

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

ROSALICE FIDALGO PINHEIRO*

Mestra e Doutora em Direito das Relações Sociais junto ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná
Professora do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil

DERLAYNE DETROZ**

Professora Titular de Direito Constitucional II da
Faculdade Guilherme Guimbala
Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia –
Faculdades Integradas do Brasil-UniBrasil

RESUMO

Este artigo 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, encontram-se subsídios para fundamentar a necessidade de tutela da categoria do idoso na condição de consumidor. 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 fundamentada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais, visando o alcance do objetivo do Estado Democrático de Direito

ABSTRACT

This article deals with “hyper-vulnerability” and fundamental rights of the elderly within consumer relations. It finds subsidies to support the need to protect the category of the elderly as a consumer, based on the evolution of private law from abstract subjectivity to concrete subjectivity. The study inquires, on a constitutional level, the principles that make reference to the elderly and that propose the obligation to sustain them. At the “infra-constitutional” level the research analyzes normative contents of the Code of Consumer Rights and the Elderly, outlining “hyper-vulnerability”, based on fundamental rights and the dignity of the human person, both directed towards a more democratic state

Introdução

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. 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 igualdade jurídica com o objetivo de mitigar a desigualdade material. Para isso o direito deve conter instrumentos suficientes para o restabelecimento da isonomia e reafirmação da dignidade dos idosos marginalizados pela sociedade.

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

Pode a hipervulnerabilidade ser o fundamento capaz de perfazer os direitos fundamentais do idoso nas relações de consumo, assegurando a dignidade da pessoa humana? É esta a indagação trazida pelo trabalho, com vistas a assegurar a eficácia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico nacional.

1. De consumidor a consumidores: a hipervulnerabilidade do consumidor idoso

1.1. Da subjetividade abstrata à subjetividade concreta: a vulnerabilidade do consumidor

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 a segurança e previsibilidade do direito almejadas pela burguesia.

O positivismo teve grande influência na construção do direito moderno. Com isso, algumas das consequências foram a abstração do direito e o formalismo exacerbado, o que acabou por afastar o direito da realidade social¹.

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 fosse 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 existentes².

O que predomina neste período é a liberdade formal, e, no âmbito político, o Estado de Direito Liberal é pouco intervencionista. Isso fez com que na esfera jurídica prevalecesse o individualismo, com o aprimoramento das figuras do sujeito de direito 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 formal.

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, delineando-se um sujeito de direito abstrato, dotado de capacidade para estabelecer relações jurídicas no âmbito de uma 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. Michel Miaillle³ 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.

Por conta disso, no século XX, o Estado Social de Direito parte em busca de uma igualdade substancial, capaz de corrigir as desigualdades do liberalismo. De simples garantidor, o Estado passa a intervir na economia.

Após a codificação, segue-se um novo período histórico: a “descodificação”⁴. O Estado, por meio de leis especiais, retira a codificação do lugar de centro da regulamentação unitária e generalizante da vida privada e volta sua atenção para os grupos da sociedade, perfazendo igualdade substancial⁵. Trata-se da substituição de uma 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 Estado, por sua vez, despede-se do caráter liberal e passa a social e democrático⁶.

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.

O positivismo teve grande influência na construção do direito moderno

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.

Do sistema monolítico, representado pelos códigos do século XIX, passou-se a um polissistema ou plurissistema. Diversamente do período anterior, em que os códigos representavam o centro do ordenamento jurídico privado, intencionando disciplinar a totalidade das relações jurídicas do sujeito abstrato, neste novo período existem legislações extravagantes regulamentando a matéria. São os microssistemas, que buscam proteger determinadas categorias de pessoas, que deixam de ser consideradas abstratamente para se destacar como concretas e que, dadas as condições especiais, merecem tratamento específico⁷.

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 contratos padronizados⁸ 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 vontade...*⁹

Não seria demasiado afirmar que está enfraquecido o caráter sinalagmático dos contratos por uma utilização cada vez maior de contratos de adesão¹⁰. 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. Desse cenário retira-se a necessidade de proteção dos consumidores. As regras de sua proteção surgem, basicamente, da necessidade de obtenção de igualdade entre aqueles que eram naturalmente desiguais¹¹.

