subjetivo natural de propriedade, com vista à concretização e satisfatividade dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão, que institui uma economia humanista de mercado. [...] é, em conclusão, o reconhecimento do direito subjetivo natural de propriedade relativizado, conforme a filosofia de Locke, concretamente, agora conforme Hegel, em favor dos direitos humanos em sua perspectiva tridimensional, no qual a liberdade adensada à igualdade deve conduzir a fraternidade para o respectivo sobre-adensamento. Se de um lado, a liberdade é duplamente adensada, de outro, é ela que conduz, ou seja, por ser capitalista, o seu regime jurídico parte obrigatoriamente da liberdade. Eis o capitalismo fraterno que é o capitalismo humanista¹⁸².

Feitas estas breves considerações convém destacar e contextualizar o direito de defesa do consumidor como direito fundamental, ressaltando-se que está inserido no rol de primeira, segunda e terceira dimensão.

Está inserido no rol dos direitos de primeira dimensão porque tem como traço linear a liberdade contratual correspondente a não intervenção do Estado, no que tange ao seu direito de escolha. Ocorre que, como apresentando no capítulo anterior, o consumidor é parte vulnerável restando, então, sua liberdade prejudicada, em decorrência da sua vulnerabilidade, o que leva o direito do consumidor a ser considerado como direito de segunda dimensão. A tutela especial do consumidor como pessoa no universo social, pode ser identificada sob o manto do solidarismo, mantendo-o também como direito de terceira dimensão.

Identifica-se a intenção do constituinte brasileiro de inserir a norma fundamental de defesa do consumidor¹⁸³ fixando-a no centro do ordenamento, como um instrumento jurídico que possui finalidade de amenizar e de atenuar as desigualdades e falta de liberdade ou de autodeterminação que os consumidores enfrentam diariamente. Sob esta ótica e dada necessidade de 'defesa do consumidor' pelo Estado é inegável que a 'defesa do consumidor' está inserida no rol de direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados.

¹⁸² SAYEG, Ricardo Hasson. **Doutrina humanista de direitos econômico**. Tese de Livre Docência depositada e admitida e aprovada na Faculdade de Direito da PUC/SP, atualizada e revista para publicação 2009.

¹⁸³ "Nessa perspectiva, a característica dos direitos do consumidor como direitos humanos revela o reconhecimento jurídico de uma necessidade essencial, que é a necessidade de consumo." (MIRAGEM. *Op. cit.*, p. 121.)

A defesa do consumidor como direito fundamental é feita de forma a indicar que o fornecedor e o consumidor estão em situações desiguais, e, via de consequência, a sua vulnerabilidade precisa ser tutelada.

A relação de consumo entre consumidor e fornecedor é contraposta, mas, independentemente disso, o vínculo jurídico constituído entre eles deve ser harmonioso e equilibrado de modo a expressar a pacificação das pretensões.¹⁸⁴ É isso que tem justificado a tutela do estado na proteção dos direitos de defesa do consumidor, parte vulnerável da relação.

A promoção da defesa do consumidor pelo Estado tem por fim coibir abusos e/ou excessos praticados pelos fornecedores contra os consumidores em decorrência do desequilíbrio da relação entre eles. A proteção do consumidor no mercado de consumo, por meio da irradiação do conjunto de valores e princípios constitucionais vigora, com a finalidade de afastar a desigualdade inerente às relações de consumo.

A eficácia da defesa do consumidor constitucional deve se pautar no conteúdo material¹⁸⁵ deste direito que exprime a dimensão objetiva que visa mitigar a desigualdade intrínseca na relação de consumo, em vista que o fornecedor de produtos e serviços encontra-se em uma posição vantajosa, o que ocasiona a fragilidade e a vulnerabilidade do consumidor¹⁸⁶.

¹⁸⁴ “A absorção do princípio da proporcionalidade do direito constitucional pelo direito do consumidor fica ainda mais evidente quando se analisa o art. 4º, inciso III, do CDC, o qual dispõe que a harmonização dos participantes da relação de consumo far-se-á de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. Assim, verifica-se que as relações de consumo (e não somente os contratos de consumo) devem ser harmônicas, o que se dará em razão do equilíbrio, que é a consubstanciação do princípio da proporcionalidade. É justamente a proporcionalidade nas relações de consumo que possibilitará alcançar a justiça social e, *ipso facto*, como antecedente lógico, a justiça contratual.” (FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso de direito no Código de Defesa do Consumidor**: Cláusulas, práticas e publicidade abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p 70-71.)

¹⁸⁵ “Pode-se afirmar que aos poderes públicos incumbem a tarefa de extrair das normas que os consagram (direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente as demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.” (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 250.)

¹⁸⁶ WEBER, *Op. cit.*, p. 60.

O direito fundamental de defesa do consumidor anuncia um dever estatal de mitigar a desigualdade existente entre as partes da relação de consumo. É tarefa do Estado implementar a proteção do consumidor por meio da sua intervenção.

Na seara de direito fundamental, a defesa do consumidor tem a precípua finalidade de assegurar a dignidade da pessoa humana, com fundamento do Estado Social e Democrático de Direito. Diante desta realidade a defesa dos direitos do consumidor tem razão de ser na dignidade da pessoa humana, na qual está compreendida a isonomia, visando garantir o alcance dos objetivos da sociedade de consumo reconhecida a sua vulnerabilidade no mercado.

A defesa do consumidor assegura a dignidade enquanto pessoa humana na sua condição de ser humano, e também conforma o atributo de vulnerável no mercado de consumo, buscando a compatibilização dos interesses, com conformação no princípio da proporcionalidade.

A Constituição Federal optou pelo regime capitalista, porém, não o capitalismo descontrolado e auto regulador ao qual o consumidor está subjugado, mas se assegurou a esta figura existência digna conforme ditames da justiça social, um capitalismo com foco na dignidade humana^{187 188 189}.

¹⁸⁷ “A figura do consumidor é objeto de especial proteção dentro do próprio texto constitucional. Ressaltam-se os artigos 5º, V, X, XXXII, e ainda o artigo 170, V, da Lei Maior, que, segundo Fabio Konder Comparato, deve ser interpretado em linha de complementação: o Direito do Consumidor passa a ser examinado como princípio vetor da ordem econômica (dimensão social) e direito fundamental da pessoa (dimensão individual), sendo neste último plano de implementado na ordem jurídica ordinária pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual permitiu a plena eficácia do texto constitucional.” (CASTRO, Flavia Viveiros de. **Danos à pessoa nas relações de consumo**: uma abordagem civil e constitucional. Rio de Janeiro. Lumem Juris, 2006. p. 24.)

¹⁸⁸ “Por isso texto do art. 170, não afirma que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, senão que ela deve estar – vale dizer, tem de necessariamente estar- fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e deve ter – vale dizer, tem de necessariamente ter – por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na mediada em que informará a plena compreensão de que qualquer prática econômica (mundo do ser) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social será adversa à ordem constitucional.” (GRAU. *Op. cit.*, p. 195.)

¹⁸⁹ “Clara é, pois, a identificação das normas jurídicas do CDC com as características do Direito Econômico. Por essa razão, pode-se afirmar que o Código está estruturado para atender a uma lógica econômica normativa (dever ser). Ou seja, o CDC existe em função de um princípio

Afinal, antes de ser consumidor ele deve ser identificado como pessoa humana.

A Política Nacional das Relações de Consumo tem como objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

A defesa do consumidor tem caráter essencial¹⁹⁰, que se exprime mediante a sua fundamentalidade material, e nada mais é do que o reconhecimento da debilidade do consumidor para impor ao mercado a ética das relações de consumo, bem como procedimentos adequados e suficientes para a melhor informação, segurança, qualidade, publicidade e confiabilidade¹⁹¹.

Ricardo Henrique Weber assim comenta:

Emerge com relevo a vinculação entre dignidade da pessoa humana e o direito fundamental da defesa do consumidor, tendo em vista que a Constituição Federal foi balisada pelo Estado Social Democrático de Direito, que por sua vez tem como fundamento mor o princípio da dignidade da pessoa humana; esse princípio permeia todo o sistema de direitos fundamentais que não podem ser desvinculados à dignidade da pessoa, pois são inerentes a ela, por serem instrumentos de sua concretização¹⁹².

Outro aspecto relevante e inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito fundamental à defesa do consumidor diz respeito à necessidade de tutelar o consumidor também como pessoa humana, matéria

constitucional da ordem econômica (art. 170, V, da CF), que pretende, acima de tudo '...assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social'. A esta lógica econômica normativa contrapõe-se uma lógica econômica fática (ser), responsável pela dinâmica social das relações de consumo."(AZEVEDO, Fernando Costa de. **Defesa do Consumidor e regulação**: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2002. p. 79.)

¹⁹⁰ "O conteúdo essencial de um direito fundamental, na dimensão objetiva, deve ser definido a partir do significado desse direito para a vida social como um todo. Isso significa dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia desse direito que o torne sem significado para todos os indivíduos ou para a boa parte deles." (SILVA, Luis Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 244.)

¹⁹¹ WEBER, *Op. cit.*, p. 48.

¹⁹² WEBER, *Op. cit.*, p. 48.

amplamente discutida, considerando a necessidade de tutela do indivíduo como pessoa com necessidades especiais e não apenas em sua abstração.

Nesta dimensão Miguel Reale assim comenta:

[...] toda pessoa é única e que nela o todo universal, o que faz dela um todo inserido no todo da existência humana; quer por isso ela deve ser vista antes como centelha que condiciona a chama e a mantém viva, e na chama a todo instante crepita, renovando-se criadoramente, sem reduzir uma à outra; e que, afinal, embora precária a imagem, o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência, o que é impossível em qualquer concepção transpersonalista, a cuja luz a pessoa perde os seus atributos como valor-fonte da experiência ética para ser vista como simples “momento de um ser transpessoal” ou peça de um gigantesco mecanismo, que, sob várias denominações, pode ocultar sempre o mesmo “monstro frio”: “coletividade”, “espécie”, “nação”, “classe”, “raça”, ideia, “espírito universal” ou “consciência coletiva”¹⁹³.

Quanto à concentração no sujeito Cláudia Lima Marques apresenta o pensamento de Mosset Iturraspe:

A pessoa humana é o eixo ou centro das preocupações do Direito atual, tanto do público quanto do privado; com a denominação de direitos de terceira geração – ou de quarta – se busca uma proteção mais completa, plena ou integral, que abarque todas as manifestações e garanta a liberdade, a segurança, a dignidade, o respeito, a privacidade e a identidade do ser humano¹⁹⁴.

Sobre a orientação da tutela do consumidor com base na sua condição de pessoa Pietro Perlingieri assim comenta:

A *ratio* destas últimas previsões é orientada evidentemente à tutela do consumidor como pessoa, favorecendo a aquisição de uma bagagem cognoscitiva adequada e, portanto, uma maior consciência e capacidade crítica na realização dos atos de consumo¹⁹⁵.

¹⁹³ REALE, Miguel. **Pluralismo e liberdade**. São Paulo: Saraiva. Apud. MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 150.

¹⁹⁴ ITURRASPE, Mosset, em Daños – Globalización. p. 9. Apud MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4 ed. ver. e ampl. Incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 212.

¹⁹⁵ PERLINGIERI. **O direito...**, p. 544.

No mesmo sentido é o entendimento de Gustavo Tepedino¹⁹⁶ ao afirmar que “antes de ser consumidor, é pessoa humana, para cuja proteção se volta inteiramente o constituinte”. E continua:

Cuida-se de localizar, portanto, os pressupostos essenciais que, segundo o Código de Proteção do Consumidor, são necessários e suficientes para atrair uma série de princípios em defesa do sujeito de direito em situação de inferioridade¹⁹⁷.

Note-se que como primeira análise poder-se-ia indicar uma despersonalização das relações com o surgimento dos contratos de adesão, o que se indicava era a existência de “contratos sem sujeito”, ocorre que, as noções de indivíduo também mudaram a ele foi “resignificado”¹⁹⁸. O indivíduo passou novamente a ter lugar de destaque e suas individualidades passaram a ser observadas e tuteladas.

Sob o prisma do Estado Social de Direito¹⁹⁹ objetiva-se a compatibilização da partes na relação de consumo, protegendo o consumidor e, via de conseqüência, o direito fundamental e o constitucionalismo econômico que velam pelos princípios fundamentais inerentes à condição social do homem. A ação do Estado serve para proteção das relações de consumo de modo a evitar abusos.

Ana Prata assim discorre sobre o tema:

A ideia subjacente aos direitos sociais deixa de ser a da igualdade dos sujeitos, convertendo-se na de necessidade de realização do equilíbrio entre pessoas desiguais²⁰⁰.

¹⁹⁶ TEPEDINO. **Temas de..**, p. 244.

¹⁹⁷ TEPEDINO. **Temas de..**, p. 244

¹⁹⁸ TORRAINE, Alain. Crítica da modernidade. Instituto Piaget, Lisboa, 1994.p 304. *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4 ed. ver. e ampl. Incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 215.

¹⁹⁹ “A primeira vez que esta ideia emerge pode situar-se no projecto de Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1773 de Robespierre, assente na preocupação de reelaborar o conceito de igualdade tornando-o indissociável do de fraternidade, numa perspectiva social e não meramente individualista. Isto é, o Estado aparece como agente directo do <<interesse colectivo>> - com a obrigação de fornecer directamente aos cidadãos meios de satisfação de necessidades – e como orientador das actuações privadas no sentido da solidariedade, da fraternidade e da salvaguarda dos direitos fundamentais.” (PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 110-111.)

²⁰⁰ PRATA. *Op. cit.*, p. 113.

Fernando Costa de Azevedo assim comenta:

Inseridos no texto constitucional os princípios, entendidos como espécies de normas jurídicas, enunciam os valores pelos quais se deve orientar todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Deste modo, cabe precisar a recepção, na CF, de 1988, dos princípios norteadores da chamada Ordem Econômica, onde a defesa do consumidor surge como um desses princípios. Em suma, a defesa do consumidor como princípio de ordem econômica é norma constitucional de aplicação imediata. Isso implica a afirmação de que o Estado não poderá fugir ao compromisso de agir no sentido de efetiva realização do significado (valor) implícito no mencionado princípio, qual seja o de que o consumidor, por ser a parte mais vulnerável nas relações de consumo, merece uma tutela jurídica especial, cujo escopo maior consiste em equilibrar essas relações econômicas que envolvem a prestação e o consumo de bens (produtos) e atividades econômicas (serviços)²⁰¹.

Com a renovação da teoria contratual através das tendências sociais, em face dos postulados do Estado Social de Direito e da realidade da sociedade, o Estado passa a intervir nas relações sociais²⁰².

Proteger o consumidor nada mais seria do que garantir o propósito de aplicação dos direitos fundamentais na ordem econômica²⁰³. No intuito de dar efetividade à defesa do consumidor, como garantia fundamental, e ver-se assegurada a dignidade da pessoa humana, compreendida aí a liberdade, igualdade e fraternidade de ordem econômica que o Ato das Declarações Transitórias estabeleceu o prazo de 180 dias para elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda, objetivamente a defesa do consumidor é princípio da ordem econômica, o art. 170 da Constituição de 1988 assim dispõe:

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]

²⁰¹ AZEVEDO. *Op. cit.*, p. 73.

²⁰² MARQUES. *Contratos...*, p. 208.

²⁰³ "A noção de Estado Social serve para qualificar um Estado, cujo activo papel no domínio económico e social é imposto constitucionalmente e em que – não obstante a profunda diversidade de opiniões que neste domínio se tem expresso sob o mesmo referencial conceitual – a intervenção não tem um carácter arbitrário ou discricionário, antes sendo orientada no sentido de, pela utilização de um conjunto de instrumentos de natureza e eficácia muito diversa, prosseguir um objectivo que, sinteticamente, se pode traduzir na realização e concretização da tendencial igualdade dos seus cidadãos." (PRATA. *Op. cit.*, p. 116.)

V- defesa do consumidor²⁰⁴.

A harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios da ordem econômica, que se funda, na boa fé e equilíbrio nas relações de consumo, devem ser respeitados conforme previsto no dispositivo constitucional acima indicado.

A compatibilização indicada leva ao comércio justo conforme definido por Alfonso Cotera Fretel e Eloïse Smoncelli-Bourque:

O processo de intercâmbio comercial orientado para o reconhecimento e a valorização do trabalho e das expectativas dos produtores e consumidores, permitindo uma melhoria substancial na qualidade de vida das pessoas, tornando viável a vigência dos direitos humanos e o respeito ao meio ambiente numa perspectiva de desenvolvimento humano, solidário e sustentável²⁰⁵.

A harmonização de interesses das partes e equilíbrio de maneira que as obrigações assumidas pelo consumidor sejam proporcionais²⁰⁶ ao do fornecedor, sendo então conciliados os interesses antagônicos das partes. Neste sentido ensina Ricardo Sayeg:

Todo ato mercantil praticado tem em si uma finalidade social, não apenas uma realização econômica de seu agente, de modo que atendendo a função social da relação de consumo no art. 4º, III, do CDC, está consagrado o princípio da compatibilidade da relação de consumo. Tal princípio estabelece a harmonia dos interesses dos participantes das relações de consumo, e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de

²⁰⁴ BRASIL. Constituição, 1988.

²⁰⁵ FRETTEL, Afonso Cotera e SIMONCELLI-BOURQUE, Eloïse. **O comércio justo e o consumo ético**. Trad. Ricardo Salles. Rio de Janeiro. DP&A: Fase, 2003. p. 19.

²⁰⁶ “Assim, a proporcionalidade, como princípio, tem como essência a finalidade de preservar os direitos fundamentais, revestindo-se de natureza de ‘princípio dos princípios’, ou seja, verdadeiro principium ordenador do direito, estando implicitamente previsto no para. 2º, do art. 5º, da Constituição Federal. Corresponde, pois, na concepção de Willis Santiago Guerra, a um direito ou garantia fundamental, já que, ao lado do princípio da isonomia, (traduz este a idéia aristotélica de ‘igualdade proporcional’), tem como finalidade preservar os direitos fundamentais, apresentando-se como mandamento da otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível.” (FERREIRA NETO, Manoel Aureliano. **A aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nas relações de consumo**: decisões fundamentadas, que não traduzem os critérios jurídicos na aplicação desses princípios. São Luiz: Fiúza, 2008. p. 38.)

desenvolvimento econômico, sempre com base na boa fé e equidade nas relações entre consumidor e fornecedor²⁰⁷.

A limitação da liberdade contratual mediante o controle do Estado possibilita que novas obrigações, não decorrentes da vontade declarada ou interna dos contratantes sejam inseridas nos contratos em virtude de lei ou ainda em virtude de uma interpretação construtiva dos juízes. Segundo a nova visão do direito, o contrato não pode mais ser considerado como um campo completamente livre à vontade das partes. Atualmente, a função social do contrato, como instrumento basilar para o desenvolvimento das riquezas e para a realização dos interesses dos indivíduos, exige que o instrumento siga um regramento rigoroso²⁰⁸.

Ressalte-se que a interferência do Estado nas relações interprivadas acarreta limitação na autonomia da vontade, momento em que os indivíduos deixam de ter liberdade plena nas suas contratações. A incidência dos direitos fundamentais nas relações de consumo ocorre visando o reequilíbrio das partes e manutenção do princípio da dignidade humana.

A imposição de uma das partes frente a outra pode ser facilmente constatada nas relações de consumo, conforme razões antes apresentadas. Em tais casos, é necessária a incidência dos direitos fundamentais nas relações individuais de modo a equilibrar as relações jurídicas faticamente assimétricas, prevenindo lesões aos direitos da parte vulnerável. Além da necessidade de compensar a desigualdade fática entre as partes, outro alicerce para essa aplicação decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, posto que, a partir da irradiação de seus efeitos, surge um novo direito subjetivo, qual seja o poder de reclamar do Estado uma atuação consistente em resguardar direitos fundamentais contra qualquer ameaça, mesmo que perpetrada por particulares.

Em consideração ao debate ora iniciado passa-se, sem o condão de exaurir o tema, à apresentação das principais teorias que tratam da incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

²⁰⁷ SAYEG, Ricardo Hasson. **Práticas comerciais abusivas**. São Paulo: EDIPRO, 1995. p. 46.

²⁰⁸ MARQUES. **Contratos...**, p. 222.

2.2 Discussão teórica acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é fruto da transformação destes direitos ao longo da história, principalmente a partir do rompimento com a teoria liberal clássica levada a efeito pelo Estado Liberal, o qual a partir de uma relativização dos direitos individuais e da proclamação dos direitos sociais passou a intervir de forma mais intensa nas relações privadas.

A Constituição de 1988 não faz referência expressa a possibilidade de eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, apenas prevê no parágrafo segundo do art. 5º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Pela dimensão subjetiva dos direitos fundamentais existe uma parcela da doutrina que não concebe a incidência de princípios e valores constitucionais no direito privado.

Os doutrinadores que defendem esta teoria não aceitam qualquer influência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares por entenderem que desnatura a tradicional concepção liberal do constitucionalismo construído para proteger o indivíduo do Estado.

Segundo Bilbao Ubillos²⁰⁹, o ponto semelhante entre as teorias que negam a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares é a afirmação de que representa risco à liberdade contratual e à segurança jurídica. Aqueles que comungam desta opinião consideram a teoria um “cavalo de Tróia” capaz de destruir o sistema privado cujo eixo gira em torno da autonomia privada.

