

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO DE DIREITO DO CONSUMIDOR E DIREITOS
FUNDAMENTAIS

CLAUDIO PIRES FERREIRA

A HIPERVULNERABILIDADE DO
CONSUMIDOR IDOSO NO DIREITO BRASILEIRO

Porto Alegre
2015

CLAUDIO PIRES FERREIRA

A HIPERVULNERABILIDADE DO
CONSUMIDOR IDOSO NO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais, pelo Curso de Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Orientadora: Prof.^a Dra. Flávia do Canto Pereira – Me.

Porto Alegre

2015

CLAUDIO PIRES FERREIRA

A HIPERVULNERABILIDADE DO
CONSUMIDOR IDOSO NO DIREITO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais, pelo Curso de Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Aprovada em 02 de julho de 2015.

Banca Examinadora:

Professora Dra. Flávia do Canto Pereira – Me

Professor:

Professor:

Dedico esse trabalho aos meus falecidos pais, Eloah Pires Ferreira e Aldo leão Ferreira, sendo que além de pai, ele se revelou meu maior mestre. A meu avô paterno, Dr. Arnaldo da Silva Ferreira, fundador do Instituto dos Advogados do Rio grande do Sul – IARGS, para nosso eterno orgulho. A Edy Maria Mussoi, cujo carinho e afeto transcendem sua ausência, que me apresentou, mais que a defesa do consumidor, o verdadeiro significado de cidadania.

AGRADECIMENTOS

Aos meus colegas de especialização, pelo constante apoio e intercambio de informações, que muito contribuíram na consecução desta monografia.

Agradeço, sinceramente, a minha Orientadora Prof.^a Dra. Flávia do Canto Pereira pela compreensão quanto as minhas dificuldades pessoais, e pela sua especial contribuição para a conclusão do presente trabalho.

O conhecimento torna a alma jovem e diminui a amargura da velhice. Colhe, pois, a sabedoria. Armazena suavidade para o amanhã.

(Leonardo da Vinci)

RESUMO

O presente trabalho trata da hipervulnerabilidade do idoso nas relações de consumo. Partindo da análise de dados estatísticos da população de idosos no Brasil, e projeções futuras, tem por escopo fundamentar a necessidade de tutela específica desta categoria na condição de consumidor. Desde logo, cuida-se da vulnerabilidade jurídica do consumidor a fim de justificar a sua condição especial em decorrência dos direitos que lhe são atribuídos constitucionalmente e infraconstitucionalmente, assim como cuida-se da condição especial do idoso de forma a preservar-lhe a dignidade humana. Sendo assim, abandona-se uma visão tão somente codicista para vincular-se a um sistema de valores e princípios constitucionais. Em nível constitucional observam-se princípios que fazem referência ao idoso e se propõem ao dever de protegê-lo; em nível infraconstitucional analisam-se conteúdos normativos do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso, balizando-se a hipervulnerabilidade. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso, igualmente é reconhecida, conforme recorrentes arestos dos tribunais pátrios. O cenário nas relações consumeristas tratando-se de pessoa idosa, devem ser pautadas nos valores e princípios determinados pelo sistema constitucional alicerçado na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Consumidor. Idoso. Direitos. Hipervulnerabilidade.

ABSTRACT

Questo articolo si occupa della hipervulnerabilidade gli anziani in relazione con il consumatore. Partendo dall'analisi statistica della popolazione anziana in Brasile, e proiezioni future, che ha lo scopo comprovare la necessità di una protezione specifica di questa categoria nel consumatore. In primo luogo, si prende cura degli utenti di vulnerabilità legale al fine di giustificare il loro status speciale a seguito di diritti assegnati a lui costituzionalmente e infraconstitucionalmente, così come si occupa delle condizioni speciali degli anziani, al fine di preservare la sua dignità umana . Quindi abbandonare una visione esclusivamente codicista collegare a un sistema di valori e principi costituzionali. Nel livello costituzionale si osservano i principi che fanno riferimento al vecchio e propongono il dovere di proteggerlo; del livello infraconstitucional vengono analizzate contenuto normativo del Codice protezione dei consumatori e dello statuto Anziani, battezzandole esso hipervulnerabilidade. Il hipervulnerabilidade il consumatore anziano, è anche riconosciuto come arestos delle corti patriottici ricorrenti. Lo scenario in consumeristas relazioni nel caso di anziani, dovrebbe essere guidata dai valori e principi stabiliti dal sistema costituzionale, fondata sulla dignità umana e dei diritti fondamentali.

Parole chiave: Consumatore. Anziani. Diritti. Hipervulnerabilidade.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	A POPULAÇÃO IDOSA NO BRASIL.....	13
2.1	CONCEITO DE IDOSO.....	13
2.2	DADOS ESTATÍSTICOS SOBRE A POPULAÇÃO IDOSA NO BRASIL. CENÁRIO ATUAL E PERSPECTIVAS.....	13
3	A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	16
4	A TUTELA JURÍDICA DO CONSUMIDOR IDOSO.....	22
4.1	A TUTELA CONSTITUCIONAL E O ESTATUTO DO IDOSO.....	22
4.2	O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DO IDOSO E O SISTEMA PRIVADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR.....	30
5	A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO.....	40
5.1	O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR.....	40
5.2	A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO.....	48
	CONCLUSÃO.....	60
	REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

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

A ancianidade retratada pela escritora foi concebida pela realidade da época (década de 70) que pode ser comparada com o modelo capitalista, no qual a propriedade e valorização do indivíduo são identificadas por elementos patrimoniais¹. Do século XVIII ao século XIX aconteceram significativas mudanças: da subjetividade abstrata do indivíduo à subjetividade concreta. A concepção de indivíduos considerados formalmente iguais e a autonomia plena do liberalismo são substituídas pela igualdade material e a intervenção do Estado Social de Direito², em atenção ao solidarismo.

Os objetivos deste estudo compreendem (i) A apresentação de dados estatísticos da população idosa no Brasil e projeções futuras; (ii) a busca de fundamentos no campo da interdisciplinaridade; e (iii) a integração entre o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor, na tutela deste grupo vulnerável da sociedade, os idosos.

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

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

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

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

reafirmar a dignidade dos idosos marginalizados pela sociedade.

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

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

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

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

Com o objetivo de fundamentar o tema pesquisado utilizou-se como marcos teóricos as obras “Contratos no Código de Defesa do Consumidor” de Cláudia Lima Marques onde foi possível a obtenção de subsídios para categorizar as relações de consumo e identificar o consumidor como parte vulnerável, e, portanto merecedor de tutela especial visando o reequilíbrio contratual. Também, Teresa Negreiros em sua “Teoria do Contrato” da qual se retiraram o paradigma da essencialidade e os fundamentos que norteiam a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais mediante a mudança valorativa das relações

contratuais com ênfase a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Com o escopo de alcançar os objetivos traçados, o presente trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, com o objetivo de contextualizar melhor o tema proposto, várias estatísticas sobre a população de idosos no Brasil são apresentadas, bem como as perspectivas futuras desta classe social de cada vez mais relevo.

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

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

2 A POPULAÇÃO IDOSA NO BRASIL

2.1 CONCEITO DE IDOSO

A Lei nº 10.741/2003, conhecida como Estatuto do Idoso, define como tal, toda pessoa com 60 (sessenta) anos ou mais.

Esse é o critério adotado, também, para fins de censo demográfico e pelas políticas sociais que focalizam o envelhecimento. Como exemplo, cita-se a Política Nacional do Idoso (PNI).