A nova realidade social, industrializada e massificada em suas relações, vem provocar as exigências de normas de tutela específica do consumidor, de uma ética social, e da intervenção do Estado, no sentido de amparar os mais fracos¹².

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 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 relação*¹³.

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 Marques¹⁴ indica que a vulnerabilidade é filha da igualdade:

A igualdade é uma visão macro do homem e da sociedade, noção mais objetiva e consolidada, em que a desigualdade se aprecia sempre pela comparação de situações e pessoas: aos iguais trata-se igualmente, aos desiguais trata-se desigualmente para alcançar a justiça. Já a vulnerabilidade é 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.

O Código de Defesa do Consumidor regula a relação de consumo na busca do reequilíbrio 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 ideia 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 fornecedor.*¹⁵

1.2. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso

Simone de Beauvoir escreveu um dos mais complexos ensaios sobre a velhice, no qual aponta aspectos biológicos e sociológicos do envelhecimento. Seu relato perpassa a história e acaba por se valer da experiência de artistas, filósofos e de pessoas desconhecidas, delineando a pessoa idosa.

Segundo a autora¹⁶, o que caracteriza fisiologicamente o homem na senescência é o que o doutor Destrem chama de uma “*transformação pejorativa dos tecidos*”; a debilidade fisiológica, cujo declínio é assim comentando:

A massa dos tecidos metabolicamente ativos diminui, enquanto aumenta a dos tecidos metabolicamente inertes: tecidos intersticiais e fibroesclerosados;

*elas 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. Fenômenos bioquímicos se produzem: aumento do sódio, do cloro, do cálcio; diminuição do potássio, do magnésio, do fósforo e das sínteses protéicas.*¹⁷

Tais alterações fisiológicas, muitas vezes imperceptíveis às pessoas próximas, ocasiona alterações físicas 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; as alterações do avanço da idade são consideradas por muitas pessoas como cruéis e, apesar de tentativas da medicina de torná-las menos evidentes, são inevitáveis. A respeito narra 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 enrugam. 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 das pálpebras superiores, enquanto se formam papos sob os olhos. O lábio superior minguar; 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 frequente*¹⁸.

Características físicas e biológicas 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. Essas alterações abalam física

e emocionalmente as pessoas idosas, tornando-as vulneráveis física, psíquica e socialmente. Esta vulnerabilidade pode ser identificada como inversa à 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 entres outras. (...) Pode-se dizer que as principais características do grupo são o crescimento, proporcional à idade, das suas vulnerabilidades físicas e mentais e a proximidade da morte¹⁹.

Não é difícil afirmar que a fragilidade psíquica dos idosos acarreta uma vulnerabilidade especial para lidar com situações que antes eram identificadas como corriqueiras, e que na idade avançada acabam por ter uma dimensão alargada, gerando uma vulnerabilidade mais acentuada.

Na busca pelo tratamento com igualdade, a vulnerabilidade física, psíquica e social fundamentam uma vulnerabilidade jurídica. Quando existe desigualdade constatada, as normas jurídicas não podem ser iguais para todos. Aos que são considerados diferentes, em razão do envelhecimento, precisa ser assegurada a igualdade jurídica com o objetivo de mitigar sua desigualdade material em relação aos demais cidadãos²⁰. Cuidou, então, o ordenamento jurídico de definir quem é o idoso para fins de sua tutela. O Estatuto do Idoso optou por definir como tal a pessoa que possui mais de sessenta anos, em 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) anos”²¹.