Forsthoff²¹⁰ não aceitava a interpretação dos direitos fundamentais como sistema de valores e dizia ainda que propostas inovadoras neste sentido

²⁰⁹ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**: análisis de La jurisprudencia del tribunal constitucional. Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 119.

²¹⁰ UBILLOS. *Op.cit.*, p. 278-279.

provocariam a insegurança e provável dissolução da Constituição. Isso porque o próprio direito privado é apto para solucionar os conflitos instaurados em sua seara.

Apesar do esforço dos estudiosos esta teoria acabou não predominando, especialmente após a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão no caso Lüth, que praticamente colocou uma pá de cal sobre a discussão de aplicabilidade ou não de direitos fundamentais em relações entre particulares. Isso porque, segundo o entendimento da Corte Alemã, a Constituição apresenta ordem objetiva de valores tendente a alcançar toda a sociedade.

Não pretendendo esgotar o tema, mas apresentar de forma sintética as teorias mais debatidas sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas apresenta-se algumas teorias que procuram explicar o fenômeno.

2.2.1 Teoria da eficácia direta

A doutrina da eficácia direta foi desenvolvida pelo jurista alemão Hans Carl Nipperdey²¹¹ e, posteriormente, ela foi adotada e aprimorada pelo também alemão Walter Leisner²¹².

Segundo Nipperdey²¹³ a defesa da liberdade individual não pode ser a única função dos direitos fundamentais, isso porque não estaria sendo levado a efeito o real significado e a finalidade das constituições democráticas modernas. Continua o autor indicando que o fenômeno do poder privado não pode ser ignorado, pois se assim o fosse estaria se admitido violações dos direitos fundamentais entre particulares.

²¹¹ Hans Carl Nipperdey iniciou seus estudos e publicou “Die Würde des Menschen” em 1954 e “Grundrechte und Privatrecht” em 1962. Na primeira obra o autor defende que algumas normas de direitos fundamentais não se aplicam somente as relações entre particulares, aonde nascem posições jurídicas de particulares frente a particulares. Já na segunda obra Nipperdey rebate Düring indicando que os direitos fundamentais modificam normas de direito privado existentes.

²¹² SARLET. *Op cit.*, p. 121.

²¹³ GRAU, Maria. **Derechos fundamentales y derecho privado**: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 180.

A teoria da eficácia imediata afirma a vinculação direta²¹⁴ dos atos praticados pelos particulares aos direitos fundamentais. Bilbao é partidário desta teoria e assim comenta:

Defender a tese da eficácia imediata frente a terceiros é afirmar a vinculação direta, sem mediações concretizadoras, dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos reforçados pela garantia constitucional, frente a violações procedentes de sujeitos privados.²¹⁵

Ela defende que, independentemente, da mediação a ser executada pelo legislador, mediante lei, que contemple expressões abertas como boa fé, função social entre outras, ou pelo juiz, mediante o atendimento de um dever de proteção do mais enfraquecido naquela relação jurídica, para que, finalmente, chegue-se a conclusão de que os direitos fundamentais estão a vincular também os particulares.

Para os seguidores desta teoria toda e qualquer relação jurídica travada entre particulares está vinculada aos direitos fundamentais, sendo esses direitos protetores imediatos não só dos particulares em posição de inferioridade, mas também, de todas as relações jurídicas travadas entre particulares, em razão de não mais se admitir que a relação entre particulares somente a estes interessa, já que transcende aos envolvidos na relação jurídica, sendo um problema da sociedade na aplicação do Direito.

Outro ponto de destaque é que não se trata de dispensar o princípio da supremacia do legislador na concretização dos valores constitucionais. O que se tem em mente é que o indivíduo não fique privado da defesa de seus direitos fundamentais no caso de violação por outro particular apenas pelo fato de que o legislador infraconstitucional não previu a concretização de tais direitos em norma específica.

O entendimento de Sarlet²¹⁶ sobre o estudo de Leisner é que o fato dos direitos fundamentais representarem valores que norteiam todo o ordenamento jurídico faz com que não seja permitido que o Direito Privado se mantenha a

²¹⁴ Teoria que vem recebendo maior número de adesões como Bilbao Ubillos, Daniel Sarmiento, Ingo Sarlet, Wilson Steinmetz e Luis Virgílio Afonso da Silva.

²¹⁵ BILBAO. *Op. cit.*, p. 238.

²¹⁶ SARLET. *Op. cit.*, p. 122.

margem desta realidade. Assim, defende que os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente nas relações entre particulares.

Apesar do acima indicado, convêm salientar que próprio Nipperdey defendia que nem todos os direitos fundamentais vinculam os particulares, há necessidade de verificar cada situação, diante do caso concreto, para analisar-se a pertinência ou não da vinculação. Isso porque existem alguns direitos que são exclusivamente oponíveis ao Estado (v.g. direitos políticos, sociais, de asilo etc.)²¹⁷.

A indicação acima não esvazia a afirmação de que existem direitos fundamentais que devem ser aplicados nas relações entre particulares. Exemplificando tem-se o direito a honra, intimidade, expressão, etc.

Jorge Miranda²¹⁸ indica que a incidência direta de direitos fundamentais deve se reconduzir a dialética, e, caso se tratasse de poder de um grupo ou de uma entidade privada dominante, os direitos fundamentais deveriam valer de modo direto e imediato, enquanto que nos demais casos haveria graus de vinculatividade a serem observados.

No mesmo sentido Jorge Reis Novais indica que se os direitos fundamentais se desenvolveram e demonstraram a sua aptidão como garantias jurídico constitucionais nas relações entre os indivíduos com o Estado. Quando presente uma certa verticalidade também estarão estruturalmente aptos a desempenhar as mesmas funções que tais relações de poder²¹⁹.

De toda sorte, nas palavras de Nipperdey se negada a vinculação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas estar-se-ia atribuindo às normas de direitos fundamentais cunho meramente declaratório e não constitutivo²²⁰.

²¹⁷ GRAU. *Op cit.*, p. 180.

²¹⁸ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2ª Ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora 1998, p. 287-288.

²¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). **Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 368-369.

²²⁰ SARLET. *Op cit.*, p. 122.

Bilbao Ubillos²²¹ defende a tese de Nipperdey afirmando que, com ou sem desenvolvimento de lei específica, é a norma constitucional que se aplica como razão primária e justificadora. Diante desta realidade, a existência de norma regulamentadora não é empecilho para aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. Continua o autor indicando que o papel do legislador é meramente declaratório, uma vez que os direitos fundamentais já estão positivados na Constituição.

Citando Lombardi, Ubillos²²², afirma que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações interprivadas pode ser entendida como uma espécie de fechamento do sistema de proteção dos direitos fundamentais, pois derivando da Constituição serviria para suprir falhas existentes no ordenamento privado e resolveria os casos eventualmente não previstos pelo legislador.

Na concepção de Konrad Hesse, a utilização desta teoria nas relações entre particulares geraria ameaça à própria identidade do Direito Privado, pois colocaria em risco o seu principal fundamento que é a autonomia privada.

Ocorre que a tese, segundo a qual a vinculação direta defende uma aplicação seletiva e não discriminatória dos direitos fundamentais demonstra que se leva em conta o princípio da autonomia da vontade. Outro argumento é que a configuração atual do princípio da autonomia, hoje se distancia da concepção clássica de dogma do Direito Privado.

Deve-se salientar que não se defende a eficácia absoluta dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas sim, deve ser analisado o caso concreto segundo a essência, o conteúdo e a função de cada um dos direitos em pauta, pois existem direitos fundamentais, como dito linhas acima, que não dizem respeito as relações privadas.

Os adeptos desta teoria acrescentam ainda que existem outros direitos que se projetam na esfera privada em virtude do efeito de irradiação que gera uma vinculação direta²²³.

Complementam, indicando que há de se estabelecer se o direito fundamental é aplicável às relações privadas, para, após verificar se existe

²²¹ BILBAO. *Op cit.*, p. 327.

²²² BILBAO. *Op cit.*, p. 327.

²²³ VENEGAS. *Op cit.*, p. 184.

alguma desigualdade fática entre as partes. Havendo a desigualdade, há de se aplicar diretamente o direito em questão, o que não significa vulneração ao princípio da autonomia da vontade, pois a liberdade é que é prejudicada se uma das partes puder impor, de fato sua vontade a outra.

Venegas Grau indica que na resolução de um caso envolvendo direitos fundamentais entre sujeitos privados, a decisão final deve levar em conta tanto o direito fundamental em questão, quanto a liberdade negocial das partes. Isso porque, desta forma, a vinculação direta não corre o risco de transformar os direitos fundamentais em deveres fundamentais, destruindo a autonomia privada²²⁴.

O princípio da autonomia da vontade continua sendo um dos pilares do Direito Privado. No entanto, a chamada materialização do Direito Privado, ou seja, a superação da igualdade apenas formal nas relações entre particulares, por uma igualdade também material fez com que o princípio da autodeterminação do indivíduo fosse revisto. Chegou-se a conclusão que só existe liberdade quando ao indivíduo é garantida a possibilidade real de fazer ou não fazer²²⁵.

Diante do acima indicado não se deve considerar a autonomia da vontade como um dogma absoluto, pois nesse caso não se estaria levando em consideração a situação real dos envolvidos, além de estar retornando a uma concepção ultrapassada de que a igualdade formal é suficiente para a garantia da liberdade.

Esta teoria não indica a necessidade de interpretação das normas de Direito Privado conforme os direitos fundamentais como prevê a eficácia mediata, o que se verá a seguir. O que esta teoria indica é a possibilidade dos direitos fundamentais exercerem influência direta nos atos dos particulares, ou seja, os indivíduos devem respeitar estes direitos quando se relacionam entre si²²⁶.

²²⁴ VENEGAS. *Op cit.*, p. 186.

²²⁵ VENEGAS. *Op cit.*, p. 190.

²²⁶ VENEGAS. *Op cit.*, p. 179.

2.2.2 Teoria da eficácia indireta

Esta teoria defende que é permitida a incidência de direitos fundamentais no âmbito privado, porém a incidência é aceita apenas de forma indireta, mediante a utilização de cláusulas gerais do direito civil que atuam como pontos de conexão dos direitos e relações jurídicas havidas entre os particulares.

Entre os adeptos desta teoria existe consenso de que os direitos fundamentais podem vir a deflagrar efeitos jurídicos nas relações jurídicas entre particulares, mas dependem, para essa vinculação dos particulares, de intermediação do próprio Estado, tanto pelo legislador quanto pelo Poder Judiciário.

Os defensores desta teoria acreditam que somente mediante a transformação, em normas de direito civil, é que os direitos fundamentais podem obrigar as pessoas nas relações privadas, e, somente através da irradiação sobre os conceitos indeterminados ou cláusulas gerais poderiam os correspondentes conceitos tornarem-se eficazes²²⁷.

Na Alemanha um dos principais defensores da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais foi Günther Düring, que, na obra escrita em 1956, chamada *Grundrechte und Privatrechtsprechung* (traduzido como Direitos Fundamentais e Relações Jurídicas Privadas), indica que os direitos fundamentais operariam no âmbito privado através das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos preenchidos valorativamente.

Segundo o entendimento de Düring²²⁸ o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º da Lei Fundamental de Bonn, não estabelece apenas uma obrigação negativa ao Estado, mas também impõe um dever de proteção e de tutela frente aos valores que os direitos fundamentais sedimentam na base da ordem jurídica.

²²⁷ MIRANDA. *Op cit.*, p. 288.

²²⁸ DÜRIG, Günther. *Grundrechte und Privatrechtsprechung*. München: Beck, 1956. *Apud* ESTRADA, Alexei Julio. **La eficácia de dos derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá/CO: Universidad Externado da Colombia, 2000. p. 110-111.

De toda forma, Düring verificou que esta realidade ocorria de forma diversa quando dirigida contra o Estado e contra terceiros. Isso porque, ele percebeu que contra terceiros, o Direito Privado encontra limitação da autonomia da vontade o que justificaria a inserção dos direitos fundamentais nas cláusulas gerais do Direito Privado para que tivessem eficácia.

Düring indicou que submeter a atividade dos indivíduos aos mesmos direitos fundamentais que limitam a ação do Estado, significaria transformar direitos em deveres, invertendo o seu sentido. Os princípios constitucionais apenas serviriam como norte interpretativo das cláusulas gerais suscetíveis de concretização, seja para clarificar o conteúdo, acentuar ou desacentuar seus elementos, ou, ainda, para em casos extremos completar lacunas. De toda forma, não significa que são diretamente utilizados, pois deve, obrigatoriamente, ser mantido o espírito do Direito Privado.

No célebre caso Lüth, o Tribunal Constitucional Federal Alemão sufragou a teoria da eficácia mediata quando afirmou que as cláusulas gerais devem funcionar como pontos de entrada dos direitos fundamentais no direito civil²²⁹, e, que a ordem de valores por eles gerada seria fortemente considerada na interpretação das relações privadas. Assim, afirmaram que os direitos fundamentais não se destinariam a resolver os conflitos entre particulares de forma direta²³⁰.

Konrad Hesse²³¹ é adepto da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas por acreditar que cabe ao legislador a tarefa constitucional de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais em direito vinculante aos indivíduos²³². Caberia ao legislador infraconstitucional dar

²²⁹ SCHWABE, Jürgen. **Os cinqüenta anos de jurisprudencia do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha**, Org. Leonardo Martins. Programa Estado de Derecho para Sudamérica. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 388.

²³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. Estados de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 125.

²³¹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. p 149-150.

²³² "A força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a

corpo as múltiplas introduções indicadas pela influência dos direitos fundamentais, não podendo, todavia, mutilar a autodeterminação e a responsabilidade individual sob pena de se esvaziar a autonomia privada.

Jorge Reis Novais²³³ também rejeita a tentativa de conferir-se autonomia ao juiz em detrimento do legislador. Segundo ele, a realização dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares deve continuar a ser de competência do legislador.

A legislação é que passa a vincular aos particulares nas relações jurídicas entre particulares, e não os direitos fundamentais. Por conseguinte, havida legislação infraconstitucional, o papel do intérprete do Direito Privado é unicamente reinterpretar²³⁴ o Direito Privado a partir dele próprio que por vezes está a depender da construção de normas a partir de enunciados normativos como função social, bons costumes, boa fé, dentre outros.

Portanto, segundo Bilbao Ubillos, a tese da eficácia indireta dispõe que:

A lei fixará as pautas para uma correta articulação entre o direito de que se trate e os bens ou direitos com os que se pode entrar em conflito, outorgando preferência, caso a caso, a algum deles. Deste modo, os direitos fundamentais teriam eficácia frente aos particulares quando e na medida em que o legislador assim o houvesse previsto²³⁵.

Segundo os defensores da teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais na versão subjetiva continuam sendo oponíveis apenas ao Estado, como direitos de defesa. Já na perspectiva jurídico objetiva os defensores da teoria da eficácia mediata, permitem a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sem que haja ofensa a autonomia privada.

Para os partidários da tese da eficácia imediata, na ausência de norma regulamentadora, os Direitos Fundamentais devem ser diretamente invocados para a solução do caso concreto. Entretanto, para a teoria da eficácia mediata,

ordem nela estabelecida." HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Serio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

²³³ NOVAIS. *Op. cit.*, p. 381.

²³⁴ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. **Constitucionalização do direito** – os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 59.

²³⁵ BILBAO. *Op. cit.*, p. 292.

o juiz deve recorrer aos conceitos indeterminados e às cláusulas gerais do Direito Privado a fim de concretizar os direitos fundamentais em colisão.

Para a teoria da eficácia indireta, na falta de legislação e com o intuito de evitar uma possível desconexão entre os preceitos constitucionais e o Direito Privado, o juiz interpretará as cláusulas gerais e conceitos indeterminados presentes no próprio Direito Privado para permitir a incidência dos direitos privados nas relações entre particulares²³⁶.

As cláusulas gerais e os conceitos indeterminados serão interpretados à luz dos direitos fundamentais como uma espécie do filtro que permitirá a vinculação dos particulares aos mencionados direitos sem prejuízo para a ordem privada, uma vez que tais cláusulas e conceitos são introduzidos pelo próprio legislador a fim de ampliar a margem de ponderação judicial²³⁷.

Em síntese, de acordo com a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais vinculam os indivíduos, mas não diretamente, e sim mediante uma espécie de filtro da legislação privada mantendo-se sempre a autonomia dos indivíduos que também é constitucionalmente tutelada²³⁸.

2.2.3. Teoria dos deveres de proteção

A teoria dos deveres de proteção foi desenvolvida na Alemanha por Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris²³⁹ e também é conhecida como imperativos de tutela.

Como a própria denominação indica, por esta teoria não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos fundamentais, mas cabe a ele a proteção destes direitos perante ameaça ou lesão de terceiro ou particular. Liga-se a ideia de que o Estado, como destinatário dos direitos fundamentais, tem o dever não apenas abster-se de ofendê-los, mas também, de impedir que sejam violados pelos particulares.

²³⁶ BILBAO. *Op. cit.*, p. 303.

²³⁷ BILBAO *Op. cit.*, p. 303.

²³⁸ VENEGAS *Op. cit.*, p. 141.

²³⁹ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador. Juspodivm, 2008. p. 132.

A teoria dos deveres de proteção é calcada na afirmação de que cabe ao Estado, mediante a atuação do legislador e dos magistrados o dever de tutelar, por imposição dos direitos fundamentais, o particular contra as ofensas praticadas por outro particular.

Para a teoria dos deveres de proteção o Estado tem a obrigação de promover a proteção dos direitos fundamentais frente às lesões e ameaças provenientes de particulares, e não apenas de abster-se em violá-los²⁴⁰. O titular de um direito fundamental seria também o titular de um direito subjetivo à proteção do Estado contra a ingerência de terceiros:

O objectivo principal da função de imperativo de tutela no âmbito das relações entre particulares é, por conseguinte, o de proteger os bens jurídicos-fundamentais perante intervenções fácticas por parte de outros sujeitos de Direito Privado, e de assegurar a sua efectiva capacidade funcional²⁴¹.

Esta proteção é exercida pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário que têm o dever de, na criação e aplicação das leis, promovê-la. Neste ponto, a teoria dos deveres de proteção se assemelha à teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Jane Reis Novaes Pereira assim comenta:

De fato, há uma estreita correlação entre os deveres de proteção e a eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas. Ao conceber-se a incidência dos direitos fundamentais entre particulares como indireta, torna-se imperativo que as normas de direito privado sejam interpretadas em conformidade com as normas constitucionais que os consagram²⁴².

²⁴⁰ “Conforme se reconheceu entretentes na Alemanha, essa função desempenha um papel central também no que diz com a pergunta em torno dos efeitos dos direitos fundamentais no Direito Privado, pois aqui os direitos fundamentais amiúde não são aplicáveis na sua função de proibição de intervenção e direitos de defesa contra o Estado, já que, conforme foi exposto, eles de regra, não se dirigem diretamente contra o cidadão, e o assunto em pauta é justamente o controle da constitucionalidade dos atos dos particulares.” (CANARIS, Claus-Wilhelm, A influencia dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *In*. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 240

²⁴¹ CANARIS. Op. Cit. p. 107.

²⁴² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídica entre particulares. *In* BARROSO: Luis Roberto (org.) **A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 469.

Ao Poder Legislativo cumpre o dever de proteção aos direitos fundamentais no âmbito privado, mediante a disciplina do negócio jurídico, dos atos jurídicos, dos contratos e da responsabilidade civil. Já ao Poder Judiciário cumpre o dever de interpretação e aplicação das normas de natureza privada conforme preceitua os direitos fundamentais, devendo, no caso de omissão legislativa, integrar essas normas fazendo do próprio direito constitucional, de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados²⁴³.

Segundo esta teoria, muito embora tenha inspiração contida na aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, dispensa-se a tradicional técnica de utilização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados do Direito Privado obrigando os poderes públicos, em especial o legislativo e o judiciário a velarem os direitos fundamentais nas relações interprivadas²⁴⁴.

Muito embora a teoria da eficácia mediata e a dos deveres de proteção tenham a mesma raiz, elas divergem em termos de construção e resultado. Isso porque enquanto a teoria da eficácia mediata só permite a eficácia horizontal dos direitos fundamentais mediante intervenção concretizadora de cláusulas gerais, a teoria dos deveres de proteção obriga a todos os órgãos do Estado a protegerem os direitos fundamentais, sem que se exija intermediação do legislador²⁴⁵.

Segundo esta teoria a responsabilidade primária do legislador no cumprimento dos deveres de proteção dos direitos fundamentais é preservada, mas ela não descarta a atuação do poder judiciário quando há ausência de lei ou de cláusula geral.

Defendem que mesmo diante de situações extremas e até contrárias a lei, poderia o juiz, nos deveres de proteção, intervir visando conferir eficácia aos direitos fundamentais nas relações entre particulares²⁴⁶.

²⁴³ STEINMETZ, Wilson. **Direitos Fundamentais e relações entre particulares**: anotações sobre a Teoria dos Imperativos de Tutela. Revista de Direito Privado, n. 23, jun/set, 2005, p. 294.

²⁴⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2004, p 256-257.

²⁴⁵ NOVAIS. *Op cit.*, p. 357-360.

²⁴⁶ NOVAIS. *Op cit.*, p. 357-360.