A Organização Mundial da Saúde OMS (OMS,1984) considera o idoso, sob o ponto de vista cronológico, como aquele indivíduo que possui 65 anos ou mais de idade em países desenvolvidos, enquanto que, em países em desenvolvimento, prevalece a idade de 60 anos ou mais.

O Plano de Ação Internacional sobre Envelhecimento das Nações Unidas (1982), acompanhando a orientação da Divisão de População, estipulou igualmente em 60 anos como o patamar que caracteriza o grupo idoso.

2.2 DADOS ESTATÍSTICOS SOBRE A POPULAÇÃO IDOSA NO BRASIL. CENÁRIO ATUAL E PERSPECTIVAS

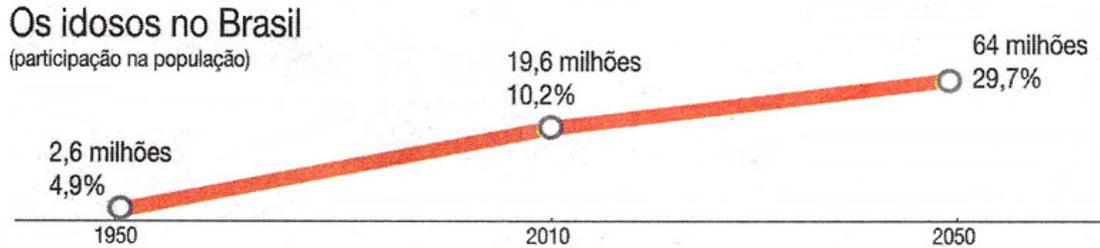
Uma das maiores conquistas culturais de um povo em seu processo de humanização é o envelhecimento de sua população, refletindo uma melhoria das condições de vida. De acordo com projeções das Nações Unidas (Fundo de Populações) “uma em cada 9 pessoas no mundo tem 60 anos ou mais, e estima-se um crescimento para 1 em cada 5 por volta de 2050”. (...) Em 2050 pela primeira vez haverá mais idosos que crianças menores de 15 anos. Em 2012, 810 milhões de pessoas têm 60 anos ou mais, constituindo 11,5% da população global. Projeta-se que esse número alcance 1 bilhão em menos de dez anos e mais que duplique em 2050, alcançando 2 bilhões de pessoas ou 22% da população global”.

A população brasileira irá crescer a uma taxa média de 0,3% ao ano nas próximas quatro décadas. Em quanto isso a de idosos vai crescer a uma taxa média de 3,2%.

O percentual de 29,7% de idosos no Brasil é muito próximo, comparativamente, ao do

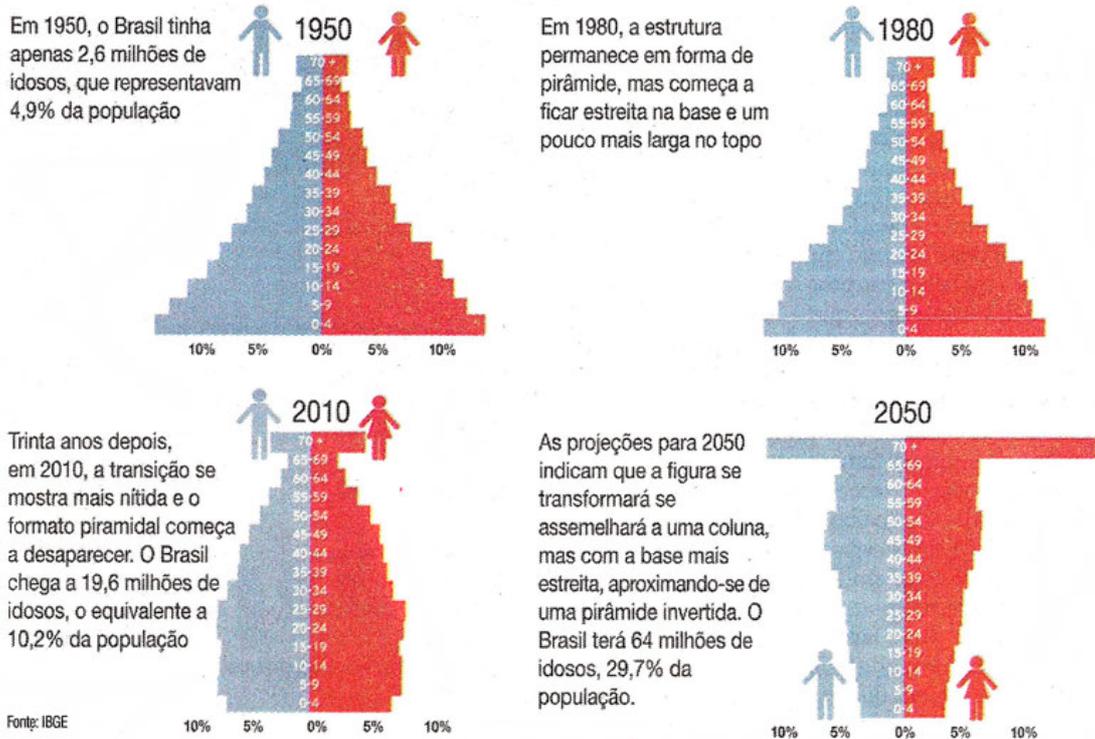
Japão que possui 30%, que é considerado o país com a maior população, proporcionalmente, de idosos do mundo.

Figura 1: Os Idosos no Brasil.



A transformação

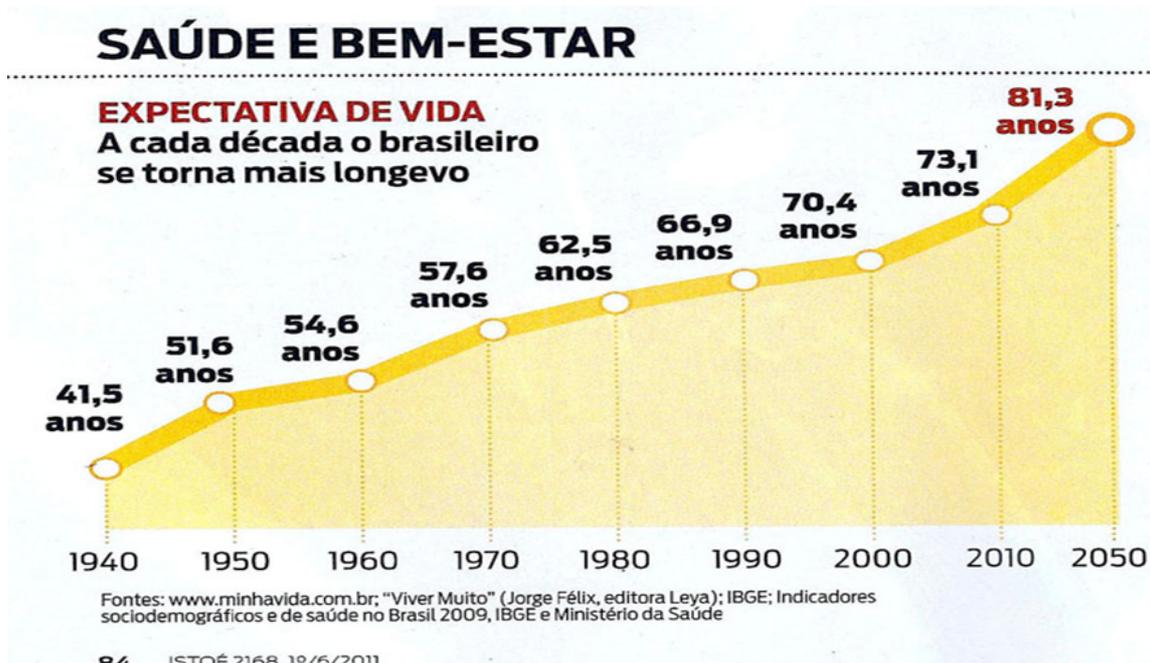
Em um intervalo de cem anos, a figura que representa a estrutura etária brasileira vai mudar de uma pirâmide para uma coluna:



Fonte: IBGE

Cabe registrar que a população idosa aumentará de 11% da população em idade ativa em 2005, para 49% em 2050. De outro lado, a renda mensal dos idosos no país importa em R\$ 13 bilhões de Reais, o equivalente a 17% do potencial de consumo.