Diante desta realidade, impõe-se o reconhecimento de uma hipervulnerabilidade do consumidor idoso. Em se tratando de relação de consumo, 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 como a parte mais fraca da relação de consumo. Deve-se-lhe aplicar as normas que regem as relações de consumo, e verificar o grau de vulnerabilidade do idoso, buscando subsídios no Estatuto do Idoso a fim de que seja alcançada a realização final de justiça. Sustenta Cláudia Lima Marques:

Tratando-se de consumidor ‘idoso’ (assim considerado indistintamente aquele cuja idade está acima de 60 anos) é, porém, um consumidor de vulnerabilidade

*potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita de forma premente dos serviços, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração denominados de ‘planos’ de serviços de assistência à saúde ou assistência funerária.*²²

Em amparo a esta perspectiva, colaciona-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual prevalece a vulnerabilidade agravada pela condição de 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).*²³

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 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 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*²⁴.

Arremata a decisão, ao sustentar que em relação ao idoso “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”²⁵. Em outra decisão do mesmo tribunal, que trata

sobre a negativa de aceitação de pessoa por operadora de plano de saúde em virtude da idade, o desembargador indica a existência de “presunção de vulnerabilidade ainda maior em função de sua idade avançada”²⁶. E tal reconhecimento deve ser levado em consideração na análise dos casos envolvendo tais pessoas.

A hipervulnerabilidade propõe-se como um critério jurídico a ser utilizado no exame das relações de consumo dos idosos, em face da tutela da dignidade da pessoa humana. Necessária é 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. Trata-se de uma mudança de paradigmas:

*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 básicas.*²⁷

A ordem contratual contemporânea é sensível à disparidade de poder negocial entre os contratantes e procura compensá-la pela imposição de um regime de proteção à parte vulnerável²⁸, no caso em tela, proteção especial do consumidor idoso²⁹. Deixa-se de ter um grupo único inscrito no Código de Defesa do Consumidor a que se chama de consumidor, em favor de diversos grupos de consumidores que anseiam por tutelas diferenciadas, o que não impede as diferenças entre os próprios consumidores. Com vistas a delinear a passagem da categoria de consumidor para a categoria de consumidores, os direitos fundamentais desempenham papel relevante, na medida em que incidem nas relações privadas.

2. Alcance e incidência dos direitos fundamentais nas relações de consumo

2.1. A discussão teórica acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é fruto da transformação destes direitos ao longo da história, e da ruptura com uma teoria liberal clássica levada a efeito pelo Estado de Direito Liberal, cogitando-se do princípio intervencionista nas relações privadas. Neste percurso, entrelaçam-se uma dimensão subjetiva e outra objetiva dos direitos fundamentais.

Segundo a dimensão subjetiva, não é possível qualquer influência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois se rompe com a tradicional concepção liberal do constitucionalismo, construída para proteger o indivíduo contra o Estado. Bilbao Ubillos³⁰ afirma que as teorias negadoras da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares afirmam que isto representaria um risco à liberdade contratual e à segurança jurídica. Aqueles que comungam desta opinião consideram a teoria um ‘cavalo de troia’ capaz de destruir o sistema privado cujo eixo gira em torno da autonomia privada. Representante desta teoria, Forsthoff³¹ afasta a interpretação dos direitos fundamentais como sistema de valores, pois provocariam a insegurança e provável dissolução da Constituição. Eis que o direito privado é apto para solucionar os conflitos instaurados em sua seara.

Opondo-se a tais considerações, Hans Carl Nipperdey³² e Walter Leisner³³ proclamaram a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. Segundo Nipperdey³⁴ a defesa da liberdade individual não pode ser a única função dos direitos fundamentais, pois 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 admitindo violações aos direitos fundamentais entre particulares.

Tal teoria afirma a vinculação direta e imediata dos atos praticados pelos particulares aos direitos fundamentais. Ela defende que independentemente da mediação do legislador, ou do juiz, mediante o atendimento de um dever de proteção do mais fraco na relação jurídica, os direitos fundamentais vinculam os particulares. Não indica a necessidade de interpretação das normas de direito privado conforme os direitos fundamentais, mas a possibilidade destes direitos exercerem influência direta nos atos dos particulares, impondo-lhes a obrigação de respeitar estes direitos em suas relações³⁵.

Bilbao Ubillos³⁶ 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 Lombardi³⁷, afirma ainda 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.