Frise-se, porém, que somente em casos extremos de absoluta e total ausência de regulação sobre o tema, e ainda, que referida ausência resulte em ausência de proteção de direito fundamental é que o magistrado poderá assumir o dever de proteção²⁴⁷.

Os particulares, no entanto, não estão sujeitos à vinculação dos direitos fundamentais em razão do exercício da autonomia privada, de modo que os atos privados não teriam a obrigação de se conformar com os direitos fundamentais, de acordo com o texto constitucional. Em verdade, a conduta dos entes privados deveria se pautar nos parâmetros ditados pelo Poder Legislativo, que, no exercício do seu dever de proteção, optou pela implementação dos direitos fundamentais nas normas de caráter privado²⁴⁸.

A vantagem desta teoria estaria no fato de tentar compatibilizar as teorias de eficácia mediana e eficácia imediata, e, ao mesmo tempo, valoriza o papel do legislador na concretização dos direitos fundamentais, sem ainda descartar eventual necessidade de intervenção do magistrado em situações de ofensas à Constituição.

Outro aspecto relevante desta teoria é que ela viabiliza tratamento suficientemente diferenciado dos direitos fundamentais no Direito Privado, pois admite o dever de intervenção do Estado nas relações interprivadas, muito embora seja apenas em casos excepcionais e justificados²⁴⁹.

A crítica lançada em desfavor desta teoria é a mesma que incide sobre a teoria da eficácia indireta, qual seja, a concretização dos direitos fundamentais fica refém da vontade e conveniência estatal em aplicá-los.

Aqueles que negam esta teoria indicam que o Estado desempenha função protetora relativamente às liberdades e aos bens jurídicos pessoais, garantindo a segurança pública, combatendo a criminalidade, a integridade física, porém estas são atividades ligadas ao Estado liberal no que diz respeito

²⁴⁷ NOVAIS. *Op cit.*, p. 383-384.

²⁴⁸ SARMENTO. Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR. Fredie (org.) **Leituras complementares de processo civil**. 7ª ed. ver. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009. p. 172.

²⁴⁹ SARLET. *Op cit.*, p. 140.

a função de interesse geral e não enquanto meio de proteção dos direitos individuais²⁵⁰.

Na contramão da afirmação acima não se pode ter posições extremadas que, de um lado eliminem a liberdade constitutiva do legislador, e de outro lado estabeleçam limites a ele. Afinal, uma das limitações substanciais à proteção do Estado no que diz respeito aos direitos fundamentais é justamente imposta pelos direitos dos particulares. Segundo esta linha de raciocínio, quando a proteção dos direitos de uma pessoa põe em cheque a esfera jurídica de terceiros, a proteção do Estado será medida por uma espécie de ponderação dos bens e valores em colisão, e aí, dever-se-á, observar o princípio da proporcionalidade²⁵¹.

2.3 A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais

A hipervulnerabilidade não é um conceito já formulado pela doutrina estrangeira ou nacional, nem mesmo uma categoria jurídica que se encontra expressa na legislação consumerista. Delineada por termos como “vulnerabilidade potencializada”, trata-se de um conceito implícito no ordenamento jurídico brasileiro que se recolhe de princípios constitucionais. Neste momento, o trabalho desce aos seus fundamentos, com a finalidade de imprimir-lhe a função de realizar os direitos fundamentais do consumidor idoso.

Na doutrina, mostra-se implícita a idéia de uma vulnerabilidade mais acentuada de determinadas categorias de consumidores. Cláudia Lima Marques assim comenta quanto a vulnerabilidade dos idosos:

Efetivamente o art. 230 da Constituição Federal brasileira identifica também a necessidade de ‘amparar as pessoas idosas [...] defendendo sua dignidade e bem estar’. 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 consumidores ‘jovens’ e 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.

²⁵⁰ VIEIRA DE ANDRADE. *Op cit.*, p 149.

²⁵¹ VIEIRA DE ANDRADE. *Op cit.*, p. 149.

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 a 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-em-porta, 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 vida²⁵²

Em outra obra sustenta o mesmo posicionamento:

Tratando-se de consumidor 'idoso' (assim considerado indistintamente aquele cuja idade está acima de 60 anos) é, porém, um consumidor de vulnerabilidade potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita de forma premente dos serviços, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração denominados de 'planos' de serviços de assistência à saúde ou assistência funerária²⁵³.

Cristiano Heineck Schmitt também defende a vulnerabilidade acentuada dos consumidores idosos:

Analisando-se este cenário, o consumidor idoso, ante a fragilidade que lhe é natural em razão da idade avançada, que o torna ainda mais vulnerável, se comparado às demais pessoas, não raro acaba sendo atingido por práticas comerciais abusivas, que, em muitos casos, causam lesões que superam a esfera patrimonial, provocando danos de ordem moral²⁵⁴.

Do paradigma da essencialidade, inscrito na doutrina nacional, por Teresa Negreiros, recolhem-se fundamentos para a hipervulnerabilidade do consumidor idoso, eis que sua teoria tem como uma de suas funções, diferenciar o consumidor de consumidores, quando o que está em jogo é a situação de vulnerabilidade.

A hipervulnerabilidade propõe, assim como o paradigma da essencialidade, o foco na pessoa, nas suas individualidades, nos valores existenciais, e, na necessidade da interpretação constitucional dos institutos jurídicos existentes, com verificação da sua influência sobre os contratos.

²⁵² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código...**, p. 563

²⁵³ MARQUES. **Solidariedade na..**, p. 194.

²⁵⁴ SCHMITT, Cristiano Heineck. Indenização por dano moral do consumidor idoso no âmbito dos contratos de plano de saúde e de seguros privados de assistência à saúde. *In Direito Fundamental à saúde*. JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 (coleção doutrinas essenciais). p. 305.

Elementos e circunstâncias da realidade, especialmente aqueles que determinam a desigualdade, devem ser incorporados às categorias teóricas utilizadas na resolução de conflitos contratuais.

Teresa Negreiros quando defende o paradigma da essencialidade indica que a caracterização do bem contratado – como bem essencial, útil ou supérfluo – deve sim, ser considerado como um fator determinante da disciplina contratual, influenciando sobre a forma como hão de ser conciliados os novos princípios do contrato, de índole intervencionista, e os princípios clássicos, finalizados à proteção da liberdade contratual²⁵⁵. Ela propõe um regime jurídico que se vale da tutela constitucional do “mínimo existencial” e prevê maior importância dos valores existenciais em face dos valores patrimoniais.

Considerando a busca por princípios que possam servir de fundamento às decisões judiciais em que se promove a efetivação das necessidades humanas fundamentais; justificativas na valorização da pessoa e manutenção da dignidade humana “procura-se oferecer como solução a tutela da pessoa no contrato em face do “mínimo existencial””²⁵⁶.

Teresa Negreiros comenta sobre o amparo jurídico diante de novas situações nas quais não existe uma teoria geral que a suporte:

A ausência de uma teoria geral que tome conta a nova realidade, em todos os seus aspectos, não tem, entretanto, impedido que se proceda à caracterização e ao amparo jurídico das novas situações e se crie um regulamento que, embora de forma casuística, procure satisfazer as novas necessidades e, sobretudo, moderar as concepções individualistas e voluntaristas que eram dominantes ao tempo das primeiras codificações²⁵⁷.

E continua a autora:

(...) propor acrescentar mais um subsídio no sentido de tornar as relações jurídicas privadas mais humanas, mais equilibradas e menos sujeitas ao egoísmo que o enfoque centrado exclusivamente na autonomia privada muitas vezes propicia, sugere uma reflexão acerca da classificação dos bens com reflexos no direito contratual.

²⁵⁵ NEGREIROS. *Op. cit.* p. 388.

²⁵⁶ PINHEIRO. **Contrato.**, p. 121.

²⁵⁷ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 422.

No contexto apresentado pela autora, os direitos fundamentais sociais assumem posição de destaque e acabam por nortear a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais, resultando na mudança valorativa das relações contratuais²⁵⁸.

Muito embora o que se pretenda com o presente estudo não seja a defesa de classificação dos bens como feito por Teresa Negreiros, a aceitação da hipervulnerabilidade dos idosos pretende, justamente, deixar a relação entre fornecedor e consumidor idoso mais humana, momento em que sugere-se uma reflexão sobre a condição do idoso. Buscam-se alternativas para manutenção da dignidade da pessoa humana²⁵⁹, indicando que sua particularidade, em decorrência da idade, seja por todos compreendida e respeitada nas relações de consumo.

Teresa Negreiros assim comenta:

Uma vez posta a dignidade da pessoa humana como valor supremo da ordem constitucional, o direito dos contratos a ela necessariamente se curva: as necessidades humanas fundamentais, a pessoa e a sua dignidade passa a ser o critério e a medida dos contornos jurídicos dos bens e dos respectivos contratos²⁶⁰.

Pretende-se que com a aceitação da hipervulnerabilidade do consumidor idoso tenha êxito na aplicação do fundamento da cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana. A hipervulnerabilidade tem fundamento na Constituição, uma vez que esta institui cláusula geral de tutela da dignidade de pessoa humana, impondo o reconhecimento e influência de interesses não patrimoniais sobre as relações interprivadas, e, estabelece também, uma tutela especial aos idosos, bem como prevê o respeito às diferenças.

²⁵⁸ NEGREIROS. *Op. cit.*, p.461.

²⁵⁹ “O respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988. [...] No Direito brasileiro, após mais de duas décadas de ditadura militar, a Constituição democrática de 1988 explicitou, no art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos “fundamentos da República”. A dignidade humana, assim, não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela protegida. A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe, o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83.)

²⁶⁰ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 488.

Sob esta ótica o novo direito contratual deve servir como instrumento a serviço da dignidade da pessoa humana e deve refletir a importância dos direitos existenciais sobre os interesses patrimoniais²⁶¹. Ainda sob a afirmação de deveres extrapatrimoniais Heloísa Helena Barboza assim comenta:

“(...) o constituinte foi além, impregnando de deveres extrapatrimoniais tais relações, que de fato contribuem para a concretização dos direitos da personalidade e tutela da dignidade humana²⁶².”

Convém apresentar que, Teresa Negreiros, quando defende o paradigma da essencialidade indica que aqueles contratos que versem sobre bens mais necessários ou essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável, sendo vulnerável a parte que necessita do bem²⁶³.

Ao contrário do que sugere o art. 4º inc. I do Código de Defesa do Consumidor, que expressa uma pressuposição indiscriminada, o regime de tutela indicado se regeria por critérios de aplicação que se nutririam da situação real do idoso contratante, não sendo possível uma decisão ser alcançada sem antes se ponderar as circunstâncias concretas do conflito a ser dirimido. Neste sentido Teresa Negreiros comenta:

... ao contrário do que poderia sugerir uma primeira leitura do CDC – onde a vulnerabilidade, no art. 4º, I, é expressa em termos de uma pressuposição indiscriminada –, o regime de tutela aí instituído se rege por critérios de aplicação que se nutrem da situação real das partes contratantes, não sendo possível alcançar-se uma decisão sem antes ponderar as circunstâncias concretas do conflito dirimido. Isto ocorre seja no que se refere à aplicação das cláusulas gerais, como é o caso da cláusula geral de boa-fé prevista no CDC, seja no que se refere à própria concretização da hipossuficiência do consumidor (art. 6º, VIII e art. 39, IV), seja, sobretudo, em relação à concretização do desequilíbrio contratual (art. 51, part. 1º, II, por exemplo), hipóteses – todas elas – em que a lei faz remissão ora as condições pessoas das partes, ora a natureza e ao conteúdo do contrato em causa²⁶⁴.

²⁶¹ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 461.

²⁶² BARBOSA, Heloísa Helena. Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século, *In* Revista da faculdade de direito. Rio de Janeiro: UERJ/Renovar, 1998-1999, p. 27-39. *Apud* NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 462.

²⁶³ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 463.

²⁶⁴ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 490.

Ronaldo Porto Macedo Jr. também indica a ausência de homogeneidade dos Consumidores:

O próprio conceito genérico de consumidor vai perdendo sua funcionalidade em determinados contextos de uso nos quais se torna necessária uma distinção entre tipos de consumidor²⁶⁵.

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 considerada²⁶⁶, e, por conseguinte, há de se compreender a existência de consumidores hipervulneráveis. Teresa Negreiros comenta sobre as diferenças existentes entre os consumidores:

... o fato é que não se pode, sob tal pretexto, desconhecer a relevância jurídica de que se revestem certas diferenças existentes entre os consumidores²⁶⁷.

O regime tutelar proposto implica em considerável nível de discernimento do juiz. O que não o faz perder sua credibilidade, e o coloca cada vez mais próximo da realidade do direito civil contemporâneo. Isso porque o direito civil vem se mostrando cada vez mais sensível à ponderação concreta das especificidades dos casos reais. Isso tem sido importante, pois, caso o ordenamento jurídico desconsiderasse fundamentos decisórios em condições específicas não haveria subsídios para defender a hipervulnerabilidade dos

²⁶⁵ MACEDO Jr., Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*. p. 85. *Apud* NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 491.

²⁶⁶“Finalmente, importa ressaltar que as normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de “ordem pública e interesse social” (art. 1º, do CDC). São indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social. Partem da afirmação do princípio da vulnerabilidade do consumidor, como mecanismo que propicia igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem necessidade ou benefício, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios. É esse o pano de fundo do direito-dever de informação, no microsistema do CDC.” (BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316/MG - Min. Rel. Herman Benjamin - Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 14 jan. 2011.)

²⁶⁷ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 489.

consumidores idosos²⁶⁸, nem estaria sendo assegurada a igualdade material prevista na Constituição do Estado Democrático de Direito.

Frise-se também que o Código de Defesa do Consumidor prevê em seu bojo a realização de decisões à luz de circunstâncias concretas das partes, o que faz com que julgamentos sejam realizados por equidade. O art. 51, inciso III do Código de Defesa do Consumidor indica que seria presumidamente exagerada a vantagem obtida considerando-se a natureza do conteúdo do contrato, o interesse das partes e *outras circunstâncias peculiares do caso*.

Com base na aplicação de uma vulnerabilidade especial dos idosos, a que se chama de hipervulnerabilidade, quer-se resgatar a dignidade da pessoa humana desta categoria quando se trata de relação de consumo.

Na jurisprudência brasileira, a hipervulnerabilidade encontra lugar em decisões que se referem a uma vulnerabilidade mais acentuada ou potencializada quando pessoa idosa presente em relações de consumo. Neste sentido transcreve-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. COBRANÇAS ABUSIVAS. VULNERABILIDADE AGRAVADA DO CONSUMIDOR IDOSO. CONSIDERAÇÃO. RESCISÃO DO CONTRATO DETERMINADA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. Considerando a verossimilhança das alegações do autor, no sentido de que o serviço de telefonia móvel contratado para utilização no exterior mostrou-se defeituoso, culminando com cobranças abusivas, bem como tendo em vista a vulnerabilidade agravada do consumidor idoso, é de se julgar procedente o pedido de rescisão de contrato, sem o pagamento de multa, tornando-se inexigíveis os valores a título de ligações internacionais, determinando-se, outrossim, a devolução do valor pago pelo aparelho celular. Danos morais não configurados, na medida em que os incômodos vivenciados pelo autor não feriram sua dignidade a ponto de gerar direito à indenização. APELO PARCIALMENTE PROVIDO²⁶⁹.”

Outra decisão no mesmo sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO DE VIDA. RENOVAÇÃO DO CONTRATO. RECUSA DA SEGURADORA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

²⁶⁸ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 470.

²⁶⁹ BRASIL. TJRS. Apelação Cível n. 70025289943 - Des. Rel. Marilene Bonzanini Bernardi - j. em 18.02.2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. 2011.

DEFERIMENTO. PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E NECESSIDADE DE URGÊNCIA NA CONCESSÃO DO PROVIMENTO. ART. 273 DO CPC. 1. Presentes os requisitos autorizadores da tutela concedida, a teor do que estabelece o art. 273 do Código de Processo Civil, consubstanciados na verossimilhança das alegações da parte agravante, decorrentes da lei consumerista aplicável ao caso, as quais vão ao encontro da jurisprudência majoritária desta Corte, bem como o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação. 2. Assim, vislumbra-se no caso em tela o fundado receio de dano irreparável, porquanto a rescisão unilateral do contrato tem o potencial concreto de afastar o consumidor do sistema securitário, sem oportunizar a discussão do pacto e deixando a parte beneficiária sujeita a suportar os riscos até então garantidos. 3. Denota-se a necessidade de intervenção judicial a fim de coibir possível abusividade no agir da seguradora de forma unilateral, mostrando-se plenamente justificável a manutenção das condições do contrato em discussão, a fim de averiguar a legalidade da rescisão levada a efeito. Dado provimento, de plano, ao agravo de instrumento²⁷⁰.

Porém, é no Superior Tribunal de Justiça que a hipervulnerabilidade é expressamente acolhida. Ao julgar a suficiência ou não dos dizeres “Contém Glúten”, veiculados em embalagens de alimentos industrializados considerando os riscos à saúde e segurança de consumidores celíacos, o Ministro Herman Benjamin preferiu voto no Recurso Especial n. 586.316, fundamentando-se na hipervulnerabilidade. Para julgamento do recurso em comento foi necessária a identificação e indicação de consumidores hipervulneráveis, no caso em tela, os celíacos.

Em seu voto o Ministro assim afirma:

O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas²⁷¹.

Em suas razões o Ministro indica que o a alegação apresentada pela Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação de que somente deveriam haver inscrições de advertência no que diz respeito aquelas substâncias que

²⁷⁰ BRASIL. TJRS. Agravo de Instrumento nº. 70029810108 - Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto - j. 12.05.2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. de 2011.

²⁷¹ BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316/MG - Min. Rel. Herman Benjamin - Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 14 jan. 2011.

fizessem mal a saúde dos consumidores em geral é deficiente. Isso porque, afirma o Ministro, se comungasse deste entendimento “cairia por terra a justificativa de exigir dos agentes econômicos a garantia de acessibilidade a pessoas portadoras de deficiências²⁷²”. Complementa indicando o caso da reserva de cotas nas universidades, ou investimento em UTIs e serviços especiais de alto custo. Segundo o Ministro em todos estes casos a lei é direcionada precisamente à proteção de uma minoria da população, e que, justamente por ser minoria é que tem a “mais poderosa justificativa – política e ética – para a intervenção de reequilíbrio do legislador”²⁷³.

A justificativa do Ministro decorre da característica do Estado Social de Direito, que deve reconhecer a igualdade de todos, mas sua função não fica adstrita a isso, devendo também oferecer mecanismos para que seja assegurada a igualdade material.

Do mesmo modo, que certos grupos de consumidores são hipervulneráveis, merecendo tutela especial por parte do ordenamento jurídico, é possível identificar outros grupos que estão em situação semelhante. É o caso dos idosos. Ocorre que este grupo da sociedade já se encontra amparado por uma tutela especial, representada pelo Estatuto do Idoso, que lhe outorga direitos fundamentais. Resta saber como esses direitos podem encontrar lugar nas relações de consumo, amparando-se, para tanto, na idéia de hipervulnerabilidade.

O Estatuto do Idoso visa proteger a dignidade da pessoa do idoso, com conjunto de ações voltadas para a integração social do idoso. Ele reconhece implicitamente as limitações que lhe são de ordem biológica, e por conta disso, naturais, e lhe concede tutela especial e prioritária. Sob este viés a hipervulnerabilidade busca implementar a isonomia defendida pelo sistema.

O Estatuto do Idoso surgiu com o objetivo de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais do idoso, e, portanto, deve nortear as relações em que o idoso seja parte o que inclui as relações de consumo. É no Estatuto do

²⁷² BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316/MG - Min. Rel. Herman Benjamin - Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 14 jan. 2011.

²⁷³ BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316/MG - Min. Rel. Herman Benjamin - Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 14 jan. 2011.

Idoso lido sob a ótica constitucional que estão os subsídios da sua hipervulnerabilidade o que se coaduna com o melhor interesse do idoso.

A aplicação isolada do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo não atende a todas as necessidades desta categoria especial, isso porque o idoso consumidor não é apenas vulnerável, mas hipervulnerável conforme justificativas apresentadas no item 1.4 da presente dissertação. Esta assertiva encontra respaldo na cláusula geral de tutela da dignidade humana.

Todavia, não se pode desconsiderar a aplicação do direito de defesa do consumidor como um direito fundamental na relação de consumo, que serve tanto para integrar lacuna existente no estatuto do idoso como para obter uma interpretação que proporcione uma solução mais justa nas relações de consumo.

Ricardo Weber comenta:

Justifica-se, assim a aplicação da defesa do consumidor na relação desigual praticada no modelo econômico do livre mercado, pois os direitos dos consumidores, agentes sociais mais fracos do liame jurídico (fornecedor/consumidor), não podem ficar dependentes, tão só, de uma moldura técnica normativa que é o Código de Defesa do Consumidor²⁷⁴.

O sentido e o alcance do direito fundamental da defesa do consumidor é o de restabelecer o equilíbrio para atenuar os abusos nas relações de consumo, para amenizar as desigualdades que o mercado inevitavelmente impõe aos consumidores. Sob este viés quer-se ver assegurada a tutela especial do idoso para que ele sinta-se integrado, fazendo parte da sociedade e valorizado como pessoa e não mais marginalizado.