Figura 2: Expectativa de Vida.



Fonte: Revista ISTOÉ, 2168, 01/06/2011.

De 2000 à 2010, a população brasileira aumentou 12,8%. Já a população com mais de 60 anos cresceu 38,6%. O número de pessoas com mais de 80 anos subiu 87 %.

Assim, diante da análise dos dados mencionados, resta inquestionável a necessidade de maior atenção a esse seguimento da sociedade, seja por seu contingente cada vez mais expressivo, seja por sua acentuada vulnerabilidade.

3 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Carta magna de 1988, sistematizou a proteção jurídica do consumidor enquanto direito fundamental, enunciando no inciso XXXII do art. 5º que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Além de direito fundamental, a proteção do consumidor foi também disciplinada pela Carta de 1988 como princípio geral da atividade econômica, orientando a ordem econômica e financeira ao lado de princípios como a propriedade privada e sua função social, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, da Constituição de 1988), visando a assegurar a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social.

A fim de promover a pronta concretização deste direito-princípio o Constituinte Originário determinou, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que em cento e vinte dias da promulgação da Constituição o Congresso Nacional deveria elaborar código de defesa do consumidor, mandamento que se cumpriu – conquanto que fora do prazo estipulado – na Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é, portanto, ato normativo que deu cumprimento imediato ao mandamento constitucional que vincula o Estado à promoção, na forma da lei, da defesa do consumidor. No entanto, serve ao mesmo tempo de instrumento legislativo para a promoção de uma série de valores constitucionais contidos e projetados no preceito da proteção jurídica do consumidor.

Veja-se que estão na essência ou na tangente da proteção jurídica do consumidor outros valores constitucionais como a proteção do cidadão e sua dignidade (liberdade, integridade, etc.) e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inclusive em termos de ordem econômica e exercício da livre iniciativa dos fornecedores).

Quanto à dignidade humana, não há cidadão que não seja, em alguma medida, consumidor de produtos e serviços no mercado de consumo, assim como é mediante a ordem econômica e financeira (leia-se: um importante, senão principal aspecto da circulação de riquezas materiais e imateriais na sociedade atual) que se pretende assegurar a todos uma existência digna (novamente dando-se proeminência ao preceito da dignidade humana).

A proteção jurídica do consumidor não é, assim, fruto de excentricidade constitucional ou de uma vitória setorial visando a favorecer um determinado sujeito econômico, mas vetor inerente aos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil enquanto

autonomeado Estado Democrático de Direito, e também enquanto Estado Social.

Nesta medida, Reich destaca que o direito do consumidor encontra fundamento constitucional na própria cláusula do Estado Social:

Si es cierto que el derecho del consumidor se anuda a una determinada situación de subordinación estructural no hay duda de que puede encontrar su fundamento constitucional en la cláusula del Estado socialde la Ley Fundamental. El Estado social debe intervenir allí donde las situaciones de desigualdad y de desequilibrio no pueden ser corregidas simplemente con el uso de medidas de tipo económico³.

Ainda que se possa alegar a ausência de norma expressa determinando ser a República Federativa do Brasil um Estado Social, a doutrina é abundante em asseverar que o princípio do Estado Social se encontra presente na Constituição de 1988, principalmente perceptível na variedade de princípios e direitos fundamentais sociais nela positivados⁴.

Semelhantemente, Oliveira considera que a tutela constitucional do consumidor liga-se intimamente ao dever e à finalidade do Estado de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”⁵, segundo o objetivo traçado no inciso IV do art. 3º da Constituição.

Já na perspectiva da dignidade humana, Sarlet ressalta que, ainda que não se possa sustentar que necessariamente todos os direitos fundamentais sejam diretamente reconduzíveis ao princípio da dignidade humana, tal princípio pode ser tido como um dos critérios basilares para a construção de um conceito material de direitos fundamentais. Sarlet então conclui que é “possível, no mínimo, sustentar o ponto de vista de acordo com o qual os direitos fundamentais correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana”⁶.

Tendo por base esses elementos, observa-se que a defesa do consumidor não se caracteriza em direito fundamental apenas por localizar-se sob o Título II, “Dos Direitos e garantias fundamentais”, mas, principalmente, porque, por seu conteúdo e importância,

³ REICH, Norbert. Mercado y Derecho: Teoría y praxis del Derecho económico en la República Federal Alemana. Barcelona: Ariel, 1985. Trad. Antoni Font. p. 175.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 62.

⁵ OLIVEIRA, Patrícia Pimentel de. A Efetividade da Tutela Jurídica do Consumidor através da atuação do Ministério Público. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). Problemas de Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 376.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 109-111.

preenche a fundamentalidade material dos direitos fundamentais. Conforme o conceito proposto por Sarlet e baseado em Alexy:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)⁷.

Observa-se que o direito fundamental à proteção jurídica do consumidor serve à promoção da dignidade humana sob diferentes aspectos, tanto na tutela da vida e da integridade física, existencial e econômica do consumidor quanto na tutela de sua igualdade e liberdade de escolha, procurando o Código de Defesa do Consumidor tutelar a dignidade do consumidor nestas diferentes esferas.

No art. 4º do Código de Defesa do Consumidor enuncia-se que o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo é “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”, observados, entre outros, o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, o princípio da ação governamental voltada à efetiva proteção do consumidor, o princípio da harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo de acordo com os princípios da ordem econômica e da boa-fé, o princípio da educação e informação dos fornecedores e consumidores, o princípio do incentivo à criação de meios de controle da qualidade e da segurança dos produtos e serviços, e o princípio da coibição e repressão eficientes dos abusos praticados no mercado de consumo.

Neste rol, o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo assume extrema relevância à proteção jurídica da dignidade e da humanidade do consumidor e à adequada compreensão e aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Seja destinatário final de produto ou serviço (art. 2º, caput, CDC), seja a coletividade que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único, CDC), seja a vítima de fato do produto ou serviço (art. 17, CDC) ou pessoa exposta às práticas comerciais e

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais... p. 77.

contratuais (art. 29, CDC), todo consumidor é reconhecidamente vulnerável⁸.

Diferentemente da hipossuficiência, que é característica de cunho processual⁹ a ser verificada no caso concreto pelo julgador (art. 6º, VII, CDC)¹⁰, a vulnerabilidade “é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos”¹¹.