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. Desta forma, a vinculação direta não corre o risco de transformar os direitos fundamentais em deveres fundamentais, destruindo a autonomia privada³⁸. Tal princípio continua sendo um dos pilares do direito privado. No entanto, a materialização do direito privado, ou seja, a superação da igualdade apenas formal nas relações entre particulares, é substituída por uma igualdade material, revisando aquele princípio. Chega-se à conclusão que só existe liberdade quando ao indivíduo é garantida a possibilidade real de fazer ou não fazer³⁹.

No Tribunal Constitucional Federal alemão, o caso Lüth suplantou essa discussão, remontando à Constituição como uma ordem objetiva de valores, passível de alcançar toda a sociedade. Para tanto, Günther Düring afirmou que os direitos fundamentais operariam no âmbito privado através das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos preenchidos valorativamente.

Konrad Hesse⁴⁰ 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 indivíduos⁴¹. Caberia ao legislador infraconstitucional dar corpo às 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.

A legislação é que passa a vincular os particulares nas relações jurídicas e não os direitos fundamentais. Por conseguinte, o papel do intérprete é tão somente reinterpretar⁴² o direito privado a partir de suas próprias normas, como função social, bons costumes e boa-fé. As cláusulas gerais e os conceitos indeterminados serão interpretados à luz dos direitos fundamentais como uma espécie de 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 judicial⁴³.

Aquele sujeito
abstrato das
codificações
oitocentistas
cedeu lugar para
o sujeito visto em
sua concretude,
como locatário,
trabalhador,
consumidor etc.

Segundo os defensores desta teoria, os direitos fundamentais na versão subjetiva continuam sendo oponíveis apenas ao Estado, como direitos de defesa. Já na perspectiva objetiva, permitem a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sem que haja ofensa à autonomia privada. Em síntese, os direitos fundamentais vinculam os indivíduos, mas não diretamente, e sim pelo filtro da legislação privada, mantendo-se a autonomia dos indivíduos que também é constitucionalmente tutelada⁴⁴.

Como uma terceira via, a teoria dos deveres de proteção foi desenvolvida na Alemanha por Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris⁴⁵, sendo ainda conhecida como imperativos de tutela. Confere-se ao Estado a obrigação de promover a proteção dos direitos fundamentais frente às lesões e ameaças provenientes de particulares, e não apenas de abster-se de violá-los⁴⁶.

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 preceituam os direitos fundamentais, devendo, no caso de omissão legislativa, integrar essas normas valendo-se do próprio direito constitucional, de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados⁴⁷.

Segundo esta teoria, muito embora tenha ela 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 afirmarem os direitos fundamentais nas relações interprivadas⁴⁸. Contudo, os particulares 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 privado⁴⁹. 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 justificados⁵⁰.

2.2. A hipervulnerabilidade e o direito fundamental à defesa do consumidor

A hipervulnerabilidade não é um conceito 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, desce-se aos seus fundamentos, com a finalidade de imprimir-lhe a função de realizar os direitos fundamentais do consumidor idoso.

Considerando a busca de princípios que possam servir de fundamento às decisões judiciais em que se promove a efetivação das necessidades humanas fundamentais, justificadas 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”⁵¹.

Pretende-se que, com a aceitação da hipervulnerabilidade do consumidor idoso, tenha êxito a 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 que estabelece também uma tutela especial aos idosos, além de prever o respeito às diferenças.

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

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 proferiu voto no Recurso Especial 586.316-MG, 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:

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 pessoas.⁵²

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 ideia de hipervulnerabilidade.

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 de proporcionar um tratamento compensador e protetivo na desigualdade inerente na relação de consumo”⁵³.

A intenção do constituinte brasileiro de inserir a norma fundamental de defesa do consumidor, fixando-a no centro do ordenamento, é fazê-la um instrumento jurídico para 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, como fundamento do Estado Democrático de Direito.