O princípio tutelar constitucional de defesa do consumidor deve atuar sempre em conjunto e permeando o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor, como uma verdadeira cláusula geral que vigora em todos os atos de consumo. Ricardo Weber afirma que “o princípio constitucional de defesa do consumidor percorre o ordenamento jurídico irradiando seu objetivo

²⁷⁴ WEBER, *Op. cit.*, p. 104.

de proporcionar um tratamento compensador e protetivo na desigualdade inerente na relação de consumo.²⁷⁵”

A intenção do constituinte brasileiro de inserir a norma fundamental de defesa do consumidor, fixando-a no centro do ordenamento, é de fazê-la um instrumento jurídico que possui a finalidade de amenizar e atenuar as desigualdades, promovendo a igualdade. O direito fundamental de defesa do consumidor pode ser anunciado como um modo de mitigar a desigualdade existente entre as partes da relação de consumo. Na seara de direito fundamental, a defesa do consumidor tem a precípua finalidade de assegurar a dignidade da pessoa humana, com fundamento do Estado Social e Democrático de Direito.

Resta saber, se nos tribunais brasileiros, o direito fundamental de defesa do consumidor tem sido aplicado como forma de mitigar a desigualdade existente entre fornecedores e consumidores, quando na posição destes últimos está a pessoa idosa e sua hipervulnerabilidade. Diante da tal necessidade surgiu a pesquisa sobre a tutela estatutária da pessoa idosa e suas garantias, assim como a análise de situações do cotidiano dos idosos (contratação de seguros, planos de saúde, empréstimos, etc.), com vistas verificar a realização de seus direitos fundamentais apresentadas no próximo capítulo.

²⁷⁵ WEBER, *Op. cit.*, p. 90.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO IDOSO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: O RECONHECIMENTO DA HIPERVULNERABILIDADE CONTRATUAL

3.1 Do abandono a proteção integral: a tutela estatutária do idoso

Na atualidade as expressões mais utilizadas para identificar aquele que possui mais idade são “idoso”²⁷⁶ e “terceira idade”. Esta alteração é decorrente do respeito necessário aos que se encaixam nesta categoria. Assim, acaba por abolir-se a expressão “velho”, pois se entende que é ultrapassada e acima de tudo por possuir significado ambíguo uma vez que historicamente se refere ao indivíduo improdutivo, que nada produz.

Vilas Boas assim comenta o tema:

Velho e idoso são dois termos quase sinônimos, por analogia, uma vez que o processo de envelhecimento afeta a todos, avança com a faixa etária de todos os viventes, mas de modos distintos em tempo e espaço. Velho, porém, é um termo mais depreciativo, se visto na sua pura conotação unívoca, na conseqüente perda de sentidos e vigor. Há idoso no seu quase pleno vigor e não há velho que não tenha experimentado a fraqueza orgânica visível²⁷⁷.

Neste mesmo sentido comenta Wladimir Martinez:

A palavra velho ganhou conotação negativa e passou a ser considerado como politicamente incorreta, por estar associada à idéia de coisa inútil ou imprestável. Começou a ser difundido, então, o vocábulo idoso, além disso, foram criados diversos neologismos para se referir ao grupo formado por essas pessoas, tais como terceira idade, meia-idade e idade avançada.²⁷⁸

O problema do idoso brasileiro deve ser analisado diretamente nos quesitos cidadania e mudança de paradigma social em movimento sócio-jurídico já iniciado. Pode-se indicar como grande marco divisor da realidade do

²⁷⁶ “A palavra idoso tem sua origem latina no substantivo *aetas*, *aetatis* (substantivo feminino que corresponde à idade ou espaço de tempo humano), de cujo caso acusativo *aetatem* (caso lexiogênico de onde nasceu a maioria das palavras num grande número de línguas modernas) deu-se a existência à palavra “idade”. “Idoso” é o vocábulo de duas componentes: “idade” mais o sufixo “oso”, no léxico, denota-se “abundância ou qualificação acentuada”. Portanto, o vocábulo “idoso” pode significar: cheio de idade, abundante em idade, etc.” (VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do Idoso Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1-2.)

²⁷⁷ VILAS BOAS. *Op. cit.*, p. 3.

²⁷⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Direitos dos idosos**. São Paulo: LTr, 1997. p. 23.

idoso no Brasil, ainda que no campo formal, a promulgação do Estatuto do Idoso.

A cidadania é fundamento da República Federativa do Brasil que merece amplo destaque no tema direito do idoso. Referido destaque é merecido seja sob a análise do conceito de cidadania em sentido estrito (votar e ser votado) quanto em sentido amplo (partícipe da vida do Estado e titular de direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana)²⁷⁹.

No ordenamento jurídico vigente a personalidade jurídica pode ser compreendida como a suscetibilidade de direitos e obrigações, e ao mesmo tempo é pré-requisito para a possibilidade de exercê-los. Contudo, seu sentido não se esgota neste aspecto subjetivo, pessoa também é valor. Portanto, a personalidade é a qualidade do 'ser pessoa perante o direito', vez que a pessoa humana constitui o fundamento ético-ontológico do direito. Sem pessoa não existiria o direito²⁸⁰.

Diante desta realidade os direitos de personalidade são caracterizados por sua essencialidade. Todas as pessoas, em qualquer etapa da sua vida possuem os direitos de personalidade, até mesmo porque comparados com outros direitos, estes possuem proeminência em função do seu objeto que acaba por se manifestar como algo orgânico, sendo tratados como bens de maior valor jurídico²⁸¹.

Os direitos da personalidade são apresentados como concretizações da tutela da personalidade e não são típicos, são qualificados em ordem de importância como os mais relevantes; remetem a valores imprescindíveis como a vida e a integridade psicofísica, de forma que se colocados em organização hierárquica ocuparão, o topo, pois os bens salvaguardados por tais direitos são os mais preciosos em relação à pessoa.

²⁷⁹ "Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade." (BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003.)

²⁸⁰ VASCONSELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 5.

²⁸¹ DE CUPIS, Adriano. **Direitos de personalidade**. Tradução de REZENDE, Afonso Celso Furtado. Campinas: Romana, 2004. p. 29.

É com segurança e tranquilidade que se pode afirmar que qualquer indivíduo pode exigir respeito à sua personalidade perante o Estado e perante qualquer pessoa; e ao mesmo tempo é responsabilidade do Estado de protegê-la. Isso porque a defesa da personalidade é modalidade da tutela da dignidade da pessoa humana²⁸².

A personalidade humana constitui direito não patrimonial absoluto, porque diz respeito ao ser e não ao ter. Diante esta afirmação pode-se indicar que a existência jurídica dos direitos de personalidade significa reconhecer que cada um deve ser valorado simplesmente por ser pessoa. E, sob esta ótica que o art. 8º do Estatuto do Idoso faz alusão aos direitos da personalidade da pessoa idosa ao dispor que: ‘o envelhecimento é um direito personalíssimo’, ou seja, observa-se que envelhecer ocupa o rol dos direitos da personalidade, além da expressão personalíssimo indicar que esse direito concerne a uma pessoa ou a um grupo com ‘individualidades coincidentes ou características especiais’²⁸³.

Sabe-se que faz parte dessas individualidades coincidentes ou características especiais o declínio biológico, psicofísico gradual das pessoas em decorrência do avanço da idade. Porém, frise-se que mesmo assim, sua integridade física e psíquica deve ser preservada.

O avanço da idade não significa por si senilidade, doença ou morte iminente, porém faz-se necessário que as especificidades deste corpo e dessa mente sejam cuidados. O direito à velhice digna teve sua positivação realizada na Constituição de 1988, pois a proteção da pessoa idosa foi amparada por princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana passando a ser considerada parte de um conjunto maior de direitos que fomentam uma sociedade justa, igual e solidária como fundamento do Estado Social e Democrático de Direito.

²⁸² “Dentre os ‘princípios fundamentais gerais’, enunciados no art. 1º da Constituição de 88, merece destaque especial aquele que impõe o respeito a dignidade da pessoa humana. O princípio mereceu formulação clássica na ética kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de molde a que o outro seja tratado como objeto, e não como igualmente sujeito.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 163.)

²⁸³ VILAS BOAS. *Op. cit.*, p. 15.

A Constituição de 1988 estabelece²⁸⁴ que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos seus membros e possui como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. Diante disso é possível afirmar que os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana são expressamente incorporados ao texto constitucional traduzindo a aceitação em plano jurídico interno, das diretrizes relativas aos direitos humanos.

Tal afirmação implica em diversas ações positivas do Estado para assegurar tais premissas, e claro, que, nesta seara está inserida a proteção da dignidade do idoso nos mais diversos aspectos, sejam eles sociais, políticos e jurídicos.

A respeito desta proteção Paulo Roberto Barbosa Ramos assim comenta:

A afirmação de que República Federativa do Brasil fundamenta-se na cidadania e na dignidade da pessoa humana orienta toda a atuação do Estado e da sociedade civil em direção a efetivação desses fundamentos, diminuindo, com isso, o espaço de abrangência da concepção de que as pessoas, na medida em que envelhecem, perdem seus direitos. Esse dispositivo constitucional, portanto, aponta no sentido de assegurar a cidadania, que é uma decorrência da garantia da dignidade da pessoa humana durante toda a sua vivência²⁸⁵.

O autor complementa ainda que:

Assegurar os direitos fundamentais das pessoas idosas é uma alternativa inteligente para a garantia dos direitos de todos os seres humanos. Todavia, fez-se observar que somente serão assegurados os direitos fundamentais aos idosos na medida em que aos seres que envelhecem seja garantido, durante a existência, o direito à dignidade²⁸⁶.

²⁸⁴ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel de seus dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II – a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político.” (BRASIL. Constituição, 1988.)

²⁸⁵ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa, *Direito à Velhice: A proteção constitucional da pessoa idosa. In Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. Organizadores WOLKMAR, Antonio Carlos; e LEITE, José Rubens Morato. São Paulo, 2003. p. 133.

²⁸⁶ RAMOS. *Op. cit.*, p. 133.

Essas garantias são inerentes ao próprio Estado Social e Democrático de Direito adotado pela Constituição Federal de 1988, que indica a sua característica garantista. O constitucionalismo social está assentado em uma visão solidarista, produzindo o modelo de um Estado interventor, diferente do modelo do Estado mínimo do liberalismo. Este Estado de bem-estar consagrado pela Constituição de 1988 tem por fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, preceituados em seu art. 1º, incisos II e III, respectivamente, e como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme inserido no inciso I do art. 3º e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ferrajoli²⁸⁷ manifesta-se neste sentido:

Ao lado dos tradicionais direitos de liberdade, as Constituições deste século têm, contudo, reconhecido outros direitos vitais ou fundamentais: os direitos já recordados a subsistência, à alimentação, ao trabalho, à saúde, à instrução, à habitação, à informação e similares. Diferente dos direitos de liberdade, que são *direitos de* (ou faculdade de comportamentos próprios) a que correspondem a *vedações* (ou deveres públicos de não fazer), estes direitos, que podemos chamar 'sociais' ou também 'materiais', são direitos a (ou expectativas de comportamento alheios) que devem corresponder a *obrigações* ou deveres públicos de fazer) [...] Digamos, pois, que onde um ordenamento constitucional incorporar somente vedações, que requerem prestações *negativas* para garantia dos direitos de liberdade, este se caracteriza como *Estado de direito liberal*; onde, ao invés, este também incorporar obrigações, que requerem prestações positivas para a garantia dos direitos sociais, este se caracteriza como *Estado de direito social*.

Esta concepção de Estado Social de Direito deixa de ficar apenas na posição de não intervenção e passa a atuar efetivamente, sendo ativo para a efetividade dos direitos sociais. Como tais prestações sociais derivam de diretrizes maiores que enquanto princípios gerais são aplicáveis a todos os cidadãos, das quais, é, claro não se exclui a figura do idoso.

Só a previsão do indicado no art. 1º da Constituição de 1988 já seria mais que suficiente para a tutela da pessoa idosa nos múltiplos aspectos da sua vulnerabilidade. Porém, como necessária a descrição específica da pessoa

²⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes, com colaboração de Alice Bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, José Antonio Siqueira Pontes, Luaren Paoletti Stefanini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 691.

idosa como categoria jurídica passível de tutela diferenciada, o legislador constituinte, como fez com crianças, adolescentes e índios, optou por estabelecer normas de proteção específicas²⁸⁸.

Ao comentar o tema Mendes explica que:

No que respeita ao idoso, sob inspiração dos princípios da solidariedade e da proteção, dispôs a Constituição que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de ampará-lo, assegurando a sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhe o direito a vida.

Sob essa perspectiva, o constituinte colocou o Brasil em sintonia com os países mais avançados, onde o cuidado com os idosos é uma questão social da maior importância, até porque em decorrência do aumento da sua expectativa de vida e da redução das taxas de natalidade, os componentes da chamada terceira idade passaram a constituir expressiva parcela da população, demandando prestações que se refletem diretamente na relação receita/despesa da seguridade social, para cujo custeio, na condição de inativos, eles pouco ou nada contribuem²⁸⁹.

A proteção do idoso pressupõe o atendimento de todas as necessidades do ser humano, respeitando-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade assegurados na Constituição Federal. Ademais, com a previsão constitucional do art. 230 o Estatuto do Idoso serviu para assegurar de forma mais detalhada a necessidade de proteção integral do idoso que será adiante apresentada.

A Constituição Federal elenca os direitos sociais entre os artigos 5º e 11º, dispondo sobre a educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e a infância e a assistência aos desamparados. Cabe ressaltar a diferenciação feita pelos constituintes quanto a direitos sociais e ordem social disposta entre os artigos 193 e 232, onde são dispostos os direitos sociais e as formas de aplicação dos direitos sociais, frente à organização político econômica. Ela se insere dentro da fase denominada de constitucionalismo social que está assentado em uma visão solidarista,

²⁸⁸ “Art. 229 - Os pais tem o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Art. 230 da CF – A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Par. 1º. Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. Par. 2º. Aos maiores de sessenta e cinco anos de idade é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.” (BRASIL. Constituição, 1988.)

²⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1307.

produzindo um modelo de Estado interventor, discrepante do modelo de Estado mínimo do liberalismo.

Este Estado de bem estar consagrado pela Constituição de 1988 tem por fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, preceituadas em seu artigo 1º incisos II e III, respectivamente, e como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme inserido no inciso I do artigo 3º e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação²⁹⁰.

À luz destes preceitos, a cláusula de igualdade do *caput* do artigo 5º e seu inciso I da Carta Magna devem ser interpretados de modo que os desiguais sejam tratados de forma desigual. Atento a este aspecto, o texto constitucional destinou dispositivos específicos para a criança, o adolescente e o idoso.

Estes artigos careciam, todavia, de regulamentação para que pudessem ir além de meras pautas jurídicas. Assim foi que para o caso das crianças e adolescentes que foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), apenas dois anos depois de vigente a Constituição de 1988, o mesmo, porém, não ocorrendo em relação aos idosos.

A resposta para esse contraste está em um contexto de exclusão social ao qual se relega o idoso, passível de ser extraído das palavras de Suzana Aparecida Rocha Medeiros sobre o tema:

A velhice parece que pode ser considerada uma vitória com sabor de fracasso. Todos querem viver muito, ninguém quer ser velho. Esta ambigüidade presente no desejo de viver muito mas não envelhecer traz muitas perguntas. Por que rejeitamos essa etapa da vida? Uma das explicações, entre tantas outras que podem ser dadas, é que a velhice é excludente e, portanto, sem significado, sem lugar²⁹¹.

Como o previsto na Constituição não era aparentemente suficiente, a cultura jurídica logo percebeu a necessidade de ampliar o texto de proteção, fazendo necessária a regulamentação infraconstitucional do assegurado na Constituição de 1988. Assim, em 04 de janeiro de 1994 entrou em vigor a Lei n.

²⁹⁰ BONDIN DE MORAES. **O conceito de...**, p 136.

²⁹¹ MEDEIROS, Suzana Aparecida Rocha. Prefácio a obra de Fundamentos constitucionais do direito a velhice. *Apud* RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos constitucionais do direito à velhice**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002. prefácio, p. 7.

8.442, que dispunha sobre a política nacional do idoso, criava o Conselho Nacional do idoso e dava outras providências. Pouco tempo depois percebeu-se que o diploma legal criado era insuficiente pois não continha instrumentos específicos de tutela judicial e administrativa, e portanto, carecia de efetividade.

Surge então a doutrina de proteção integral do idoso quando nasce o Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741 de 2003. Infelizmente, diferentemente de outras culturas existentes no mundo nos quais a velhice é atrelada a sabedoria e maturidade, na sociedade moderna e capitalista de consumo brasileiro, o idoso é tratado de forma excludente.

O Estatuto do Idoso foi promulgado e quebrou a barreira de proteção exclusivamente patrimonial, pois nele a proteção é integral²⁹², abrange a todos os idosos e em tudo aquilo que se refere à vida em sociedade. A proteção econômica não é única, a manutenção da dignidade da pessoa humana passa a ser regra, pelo resgate da inclusão social.

A legislação vigente tenta proteger a dignidade da pessoa do idoso, com conjunto de ações voltadas para a integração social do idoso reconhecendo-lhe a hipervulnerabilidade diante da dinâmica social capitalista. No mundo competitivo e excludente em que se vive, o idoso, dadas as limitações que lhe são de ordem biológica, e por conta disso, naturais, é visto como um *déficit* econômico e social, cujas normas viventes tentam apenas buscar a isonomia defendida pelo sistema. Em atenção aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, a proteção integral pressupõe o atendimento a todas as necessidades do ser humano idoso.

O Estatuto do Idoso encontra-se inserido em um sistema cuja fonte hierárquica superior é a Constituição Federal, na qual a norma infraconstitucional existe para exercer sua função em conjunto ao ordenamento

²⁹² “No novo diploma legal, o idoso passa a ter direitos específicos e diferenciados em relação às demais pessoas, haja vista merecer da sociedade uma proteção especial em função da sua idade já avançada. Em virtude do próprio processo natural e biológico do envelhecimento, a pessoa idosa se torna mais frágil, os problemas de saúde aparecem com mais frequência, já não possui mais tanto vigor, implicando, assim, maiores dificuldades. Desta maneira, é preciso adotar medidas, a fim de que seja possível equilibrar as condições e possibilidades desses cidadãos em relação aos demais.” (PONTES. Patrícia Galvão. **Estatuto do idoso comentado**. Naide Maria Pinheiro (organizadora). São Paulo: LZN, 2006. p 16.)

vigente, diretamente orientado pelo conteúdo valorativo da dignidade da pessoa humana.

É inegável que a dignidade da pessoa humana pode ser alcançada e mantida se atribuída ao ser humano em suas circunstâncias, na realidade social vigente e com as adversidades da vida, e, portanto infere-se a necessidade de um olhar diferenciado do direito as pessoas de idade avançada.

O Estatuto do Idoso surgiu para dar concretude a tutela da pessoa do idoso, evitando, desta forma, que a falta de regulamentação esvaziasse o conteúdo da norma constitucional tornando ainda mais grave a exclusão social dos idosos e sua marginalização.

Wladimir Novaes Martinez²⁹³ assim comenta:

Os idosos, vítimas do desrespeito por parte dos que os cercam, têm na Lei n. 10.741/2003 um conjunto de medidas estatais para resguardá-los, providências de variada ordem que visam a resgatar-lhe o respeito e, principalmente, a viabilizar-lhe o exercício da cidadania. Por isso são-lhes assegurados ou declarados novos significativos direitos. Toda a sociedade é convocada para reconhecer e a reaculturar-se, passando a tributar a reverência devida àqueles que fazem por merecer a consideração humana, familiar e social.

O Estatuto do Idoso visa tão somente resgatar, pela via jurídica, as deficiências verificadas no plano político e social. Tal instrumento visa estabelecer vantagens concretas ao idoso tão somente para suprimir as diferenças concretas e manter a igualdade. Neste sentido Patrícia Albino Galvão Pontes comenta:

Ora, se aquela pessoa já não tem mais tantas forças para lutar, vamos conferir-lhe uma proteção maior, porque se necessária. Esta é a legítima tradução do princípio da igualdade²⁹⁴.

O resgate da igualdade e da dignidade da pessoa idosa é imperativo que pressupõe uma forte intervenção estatal, especialmente pela via da tutela

²⁹³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao Estatuto do Idoso**, 2ª ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 14.

²⁹⁴ PONTES. *Op. cit.*, p. 16.

jurisdicional. A criação de um sistema nacional tutelar do idoso e imperativo da efetivação da dignidade da pessoa humana.

Destinados a tutelar a pessoa idosa verificam-se três princípios extraídos do Estatuto do Idoso iluminados pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São os sub-princípios da proteção integral ao idoso²⁹⁵ e da absoluta prioridade²⁹⁶ do idoso que se conformam com o princípio do melhor interesse do idoso²⁹⁷.

A proteção integral pode ser identificada pela exegese do art. 2º do Estatuto do Idoso que assim dispõe:

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade²⁹⁸.

Diante do texto pode-se indicar que o que pretende o estatuto é que além de ser assegurado ao idoso oportunidades, quer-se também assegurar-lhe facilidades visando acima de tudo preservar a sua saúde psicofísica, para se aperfeiçoar em nível intelectual, moral e social, pois desta forma poderá gozar de todos os direitos de ser humano com a proteção integral estabelecida no estatuto que de início assegura a liberdade e dignidade das pessoas idosas.

²⁹⁵ A proteção integral do idoso, na forma do art. 2º do seu Estatuto condiz expressamente com a “preservação da sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade.” (BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003.)