Martins-Costa desde há muito confronta o equívoco de se confundir os termos hipossuficiência e vulnerabilidade, e sobre a vulnerabilidade esclarece:

Todo consumidor, seja considerado hipossuficiente ou não, é, ao contrário, vulnerável no mercado de consumo. Aqui não há valoração do “grau” de vulnerabilidade individual porque a lei presume que, neste mercado, qualquer consumidor, seja ele hiper ou hipossuficiente do ponto de vista socioeconômico, é vulnerável tecnicamente: no seu suporte fático está o desequilíbrio técnico entre o consumidor e o fabricante no que diz com a informação veiculada sobre o produto ou serviço. Isto porque por mais poderio econômico que tenha um consumidor individualmente considerado, presume-se que o fornecedor detenha, sobre o bem, determinadas informações cuja ciência constitui o seu dever, não o sendo do consumidor. Por esta razão, ele é vulnerável à informação e ao instrumento através da qual esta lhe é em regra fornecida, a publicidade. Demais disto, o princípio da vulnerabilidade não se aloca como um “conceito indeterminado”, mas como uma diretriz da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, caput) de modo que a sua consideração pelo intérprete na análise de qualquer disposição do Código não depende de discricionariedade mas é vinculativa porque está o mesmo vinculado às finalidades postas na lei como diretrizes da política nacional para o setor.¹³ E fing e Blauth, após mencionar os diferentes tipos de vulnerabilidade apresentados por Cláudia Lima Marques e por Paulo Valério Dal Pai Moraes,¹⁰ Segundo Miragem, “a hipossuficiência é mais do que a mera ausência de recursos financeiros ou intelectuais. Trata-se, antes de tudo, de uma hipossuficiência processual, caracterizada pela impossibilidade de produção da prova, o que pode se dar em razão da carência de recursos financeiros ou de conhecimento técnico, mas igualmente pode resultar das circunstâncias da contratação de consumo, do tipo de prova a ser produzida, do fato de que sua produção dependa do comportamento do fornecedor em fornecê-las e quaisquer outras razões pelas quais não será alcançada sua realização pelo consumidor.

A “guerra” do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina: a ambigüidade das peças publicitárias patrocinadas pelos cursos pré-vestibulares e os princípios do Código de Defesa do Consumidor examinadas através do estudo de um caso. Destacam

⁸ Em que pese o entendimento de Marques, no sentido de que a vulnerabilidade técnica do consumidor profissional não é presumida (MARQUES, Cláudia Lima; et al. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2007. p. 76).

⁹ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

¹⁰ BENJAMIN, Antônio Vasconcellos e; Nery Júnior, Nelson; et. al. Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007, p. 382.

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith.

que a vulnerabilidade, embora se expresse em termos de fragilidades de ordem técnica, científica, informacional, jurídica, sócioeconômica, político-legislativa, psíquica ou ambiental, as transcende, e tem como essência a “realidade sistêmica de sujeição do consumidor no mercado de consumo”, expressada na sua comodificação:

A sujeição do consumidor ao mercado de consumo é sistêmica, pois independe de aspectos particulares de um ou outro consumidor – como idade, sexo ou escolaridade – e abrange todos aqueles que se encontram inseridos na sociedade de consumidores. É existencial, porque o pressuposto para o reconhecimento da existência enquanto sujeito (em verdade, mercadoria) na sociedade de consumidores é o consumo¹².

Bauman esclarece que a principal característica da sociedade de consumidores é a comodificação, a transformação dos consumidores em mercadorias, sua subjetividade (estado de sujeito) estando vinculada à sua vendabilidade enquanto mercadoria (coisa):

Na maioria das descrições, o mundo formado e sustentado pela sociedade de consumidores fica claramente dividido entre as coisas a serem escolhidas e os que as escolhem; as mercadorias e seus consumidores: as coisas a serem consumidas e os seres humanos que as consomem. Contudo, a sociedade de consumidores é o que é precisamente por não ser nada desse tipo. O que a separa de outras espécies de sociedade é exatamente o embaraço e, em última instância, a eliminação das divisões citadas acima. Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável. A “subjetividade” do “sujeito”, e a maior parte daquilo que essa subjetividade possibilita ao sujeito atingir, concentra-se num esforço sem fim para ela própria se tornar, e permanecer, uma mercadoria vendável. A característica mais proeminente da sociedade de consumidores – ainda que disfarçada e encoberta – é a transformação dos consumidores em mercadorias; ou antes, sua dissolução no mar de mercadorias (...). A tarefa dos consumidores, e o principal motivo que os estimula a se engajar numa incessante atividade de consumo, é sair dessa invisibilidade e imaterialidade cinza e monótona, destacando-se da massa de objetos indistinguíveis¹³.

Afirmando que *“os membros da sociedade de consumidores são eles próprios*

¹² EFING, Antônio Carlos; BLAETH, Flávia Noemberg Lazzari. Analfabetismo Jurídico e Vulnerabilidade: desafios do direito do consumidor na sociedade da informação. In: Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 5512.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 20-21.

*mercadorias de consumo, e é a qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros autênticos dessa sociedade*¹⁴.

Bauman esclarece que a existência do sujeito-mercadoria está ligada ao seu engajamento nas insaciáveis práticas de consumo, enquanto forma de promover sua existência. Na sociedade de consumidores o cogito de Descartes é transmutado para “Compro, logo sou...”¹⁵.

Neste contexto de comodificação, reifica-se o consumidor, sujeitando sua existência e identidade à conformidade com as pressões do mercado de consumo. Tratado como objeto, desconsiderado em sua humanidade, o consumidor – a despeito de idade, poder aquisitivo ou grau de escolaridade – é vulnerado e vulnerável. E como assevera Sarlet: “*A concepção de homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa humana*”¹⁶.

Na percepção da vulnerabilidade (comodificação) do consumidor no mercado de consumo e na necessidade de proteção da dignidade e humanidade dos cidadãos também quando consumidores (uma considerável faceta da existência humana, da vida em comunidade e das relações jurídicas) residem alguns dos elementos basilares do direito fundamental à defesa do consumidor e sua projeção no princípio da dignidade humana.

Sarlet explica que:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças¹⁷.

A compreensão destes elementos é essencial à correta interpretação e aplicação do Código de Defesa do Consumidor conforme o seu espírito e seu enraizamento constitucional, devendo ser levados em conta pelos magistrados no julgamento de demandas envolvendo relações de consumo para que se possa dar o devido respeito ao direito fundamental da proteção jurídica do consumidor.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo...* p. 76.

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo...* p. 26.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 104.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* p. 104.

4 A TUTELA JURIDICA DO CONSUMIDOR IDOSO

4.1 A TUTELA CONSTITUCIONAL E O ESTATUTO DO IDOSO

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

Vilas Boas assim comenta o tema 20:

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

Neste mesmo sentido comenta Wladimir Martinez 21:

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

O problema do idoso brasileiro deve ser analisado diretamente nos quesitos cidadania e mudança de paradigma social em movimento sócio-jurídico já iniciado. Pode-se indicar como grande marco divisor da realidade do idoso no Brasil, ainda que no campo formal, a promulgação do Estatuto do Idoso.

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

No ordenamento jurídico vigente a personalidade jurídica pode ser compreendida como a suscetibilidade de direitos e obrigações, e ao mesmo tempo é pré-requisito para a possibilidade de exercê-los. Contudo, seu sentido não se esgota neste aspecto subjetivo, pessoa também é valor. Portanto, a personalidade é a qualidade do ‘ser pessoa perante o

direito’, vez que a pessoa humana constitui o fundamento ético-ontológico do direito. Sem pessoa não existiria o direito.

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

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

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

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

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

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

sociedade justa, igual e solidária como fundamento do Estado Social e Democrático de Direito.

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

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

A respeito desta proteção Paulo Roberto Barbosa Ramos assim comenta:

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

O autor complementa ainda que:

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

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

Ferrajoli manifesta-se neste sentido:

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

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

Só a previsão do indicado no art. 1º da Constituição de 1988 já seria mais que suficiente para a tutela da pessoa idosa nos múltiplos aspectos da sua vulnerabilidade. Porém, como necessária a descrição específica da pessoa idosa como categoria jurídica passível de tutela diferenciada, o legislador constituinte, como fez com crianças, adolescentes e índios, optou por estabelecer normas de proteção específicas.