3. Os direitos fundamentais do idoso nas relações de consumo: a hipervulnerabilidade contratual

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

Em 4 de janeiro de 1994 entrou em vigor a Lei 8.442, que dispunha sobre a política nacional do idoso, criava o Conselho Nacional do Idoso e

dava outras providências. Pouco tempo depois se percebeu 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, enunciada pelo Estatuto do Idoso, a Lei 10.741, de 2003.

O Estatuto do Idoso quebrou a barreira de uma proteção exclusivamente patrimonial, enunciada pelo Código Civil⁵⁴, pois nele a proteção é integral⁵⁵, 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. Em um mundo contemporâneo, competitivo e excludente, o idoso, em face de suas diferenças físicas, é visto como um *déficit* econômico e social. 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 vigente, diretamente orientado pelo conteúdo valorativo da dignidade da pessoa humana. A tutela estatutária surgiu para dar concretude à proteção da pessoa do idoso, evitando, desta forma, que a ausência de regulamentação esvaziasse o conteúdo da norma constitucional, tornando ainda mais grave a exclusão social e marginalização. Wladimir Novaes Martinez⁵⁶ 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 almeja 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 igualdade”⁵⁷.

O resgate da igualdade e da dignidade da pessoa idosa é imperativo que pressupõe uma forte intervenção estatal, especialmente pela via da tutela jurisdicional. A criação de um sistema nacional tutelar do idoso é imperativo da efetivação da dignidade da pessoa humana.

Destinados a tutelar a pessoa idosa, três princípios são extraídos do Estatuto do Idoso, iluminados pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São os subprincípios da proteção integral⁵⁸ e da absoluta prioridade⁵⁹, que se conformam com o princípio do melhor interesse do idoso⁶⁰.

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 dignidade.*⁶¹

Diante do texto pode-se indicar que o estatuto pretende, além da preservação da saúde psicofísica do idoso, seu aperfeiçoamento 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.

As oportunidades e facilidades atribuídas à pessoa idosa aparecem no Estatuto do Idoso como direitos fundamentais, nos quais se edifica sua proteção integral. São eles o direito à vida, à liberdade, ao respeito e à dignidade, o direito aos alimentos, à saúde, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, o direito à profissionalização e ao trabalho, à previdência ou à assistência social, à habitação e ao transporte. Com efeito, substitui-se o 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 humano”⁶².

O princípio do melhor interesse do idoso é recepcionado pelo art. 5º, § 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 idoso”⁶³.

Assim, o direito à proteção integral, com absoluta prioridade, e o princípio do melhor interesse são garantidos pela Constituição, na medida em que o idoso é pessoa mais vulnerável, e seu tratamento especial decorre do 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, deve merecer tutela amparada em sua hipervulnerabilidade. Para tanto, submetem-se à análise de situações à luz da realização de seus direitos fundamentais.

3.2. Os direitos fundamentais do idoso nos contratos de consumo: uma aproximação na jurisprudência brasileira

Dentre as várias modalidades de contratos existentes, chamam atenção os contratos de consumo em que os idosos figuram como parte, como os empréstimos consignados e planos de saúde. É notório em propagandas televisivas e de rádio que as instituições bancárias descobriram nos idosos uma segura e importante fonte de ganhos, em razão dos rendimentos da aposentadoria.

Visando facilitar e dar mais segurança às operações apresentadas pelas financeiras, criou-se o empréstimo consignado, mediante a promulgação da Lei 10.820, de 17 de dezembro de 2003. A obtenção de empréstimos passou a ocorrer de forma simplificada, sem garantias e/ou avalistas, o que, somado ao custo de vida, gerou um superendividamento da população idosa. O contrato de empréstimo consignado atesta a vulnerabilidade do idoso, que tem reduzida sua capacidade de discernimento e escolha quando se depara com termos técnicos e cláusulas contratuais que muitas vezes são ininteligíveis. É o que assevera Cláudia 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 (...).

Ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Distrito Federal contra o Banco Bradesco S.A considerou tais fatos ao decidir que a prática adotada pelo banco atinge o sentimento de dignidade dos idosos:

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 ainda de sua saúde e conhecimento, sendo prática comum pelas instituições financeiras. Isto 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 a realização do reequilíbrio contratual.