²⁹⁶ Nos termos do parágrafo único do art. 3º Da Lei. 10.741/2003 “A garantia de prioridade compreende: I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso; IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações.” Enfim, cabe indicar que cada um desses preceitos individualiza a pessoa idosa no sentido de lhe garantir prioridade em vários setores da vida pública e privada.

²⁹⁷ “Entende-se que o princípio do melhor interesse do idoso é recepcionado pelo art. 5º, par. 2º. Da Constituição, no sentido de que os direitos e garantias expressos nela não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, recebendo, pois, a natureza de fundamental.” (BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O direito à saúde da pessoa**. 2008, 287. Tese de Doutorado (Programa de Pós Graduação em Direito do Departamento da PUC-Rio) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. p. 91.)

²⁹⁸ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003.

As oportunidades e facilidades atribuídas a pessoa idosa constam no Estatuto do Idoso como direitos fundamentais, no qual se edifica a proteção integral. São eles o direito à vida²⁹⁹, liberdade, ao respeito e à dignidade³⁰⁰, o direito a alimentos³⁰¹, à saúde³⁰², à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer³⁰³, o direito a profissionalização e ao trabalho³⁰⁴, à previdência³⁰⁵ ou à assistência social³⁰⁶, à habitação³⁰⁷ e ao transporte³⁰⁸.

Todos os direitos acima elencados são desenvolvidos ao longo do Estatuto do Idoso de forma peculiar, o que faz acreditar que o legislador tenha a intenção de tutelá-lo em suas condições especiais. Ademais, com a finalidade de protegê-lo integralmente, constam em seu bojo medidas gerais³⁰⁹ e específicas de proteção³¹⁰, bem como é reservado espaço para a política de atendimento do idoso que engloba disposições gerais, trata também da política de atendimento ao idoso que engloba disposições gerais, e em capítulo específico trata das entidades de atendimento ao idoso, da sua fiscalização, das infrações administrativas e sua apuração e da apuração judicial de irregularidades nas entidades.

Ao longo do Estatuto do Idoso são assegurados o direito à vida, liberdade, a dignidade, à saúde, educação, cultura, esporte, etc, percebe-se que todos estes direitos são inseridos ao longo do estatuto de forma a tutelá-

²⁹⁹ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003. Título II. Dos Direitos Fundamentais, Capítulo I. Do Direito à Vida.

³⁰⁰ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003. Título II. Dos Direitos Fundamentais, Capítulo II. Do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade.

³⁰¹ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003. Título II. Dos Direitos Fundamentais, Capítulo III. Dos Alimentos.

³⁰² BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003. Título II. Dos Direitos Fundamentais, Capítulo IV. Do Direito à Saúde.

³⁰³ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003. Título II. Dos Direitos Fundamentais, Capítulo V. Da Educação, Cultura, Esporte e Lazer.

³⁰⁴ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003. Título II. Dos Direitos Fundamentais, Capítulo VI. Da Profissionalização e do Trabalho.

³⁰⁵ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003. Título II. Dos Direitos Fundamentais, Capítulo VII. Da Previdência Social

³⁰⁶ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003. Título II. Dos Direitos Fundamentais, Capítulo VIII. Da Assistência Social

³⁰⁷ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003. Título II. Dos Direitos Fundamentais, Capítulo IX. Da Habitação.

³⁰⁸ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003. Título II. Dos Direitos Fundamentais, Capítulo X. Do Transporte.

³⁰⁹ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003. Art. 43.

³¹⁰ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003. Arts. 44 e 45.

los em circunstâncias especiais. Isso porque, com o fim de protegê-lo integralmente, o estatuto contempla medidas gerais e medidas específicas de proteção.

O art. 3º do Estatuto do Idoso assim dispõe:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária³¹¹.

O dispositivo legal assegura não apenas a proteção integral, mas a prioridade na efetivação dos direitos fundamentais, que devem ser assegurados não apenas pela família, mas também pela comunidade e pelo Estado.

O que se busca no Estado Social de Direito, repisado no Estatuto do Idoso é a substituição do preconceito à pessoa idosa pela compreensão de que ela faz jus a um cuidado distinto como um fundamento que nos “possibilita dotar a existência humana do seu caráter essencialmente humano³¹²”.

O princípio do melhor interesse do idoso é recepcionado pelo art. 5º, parágrafo 2º da Constituição, no sentido de que os direitos e garantias nela não excluem outros que decorrem do regime e dos princípios por ela adotados, recebendo, pois a natureza de fundamental.

Sobre o assunto Heloisa Helena Barboza escreve:

O princípio do melhor interesse do idoso, de base constitucional, é consectário de cláusula geral de tutela da pessoa humana e, por excelência, fonte de proteção integral que é devida ao idoso³¹³.

Assim, o direito à proteção integral, com absoluta prioridade e segundo o princípio do melhor interesse é garantido pela Constituição na medida em que o idoso é pessoa mais vulnerável, e, seu tratamento especial decorre do

³¹¹ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003.

³¹² PINHEIRO, José Elias Soares e FREITAS, Elizabete Viana. Promoção da saúde. *In Tempo de Envelhecer: Percursos e Dimensões Psicossociais*. Organizadores: PY, Ligia, DE SÁ, Janete Lisch Martins, PACHECO, Jaime Lisandro e GOLDMAN, Sara Nigri. Rio de Janeiro: Nau, 2004. p. 274.

³¹³ BARBOZA. *Op. cit.*, p. 57.

princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Há de se esclarecer ainda que, pelo fato do consumidor idoso ter reconhecidas suas condições intrínsecas de inferioridade de vigor físico, e muitas vezes, até de embaraço social, estando em posição de desigualdade nas relações de consumo, deve merecer tutela amparada em sua hipervulnerabilidade. Para tanto, submetem-se à análise as situações que seguem, com vistas verificar a realização de seus direitos fundamentais.

3.2 Os empréstimos consignados e o direito à informação do consumidor idoso

No entender de Covello³¹⁴ a “principal operação ativa dos Bancos é, sem dúvida, o empréstimo, que, juntamente com o depósito – aspecto oposto – forma o binômio que tipifica a atividade intermediadora da empresa bancária”.

O autor afirma também:

Há mútuo, ou empréstimo de consumo, toda vez que uma parte entrega à outra certa quantidade de coisas fungíveis, que esta última fica autorizada a consumir, arcando com a obrigação de restituir no tempo avençado, as mesmas coisas, mas em quantidade, gênero e qualidade equivalentes. Há comodato, ou empréstimo de uso, quando o mutuário se obriga a devolver a própria coisa emprestada. Ambas as espécies de empréstimo são consagradas pela dinâmica bancária. Contudo, a figura do mútuo é a mais comum, em virtude de o Banco emprestar dinheiro, de maneira habitual e profissional, obtendo dessa operação grande parte de seu lucro em juros e comissões³¹⁵.

E sob a ótica de operação de grande vulto e importância para as instituições financeiras é que será apresentada esta matéria vinculando tais contratos ao consumidor idoso, partindo ainda, da premissa de que os bancos devem submeter-se ao Código de Defesa do Consumidor consoante decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADIN 2.591.

³¹⁴ COVELLO, Sérgio Carlos. **Contratos Bancários**. 3 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito 1999. p. 151.

³¹⁵ COVELLO. *Op. cit.*, p. 151

Neste cenário, tratando-se de pessoa idosa e mútuo bancário pacífico a aplicação do microsistema legal formado pelas normas que compõe o Estatuto do Idoso em conjunto com Código de Defesa do Consumidor.

A aplicação do Estatuto do Idoso dá subsídios para a proteção integral do idoso imperativo da efetivação da dignidade da pessoa humana, já o Código de Defesa do Consumidor, dentre outros, fatores, implica na possibilidade de análise do caso concreto sob a égide do seu art. 39 que prevê a vedação do fornecedor se valer da ignorância ou idade do consumidor.

O passo tímido, porém de extrema relevância, se lido com a interpretação sistemática do Estatuto do Idoso, concederá subsídios para compreensão do apresentado como alternativa para equacionamento do problema apresentado na presente dissertação, qual seja a hipervulnerabilidade do consumidor idoso.

Considera-se mútuo bancário os contratos em consignação, os contratos de abertura de crédito, incluindo a modalidade de cheque especial, empréstimos em terminais de atendimento, pela internet e consignação por telefone. Desta forma, considera-se qualquer prática que implique na transferência de valores com encargos para pessoas idosas.

É notório em propagandas televisivas e rádio que as instituições bancárias descobriram nos idosos uma segura e importante fonte de ganhos, isso porque se presume que depois de décadas eles assumiram uma certa estabilidade financeira.

Neste mercado e visando facilitar a dar mais segurança as operações apresentadas pelas financeiras (seguranças à elas claro) criou-se o empréstimo consignado mediante a promulgação da Lei n. 10.820, de 17 de dezembro de 2003³¹⁶.

A legislação acima indicada contém dispositivos que permitem o desconto em folha de empréstimo realizados a empregados celetistas e aposentados e pensionistas do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Veja o que diz a respeito dos pensionistas:

³¹⁶ BRASIL. Lei n. 10.820, de 17 de dezembro de 2003. Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências.

Art. 6º Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a proceder aos descontos referidos no art. 1º desta Lei, bem como autorizar, de forma irrevogável e irretratável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos, quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS³¹⁷.

Tal onda de facilidades na obtenção de empréstimos que passava a dar-se de forma simplificada, sem garantias e/ou avalistas somado muitas vezes ao custo de vida para os idosos gerou um endividamento da população idosa, que simplesmente contratou sem atentar as condições que lhe estavam sendo impostas³¹⁸.

Preocupados com o que estava acontecendo em 2004 foi incluída na legislação o limite de desconto do benefício no percentual de 30% (trinta por cento)³¹⁹.

Em 1º de julho de 2005, o INSS editou a IN n.121, que estabelecia procedimentos quanto à consignação de descontos para pagamento de empréstimos contraídos pelo beneficiário da renda mensal dos benefícios. Muito embora ainda contivesse abusividades em seu bojo, foi uma tentativa de regulamentar a matéria.

Hoje sobre a mesma matéria, porém com algumas adaptações procedimentais a disciplina é tratada pela IN n. 28, de 16 de maio de 2008 que estabelece critérios e procedimentos operacionais relativos à consignação de descontos para pagamento de empréstimos e cartão de crédito, contraídos pelos beneficiários da Previdência Social.

A concessão de empréstimo consignado não é o problema em si, mas o importante é a forma de concessão, compreensão das partes e eventuais

³¹⁷ BRASIL. Lei n. 10.820, de 17 de dezembro de 2003.

³¹⁸ “Em 15 de outubro de 2010 foi lançada uma campanha pelo Centro de Apoio às Promotorias de Justiça do Idoso e da Pessoa com Deficiência do Rio Grande do Norte em que visa orientar aposentados e pensionistas sobre as armadilhas que existem neste mercado que oferece dinheiro fácil e rápido, mas sem esclarecer sobre os riscos do endividamento.” (BRASIL. Ministério Público do Rio Grande do Norte. Disponível em: <http://www.mp.rn.gov.br/noticias.asp?cod=713>. Acesso em 11 dez. 2010.)

³¹⁹ “Art. 6, (...) § 5º Os descontos e as retenções mencionados no caput deste artigo não poderão ultrapassar o limite de 30% (trinta por cento) do valor dos benefícios.” (BRASIL. Lei n. 10.820, de 17 de dezembro de 2003.)

abusos que precisam ser coibidos. Claudia Lima Marques³²⁰ diz que “o importante na interpretação da norma é identificar como será apreciada a questão referente a ‘ dificuldade de compreensão’ do instrumento contratual. Não há como negar que a terminologia jurídica apresenta dificuldades específicas para os não profissionais do ramo; de outro lado, a utilização de termos técnicos pode trazer ambigüidades e incertezas ao contrato”.

O contrato de empréstimo consignado firmado indistintamente como tem sido feito acaba por atestar a vulnerabilidade do idoso que tem reduzida sua capacidade de discernimento e de escolha quando se depara com termos técnicos e cláusulas contratuais que muitas vezes são ininteligíveis. É o que assevera Claudia Lima Marques:

Tratando-se do consumidor “idoso” (assim considerado indistintamente aquele cuja idade está acima de 60 anos) é, porém, um consumidor de vulnerabilidade potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços [...]³²¹.

Os tribunais brasileiros vêm reiteradamente interpretando a norma em função do nível de conhecimento jurídico do consumidor médio, isto é, do homem atento, mas sem formação jurídica específica, fazendo-nos questionar se o idoso pode ser equiparado ao homem médio.

O art. 46 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que os consumidores não serão obrigados ao estabelecido no contrato se não tiverem conhecimento prévio do seu conteúdo:

Art. 46 - Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance³²².

Na formação dos contratos entre consumidor e fornecedor o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo art. 4º, caput do Código de

³²⁰ MARQUES. **Contratos...**, p. 795.

³²¹ MARQUES. **Solidariedade...**, p. 194.

³²² BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. 21 ed. São Paulo: Atlas. 2010

Defesa do Consumidor³²³, o da transparência. A ideia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto objeto do contrato, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor³²⁴.

Como reflexo do princípio da transparência tem-se o novo dever de informar imposto ao fornecedor³²⁵. Os deveres de informação tratam-se, na verdade, de verdadeiras obrigações no sentido de que a relação contratual obriga não somente ao cumprimento da obrigação principal, mas também ao cumprimento das várias obrigações acessórias ou dos deveres anexos ao contrato.

O direito a informação não se resume aos riscos do produto mas também os riscos que possam influenciar na decisão racional de realizar o ato de consumo. Desta forma, a adequação de informação envolve a correta informação dos riscos implícitos no negócio que condicionam, ou condicionariam na hipótese de consciência, a escolha do consumidor³²⁶. O direito a informação é um direito básico do consumidor, e, conseqüentemente do consumidor idoso. A finalidade da norma é a transparência necessária nas relações de consumo³²⁷.

Os deveres de informação tratam-se, na verdade, de verdadeiras obrigações no sentido de que a relação contratual obriga não somente ao cumprimento da obrigação principal, mas todas as obrigações acessórias que compõe o tipo de contrato celebrado.

Os riscos não devem exceder o limite do que normalmente deles se espera. Sobre o tema em destaque Arruda Alvim assim comenta:

³²³ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)” (BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. 21 ed. São Paulo: Atlas. 2010.)

³²⁴ MARQUES. **Contratos...**, p. 595.

³²⁵ MARQUES. **Contratos...**, p. 646

³²⁶ MACEDO Jr., Ronaldo Porto. Direito a Informação nos contratos relacionais de consumo. *In* **Responsabilidade Civil**, v. 8. Direito à Informação – Edições Especiais Revista dos Tribunais. NERY Jr., Nelson e NERY Rosa Maria de Andrade (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 328.

³²⁷ MARQUES. **Contratos...**, p. 667.

Há uma proporção direta entre o nível de informação franqueada ao consumidor e o grau de segurança que este terá em relação ao produto ou serviço, isto é, quanto melhor, mais completa e eficiente for a informação sobre as características do produto, e sua forma de mais correta utilização e possíveis perigos, mais seguro, na acepção jurídica do termo, estará o usuário³²⁸.

O princípio da boa fé objetiva como dever de informar adequadamente a pessoa idosa apresenta-se essencial nos contratos de empréstimo a eles oferecidos.

Importante ensinamento de Cláudia Lima Marques ao indicar que se o fornecedor descumprir com o seu dever de informar ao consumidor o conteúdo do contrato, a sanção será a desconsideração da manifestação da vontade do consumidor³²⁹. Assim, mesmo que o contrato esteja assinado e o consenso realizado o contrato não opera efeitos, devendo ser considerado como contrato inexistente.

Tal aplicação tem maior amplitude nos contratos de massa, como os de mútuo ora apresentado, onde a manifestação da vontade do consumidor na maioria das vezes se dá sem que ele tenha conhecimento exato das obrigações contratuais que está assumindo. Esta norma brasileira teve inspiração no art. 1341 do Código Italiano que prevê a ineficácia das cláusulas contratuais gerais se o consumidor não for informado de seu conteúdo no momento da conclusão do contrato.

O dever de informação é considerado condição essencial para a formação da vontade realmente livre, consciente, racional, única legitimadora do reconhecimento jurídico do vínculo aceito pelo consumidor.

O objetivo do art. 46 do Código de Defesa do Consumidor é nada mais que assegurar ao consumidor uma decisão fundada no conhecimento de todos os elementos do contrato, incluindo preço, taxas extras, condições, as garantias exigidas, cláusulas limitativas, cláusulas penais. E sob esta ótica,

³²⁸ ALVIM, Arruda, ALVIM Teresa, ALVIM Eduardo Arruda e MARINS James. **Código do Consumidor Comentado**, 2 ed. São Paulo: RT, 1995. p 60.

³²⁹ MARQUES. **Contratos...**, p. 662.

poderia o juiz liberar o consumidor do vínculo obrigacional por falha no dever de informação imposta ao fornecedor³³⁰.

O Banco do Brasil foi condenado, em primeira instância, a pagar R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a título de indenização por danos morais, a um idoso analfabeto que teve seu nome usado por terceiros para realização de empréstimo eletrônico consignando em folha. A indenização ainda será acrescida de correção monetária e juros legais contados do ajuizamento do processo. A sentença, prolatada nos autos nº 035.2009.001384-4³³¹, determina, também, que o Instituto Nacional de Segurança Social (INSS) seja informado para o imediato cancelamento do empréstimo.

Na decisão acima indicada, o então titular do Juizado Especial da Comarca de Sapé, juiz Gustavo Procópio Bandeira de Melo afirmou, o banco-réu, com sua conduta de mal informar e de mal orientar o consumidor sobre a utilização do cartão e das senhas para empréstimos/saques e seus riscos, inclusive desconhecendo a sua peculiar situação de idoso e analfabeto, “prestou serviço defeituoso e incidiu em responsabilização objetiva, conforme preceituado no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor”.

Apresenta-se também a decisão da Ação Civil Pública Proposta pela Defensoria Pública do Distrito Federal, contra o Banco Bradesco S.A., tendo, o Juiz de Direito, titular da 2ª Vara Cível de Taguatinga³³², Clóvis de Moura Sousa, deferido a medida antecipatória de tutela.

Conforme verificado na íntegra da decisão o magistrado fundamentou o deferimento da antecipação de tutela tendo em vista a ausência de informação prestada de forma adequada aos consumidores, ressaltando a existência de letras pequenas, linguagem indireta com remissão a cláusulas e termos técnicos incompreensíveis.

O magistrado indica que a prática adotada pelo Banco atinge o sentimento de dignidade dos idosos uma vez que está explorado-os. E continua:

³³⁰ MARQUES. **Contratos...**, p. 666.

³³¹ BRASIL. TJPB. Autos 035.2009.001384-4 - Juiz Gustavo Procópio Bandeira de Melo - Disponível em: <www.tjdft.jus.br>. Acesso em 15 jan. 2011.

³³² BRASIL. TJDF. Autos 2006.07.1.015598-0 - Juiz Clóvis de Moura Sousa - Disponível em: <www.tjdft.jus.br>. Acesso em 13 jan. 2011.

É que, como cediço, o principal destinatário do crédito consignado é o consumidor idoso, *in casu*, os aposentados e pensionistas do INSS, os quais, por notório, dada à, no mais das vezes, sua fragilidade na estrutura social aliada à sua idade, mostram-se mais suscetíveis de serem vulneráveis a procedimentos agressivos de marketing combinado a facilitação de acesso ao crédito (...) Tal fato potencializa-se com as freqüentes, e, repito – para o público alvo.

Ressalta-se a descrição de utilização da fraqueza ou ignorância do consumidor idoso em decorrência não só de sua idade, mas muitas vezes de sua saúde e conhecimento é prática comum pelas instituições financeiras, prática esta que se deve afastar mediante a aplicação dos institutos jurídicos existentes. O que caracteriza a sua condição especial, de hipervulnerável se realizada a interpretação sistemática do Estatuto do Idoso, Código de Defesa do Consumidor e Constituição Federal, sendo possível, via reflexa a realização do reequilíbrio contratual.

A Constituição Federal de 1988 pela primeira vez dispôs sobre a proteção dos consumidores, identificando-os como grupo a ser especialmente tutelado. Garantia esta prevista como cláusula pétrea por referir-se a direitos e garantias fundamentais. Ainda na Constituição Federal, no art. 170 há a consagração do princípio da livre iniciativa e da intervenção estatal na ordem econômica, sendo a defesa do consumidor um dos princípios da ordem econômica.

Os princípios constitucionais de igualdade, dignidade e aqueles ligados direta e indiretamente aos direitos fundamentais sobrepõe-se, hierarquicamente, aos demais princípios no ordenamento vigente. A aplicação das normas constitucionais aos direitos dos idosos, dá-se inicialmente pela inclusão destes no capítulo constitucional que trata da família, e, ainda por princípios inerentes aos direitos humanos, e, por fim, devido à positivação, por princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana direito à vida, à igualdade, à cidadania, dentre outros.

Sendo assim, repisa-se que nada impede a aplicação conjunta do Estatuto do Idoso e do Código de Defesa do Consumidor, via princípios e preceitos constitucionais, na busca pelos direitos do consumidor idoso como pessoa hipervulnerável.

O que sugere é que instrumentos de contrato de empréstimo, sejam pactuados com idosos através de uma visão constitucional e da interpretação conjunta do Estatuto do Idoso e do Código de Defesa do Consumidor. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e demais princípios fundamentais devem reger as relações privadas entre as instituições financeiras e os idosos.