Ao comentar o tema, Mendes explica que:

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

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

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

integral do idoso que será adiante apresentada.

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

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

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

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

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

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

Como o previsto na Constituição não era aparentemente suficiente, a cultura jurídica logo percebeu a necessidade de ampliar o texto de proteção, fazendo necessária a

regulamentação infraconstitucional do assegurado na Constituição de 1988.

Assim, em 04 de janeiro de 1994 entrou em vigor a Lei nº 8.442, que dispunha sobre a política nacional do idoso, criava o Conselho Nacional do idoso e dava outras providências. Pouco tempo depois percebeu-se que o diploma legal criado era insuficiente pois não continha instrumentos específicos de tutela judicial e administrativa, e portanto, carecia de efetividade.

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

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

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

O Estatuto do Idoso encontra-se inserido em um sistema cuja fonte hierárquica superior é a Constituição Federal, na qual a norma infraconstitucional existe para exercer sua função em conjunto ao ordenamento vigente, diretamente orientado pelo conteúdo valorativo da dignidade da pessoa humana.

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

O Estatuto do Idoso surgiu para dar concretude a tutela da pessoa do idoso, evitando, desta forma, que a falta de regulamentação esvaziasse o conteúdo da norma constitucional

tornando ainda mais grave a exclusão social dos idosos e sua marginalização.

Wladimir Novaes Martinez assim comenta:

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

O Estatuto do Idoso visa tão somente resgatar, pela via jurídica, as deficiências verificadas no plano político e social. Tal instrumento visa estabelecer vantagens concretas ao idoso tão somente para suprimir as diferenças concretas e manter a igualdade. Neste sentido Patrícia Albino Galvão Pontes comenta: *“Ora, se aquela pessoa já não tem mais tantas forças para lutar, vamos conferir-lhe uma proteção maior, porque se necessária. Esta é a legítima tradução do princípio da igualdade”*.

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

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.

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

idosas.

As oportunidades e facilidades atribuídas a pessoa idosa constam no Estatuto do Idoso como direitos fundamentais, no qual se edifica a proteção integral. São eles o direito à vida, liberdade, ao respeito e à dignidade, o direito a alimentos, à saúde, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, o direito a profissionalização e ao trabalho, à previdência ou à assistência social, à habitação e ao transporte.

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

Ao longo do Estatuto do Idoso são assegurados o direito à vida, liberdade, a dignidade, à saúde, educação, cultura, esporte, etc, percebe-se que todos estes direitos são inseridos ao longo do estatuto de forma a tutelá-los em circunstâncias especiais. Isso porque, com o fim de protegê-lo integralmente, o estatuto contempla medidas gerais e medidas específicas de proteção.

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

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

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

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

O princípio do melhor interesse do idoso é recepcionado pelo art. 5º, parágrafo 2º da

Constituição, no sentido de que os direitos e garantias nela não excluem outros que decorrem do regime e dos princípios por ela adotados, recebendo, pois a natureza de fundamental.

Sobre o assunto Heloisa Helena Barboza escreve: “*O princípio do melhor interesse do idoso, de base constitucional, é consectário de cláusula geral de tutela da pessoa humana e, por excelência, fonte de proteção integral que é devida ao idoso*”.

Assim, o direito à proteção integral, com absoluta prioridade e segundo o princípio do melhor interesse é garantido pela Constituição na medida em que o idoso é pessoa mais vulnerável, e, seu tratamento especial decorre do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Há de se esclarecer ainda que, pelo fato do consumidor idoso ter reconhecidas suas condições intrínsecas de inferioridade de vigor físico, e muitas vezes, até de embaraço social, estando em posição de desigualdade nas relações de consumo, deve merecer tutela amparada em sua hipervulnerabilidade. Para tanto, submetem-se à análise as situações que seguem, com vistas verificar a realização de seus direitos fundamentais.

4.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DO IDOSO E O SISTEMA PRIVADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR

A Organização das Nações Unidas (OMS) define saúde como sendo um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de afecção ou doença. Importante ter em mente este conceito para que se possa identificar de forma adequada o bem que está sendo tutelado que não implica apenas na busca de curas por enfermidades. Ou seja, o idoso tem o direito fundamental de ter assegurado seu bem-estar físico, mental e social, e, não apenas de manter o seu corpo são.

A velhice não deve ser sinônimo de ausência de saúde, porém não se pode esquecer que por conta da idade suas limitações são naturais bem como os agravos de determinadas doenças assim como a existência de doenças que só aparecem com o passar dos anos.

A geriatria, no estágio de desenvolvimento em que se encontra focaliza suas atividades na tentativa de preservação e/ou recuperação funcional, faz isso por meio de uma abordagem dignóstica multifacetada dos problemas físicos, psicológicos e funcionais do idoso.

O envelhecimento bem sucedido é o somatório da capacidade funcional aliada a qualidade de vida e à autonomia da pessoa idosa. Porém, inevitável que modificações

funcionais aconteçam, o que deve ser controlado. Jovens e idosos acabam por habitar mundos diferentes, enquanto na juventude gozar da saúde é algo natural e as enfermidades são exceções, permanecer saudável na idade avançada significa triunfar as adversidades que envolvem o envelhecimento.

Pelo fato de que os idosos são propensos a enfermidades, quando sua saúde está em bom estado deve ela ser preservada a todo custo, e quando debilitada por algum motivo precisa ser reabilitada, pois a queda da saúde do idoso enseja na maioria das vezes na perda da sua dignidade.

Conforme preceitua o art. 194 da Constituição Federal “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Ao lado da previdência ou da assistência e da moradia, a saúde compõe a tríade básica e essencial para que haja vida com dignidade nas idades longevas e para que os direitos posteriores tenham condições de ser exercidos.

Pode-se dizer que a alimentação adequada e moradia também se encontram atrelados ao direito à saúde da pessoa idosa, como expressões do mínimo existencial sem o qual não há possibilidade da saúde ser instaurada. É a saúde que propicia a fruição dos demais direitos fundamentais, tanto de índole pessoal e social.

O art. 2º do Estatuto do Idoso assim dispõe:

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

O acima exposto demonstra que a pessoa idosa deve ter não apenas oportunidades, mas também facilidades para preservar a saúde psicofísica, para se aperfeiçoar em nível moral, intelectual, espiritual e social, para gozar de todos os seus direitos de ser humano, com a proteção integral que emana de cada linha do Estatuto, o qual põe em relevo a dignidade da pessoa humana.

Deve-se lembrar que o direito fundamental à saúde é direito de todos e dever do Estado. Porém, não há dúvidas de que os direitos são custosos ao Estado e por isso várias

propostas tem sido apresentadas pelos estudiosos para o equacionamento do problema, seriam elas a “reserva do possível”, do “mínimo existencial”.

Acredita-se no mínimo existencial em matéria de saúde, lembrando apenas que este mínimo, porque composto por condições básicas para a subsistência, permanece ínsito no princípio maior da dignidade da pessoa humana, razão pela qual é merecedor de máxima eficácia jurídica.

Ressalte-se que o mínimo existencial tem sua extensão aprofundada, e, inclusive, maximizada, na medida da essencialidade do bem que o Estado prestará, porque sua substância é parte do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual, o mínimo existencial em matéria de saúde, e, particularmente em questões que envolvam a saúde da pessoa idosa, direito de ordem prioritária e componente do teor do princípio da dignidade da pessoa humana, é evidentemente alargado.