Os princípios constitucionais de igualdade, dignidade e aqueles ligados direta e indiretamente aos direitos fundamentais sobrepõem-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. Neste contexto, os direitos fundamentais atuam com uma incidência indireta nas relações privadas.

Ciente da dificuldade de se implementar um sistema de saúde gratuito 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 Estado⁶⁴. 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 assistência privada à saúde teve importante marco no ano de 1998, com a promulgação da Lei 9.656, que legisla especificamente sobre os planos de saúde. Outro marco nesta matéria foi a entrada em vigor da Lei 9.961, de 2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar, a ANS, lei que estabelece sua competência e finalidade.

Nesse cenário, embora o Estatuto do Idoso preveja que ninguém pode ser impedido de participar desses contratos, a adesão aos planos de saúde após sessenta anos de idade torna-se difícil em decorrência dos altos valores cobrados. Outro problema destacado é o excesso de negativas abusivas

quanto à cobertura de determinadas enfermidades, que acabam gerando um excessivo desgaste pessoal do consumidor, em especial os idosos, em busca de respaldo judicial que garanta o tratamento de que necessita⁶⁵. Revela-se um contexto discriminatório, que acentua a condição de vulnerabilidade do idoso, reafirmando a sua condição de fragilidade exacerbada na relação contratual em decorrência da idade.

Há precedentes que negam a vigência do Estatuto do Idoso no caso de reajustes por mudança de faixa etária; e, por outro, julgados que por unanimidade compreendem o direito intertemporal desta matéria sendo plenamente favoráveis ao melhor interesse do idoso⁶⁶.

O Superior Tribunal de Justiça⁶⁷ consolidou entendimento no sentido de que a aplicação do Estatuto do Idoso em contratos firmados antes do seu advento não desconsideram o ato jurídico perfeito, resultando nula a cláusula contratual que prevê tais reajustes⁶⁸. 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 está o fato de envolver execução periódica ou continuada, caracterizando-se como contrato de longa duração, destacado pela catividade, que gera expectativas ao consumidor no sentido de manutenção e equilíbrio econômico além da qualidade dos serviços:

O que se verifica com o surgimento da sociedade de consumo é uma crescente despersonalização das relações contratuais

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.

– 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 improvido⁶⁹.

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 cuja execução contratual realizaram-se a partir da sua vigência, ainda que firmados anteriormente⁷⁰.

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 ao Estatuto do Idoso, reafirmando o previsto na Constituição, assegura ao idoso o direito prioritário à saúde, dada sua condição especial, como direito fundamental e acima disso assegura a manutenção da dignidade da pessoa humana.

3.3. O reconhecimento da hipervulnerabilidade do idoso

Na doutrina, mostra-se implícita a ideia de uma vulnerabilidade mais acentuada de determinadas categorias de consumidores. Cláudia Lima Marques assim comenta quanto à 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 vida⁷¹.

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 pessoais das partes, ora a natureza e ao conteúdo do contrato em causa⁷².

Ronaldo Porto Macedo Jr. também indica a ausência de homogeneidade dos consumidores, pois “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 consumidor”⁷³.

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 considerada⁷⁴, 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 consumidores”⁷⁵.

O regime tutelar proposto implica 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 consumidores idosos⁷⁶, nem estaria sendo assegurada a igualdade material prevista na Constituição do Estado Democrático de Direito.

Na jurisprudência brasileira, a hipervulnerabilidade encontra lugar em decisões que se referem a uma vulnerabilidade mais acentuada ou potencializada quando pessoa idosa está 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 provido⁷⁷.

Outra decisão no mesmo sentido:

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 a legalidade da rescisão levada a efeito. Dado provimento, de plano, ao agravo de instrumento⁷⁸.

Todavia, como antes apresentado, foi no Superior Tribunal de Justiça que a hipervulnerabilidade foi expressamente acolhida quando do julgamento da suficiência ou não dos dizeres ‘Contém Glúten’, veiculados em embalagens de alimentos industrializados considerando os riscos à saúde e segurança de consumidores celíacos.