A saúde física e mental do idoso deve ser respeitada, bem como, além de sua dignidade, sua saúde, seu lazer, sua cidadania e liberdade, e, caso isso não seja respeitado a ingerência do Estado, mediante o dirigismo contratual faz-se premente em se tratando de idosos no sentido de restabelecimento do equilíbrio contratual, vez que no caso dificilmente existirá o equilíbrio paritário de contratos bilaterais típicos, nos quais predomina o consenso puro entre as partes no fechamento do negócio.

3.3 O direito fundamental à saúde da pessoa idosa e os planos de saúde

A Organização das Nações Unidas (OMS) define saúde como sendo um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de afecção ou doença. Importante ter em mente este conceito para que se possa identificar de forma adequada o bem que está sendo tutelado que não implica apenas na busca de curas por enfermidades. Ou seja, o idoso tem o direito fundamental de ter assegurado seu bem-estar físico, mental e social, e, não apenas de manter o seu corpo são.

A velhice não deve ser sinônimo de ausência de saúde, porém não se pode esquecer que por conta da idade suas limitações são naturais bem como os agravos de determinadas doenças assim como a existência de doenças que só aparecem com o passar dos anos³³³.

A geriatria, no estágio de desenvolvimento em que se encontra focaliza suas atividades na tentativa de preservação e/ou recuperação funcional, faz

³³³ Especificamente quanto a doenças decorrentes da idade destaca-se: “Um processo intrínseco, declinante e universal, no qual se podem reconhecer mais físicas e fisiológicas inerentes”. (PAPALÉO NETTO. *Op. cit.*, p. 609.)

isso por meio de uma abordagem diagnóstica multifacetada dos problemas físicos, psicológicos e funcionais do idoso³³⁴.

O envelhecimento bem sucedido é o somatório da capacidade funcional aliada a qualidade de vida e à autonomia da pessoa idosa. Porém, inevitável que modificações funcionais aconteçam³³⁵, o que deve ser controlado. Jovens e idosos acabam por habitar mundos diferentes, enquanto na juventude gozar da saúde é algo natural e as enfermidades são exceções, permanecer saudável na idade avançada significa triunfar as adversidades que envolvem o envelhecimento.

Pelo fato de que os idosos são propensos a enfermidades, quando sua saúde está em bom estado deve ela ser preservada a todo custo, e quando debilitada por algum motivo precisa ser reabilitada, pois a queda da saúde do idoso enseja na maioria das vezes na perda da sua dignidade.

Conforme preceitua o art. 194 da Constituição Federal “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social³³⁶”.

Ao lado da previdência ou da assistência e da moradia, a saúde compõe a tríade básica e essencial para que haja vida com dignidade nas idades longevas e para que os direitos posteriores tenham condições de ser exercidos.

Pode-se dizer que a alimentação adequada e moradia também se encontram atrelados ao direito à saúde da pessoa idosa, como expressões do mínimo existencial sem o qual não há possibilidade da saúde ser instaurada. É

³³⁴ PAPALÉO NETTO. *Op. cit.*, p. 617.

³³⁵ “Do mesmo modo, é habitual que a pressão arterial, o débito cardíaco, o equilíbrio hidroelétrico e o fluxo sanguíneo encontrem-se debilitados na terceira idade. No aparelho locomotor observa-se alteração na marcha, diferenciada dos mais jovens por desenvolver-se a passos mais curtos, mais lentos ou mesmo por pés que se arrastam; os movimentos dos braços perdem amplitude situando-se mais junto ao corpo. Na visão podem surgir as cataratas, degeneração macular, glaucoma e retinopatia diabética, além do decréscimo da habilidade visual por vários outros fatores decorrentes do envelhecimento. No aparelho auditivo há perda de acuidade às vezes acompanhada por estados vertiginosos e zumbidos.” (PAPALÉO NETTO. *Op. cit.*, p. 611.

³³⁶ BRASIL. Constituição, 1988

a saúde que propicia a fruição dos demais direitos fundamentais, tanto de índole pessoal e social.

O art. 2º do Estatuto do Idoso assim dispõe:

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade³³⁷.

O acima exposto demonstra que a pessoa idosa deve ter não apenas oportunidades, mas também facilidades para preservar a saúde psicofísica, para se aperfeiçoar em nível moral, intelectual, espiritual e social, para gozar de todos os seus direitos de ser humano, com a proteção integral que emana de cada linha do Estatuto, o qual põe em relevo a dignidade da pessoa humana.

Deve-se lembrar que o direito fundamental à saúde é direito de todos e dever do Estado. Porém, não há dúvidas de que os direitos são custosos ao Estado e por isso várias propostas tem sido apresentadas pelos estudiosos para o equacionamento do problema, seriam elas a “reserva do possível”, do “mínimo existencial”.

Acredita-se no mínimo existencial em matéria de saúde, lembrando apenas que este mínimo, porque composto por condições básicas para a subsistência, permanece ínsito no princípio maior da dignidade da pessoa humana, razão pela qual é merecedor de máxima eficácia jurídica³³⁸.

Ressalte-se que o mínimo existencial tem sua extensão aprofundada, e, inclusive, maximizada, na medida da essencialidade do bem que o Estado prestará, porque sua substância é parte do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual, o mínimo existencial em matéria de saúde, e, particularmente em questões que envolvam a saúde da pessoa

³³⁷ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003.

³³⁸ No mesmo sentido DE BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P. 248.

idosa, direito de ordem prioritária e componente do teor do princípio da dignidade da pessoa humana, é evidentemente alargado³³⁹.

Segundo a nova exegese constitucional da doutrina atual, o direito à saúde é um direito fundamental social mesmo que elencado no Capítulo II do Título II da Constituição federal. O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança de n.º 11183/PR³⁴⁰, no voto do Relator Ministro José Delgado, também preconiza que o direito à saúde é um direito fundamental do ser humano, consagrado na Constituição da República nos arts. 6.º e 196. Apresenta-se trecho do seu voto:

Desciendi de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6.º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que 'a saúde é um direito de todos e dever do Estado'(art. 196)³⁴¹.

O direito à saúde é um direito fundamental social, visto que, é possuidor de todas as características inerentes a estes direitos, haja vista o art. 5.º, § 1.º da Constituição Federal, que insere a saúde no rol dos direitos fundamentais explicitamente. E caso surgisse alguma controvérsia a respeito, poder-se-ia socorrer da norma do art. 5.º, § 2.º da Lei Maior, ao qual, desencadearia o direito à saúde, embora não-escrito, como um direito fundamental implícito.

A Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080 de 1990) dispõe em seu art. 2.º que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu exercício³⁴²”. E, o Estatuto do Idoso prevê o direito a saúde dentro do Título II, que trata de direitos fundamentais da pessoa idosa.

O Estatuto do Idoso vai além ao prever no seu art. 15, parágrafo 2.º que “incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos,

³³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 61.

³⁴⁰ BRASIL. STJ. REsp 509753/DF - Min. Rel. José Delgado - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 13 jan. 2011.

³⁴¹ BRASIL. STJ. REsp 509753/DF - Min. Rel. José Delgado - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 13 jan. 2011

³⁴² BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.

especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação³⁴³.”

Pela leitura do dispositivo percebe-se que todos os idosos, bem ou mal abastados, têm direito de recebê-los gratuitamente. O dispositivo legal acima indicado trata de norma protetiva do ser humano hipervulnerabilizado pela idade e pelo convívio com doenças que a população jovem não vivencia. Por essas razões e pelo princípio do melhor interesse do idoso, as prestações de medicamentos, exames laboratoriais, e afins, serão gratuitas para a pessoa idosa sem a necessidade de análise da sua condição financeira.

A problemática do idoso não se exaure na tutela do cidadão somente, ou do cidadão pobre; é preciso superar a lógica da emergência e olhar adiante, e em tempo realizar uma situação fundada sobre o fisiológico.

Assim, em face da obrigação de gratuidade do atendimento e fornecimento de medicamentos e congêneres médicos, percebe-se cuidado na seara da saúde em conformidade com o Estatuto do Idoso em que foram atribuídas novas regras, além das explicitamente previstas na Constituição e pelas Leis do Sistema Único de Saúde³⁴⁴. Foi arquitetado um sistema de saúde pública específico para o Idoso, oferecendo-lhe algumas prerrogativas a mais do que as destinadas às pessoas de idade jovem ou adulta, o que entende-se tenha ocorrido com base nas suas aludidas condições de hipervulnerabilidade e com a finalidade do seu melhor interesse e proteção integral.

Ressalte-se ainda a necessidade de atendimentos emergenciais, assim comenta Pérola Melissa V. Braga:

Uma pessoa na velhice possui uma condição física naturalmente mais debilitada, o que não lhe permite suportar, durante muito tempo, uma patologia qualquer. O que seria suportável para uma pessoa jovem ou adulta, pode ser fatal para o idoso e, assim, o rápido atendimento pode ser a diferença entre a vida e a morte³⁴⁵.

Neste sentido, conscientes de estarem lidando com a vida e dignidade humana envelhecida, os tribunais têm concedido antecipadamente o direito pleiteado nessa seara, não obstante a proibição legislativa ordinária de

³⁴³ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003.

³⁴⁴ Doravante denominado simplesmente SUS.

³⁴⁵ BRAGA, Pérola. Op. cit. p. 127.

concessão de tutela antecipada contra o Poder Público e a orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade da legislação³⁴⁶.

Ademais, em questões de saúde, há de se ter em conta o caráter de emergência de prestação buscada por meio de uma decisão judicial, posto que eventual indeferimento do pedido, especialmente a um idoso, pode acarretar no comprometimento irreversível da condição psicofísica, ou mesmo o sacrifício da sua vida, razão pela qual se impõe a consideração do direito a saúde como um direito subjetivo do indivíduo invocável judicialmente³⁴⁷.

Ciente da dificuldade de se implementar um sistema de saúde gratuito e para todos no contexto econômico e social brasileiro, a Constituição Federal, no art. 199, previu a assistência à saúde livre à iniciativa privada, de forma complementar ao SUS, mas segundo diretrizes traçadas pelo Estado³⁴⁸. Diante desta realidade, o Poder Público regula e fiscaliza a assistência privada à saúde, que se dá por meio dos chamados planos de saúde, que pagos por seus usuários, complementam o SUS.

A grande maioria da população idosa brasileira depende do Estado para ter acesso à saúde e com os antigos problemas advindos da superlotação e insuficiência de políticas públicas eficientes e da ausência de orçamentos que deem condições de primazia necessária a manutenção da dignidade da pessoa humana os planos de saúde ganharam espaço na intenção de suprir a deficiência estatal e lucrar com a prestação de serviços.

A assistência privada a saúde teve importante marco no ano de 1998, com a promulgação da Lei n. 9.656, que legisla especificamente sobre os planos de saúde. Outro marco nesta matéria foi a entrada em vigor da Lei n. 9.961 de 2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar, a ANS, lei que estabelece sua competência e finalidade.

³⁴⁶ BRAGA, Pérola. Op. cit. p. 127.

³⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *In Revista Diálogo Jurídico*. N. 10. Salvador, Janeiro/2002. p. 13.

³⁴⁸ “Os planos de saúde se inserem num nicho criado pelo descompasso entre a necessidade de uma prestação universal à saúde e assistência médico-hospitalar, instituído com um direito de todos e dever do Estado pelo art. 196 da CF, e a carência de recursos públicos necessários para garantirem a execução eficiente das políticas sociais e econômicas destinadas à redução do risco de doenças e outros agravos.” (BOTTESINI, Maury Ângelo e MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos planos e seguros de saúde**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 53.)

No caso dos idosos, a Lei de planos de saúde, nos termos da Medida Provisória n. 2.177-44 de 2001, tentou, de forma pioneira, tutelar o consumidor idoso, prevendo, no inciso I do art. 35-E, que a legislação tivesse efeitos retroativos no sentido de sujeitar à autorização da ANS qualquer variação na contraprestação pecuniária a consumidores com mais de sessenta anos, nos contratos de assistência privada a saúde. Apesar disso a Confederação Nacional de Saúde propôs Ação Direta de Constitucionalidade questionando o conteúdo do art. 35-E e o Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido³⁴⁹.

Apesar da Lei dos Planos de saúde ter, em inúmeras de suas disposições, o intento de salvaguardar o consumidor, não há, nessas relações contratuais, uma igualdade material entre operadora de plano de saúde e o usuários idoso. Os contratos de assistência a saúde prestados pela iniciativa privada são contratos de adesão realizados em massa, onde o consumidor idoso não é livre para fazer suas proposições. Ele apenas adere ao que está posto pelo plano, sem discussão de suas cláusulas.

O que o leva a contratar tais planos de saúde é a necessidade de assegurar sua saúde que, se deixada aos cuidados do Poder Público, poderá não ser cuidada devidamente quando alguma moléstia o acometê-lo³⁵⁰. Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo principal a garantia, de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterão a cobertura necessária a manutenção da saúde.

Assim, apesar da inegável desigualdade entre os contraentes, torna-se alentador para a parte vulnerável ter conhecimento de que as operadoras dos planos de saúde incorrem em limitações de sua autonomia, uma vez que estão subordinadas a jusfundamentalidade do direito à saúde.

³⁴⁹ “Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação do artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 10 de Lei 9656/1996, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão “atuais e”. Suspensão de eficácia do art. 35-E (redação dada pela MP 2.177-44/2001) e da expressão “artigo 35-e, contida no art. 3º da Medida Provisória 1908-18/99. (BRASIL. STF. ADI 1.931 – Min. Rel. Maurício Correa - J. em 21.08.2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 jan. 2011.

³⁵⁰ ROPPO. *Op. cit.*, p. 302.

A perspectiva em casos de relações contratuais travadas no espaço privado entre as pessoas idosas e operadoras de planos de saúde é de que estas últimas são titulares do poderio econômico, razão pela qual representam perigo para o gozo do direito fundamental à saúde desses consumidores.

Defendendo a tese de que deveriam incidir indenização de cunho moral quando se tratar de lesão a consumidor idoso Cristiano Heineck Schmitt assim comenta:

Analisando-se este cenário, o consumidor idoso, ante a fragilidade que lhe é natural em razão da idade avançada, que o torna ainda mais vulnerável, se comparado às demais pessoas, não raro acaba sendo atingido por práticas comerciais abusivas, que, em muitos casos, causam lesões que superam a esfera patrimonial, provocando danos de ordem moral³⁵¹.

E continua o autor indicando no seu trabalho que considera o idoso um 'consumidor especial' em decorrência da idade avançada³⁵², o que no presente trabalho chama-se de consumidor hipervulnerável.

Há de se esclarecer que, pelo fato do consumidor idoso ter reconhecida suas condições intrínsecas de inferioridade de vigor físico e, muitas vezes, até embaraço social, recebe tutela privilegiada, e não poderá ser afastado do acesso à saúde privada.

Conforme preceitua o art. 14 da Lei dos Planos de saúde ninguém poderá, por motivo de idade, ser impedido de participar do contrato³⁵³. Com o Estatuto do Idoso, as pessoas idosas, passaram também, pela aplicação do parágrafo terceiro do artigo 15³⁵⁴. Ou seja, estariam os idosos protegidos contra a cobrança de valores diferenciados pelos planos de saúde, em razão da idade, nas prestações periódicas que realizam, pelo fato dessa prática revelar-se discriminatória, portanto, vedada.

Todavia não se pode negar que as pessoas idosas adoecem mais e usam mais o plano de saúde do que as pessoas jovens. Por isso, se reconhece nos planos de saúde o elemento da solidariedade, que abarca a mutualidade,

³⁵¹ SCHMITT. *Op. cit.*, p. 305.

³⁵² SCHMITT. *Op. cit.*, p. 306.

³⁵³ BRASIL. Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998.

³⁵⁴ Estatuto do Idoso. Art. 15 parágrafo terceiro: É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

mas representa mais que ela, pois possui valor moral, que implica em cooperação³⁵⁵.

Diante das considerações apresentadas até o momento, julga-se importante apresentar as lesões que vem sendo enfrentadas pelos idosos quando da contratação de planos de saúde. Sobre lesão pode-se dizer que se trata de desproporção entre as prestações aferidas no momento da formação do contrato.

Muito embora o Estatuto do Idoso preveja que ninguém pode ser impedido de participar de contrato, o dia a dia tem demonstrado que a adesão aos planos de saúde após sessenta anos de idade é muito difícil em decorrência dos altos valores cobrados, bem como pelos agravos cobrados pelas operadoras em decorrência de doenças pré-existentes. Esta é situação corriqueira, mas que acaba sendo deixada de lado tanto que não foram localizadas situações de busca de tutela judicial obrigando a aceitação de adesão em plano de saúde. O que não afasta a condição de vulnerabilidade especial do idoso, mas reafirma a sua condição de fragilidade exacerbada na relação contratual em decorrência da idade.

Outro problema destacado é o excesso de negativas abusivas quanto a cobertura de determinadas enfermidades, que acabam gerando um excessivo desgaste pessoal do consumidor, em especial aos idosos, levando a vivenciar um calvário até a obtenção de respaldo judicial que garanta o tratamento que necessita³⁵⁶.

Como dito linhas acima, problema enfrentado é a aplicação do disposto no parágrafo terceiro, do art. 15 do Estatuto do Idoso nos contratos de plano de saúde firmados antes da sua vigência. Isso porque as tabelas de reajuste dos contratos antigos previam reajuste aos sessenta e aos setenta anos de idade e segundo a nova ótica da lei não poderiam mais ser realizados reajustes com

³⁵⁵ “Os contratos de plano de assistência a saúde são contratos de cooperação, regulados pela Lei 9.656/98 e pelo Código de Defesa do Consumidor, onde a solidariedade deve estar presente não como mutualidade [...], mas como cooperação com os consumidores, como divisão paradigmático-objetiva e não subjetiva da sinistralidade, como possibilidade de acesso ao sistema e de contratar, como organização do sistema para possibilitar a realização das expectativas legítimas do contratante mais fraco. (MARQUES. **Contratos...**, p. 492-493.)

³⁵⁶ SCHMITT. *Op. cit.*, p. 321.

justificativa de mudança de faixa etária após sessenta anos por ser considerada discriminatória.

As operadoras de plano de saúde indicam que no contratos firmados há previsão de alteração de valor em decorrência de mudança de faixa etária, aos sessenta, e setenta anos, e, portanto, aplicar a lei aos contratos já firmados seria o mesmo que retroagir os efeitos dela, afetando o ato jurídico perfeito.

Em contrapartida se defende que não a aplicação do Estatuto do Idoso pode gerar um retrocesso na medida em que a lei foi criada para o melhor interesse do idoso que representa as demandas sociais do seu tempo, as quais reclamam solidariedade para com os idosos, tendo em vista a necessidade de sua inclusão social³⁵⁷.

Defendendo a idéia de que não poderia ser aplicado o Estatuto do Idoso àqueles contratos firmados antes da sua vigência teriam-se situações de aplicação de reajustes, em decorrência da idade, em até vinte anos após a promulgação do Estatuto do Idoso caso alguém tivesse cinquenta anos quando da sua promulgação.

Há precedentes que negam a vigência do Estatuto do Idoso no caso de reajustes por mudança de faixa etária, mas há, por outro lado, julgados que por unanimidade compreendem o direito intertemporal desta matéria sendo plenamente favorável ao melhor interesse do idoso³⁵⁸.

³⁵⁷ “O direito, precisamente pela necessidade de se acomodar às exigências novas, tem necessidade de formular novos conceitos e estabelecer novos preceitos, sob a influencia do princípio, segundo o qual a nova lei traz consigo a presunção de que é melhor e mais perfeita que a antiga, e de que atende ao reclamo indisfarçável do progresso jurídico. A qualificação dessa melhoria não pode ser aferida por um rígido paradigma abstrato, mas deve ser buscada com critério relativo, dentro das contingências ambientais: melhor, porque mais conveniente à solução dos problemas da hora que passa.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. I. 20 ed. Atualizado por BODIN DE MORAES, Maria Celina. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 138.)

³⁵⁸ “A única matéria a ser dirimida, diz respeito à possibilidade de aplicação do art. 15, parág. 3º, da Lei n. 10.741/03, que, assim dispõe: ‘É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.’ Cabe dirimir se esta disposição legal, posterior à avença das partes, tem incidência no contrato, objeto da demanda [...] Há que se distinguir, como referido, entre os atos jurídicos instantâneos e aqueles em que a relação jurídica é continuativa. Nessa segunda modalidade, ao menos no tocante a relações jurídicas de tempo indeterminado, a lei nova atingirá o período da avença sob a vigência, inexistindo qualquer discussão doutrinária a este respeito, inclusive no concernente a suposta inconstitucionalidade. A lei nova, pois, não incide sobre o ato, mas atinge os seus efeitos futuros, de sorte que se preserva o dogma do respeito ao ato jurídico perfeito. Ora, o Estatuto do Idoso veio, na verdade, a atingir os efeitos futuros à sua vigência do contrato firmado pelas

Com as regras atualmente vigentes no que diz respeito a impossibilidade de majoração do valor da parcela paga pelos contratantes de plano de saúde em decorrência da idade³⁵⁹, resta apenas a certeza de reajuste anual, aplicado a todos o interessados, restando tutelada a condição especial do idoso em casos de reajuste.