Segundo a nova exegese constitucional da doutrina atual, o direito à saúde é um direito fundamental social mesmo que elencado no Capítulo II do Título II da Constituição federal. O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança de n.º 11183/PR, no voto do Relator Ministro José Delgado, também preconiza que o direito à saúde é um direito fundamental do ser humano, consagrado na Constituição da República nos arts. 6.º e 196. Apresenta-se trecho do seu voto:

Desciendi de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6.º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que ‘a saúde é um direito de todos e dever do Estado’ (art. 196).

O direito à saúde é um direito fundamental social, visto que, é possuidor de todas as características inerentes a estes direitos, haja vista o art. 5º, § 1º da Constituição Federal, que insere a saúde no rol dos direitos fundamentais explicitamente. E caso surgisse alguma controvérsia a respeito, poder-se-ia socorrer da norma do art. 5º, § 2º da Lei Maior, ao qual, desencadearia o direito à saúde, embora não-escrito, como um direito fundamental implícito.

A Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080 de 1990) dispõe em seu art. 2º que “*a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu exercício*”. E, o Estatuto do Idoso prevê o direito a saúde dentro do Título II, que trata de direitos fundamentais da pessoa idosa.

O Estatuto do Idoso vai além ao prever no seu art. 15, parágrafo 2º que “incumbe ao

Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.”

Pela leitura do dispositivo percebe-se que todos os idosos, bem ou mal abastados, têm direito de recebê-los gratuitamente. O dispositivo legal acima indicado trata de norma protetiva do ser humano hipervulnerabilizado pela idade e pelo convívio com doenças que a população jovem não vivencia. Por essas razões e pelo princípio do melhor interesse do idoso, as prestações de medicamentos, exames laboratoriais, e afins, serão gratuitas para a pessoa idosa sem a necessidade de análise da sua condição financeira.

A problemática do idoso não se exaure na tutela do cidadão somente, ou do cidadão pobre; é preciso superar a lógica da emergência e olhar adiante, e em tempo realizar uma situação fundada sobre o fisiológico.

Assim, em face da obrigação de gratuidade do atendimento e fornecimento de medicamentos e congêneres médicos, percebe-se cuidado na seara da saúde em conformidade com o Estatuto do Idoso em que foram atribuídas novas regras, além das explicitamente previstas na Constituição e pelas Leis do Sistema Único de Saúde . Foi arquitetado um sistema de saúde pública específico para o Idoso, oferecendo-lhe algumas prerrogativas a mais do que as destinadas às pessoas de idade jovem ou adulta, o que entende-se tenha ocorrido com base nas suas aludidas condições de hipervulnerabilidade e com a finalidade do seu melhor interesse e proteção integral.

Ressalte-se ainda a necessidade de atendimentos emergenciais, assim comenta Pérola Melissa V. Braga:

Uma pessoa na velhice possui uma condição física naturalmente mais debilitada, o que não lhe permite suportar, durante muito tempo, uma patologia qualquer. O que seria suportável para uma pessoa jovem ou adulta, pode ser fatal para o idoso e, assim, o rápido atendimento pode ser a diferença entre a vida e a morte.

Neste sentido, conscientes de estarem lidando com a vida e dignidade humana envelhecida, os tribunais têm concedido antecipadamente o direito pleiteado nessa seara, não obstante a proibição legislativa ordinária de concessão de tutela antecipada contra o Poder Público e a orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade da legislação .

Ademais, em questões de saúde, há de se ter em conta o caráter de emergência de

prestação buscada por meio de uma decisão judicial, posto que eventual indeferimento do pedido, especialmente a um idoso, pode acarretar no comprometimento irreversível da condição psicofísica, ou mesmo o sacrifício da sua vida, razão pela qual se impõe a consideração do direito a saúde como um direito subjetivo do indivíduo invocável judicialmente.

Ciente da dificuldade de se implementar um sistema de saúde gratuito e para todos no contexto econômico e social brasileiro, a Constituição Federal, no art. 199, previu a assistência à saúde livre à iniciativa privada, de forma complementar ao SUS, mas segundo diretrizes traçadas pelo Estado. Diante desta realidade, o Poder Público regula e fiscaliza a assistência privada à saúde, que se dá por meio dos chamados planos de saúde, que pagos por seus usuários, complementam o SUS.

A grande maioria da população idosa brasileira depende do Estado para ter acesso à saúde e com os antigos problemas advindos da superlotação e insuficiência de políticas públicas eficientes e da ausência de orçamentos que deem condições de primazia necessária a manutenção da dignidade da pessoa humana os planos de saúde ganharam espaço na intenção de suprir a deficiência estatal e lucrar com a prestação de serviços.

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

No caso dos idosos, a Lei de planos de saúde, nos termos da Medida Provisória n. 2.177-44 de 2001, tentou, de forma pioneira, tutelar o consumidor idoso, prevendo, no inciso I do art. 35-E, que a legislação tivesse efeitos retroativos no sentido de sujeitar à autorização da ANS qualquer variação na contraprestação pecuniária a consumidores com mais de sessenta anos, nos contratos de assistência privada a saúde. Apesar disso a Confederação Nacional de Saúde propôs Ação Direta de Constitucionalidade questionando o conteúdo do art. 35-E e o Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido.

Apesar da Lei dos Planos de saúde ter, em inúmeras de suas disposições, o intento de salvaguardar o consumidor, não há, nessas relações contratuais, uma igualdade material entre operadora de plano de saúde e o usuário idoso. Os contratos de assistência a saúde prestados pela iniciativa privada são contratos de adesão realizados em massa, onde o consumidor idoso não é livre para fazer suas proposições. Ele apenas adere ao que está posto pelo plano, sem

discussão de suas cláusulas.

O que o leva a contratar tais planos de saúde é a necessidade de assegurar sua saúde que, se deixada aos cuidados do Poder Público, poderá não ser cuidada devidamente quando alguma moléstia o acometê-lo. Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo principal a garantia, de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterão a cobertura necessária a manutenção da saúde.

Assim, apesar da inegável desigualdade entre os contraentes, torna-se alentador para a parte vulnerável ter conhecimento de que as operadoras dos planos de saúde incorrem em limitações de sua autonomia, uma vez que estão subordinadas a jusfundamentalidade do direito à saúde.

A perspectiva em casos de relações contratuais travadas no espaço privado entre as pessoas idosas e operadoras de planos de saúde é de que estas últimas são titulares do poderio econômico, razão pela qual representam perigo para o gozo do direito fundamental à saúde desses consumidores.

Defendendo a tese de que deveriam incidir indenização de cunho moral quando se tratar de lesão a consumidor idoso Cristiano Heineck Schmitt assim comenta:

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

E continua o autor indicando no seu trabalho que considera o idoso um ‘consumidor especial’ em decorrência da idade avançada, o que no presente trabalho chama-se de consumidor hipervulnerável.

Há de se esclarecer que, pelo fato do consumidor idoso ter reconhecida suas condições intrínsecas de inferioridade de vigor físico e, muitas vezes, até embaraço social, recebe tutela privilegiada, e não poderá ser afastado do acesso à saúde privada.

Conforme preceitua o art. 14 da Lei dos Planos de saúde ninguém poderá, por motivo de idade, ser impedido de participar do contrato. Com o Estatuto do Idoso, as pessoas idosas, passaram também, pela aplicação do parágrafo terceiro do artigo 15 . Ou seja, estariam os idosos protegidos contra a cobrança de valores diferenciados pelos planos de saúde, em razão da idade, nas prestações periódicas que realizam, pelo fato dessa prática revelar-se

discriminatória, portanto, vedada.