Em suas razões o ministro Herman Benjamin indica que a alegação apresentada pela Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação de que somente deveriam haver inscrições de advertência no que diz respeito àquelas substâncias que fizessem mal à 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 deficiências”⁷⁹. 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”⁸⁰.

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

Não é difícil afirmar que a fragilidade psíquica dos idosos acarreta uma vulnerabilidade especial para lidar com atividades corriqueiras

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. Estes direitos encontram lugar nas relações de consumo, amparando-se na ideia de hipervulnerabilidade.

Considerações finais

A hipervulnerabilidade deve ser um fator 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 idosos. Tais contratos merecem uma tutela especial⁸¹.

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 dirimido⁸².

Aceita a hipervulnerabilidade da pessoa idosa, na medida em que estiver em risco a dignidade da pessoa humana, isso se reflete 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 homogênea⁸³, 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 humana⁸⁴.

O fato de colocar-se a pessoa humana no centro da análise das situações significa que 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 auxiliarão na manutenção da dignidade da pessoa humana.

A identificação de abusos dos fornecedores em situações como saúde, empréstimo, planos funerários pode ser mais facilmente resolvida à luz da hipervulnerabilidade e aceitação das diferenças. De interpretação jurisprudencial um pouco mais solidarista⁸⁵, 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 operadoras de planos de saúde.

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.

Notas

Outras qualificações das autoras:

* Professora da Universidade Federal do Paraná. Professora titular de Direito Civil do Centro Universitário Curitiba.

** Especialista em Direito Societário pela FIC, Pós-graduada em Direito e Gestão Empresarial pela FCJ.

¹ “Todos estes factos, que antes de serem jurídicos são civilizacionais, modificaram de forma decisiva as bases do direito actual. Só muito simplifadamente – 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, António Miguel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo hoje*. 2. ed. (O tempo e a norma). Edições Almedina, 2009, p. 29.)

² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contrato e direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 51.

³ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989, p. 181.

⁴ 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.

⁵ PINHEIRO. *Contrato e...*, p. 53.

⁶ PINHEIRO. 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.

⁷ “Os interesses são individuais ou setoriais, perfeitamente diferenciados uns dos outros.” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 53.)

⁸ NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1996, p. 94.

⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./dez., 1992, p. 136.

¹⁰ “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, Cláudia 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.)

¹¹ BONATO, Cláudio. *Código de defesa do consumidor – cláusulas abusivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 72.

¹² “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.)

¹³ MORAES. Paulo Valerio dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 96.

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antonio Herman V. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 144.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima Marques. *Contratos...*, p. 53.

¹⁶ DE BEAUVOIR. Simone. *A velhice*. Tradução de MARTINS, Maria Helena Franco. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 33.

¹⁷ DE BEAUVOIR. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁸ DE BEAUVOIR. *Op. cit.*, p. 33.

¹⁹ 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.

²⁰ “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 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.” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 116.)

²¹ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003.

²² 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.

²³ 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.)

²⁴ 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.

²⁵ 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.

²⁶ (...) 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.)

²⁷ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 518.

²⁸ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 389.

²⁹ “... 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 legislador.” (BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316-MG – Min. Rel. Hermann Benjamin – Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 jan. 2011.)

³⁰ 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.

³¹ UBILLOS. *Op. cit.*, p. 278-279.

³² 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.

³³ SARLET. *Op. cit.*, p. 121.

³⁴ 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.

³⁵ VENEGAS. *Op. cit.*, p. 179.

³⁶ BILBAO. *Op. cit.*, p. 327.

³⁷ BILBAO. *Op. cit.*, p. 327.

³⁸ VENEGAS. *Op. cit.*, p. 186.

³⁹ VENEGAS. *Op. cit.*, p. 190.

⁴⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 149-150.

⁴¹ “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 ordem nela estabelecida.” (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19.)

⁴² SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 59.

⁴³ BILBAO. *Op. cit.*, p. 303.

⁴⁴ VENEGAS. *Op. cit.*, p. 141.