O Superior Tribunal de Justiça³⁶⁰ consolidou entendimento no sentido de que a aplicação do Estatuto do Idoso em contratos firmados antes do seu advento não afetam em desconsideração do ato jurídico perfeito e considera nula a cláusula contratual que prevê tais reajustes³⁶¹. A justificativa do STJ tem por fundamento o fato de que o plano de assistência à saúde apresenta natureza jurídica de contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, que envolve a transferência de riscos. Como característica principal de tais contratos indica como sendo o fato de envolver execução periódica ou continuada por se tratar de contrato de longa duração em que se destaca a catividade do contrato gerando expectativas do consumidor no sentido de manutenção e equilíbrio econômico além da qualidade dos serviços.

Abaixo segue ementa do caso em comento, vedando a discriminação:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DO IDOSO. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DE MENSALIDADES EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. VEDAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.

- O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas.

- Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente.

partes". (BRASIL. TJRJ. Apelação Cível n. 2006.001.17477 – Des. Rel. Carlos Eduardo da Fonseca Passos - Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 10 jan. 2011.)

³⁵⁹ “Art. 2º - Art. 2º Deverão ser adotadas dez faixas etárias, observando-se a seguinte tabela: I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos; I - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos; III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos; IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos; V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos; VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos; VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos; VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos; IX - 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos; X - 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.”(BRASIL. Resolução Normativa ANS nº 63/2003 de 22 de dezembro de 2003.)

³⁶⁰ A partir deste momento simplesmente denominado STJ.

³⁶¹ BRASIL. STJ. Agravo no Recurso Especial 707.286/RJ - Min. Rel. Sidnei Beneti - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 jan. 2011.

- Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada.
- O interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo.
- Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária.
- Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade.
- Agravo Regimental improvido³⁶².

O surgimento de norma cogente posterior à celebração do contrato de trato sucessivo, como aconteceu com o Estatuto do Idoso, impõe-lhe aplicação imediata, devendo incidir sobre todas as relações que, em execução contratual realizaram-se a partir da sua vigência ainda que firmados anteriormente a sua vigência³⁶³.

A limitação imposta pela ANS corrobora com o preceituado no art. 1º do Estatuto do Idoso, e parágrafo 3º do art. 15 do mesmo diploma legal. Ou seja, o último aumento permitido por mudança de faixa etária deve ocorrer quando o consumidor completar cinquenta e nove anos, restando vedado qualquer outro aumento acima desta idade. O STJ se manifestou neste sentido:

DIREITO DO CONSUMIDOR. ESTATUTO DO IDOSO. PLANOS DE SAÚDE. RESCISÃO DE PLANO DE SAÚDE EM RAZÃO DA ALTA SINISTRALIDADE DO CONTRATO, CARACTERIZADA PELA IDADE AVANÇADA DOS SEGURADOS. VEDAÇÃO.

1. Nos contratos de seguro em grupo, o estipulante é mandatário dos segurados, sendo parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação de cobrança. Precedentes.
2. Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde sob alegação de alta sinistralidade do grupo, decorrente da maior concentração dos segurados nas faixas etárias mais avançadas; essa vedação não envolve, todavia, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade.
3. Recurso especial conhecido e provido³⁶⁴.

³⁶² BRASIL. STJ. Agravo no Recurso Especial 707.286/RJ - Min. Rel. Sidnei Beneti - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 jan. 2011.

³⁶³ BRASIL. STJ. Agravo no Recurso Especial 989.380/RN (2007/021617-5) - Min. Rel. Nancy Andrighi - J. 08.11.2008 - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 jan. 2011.

³⁶⁴ BRASIL. STJ. Recurso Especial 1.106.557/SP - Min. Rel. Nancy Andrighi - Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 14 jan. 2011.

Para o consumidor que possui gastos mais altos para manter a sua existência digna na terceira idade, trata-se de um avanço poder contar com esta estabilidade no que concerne aos custos da proteção privada de sua saúde. Essa conquista do Estatuto do Idoso coaduna-se com as diretrizes constitucionais de igualdade substancial e de solidariedade social que a sociedade brasileira, apesar de tudo o que tem acontecido, passa a viver.

Em síntese, tanto a eficácia horizontal irradiante do direito fundamental à saúde nas relações interprivadas, quanto a lesão como técnica de repressão das cláusulas abusivas, relativizam a esfera de autonomia privada nos negócios jurídicos no sentido de poder visualizá-la não mais em sentido meramente individuocentrista, mas também em perspectiva funcional.

O interesse social que subjaz o Estatuto do Idoso, reafirmando o previsto na Constituição assegura ao idoso o direito prioritário a saúde, dada a sua condição especial, como direito fundamental e acima disso assegura a manutenção da dignidade da pessoa humana.

3.4 Seguros de vida e planos funerários: dignidade na vida e na morte?

Em que pese a vigência do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso, que possuem a finalidade de conter a discriminação dos consumidores idosos, ainda há muitos relatos de idosos que têm se deparado com contratos de consumo que afetam seus direitos fundamentais.

O seguro de vida é claramente uma preocupação imediata para aqueles que possuem certa idade. A contratação de seguro de vida proporciona certa tranquilidade de amparo econômico à família do segurado, após sua morte.

Todavia, um problema enfrentado pelos idosos está presente na renovação de contratos de seguro de vida, tendo em vista que as seguradoras impõem a alteração unilateral do contrato, consistente no aumento exagerado do valor das mensalidades ou redução da indenização, em virtude da mudança de faixa etária do contratante.

As seguradoras alegam que o reajuste é necessário para a manutenção do equilíbrio econômico do contrato, uma vez que há um aumento

do risco, em razão do envelhecimento dos segurados. Desta forma, o preço imposto para renovação do contrato do consumidor idoso é elevado e este acaba sendo compelido a aceitar os novos valores, caso queira a continuidade do seguro, ou deve procurar outra companhia e, nesta hipótese, enfrentará grandes dificuldades para contratar um seguro de vida com as mesmas condições daquele que mantinha.

As seguradoras alegam também que os seguros contratados teriam validade de um ano e que por isso não estariam obrigadas a renovação automática. Consoante entendimento jurisprudencial sobre o tema, as seguradoras não tem logrado êxito, isso porque os tribunais pátrios entendem que o contrato é de trato sucessivo e o consumidor é cliente cativo, o que justifica a renovação automática³⁶⁵.

Em decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a Bradesco Vida e Previdência foi obrigada a manter seguro de vida que havia cancelado unilateralmente negando-se a renovar a cobertura à pessoa idosa³⁶⁶. O Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto deferiu a liminar reconhecendo perigo de lesão irreparável:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO DE VIDA. RENOVAÇÃO DO CONTRATO. RECUSA DA SEGURADORA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DEFERIMENTO. PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E NECESSIDADE DE URGÊNCIA NA CONCESSÃO DO PROVIMENTO. ART. 273 DO CPC. 1. Presentes os requisitos autorizadores da tutela concedida, a teor do que estabelece o art. 273 do Código de Processo Civil, consubstanciados na verossimilhança das alegações da parte agravante, decorrentes da lei consumerista aplicável ao caso, as quais vão ao encontro da jurisprudência majoritária desta Corte, bem como o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação. 2. Assim, vislumbra-se no caso em tela o fundado receio de dano irreparável, porquanto a rescisão unilateral do contrato tem o potencial concreto de afastar o consumidor do sistema securitário, sem oportunizar a discussão do pacto e deixando a parte beneficiária sujeita a suportar os riscos até então garantidos. 3. Denota-se a necessidade de intervenção judicial a fim de coibir possível abusividade no agir da seguradora de forma unilateral, mostrando-se plenamente justificável a manutenção das condições do contrato em discussão, a fim de averiguar

³⁶⁵ “A par disso o contrato de seguro é tratado pela doutrina como pertencente à modalidade de “contrato cativo de longa duração” sendo exigida do fornecedor uma conduta contratual que observe o princípio da boa-fé objetiva, Este que visa regular a conduta dos contratantes, inibindo práticas abusivas, consoante o contido no art. 4º, inc. III, do Código de Defesa do Consumidor.” (BRASIL. TJSC Ação Civil Pública 023.07.092750-5 - Juiz Luiz Antonio Zanini Fornerolli - Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em 13 jan. 2011.)

³⁶⁶ BRASIL. TJRS. Agravo de Instrumento nº. 70029810108 - Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto - j. 12.05.2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. de 2011.

a legalidade da rescisão levada a efeito. Dado provimento, de plano, ao agravo de instrumento³⁶⁷.

O Tribunal de Justiça de São Paulo se manifestou no sentido de entender como sendo prática abusiva a rescisão unilateral de contratos firmados a mais de trinta anos por inobservância do disposto no Código de Defesa do Consumidor e Estatuto do Idoso.

Prática Abusiva - Contratos " Seguro de Vida e/ou acidentes pessoais - Rescisão unilateral dos contratos coletivos e individuais firmados a mais de 30 anos " Oferta de nova apólice em condições extremamente onerosas aos segurados idosos - Cláusulas abusivas que colocam o consumidor em desvantagem exagerada " Estipulação de reajuste por faixa etária " Aplicação de fórmula de atualização não prevista no contrato anteriormente pactuado - Reajuste Abusivo - Redução de coberturas - Limitação na renovação do seguro "inobservância do disposto no C.D.C. e no Estatuto do Idoso" Ação Civil Pública com pedido de liminar, visando garantir a manutenção de seguro de vida aos idosos³⁶⁸.

No link de Notícias do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte³⁶⁹, há referencia a decisão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça indicando a necessidade da Sul América Seguros manter o contrato de seguro de vida em grupo com cliente, nas mesmas condições inicialmente celebradas. Para o relator do recurso Vivaldo Pinheiro “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. No caso, trata-se de contrato bilateral, oneroso, consensual e aleatório, dependendo do "fator risco"³⁷⁰”.

O relator conclui indicando que “a situação das seguradoras é cômoda, haja vista que, pela cláusula mencionada, mantêm o contrato firmado enquanto for proveitoso financeiramente (28 anos), descartando-o quando do envelhecimento dos segurados. Tal prática viola frontalmente o princípio da

³⁶⁷ BRASIL. TJRS. Agravo de Instrumento nº. 70029810108 - Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto - j. 12.05.2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. de 2011.

³⁶⁸ BRASIL. Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor. Disponível em: http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2442. Acesso em 13 jan. 2011.

³⁶⁹ BRASIL. TJRN. Disponível em < <http://www.tjrn.jus.br:8080>> Acesso em 14 jan. 2011.

³⁷⁰ BRASIL. TJRN. Disponível em < <http://www.tjrn.jus.br:8080>> Acesso em 14 jan. 2011.

dignidade da pessoa humana, inscrito no art. 1º, III, da Constituição Federal, além das diretrizes fixadas no Estatuto do Idoso³⁷¹.”

Pela pesquisa realizada, muito embora existam algumas decisões em sentido contrário, na maioria das vezes a Justiça tem amparado os segurados idosos com base na função social do contrato, na boa fé objetiva (Código Civil), no Código de Defesa do Consumidor, no Estatuto do Idoso, e, no fato de que são contratos por prazo indeterminado, com prorrogação tácita, aceita pelas partes, durante anos, desde o início da contratação.

Talvez os tribunais brasileiros já estejam mais familiarizados na tutela efetiva dos idosos considerados em sua hipervulnerabilidade em contratos de seguro porque tais contratos foram os responsáveis por uma grande evolução jurisprudencial no sentido de conscientizar-se da necessidade de um direito dos contratos mais social, mais comprometido com a equidade, boa fé e menos influenciado pelo dogma da autonomia da vontade³⁷².

Nas palavras de Cláudia Lima Marques:

As linhas de interpretação asseguradas pela jurisprudência brasileiras aos consumidores em matéria de seguros são um bom exemplo da implementação de uma tutela mais especial para aquele contratante em posição mais vulnerável na relação contratual, antes e depois da entrada em vigor do CDC³⁷³.

No que diz respeito aos planos funerários, convém iniciar este assunto com o questionamento feito por Cláudia Lima Marques no artigo “Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso”:

Nos contratos em que envolvem saúde, vida e morte, somos todos materialmente livres, iguais e dignos, não importando nossa idade?³⁷⁴

Cláudia Lima Marques afirma que o idoso é sujeito vulnerável em questão de saúde e morte assim comentando:

³⁷¹ BRASIL. TJRN. Disponível em < <http://www.tjrn.jus.br:8080>> Acesso em 14 jan. 2011.

³⁷² MARQUES. **Contratos...**, p. 394.

³⁷³ MARQUES. **Contratos...**, p. 394.

³⁷⁴ MARQUES. **Solidariedade...**, p. 176.

Repita-se que um traço novo do direito contratual pós moderno é a concentração no sujeito. Aqui o sujeito é um consumidor, presumidamente vulnerável pelo art. 4º, I do CDC. Tratando-se do consumidor “idoso” (assim considerado indistintamente aquele cuja idade está acima de 60 anos) é, porém um consumidor de vulnerabilidade potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo frente um especialista no organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita de forma premente dos serviços, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração denominados de “planos” de serviços de assistência à saúde ou assistência funerária³⁷⁵.

Especificamente quanto aos contratos funerários ainda não há regulamentação estatal específica a respeito³⁷⁶, cabendo ao jurista analisá-lo sob ótica e preceitos gerais do direito. O risco daí decorrente é que tais contratos acabam tendo uma espécie de regulação e controle pelo mercado não existindo ações positivas do estado sobre a matéria³⁷⁷.

O Código de Ética e Autorregulamentação do Setor Funerário (CEARF da ABREDIF – Associação Brasileira de Empresas e Diretores Funerários) prevê “que a atividade funerária é todo ato relacionado com a prestação de serviços funerários, homenagens póstumas, comercialização de planos funerários, traslado, embalsamamento (tanatopraxia) e providências administrativas para registro do óbito³⁷⁸”. O código indica que se deve obedecer à legislação vigente, em especial as normas de proteção ao consumidor³⁷⁹ e aos preceitos éticos e morais da sociedade, velando pela

³⁷⁵ MARQUES. **Solidariedade...**, p. 182.

³⁷⁶ “Seguridade aprova marco regulatório para o setor funerário. Medida dará regulação mínima que proteja os cidadãos e coíba as más práticas. A Comissão de Seguridade Social e Família aprovou no dia 07 de março o marco regulatório para a administração de cemitérios e a prestação de serviços funerários. O texto aprovado é o substitutivo do relator, deputado Manato (PDT-ES), ao Projeto de Lei 3572/08, do deputado Rodrigo Rollemberg (PSB-DF).” (BRASIL. Câmara dos Deputados. Seguridade aprova marco regulatório para o setor funerário. Notícias de 09.07/2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 13 de jan. de 2011.)

³⁷⁷ MARQUES. **Solidariedade...**, p. 184.

³⁷⁸ BRASIL. Associação Brasileira de Empresas e Diretores Funerários. CEARF - Código de Ética e Auto Regulamentação do Setor Funerário. Disponível em: < <http://www.abredif.com.br>>. Acesso em 13 de jan. de 2011.

³⁷⁹ “Que a ABREDIF, coerente com as recomendações emanadas da FIAT/IFTA - Federação Internacional de Associações Tanatológicas, da ALPAR - Associação Latino Americana de Cemitérios Parques e Serviços Exequiais, bem como, da Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor, tem a responsabilidade de instituir os princípios éticos e os decorrentes padrões de conduta profissional que validem a proficiência e confiabilidade do Diretor Funerário junto às instituições e à sociedade em geral;” (BRASIL. Associação Brasileira de Empresas e Diretores Funerários. CEARF - Código de Ética e Auto Regulamentação do Setor Funerário. Disponível em: < <http://www.abredif.com.br>>. Acesso em 13 de jan. de 201.1)

respeitabilidade da atividade funerária, decência, honestidade e proteção da intimidade.

A autora relata em seu texto que há cidades inteiras, conforme realidade de hoje, que estariam vinculadas aos contratos de serviços funerários em grupo, com uma clientela dividida em várias funerárias da cidade. Os planos possuem uma taxa fixa por mês para o pagamento do pacote de serviços diretamente relacionados com o sepultamento que são oferecidos.

Segundo a autora estes contratos são cativos e de longa duração, ou contratos pós-modernos, pois são planos de assistência familiar e contínua que prevêm serviços de acompanhamento do falecimento de até sete pessoas da mesma família e serviços extras nem sempre relacionados ao sepultamento³⁸⁰.

Continua a autora indicando que abusos acontecem, mas que existem poucas reclamações junto aos Juizados Especiais sobre a matéria. Alerta para a necessidade de ação positiva do mercado e faz referência a lei do Quebec que poderia ser utilizada como modelo³⁸¹.

A legislação do Quebec³⁸² impõe um modelo de captação de poupança popular solidária. Tal legislação impõe um depósito em fideicomisso dos valores captados antecipadamente onde o depositário é uma instituição financeira que mantém controle sobre quais quantias já foram retiradas pelo Diretor Funerário.

Além disso, outras medidas de segurança são adotadas pela Lei do Quebec, como a obrigação do Diretor Funerário manter os documentos referentes a contratação e ao investimento realizado com cada poupança familiar arrecadada, e a obrigação de comunicar ao consumidor em qual instituição financeira foram depositadas as quantias. Em caso de falência da empresa, os valores separados e depositados em instituições financeiras são devolvidos diretamente aos consumidores.

A legislação prevê ainda a obrigação de informar todos os endereços da cadeia de fornecimento e o preço individual exato de cada item adquirido ou serviço contratado pelo consumidor, bem como a necessidade de enviar uma

³⁸⁰ MARQUES. **Solidariedade...**, p. 188.

³⁸¹ MARQUES. **Solidariedade...**, p. 189.

³⁸² L.R.Q., c. A-23.001

cópia do contrato do plano de assistência funerária a terceira pessoa indicada pelo consumidor. Esta última cautela é decorrente de uma segurança extra do consumidor, que pode perder sua cópia, ou mesmo não comunicar sua família sobre a contratação do plano, ou ainda esquecer quanto a sua contratação, evitando-se assim, em caso de falecimento, que sua família não venha a exigir os serviços funerários.

Claudia Lima Marques apresenta também a Lei de Ontário³⁸³, que institui um Fundo de Compensação ou Indenização que indica que depositado em uma das três instituições financeiras autorizadas por tal lei o comitê que administra o fundo, controla as atividades dos Diretores Funerários que podem ficar em confiança com os fundos pagos pelos consumidores desde que depositem uma certa parcela no fundo geral de compensação que garanta a todos os consumidores que participam do sistema. Desta forma, estariam assegurados os serviços funerários futuros.

A autora afirma que, seguindo qualquer um destes modelos ou ainda um terceiro não dá para negar a necessidade que seja norteado pelo princípio geral de boa fé:

Siga-se qualquer um destes modelos, ou um terceiro, não é de se desprezar que com o envelhecimento da população brasileira este mercado está a atrair muitos fornecedores, e o contrato que regular esta atividade lícita necessita ser cumprido com boa-fé e tomar em conta a vulnerabilidade especial do consumidor idoso³⁸⁴.

No que diz respeito aos planos funerários, o tratamento destinado aos idosos não é muito distinto como ocorre nos contratos de planos de saúde. A grande preocupação que se tem neste tipo de contrato reside na insegurança da prestação futura, ou seja, se a prestação será realizada devidamente, já que a morte do devedor principal é o evento futuro e certo ao qual se subordina a prestação contratual, inserindo o idoso em situação hipervulnerável. Desse modo, havendo descumprimento da mesma, decorre grande dificuldade em se saber sobre as bases contratuais.

³⁸³ Funeral Directors and Establishment Act, R.S.O. 1990.

³⁸⁴ MARQUES. **Solidariedade..**, p. 190.

Diante desta realidade torna-se importante a proteção deste consumidor que goza de hipervulnerabilidade, o que pode ser realizado mediante a interpretação voltada para a realização dos princípios constitucionais, de forma a garantir o direito à vida e à dignidade.

Cláudia Lima Marques conclui o texto indicando a necessidade do “direito privado assegurar uma necessária e mínima “solidariedade na doença e na morte” através de uma engenharia mais justa para estes contratos cativos de longa duração, de planos funerários e planos de saúde”³⁸⁵.

O Código de Defesa do Consumidor tem sua origem constitucional no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o art. 5º da Constituição Federal estabelece como direito fundamental a defesa do consumidor; e, o art. 170 também da Constituição Federal estabelece a ordem constitucional econômica do mercado baseada na livre iniciativa mas limitada pelos direitos de defesa do consumidor. Neste sentido, o consumidor é identificado como sujeito de direitos, como agente protegido de forma especial, como posição no mercado, havendo então a necessidade de melhor tutela como pessoa humana, considerando suas especialidades e peculiaridades visando a efetividade dos preceitos do Estado Social de Direito. Diante desta afirmação acredita-se na hipervulnerabilidade do consumidor idoso, como forma de realizar seus direitos fundamentais nestes contratos de consumo.

Verifica-se que em determinados contratos a idade se apresenta como um fator de vulnerabilidade mais aguda, decorrente da sua situação fática, condição de idoso, e também pelo bem oferecido. Todavia, percebe-se que há possibilidade de se conter os abusos contratuais perpetrados contra os idosos, desde que realizada a interpretação adequada dos meios legais do ordenamento jurídico vigente (Estatuto do Idoso, Código de Defesa do Consumidor e Constituição Federal).