Todavia não se pode negar que as pessoas idosas adoecem mais e usam mais o plano de saúde do que as pessoas jovens. Por isso, se reconhece nos planos de saúde o elemento da solidariedade, que abarca a mutualidade, mas representa mais que ela, pois possui valor moral, que implica em cooperação.

Diante das considerações apresentadas até o momento, julga-se importante apresentar as lesões que vem sem enfrentadas pelos idosos quando da contratação de planos de saúde. Sobre lesão pode-se dizer que se trata de desproporção entre as prestações aferidas no momento da formação do contrato.

Muito embora o Estatuto do Idoso preveja que ninguém pode ser impedido de participar de contrato, o dia a dia tem demonstrado que a adesão aos planos de saúde após sessenta anos de idade é muito difícil em decorrência dos altos valores cobrados, bem como pelos agravos cobrados pelas operadoras em decorrência de doenças pré-existentes.

Esta é situação corriqueira, mas que acaba sendo deixada de lado tanto que não foram localizadas situações de busca de tutela judicial obrigando a aceitação de adesão em plano e saúde. O que não afasta a condição de vulnerabilidade especial do idoso, mas reafirma a sua condição de fragilidade exacerbada na relação contratual em decorrência da idade.

Outro problema destacado é o excesso de negativas abusivas quanto a cobertura de determinadas enfermidades, que acabam gerando um excessivo desgaste pessoal do consumidor, em especial aos idosos, levando a vivenciar um calvário até a obtenção de respaldo judicial que garanta o tratamento que necessita.

Como dito linhas acima, problema enfrentado é a aplicação do disposto no parágrafo terceiro, do art. 15 do Estatuto do Idoso nos contratos de plano de saúde firmados antes da sua vigência. Isso porque as tabelas de reajuste dos contratos antigos previam reajuste aos sessenta e aos setenta anos de idade e segundo a nova ótica da lei não poderiam mais ser realizados reajustes com justificativa de mudança de faixa etária após sessenta anos por ser considerada discriminatória.

As operadoras de plano de saúde indicam que no contratos firmados há previsão de alteração de valor em decorrência de mudança de faixa etária, aos sessenta, e setenta anos, e, portanto, aplicar a lei aos contratos já firmados seria o mesmo que retroagir os efeitos dela, afetando o ato jurídico perfeito.

Em contrapartida se defende que não a aplicação do Estatuto do Idoso pode gerar um retrocesso na medida em que a lei foi criada para o melhor interesse do idoso que representa as demandas sociais do seu tempo, as quais reclamam solidariedade para com os idosos, tendo em vista a necessidade de sua inclusão social.

Defendendo a ideia de que não poderia ser aplicado o Estatuto do Idoso àqueles contratos firmados antes da sua vigência teriam-se situações de aplicação de reajustes, em decorrência da idade, em até vinte anos após a promulgação do Estatuto do Idoso caso alguém tivesse cinquenta anos quando da sua promulgação.

Há precedentes que negam a vigência do Estatuto do Idoso no caso de reajustes por mudança de faixa etária, mas há, por outro lado, julgados que por unanimidade compreendem o direito intertemporal desta matéria sendo plenamente favorável ao melhor interesse do idoso.

Com as regras atualmente vigentes no que diz respeito a impossibilidade de majoração do valor da parcela paga pelos contratantes de plano de saúde em decorrência da idade¹⁸, resta apenas a certeza de reajuste anual, aplicado a todos o interessados, restando tutelada a condição especial do idoso em casos de reajuste.

O Superior Tribunal de Justiça¹⁹ consolidou entendimento no sentido de que a aplicação do Estatuto do Idoso em contratos firmados antes do seu advento não afetam em desconsideração do ato jurídico perfeito e considera nula a cláusula contratual que prevê tais reajustes²⁰. A justificativa do STJ tem por fundamento o fato de que o plano de assistência à saúde apresenta natureza jurídica de contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, que envolve a transferência de riscos. Como característica principal de tais contratos indica como sendo o fato de envolver execução periódica ou continuada por se tratar de contrato de longa duração em que se destaca a catividade do contrato gerando expectativas do consumidor no sentido de manutenção e equilíbrio econômico além da qualidade dos serviços.

Abaixo segue ementa do caso em comento, vedando a discriminação:

¹⁸ Art. 2º Deverão ser adotadas dez faixas etárias, observando-se a seguinte tabela: I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos; II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos; III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos; IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos; V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos; VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos; VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos; VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos; IX - 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos; X - 59 (cinquenta e nove) anos ou mais."(BRASIL. Resolução Normativa ANS nº 63/2003 de 22 de dezembro de 2003.)

¹⁹ *A partir deste momento simplesmente denominado STJ.*

²⁰ BRASIL. STJ. Agravo no Recurso Especial 707.286/RJ - Min. Rel. Sidnei Beneti - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 05 jan. 2015.

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 de 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 improvido.*

O surgimento de norma cogente posterior à celebração do contrato de trato sucessivo, como aconteceu com o Estatuto do Idoso, impõe-lhe aplicação imediata, devendo incidir sobre todas as relações que, em execução contratual realizaram-se a partir da sua vigência ainda que firmados anteriormente a sua vigência.

A limitação imposta pela ANS corrobora com o preceituado no art. 1º do Estatuto do Idoso, e parágrafo 3º do art. 15 do mesmo diploma legal. Ou seja, o último aumento permitido por mudança de faixa etária deve ocorrer quando o consumidor completar cinquenta e nove anos, restando vedado qualquer outro aumento acima desta idade. O STJ se manifestou neste sentido:

DIREITO DO CONSUMIDOR. ESTATUTO DO IDOSO. PLANOS DE SAÚDE. RESCISÃO DE PLANO DE SAÚDE EM RAZÃO DA ALTA SINISTRALIDADE DO CONTRATO, CARACTERIZADA PELA IDADE AVANÇADA DOS SEGURADOS. VEDAÇÃO.

1. *Nos contratos de seguro em grupo, o estipulante é mandatário dos segurados, sendo parte ilegítima para figurar no pólo passivo da ação de cobrança. Precedentes.*
2. *Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde sob alegação de alta sinistralidade do grupo, decorrente da maior concentração dos segurados nas faixas etárias mais avançadas; essa vedação não envolve, todavia, os demais reajustes permitidos em*

lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade.

3. *Recurso especial conhecido e provido.*

Para o consumidor que possui gastos mais altos para manter a sua existência digna na terceira idade, trata-se de um avanço poder contar com esta estabilidade no que concerne aos custos da proteção privada de sua saúde. Essa conquista do Estatuto do Idoso coaduna-se com as diretrizes constitucionais de igualdade substancial e de solidariedade social que a sociedade brasileira, apesar de tudo o que tem acontecido, passa a viver.

Em síntese, tanto a eficácia horizontal irradiante do direito fundamental à saúde nas relações interprivadas, quanto a lesão como técnica de repressão das cláusulas abusivas, relativizam a esfera de autonomia privada nos negócios jurídicos no sentido de poder visualizá-la não mais em sentido meramente individualista, mas também em perspectiva funcional.

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

5 A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO

5.1 O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Com o advento das sociedades pós-industrializadas, no século XX, assiste-se verdadeira padronização contratual no âmbito das relações de consumo, marcada pela elaboração de contratos de conteúdo homogêneo (pré-redigidos e aplicáveis a uma série de futuras relações contratuais) visando economia, praticidade e segurança às relações comerciais. Dessa forma, garantia-se maior celeridade à celebração dos negócios jurídicos, porquanto eliminada a necessidade de elaborar, para cada adquirente em particular, um instrumento contratual específico, no qual se devesse discutir todo o conteúdo a ser regulado.