⁴⁵ BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador. Juspodivm, 2008, p. 132.

⁴⁶ “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*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 240.)

⁴⁷ 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.

⁴⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 256-57.

⁴⁹ 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*. 7. ed. ver. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 172.

⁵⁰ SARLET. *Op. cit.*, p. 140.

⁵¹ PINHEIRO. *Contrato...*, p. 121.

⁵² BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316/MG – Min. Rel. Herman Benjamin – Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 14 jan. 2011.

⁵³ 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, p. 90.

⁵⁴ O Código Civil apresenta disposição paradigmática nesse sentido: “Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II – da pessoa maior de 60 (sessenta) anos;”

⁵⁵ “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.)

⁵⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários ao Estatuto do Idoso*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 14.

⁵⁷ PONTES. *Op. cit.*, p. 16.

⁵⁸ 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.)

⁵⁹ 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.

⁶⁰ “Entende-se que o princípio do melhor interesse do idoso é recepcionado pelo art. 5º, § 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.)

⁶¹ BRASIL. Lei n. 10.714, de 1º de outubro de 2003.

⁶² PINHEIRO, José Elias Soares e FREITAS, Elizabete Viana. Promoção da saúde. In *Tempo de envelhecer: percursos e dimensões psicossociais*. Organizadores: PY, Lígia, DE SÁ, Janete Lisch Martins, PACHECO, Jaime Lisandro e GOLDMAN, Sara Nigri. Rio de Janeiro: Nau, 2004, p. 274.

⁶³ BARBOZA. *Op. cit.*, p. 57.

⁶⁴ “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.)

⁶⁵ SCHMITT. *Op. cit.*, p. 321.

⁶⁶ “A única matéria a ser dirimida, diz respeito à possibilidade de aplicação do art. 15, § 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 tingir os efeitos futuros à sua vigência do contrato firmado pelas 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.)

⁶⁷ A partir deste momento simplesmente denominado STJ.

⁶⁸ BRASIL. STJ. Agravo no Recurso Especial 707.286/RJ – Min. Rel. Sidnei Beneti – Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 jan. 2011.

⁶⁹ BRASIL. STJ. Agravo no Recurso Especial 707.286/RJ – Min. Rel. Sidnei Beneti – Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 jan. 2011.

⁷⁰ 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.

⁷¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código...*, p. 563.

⁷² NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 490.

⁷³ 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.

⁷⁴ “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.)

⁷⁵ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 489.

⁷⁶ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 470.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316/MG – Min. Rel. Herman Benjamin – Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 14 jan. 2011.

⁸⁰ BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316/MG – Min. Rel. Herman Benjamin – Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 14 jan. 2011.

⁸¹ “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.)

⁸² “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.” (COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. In *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 127-154, p. 140.)

⁸³ 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.

⁸⁴ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 495.

⁸⁵ MARQUES. *Contratos...*, p. 394.

Referências

ALVIM, Arruda *et al.* *Código do consumidor comentado e legislação correlata*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

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

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

BONATO, Cláudio. *Código de defesa do consumidor – Cláusulas abusivas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BOTTESINI, Maury Ângelo; 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.

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. STJ. Recurso Especial 586.316/MG – Min. Rel. Herman Benjamin – Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em 14 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. 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. TJRS. Agravo de Instrumento n. 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. 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.

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 influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

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

GÓNGORA, Cláudia. *O direito do consumidor e o Mercosul, relações de consumo no direito brasileiro*. São Paulo: Método, 2001.

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.

HESPANHA, Antônio Miguel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo hoje*. 2. 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.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *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*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.
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.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, set./dez. 1992.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

MORAES, Paulo Valerio dal Pai. *Código de defesa do consumidor: 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.

NORONHA, Fernando. Contratos de consumo, padronizados e de adesão. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1996.

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.

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

_____. 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.

PONTES, Patrícia Galvão. *Estatuto do idoso comentado*. Naide Maria Pinheiro (organizadora). São Paulo: LZN, 2006.

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*. 7. ed. ver. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2009.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *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. *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

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.