Quer-se chamar atenção para um direito fundamental positivo, com ações positivas do Estado em prol do indivíduo identificado com determinado grupo. Trata-se de uma necessária concretização do princípio da igualdade

³⁸⁵ MARQUES. **Solidariedade...**, p. 204.

material e momentânea para um sujeito com diferenças, um sujeito sabidamente mais fraco, uma pessoa hipervulnerável.

CONCLUSÃO

Na atualidade a pessoa ocupa lugar de destaque e passa a ser o centro do ordenamento jurídico. Suas individualidades são consideradas e há divisão em grupos tutelados por microssistemas o que não afasta a possibilidade de dentro do microssistema existir a necessidade de atenção especial a determinadas categorias³⁸⁶.

A realidade brasileira contém diferentes cenários com abismos sociais, que se refletem entre os próprios idosos, especialmente entre aqueles que residem em grandes capitais e os que residem no interior dos estados, ou mesmo a diferença descompassada considerando o nível educacional das diferentes regiões brasileiras como a nordeste e sudeste.

Não se pode, por conta disso, abandonar a reflexão sobre o tema, devendo-se adequá-la à realidade sócio-jurídica brasileira. A problemática existe, encontra-se em processo de crescimento, doutro lado, a sociedade e os operadores do Direito dispõe de instrumentos constitucionais e infraconstitucionais para levar a cabo as abusividades perpetradas contra a pessoa idosa.

Na mudança do Estado de Direito Liberal para o Estado Social de Direito, o movimento de afirmação dos direitos constitucionais passa a exigir ações positivas do estado para a manutenção e eficácia dos direitos fundamentais. É superada a fase em que os direitos fundamentais eram identificados apenas como necessários a ausência de intervenção estatal e proteção do indivíduo contra o estado, exigem-se ações.

Neste período debate-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas e se aceita a intervenção do Estado. A tábua axiológica trazida pelas Constituições do século XX, elaboradas e promulgadas após o término da Guerra trazem um novo valor, que deixou de ser a vontade individual dando lugar à pessoa humana e à dignidade que lhe é intrínseca³⁸⁷.

³⁸⁶ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 489.

³⁸⁷ BONDIN DE MORAES. **O conceito..**, p. 136.

O constituinte brasileiro, ao consagrar a norma fundamental de defesa do consumidor, acabou por inseri-la no rol de direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados. A eficácia do direito de defesa do consumidor, assegurado constitucionalmente, deve se pautar no conteúdo material deste direito que exprime a dimensão objetiva que visa mitigar a desigualdade intrínseca na relação de consumo.

O princípio tutelar constitucional de defesa do consumidor deve atuar sempre em conjunto e permeando o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor, como uma verdadeira cláusula geral que vigora em todos os atos de consumo. Sob esta ótica paralelamente ao Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso deve ser aplicado na busca da solução que melhor atenda ao mandamento constitucional de proteção do consumidor, proteção integral do idoso e manutenção da dignidade da pessoa humana.

Vive-se um momento de solidarismo, e a solidariedade feita pelo legislador constituinte estabelece no ordenamento jurídico vigente um princípio jurídico inovador que deve ser levado em consideração nos momentos de interpretação do direito.

A hipervulnerabilidade deve ser um fator a mais que deve influenciar a proteção contratual das relações de consumo e assegurar a dignidade da pessoa humana. Assim, as relações de consumo, nas quais figuram os idosos, devem ser diferenciadas daquelas outras em que as partes não são idosas. Ou seja, tais contratos merecem uma tutela especial³⁸⁸.

Ao contrário do que sugere o art. 4º inc. I do Código de Defesa do Consumidor, que expressa uma pressuposição indiscriminada, o regime de tutela indicado se regeria por critérios de aplicação que se nutrem da situação real do idoso contratante, não sendo possível uma decisão ser alcançada sem antes se ponderar as circunstâncias concretas do conflito a ser dirimido³⁸⁹.

³⁸⁸ “Uma vez posta a dignidade da pessoa humana como valor supremo da ordem constitucional, o direito dos contratos a ela necessariamente se curva: as necessidades humanas fundamentais, a pessoa e a sua dignidade passa a ser o critério e a medida dos contornos jurídicos dos bens e dos respectivos contratos.” (NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 488.)

³⁸⁹ “O contrato estabelecido neste âmbito deverá, então, ser examinado consoante os diferentes graus de publicismo e privatismo a fim de que a assimetria entre as partes, a ser concretamente verificada, seja reequilibrada conforme os princípios materiais do sistema.”

Aceita a hipervulnerabilidade da pessoa idosa, na medida em que estiver em risco a dignidade da pessoa humana, e que isso reflete em problemas na relação de consumo. Trata-se então de uma proposta de sistematização, baseada na identificação de um novo critério de diferenciação.

Lembra-se que os consumidores não são uma categoria homogênea³⁹⁰, e o direito do consumidor reconhece as diferenças, é parte de um sistema de direito social que tem duplo caráter distributivo, tanto entre consumidores e fornecedores, quanto entre consumidor e consumidores.

Diante da afirmação acima é que elementos e circunstâncias da realidade, especialmente os fatores que determinam a desigualdade, devem ser incorporados às categorias teóricas utilizadas na resolução de conflitos, inspirando a formulação de novas classificações com o objetivo de assegurar um permanente comprometimento do direito com a valorização da pessoa humana³⁹¹.

O fato de colocar-se a pessoa humana no centro da análise das situações significa que esta está sendo levada em consideração a dignidade humana e seu alcance à condição de necessário parâmetro de interpretação e aplicação das normas de direito. Sob a ótica proposta, e, segundo as novas tendências do direito, a pessoa humana é o centro do sistema jurídico em substituição ao patrimônio, o que faz com que seja possível a melhor tutela da pessoa em uma visão solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração.

Esta socialização serve para uma reorientação do direito, pois o reconhecimento das desigualdades entre os sujeitos jurídicos, e, acima de tudo, o reconhecimento de que o direito pode coibir tais desigualdades, auxiliará na manutenção da dignidade da pessoa humana.

A identificação de abusos dos fornecedores em situações como saúde, empréstimo, planos funerários podem ser mais facilmente resolvidas à luz da

(COSTA, Judith Martins. **Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro**. In Revista de Direito do Consumidor. n. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 127-154. p. 140.)

³⁹⁰ MACEDO Jr., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. p. 85 Apud NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 491.

³⁹¹ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 495.

hipervulnerabilidade e aceitação das diferenças. De interpretação jurisprudencial um pouco mais solidarista³⁹², como identificado nos casos de seguro de vida, percebe-se que o idoso encontrou uma via de tutela mais adequada aos seus direitos fundamentais, sendo nesses casos, muitas vezes o idoso considerado em sua vulnerabilidade especial frente às Companhias de Seguro.

Diante da realidade, o direcionamento dos esforços para a identificação de que há distinção nas relações jurídicas, aceitando a hipervulnerabilidade do idoso, aliado ao princípio da proteção integral do idoso justificaria a tutela específica desta categoria.

Acredita-se que desta forma o direito alcançará o seu papel último de tutela da dignidade da pessoa humana na construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária, fim do Estado Democrático de Direito.

³⁹² MARQUES. **Contratos..**, p. 394

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Arruda, ALVIM Teresa, ALVIM Eduardo Arruda e MARINS James. **Código do Consumidor Comentado**, 2 ed. São Paulo: RT, 1995.
- AMARANTE. Maria Cecília Nunes. **Justiça ou equidade nas relações de consumo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1998.
- AZEVEDO, Fernando Costa de. **Defesa do Consumidor e regulação: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2002.
- BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação: direito e dever nas relações de consumo São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008 (Biblioteca de Direito do Consumidor. V 37).
- BARBOSA, Heloisa Helena. O melhor interesse do idoso. *In*. **Cuidado como valor jurídico**. Coordenadores: PEREIRA, Tania da Silva e de DE OLIVEIRA, Guilherme. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid. Editorial Trotta, 1996.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O direito à saúde da pessoa. 2008**, 287. Tese de Doutorado (Programa de Pós Graduação em Direito do Departamento da PUC-Rio) Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro.
- BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 61, 2007.
- BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. **Estatuto do idoso comentado**. Naide Maria Pinheiro (org.). Campinas: LZN, 2006.
- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política** [Stato, governo, società. Per una teoria generale della política]. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Brasília: Editora UNB, 1999.
- _____. **O tempo da memória: de senectude e outros escritos autobiográficos**. 7 ed. Tradução de: VERSIANI, Daniela. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.
- BONATO, Cláudio. **Código de Defesa do Consumidor – Cláusulas Abusivas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BONATO, Cláudio. MORAES, Paulo Valério dal Pai. **Questões controvertidas no código de defesa do consumidor**. 2 ed. Porto Alegre, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BOTTESINI, Maury Ângelo e MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos planos e seguros de saúde**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador. Juspodivm, 2008.

- BRAGA, Pérola Melissa V., **Direitos do idoso segundo o estatuto do idoso**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BRASIL. Constituição, 1988.
- BRASIL. Código Penal. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRASIL. Código Civil. 1 ed. São Paulo: Manole, 2002.
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. 21 ed. São Paulo: Atlas. 2010.
- BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003.
- BRASIL. Lei n. 10.820, de 17 de dezembro de 2003.
- BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990
- BRASIL. Resolução Normativa ANS nº 63/2003 de 22 de dezembro de 2003.
- BRASIL. STF. ADI 1.931 – Min. Rel. Maurício Correa - J. em 21.08.2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 jan. 2011.
- BRASIL. STJ. Conflito de Competência 41.056/SP - Min. Rel. Aldir Passarinho Junior - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 jan. 2011.
- BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316-MG - Min. Rel. Hermann Benjamin - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 jan. 2011.
- BRASIL. STJ. Recurso Especial 1.106.557/SP - Min. Rel. Nancy Andrighi - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 14 jan. 2011.
- BRASIL. STJ. REsp 509753/DF - Min. Rel. José Delgado - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 13 jan. 2011.
- BRASIL. STJ. Agravo no Recurso Especial 707.286/RJ - Min. Rel. Sidnei Beneti - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 jan. 2011.
- BRASIL. STJ. Agravo no Recurso Especial 989.380/RN (2007/021617-5) - Min. Rel. Nancy Andrighi - J. 08.11.2008 - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 jan. 2011.
- BRASIL. TJDF. Autos 2006.07.1.015598-0 - Juiz. Clóvis de Moura Sousa - Disponível em: <www.tjdft.jus.br>. Acesso em 13 jan. 2011.
- BRASIL. TJRS. Apelação Cível n. 70025289943 - Des. Rel. Marilene Bonzanini Bernardi - J. em 18.02.2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. de 2011.
- BRASIL. TJRS. Agravo de Instrumento nº. 70029810108 - Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto - j. 12.05.2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 jan. de 2011.
- BRASIL. TJRJ. Apelação Cível n. 2006.001.17477 – Des. Rel. Carlos Eduardo da Fonseca Passos - Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 10 jan. 2011.
- BRASIL. TJSC Ação Civil Pública 023.07.092750-5 - Juiz Luiz Antonio Zanini Fornerolli - Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em 13 jan. 2011.
- BRASIL. TJPB. Autos 035.2009.001384-4 - Juiz. Gustavo Procópio Bandeira de Melo - Disponível em: <www.tjdft.jus.br>. Acesso em 15 jan. 2011.
- BRASIL. TJRN. Disponível em <<http://www.tjrn.jus.br:8080>>. Acesso em 14 de janeiro de 2011.
- BRASIL. Ministério Público do Rio Grande do Norte. Disponível em: <http://www.mp.rn.gov.br/noticias.asp?cod=713>. Acesso em 11 dez. 2010.
- BRASIL. Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor. Disponível em: http://www.mpcon.org.br/site/portal/jurisprudencias_detalhe.asp?campo=2442. Acesso em 13 jan. 2011.

- BRASIL. Câmara dos Deputados. Seguridade aprova marco regulatório para o setor funerário. Notícias de 09.07/2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 13 de jan. de 2011.
- BRASIL. Associação Brasileira de Empresas e Diretores Funerários. CEARF - Código de Ética e Auto Regulamentação do Setor Funerário. Brasil. Disponível em: <<http://www.abredif.com.br>>. Acesso em 13 de jan. de 2011.
- CAMARANO, Ana Amélia e PASIANTO, Maria Teresa. Introdução *in*: **Os Novos Idosos Brasileiros: Muito Além dos 60?**, Organizadora: CAMARANO, Ana Amélia. Rio de Janeiro: IPEA, 2004.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, A influencia dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *In*. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- CARNEIRO DE FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004.
- CASTRO, Flavia Viveiros de. **Danos à pessoa nas relações de consumo: uma abordagem civil e constitucional**. Rio de Janeiro. Lumem Juris, 2006.
- COVELLO, Sérgio Carlos. **Contratos Bancários**. 3 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito 1999.
- DE BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DE BEAUVOIR. Simone. **A velhice**. Tradução de MARTINS, Maria Helena Franco. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.
- DE CUPIS, Adriano. **Direitos de personalidade**. Tradução de REZENDE, Afonso Celso Furtado. Campinas: Romana, 2004.
- DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.
- DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. *In* **Revista de Direito do Consumidor**. Ano 18. N. 17. Jul. set/2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.
- EFING, Antonio Carlos. A proteção Constitucional do consumidor fundamentada na dignidade humana do cidadão. *In* **Direito Privado e Constituição**. Marcelo Conrado, Rosalice Fidalgo Pinheiro (coords). Curitiba: Juruá, 2009.
- ELIAS, Norbert. **A solidão dos moribundos**. Tradução de: DENTIZIEN, Plínio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- FACHIN. Edson Luiz. O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador. *In* **Direito Privado e Constituição**. Marcelo Conrado, Rosalice Fidalgo Pinheiro (coords.). Curitiba: Juruá, 2009.
- _____. O novo direito civil: naufrágio ou porto? *In* CHAGAS, Sílvio Donizete (org.) **Lições de direito civil alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso de direito no Código de Defesa do Consumidor: Cláusulas, práticas e publicidade abusivas**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes, com colaboração de Alice Bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, José

Antonio Siqueira Pontes, Luaren Paoletti Stefanini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA NETO, Manoel Aureliano. **A aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nas relações de consumo: decisões fundamentadas, que não traduzem os critérios jurídicos na aplicação desses princípios.** São Luiz: Fiúza, 2008.

FERREIRA FILHO, MANUEL GONÇALVES. **Direitos Humanos Fundamentais.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FONTELLE, Isleide Arruda. **O nome da marca – McDonald's, Fetichismo e Cultura Descartável.** 2ª reimpressão. São Paulo: Boitempo, 2006.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições Gerais (comentadas no código do consumidor) *In* GRINOVER, Ada Pellegrini, et all. 6 ed. **Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** São Paulo: Forense, 2001.

FRETEL, Afonso Cotera e SIMONCELLI-BOURQUE, Eloïse. **O comércio justo e o consumo ético.** Trad. Ricardo Salles. Rio de Janeiro. DP&A: Fase, 2003.

GÔNGORA. Cláudia. **O Direito do Consumidor e o Mercosul, relações de consumo no direito brasileiro.** São Paulo: Método, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação Crítica).** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAU, Maria. **Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomia privada.** Madrid: Marcial Pons, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. VASCONCELLOS, Antônio Herman. FINK, Benjamin Daniel Roberto Fink, FILOMENO, José Geraldo Brito Filomeno, WATANABE, Kazuo, NERY JÚNIOR, Nelson. DENARI, Zelmo. **Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 7 ed. Rio de Janeiro: Fonte Universitária, 2001.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade.** Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

HESPANHA, Antônio Miguel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio.** 3 ed. Sintra: Publicações Europa-América, 2003.

_____. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo hoje.** 2ª ed. (O tempo e a norma). Edições Almedina, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CORTIANO JR, Eroulths, **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LAFER, Celso. **Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 2 ed. Trad. José Lamego, revisão Ana de Freitas. Lisboa: Fundação Caouste Gulbenkian, 1989.

LEITE, Julio de Assis Araujo Bezerra. **O direito do idoso e o mútuo bancário**: Aplicação do código de defesa do consumidor e o estatuto do idoso. 2007, 163f. Dissertação (Mestrado em Direito Consitutona) Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Fortaleza.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renivar, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Bruno Miragem Tradução. Cláudia Lima Marques Notas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. La oferta como apariencia y la aceptación basada em la confianza. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v 35, p. 9-38, 2000.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. Direito a Informação nos contratos relacionais de consumo. *In Responsabilidade Civil*, v. 8. Direito à Informação – Edições Especiais Revista dos Tribunais. NERY Jr., Nelson e NERY Rosa Maria de Andrade (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima, BENJAMIN, Antonio Herman V. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4 ed. ver. e ampl. Incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5 ed. São Paulo: RT, 2006. p. 320.

_____. **Superação das antinomias pelo diálogo das fontes**: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil de 2002. *Revista do Consumidor*, São Paulo, v. 51, 2003.

_____. O novo direito privado brasileiro após a decisão da ADIn dos Bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito e a Drittwirkung no Brasil. **Revista do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61, 2007.

_____. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.

_____. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso., *In SARLET*, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao Estatuto do Idoso**, 2ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Direitos dos idosos**. São Paulo: LTr, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. n.º 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, setembro/dezembro, 1992.

- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. Estados de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2 ed. Lisboa: Estampa, 1989.
- MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental – conseqüências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**. n.º 43. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho/setembro, 2002.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.
- MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2ª Ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In* **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). 3 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- MORAES, Paulo Valério dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NERY JR. Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. *In* NERY JR. Nelson. NERY Rosa Maria de Andrade (org.) Responsabilidade civil. V4. **Indenizabilidade e direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In* **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. 3 ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. **Revista de Direito do Consumidor**. n.º 20. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro/dezembro, 1996.
- NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. *In* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel (Coords.). **Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PAPALÉO NETTO, Matheus. O estudo da velhice no século XX: histórico, definição do campo e termos básicos. *In* **Tratado de Geriatria e Gerontologia**. Organizadores: DE FREITAS, Elizabete Viana, PY, Ligia. NERI, Anita Libermanesso, CANÇADO, Flavio Aluizio Xavier, GORZONI, Milton Luiz, DA ROCHA, Sônia Maria. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídica entre particulares. *In* BARROSO: Luis Roberto (org.) **A nova interpretação constitucional – ponderação**,

- direitos fundamentais e relações privadas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Vol. I. 20 ed. Atualizado por BODIN DE MORAES, Maria Celina. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia Privada e Estado Democrático de Direito. *In* **Direitos humanos e democracia.** Coordenadores: Clève, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Couto Pagliarini. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. **Contrato e direitos fundamentais.** Curitiba: Juruá, 2009.
- PINHEIRO, José Elias Soares e FREITAS, Elizabete Viana. Promoção da saúde. *In* **Tempo de Envelhecer: Percursos e Dimensões Psicossociais.** Organizadores: PY, Ligia, DE SÁ, Janete Lisch Martins, PACHECO, Jaime Lisandro e GOLDMAN, Sara Nigri. Rio de Janeiro: Nau, 2004.
- PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada.** Coimbra: Almedina, 1982.
- PONTES. Patrícia Galvão. **Estatuto do idoso comentado.** Naide Maria Pinheiro (organizadora). São Paulo: LZN, 2006.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa, Direito à Velhice: A proteção constitucional da pessoa idosa. *In* **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas.** Organizadores WOLKMAR, Antonio Carlos; e LEITE, José Rubens Morato. São Paulo, 2003.
- _____. **Fundamentos constitucionais do direito à velhice.** Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002.
- REALE, Miguel. **Pluralismo e liberdade.** São Paulo: Saraiva. Apud. MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ROPPO, Enzo. **O Contrato.** Coimbra: Livraria Almedina, 1988.
- SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao código de defesa do consumidor:** lei 8.078 de 11.09.1990. 5ª ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *In* **Revista Diálogo Jurídico.** N. 10. Salvador, Janeiro/2002.
- SARMENTO. Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *In:* DIDIER JR. Fredie (org.) **Leituras complementares de processo civil.** 7ª ed. ver. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009.
- SAYEG, Ricardo Hasson. **Práticas comerciais abusivas.** São Paulo: EDIPRO, 1995.
- _____. **Doutrina humanista de direitos econômico.** Tese de Livre Docência depositada e admitida e aprovada na Faculdade de Direito da PUC/SP, atualizada e revista para publicação 2009.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Indenização por dano moral do consumidor idoso no âmbito dos contratos de plano de saúde e de seguros privados de assistência à saúde. *In* **Direito Fundamental à saúde**. JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SCHIRRMACHER, Frank. **A revolução dos idosos**. Rio de Janeiro: Elsevier. Editora Ltda, 2005.

SCHWABE, Jürgen. **Os cinqüenta anos de jurisprudencia do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha**, Org. Leonardo Martins. Programa Estado de Derecho para Sudamérica. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Constitucionalização do direito** – os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. **Direitos Fundamentais e relações entre particulares**: anotações sobre a Teoria dos Imperativos de Tutela. Revista de Direito Privado, n. 23, jun/set, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Ensaio inserido em obra do mesmo autor denominada **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *In* **Temas de Direito Civil**. 4. Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Do sujeito de direito à pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 2., Editorial, p.v, abr./jun, 2000.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares**: análisis de La jurisprudencia del tribunal constitucional. Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

VASCONSELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2004.

VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do Idoso Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WEBER, Ricardo Henrique. **O direito fundamental de defesa do consumidor nas relações privadas**. 2009, 113f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) Universidade Federal do Paraná. Curitiba.