É que assevera Fernando Noronha:

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

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 padronizados 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.

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

O papel do consumidor neste contexto limita-se à aceitação em bloco de cláusulas previamente fixadas pelo fornecedor, figurando a ausência de debate prévio como elemento essencial deste modo de contratação. Podem-se elencar como características precípua do contrato de adesão: a) pré-elaboração unilateral; b) oferta uniforme e geral a futuras relações contratuais, até então indeterminadas; e c) modo de aceitação por simples adesão.

Destaque-se, por relevante, não ser o contrato de adesão uma espécie nova e independente de contrato, mas tão-somente um método de contratação, no qual prevalece a pré-elaboração do conteúdo contratual pela parte economicamente mais forte, restando a adesão do outro parceiro contratual.

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

A distância entre a disposição da lei (igualdade entre os sujeitos contratuais) e a realidade era notória, predominando o desequilíbrio de forças entre as partes contratantes.

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

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 fracos.

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

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

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

A respeito deste assunto Ricardo Luis Lorenzetti assim comenta:

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

Em decorrência da intensa transformação da sociedade, é possível identificar como imprescindível a interpretação do ato de consumir, mediante a aplicação de princípios que favoreçam o consumidor, perseguindo a garantia fundamental do direito à igualdade.

Neste sentido Cláudio Bonato:

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

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

Com a renovação da teoria contratual por intermédio das tendências sociais antes mencionadas, em face dos postulados de um Estado Social de Direito e da realidade das

sociedades de massas, a Estado passa a intervir nas relações obrigacionais.

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

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

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

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

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

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

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

O Código de Defesa do Consumidor introduz um segundo e poderoso instrumento para alcançar a justiça ou equidade contratual, qual seja, a nova noção de equilíbrio mínimo das relações de consumo²¹. Com o advento do CDC, o contrato passa a ter seu equilíbrio,

²¹ MARQUES. Contratos..., p. 240.

conteúdo ou equidade mais controlado, valorizando-se o seu sinalagma. O papel preponderante da lei sobre a vontade das partes, a impor uma maior boa fé nas relações de mercado, conduz o ordenamento jurídico a controlar mais efetivamente este sinalagma²² e, como consequência, o equilíbrio contratual.

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

O princípio do qual o sistema jurídico brasileiro reconhece a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação²³.

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 Marques²⁴, ao falar da vulnerabilidade, indica que ela é filha do princípio da igualdade afirmando o seguinte:

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

José Geraldo Filomeno, ao comentar a vulnerabilidade do consumidor, retoma a

²² MARQUES. *Contratos...*, p. 240.

²³ MORAES. Paulo Valerio dal Pai. *Código de defesa do consumidor: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 96.

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antonio Herman V. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 144.

célebre frase de Henry Ford: o consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte que o seu elo mais fraco.

Paulo Valério dal Pai de Moraes assim define vulnerabilidade:

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

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

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

A imperatividade das normas do Código de Defesa do Consumidor tem por objetivo proteger o consumidor, erradicando o desequilíbrio em que se encontra o mercado de consumo, na tentativa de alcançar uma realidade social mais justa e real em conformidade com o princípio da vulnerabilidade do consumidor, uma das vigas mestras do Código.

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

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

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

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

Quanto à vulnerabilidade jurídica Cláudia Lima Marques indica como:

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

Neste item, Paulo Valerio dal Pai Moraes diverge da autora, pois sustenta que a deficiência de conhecimentos jurídicos corresponde a mesma vulnerabilidade técnica. Ele defende a vulnerabilidade jurídica no momento em que surge algum problema decorrente da relação de consumo em que se reclama a adoção de medidas capazes de solucioná-los, por parte do consumidor, seja perante o fornecedor, ou aos órgãos de defesa do consumidor, evidenciando, desta forma, a vulnerabilidade jurídica extrajudicial, pré-processual, e, ainda, a judicial.

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

Cláudia Lima Marques indica que:

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

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

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

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

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

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

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

Carneiro assim comenta:

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

Sobre a vulnerabilidade Paulo Valério assim comenta:

Vulnerabilidade sob o enfoque jurídico é, então o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venha(m) a ser ofendido(s) ou ferido(s), na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do(s) sujeito(s) mais potente(s) da mesma relação.

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

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

transparência e harmonia das relações de consumo”.

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

Cláudia Lima Marques assim comenta:

Esta vulnerabilidade no sistema do CDC é presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão, ou devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se. Considere-se, pois a importância desta presunção de vulnerabilidade jurídica do agente consumidor (não profissional) como fonte irradiadora de deveres de informação do fornecedor sobre o conteúdo do contrato, em face da complexidade da relação contratual conexa e dos múltiplos vínculos cativos (por exemplo, vários contratos bancários em um formulário, vínculos com várias pessoas jurídicas em um contrato de planos de saúde) e da redação clara deste contrato, especialmente o massificado e de adesão.

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

5.2 A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO

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

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

E a autora continua seu relato:

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

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

A aparência do indivíduo se transforma e permite que se possa atribuir-lhe uma idade, sem muita margem de erro. Os cabelos embranquecem e se tornam rarefeitos, não se sabe por quê: o mecanismo da despigmentação do bulbo capilar permanece desconhecido; os pêlos embranquecem também, enquanto em certos lugares – no queixo das mulheres velhas por exemplo – começam a proliferar. Por desidratação e em consequência da perda de elasticidade do tecido dérmico subjacente, a pele se enruga. 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 míngua; 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.

Características ligadas ao biológico e físico fazem com que a capacidade dos idosos seja diminuída, o raciocínio seja afetado pela debilidade do cérebro, redução da vitalidade do coração, perda de capacidade respiratória pela redução da força muscular do pulmão, diminuição da acuidade visual. Isso reflete em um cenário pessoal complexo e digno de atenção.

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

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

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

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

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

Diante da leitura do trecho acima transcrito, percebe-se que em nada se parece com o escritor de inúmeros livros que os juristas conhecem, tão ativo e engajado. Ao contrário, revela uma pessoa melancólica, como ele mesmo diz a “melancolia subentendida como a consciência do não-realizado e do não realizável”. Isto faz com que se olhe com mais atenção aos idosos e a necessidade de uma tutela diferenciada, independentemente de condição social, cultural ou financeira, mas em decorrência da idade.

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

fragilidade à que se inserem:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Com a definição de que idoso é aquele que possui sessenta anos ou mais, a legislação tentou buscar um critério uniforme, proveniente de pesquisas e investigações científicas da Organização Mundial de Saúde (OMS) que consideram pessoas idosas aquelas com mais de sessenta e cinco anos nos países desenvolvidos e de sessenta anos ou mais nos países em desenvolvimento.

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

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

necessidades, inversamente proporcionais.

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

Neste sentido Ana Amélia Camarano:

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

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

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

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

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

Maria Celina Bondin de Moraes assim comenta:

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

Marques também comenta a vulnerabilidade dos idosos:

Efetivamente o art. 230 da Constituição Federal brasileira identifica também a necessidade de ‘amparar as pessoas idosas [...] defendendo sua dignidade e bem estar’. O grupo de pessoas maiores de 60 anos é definido pela Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, como sendo de ‘idosos’. Apesar de o CDC não mencionar expressamente os idosos, o art. 39, IV, menciona expressamente a ‘fraqueza’ relacionada à idade, da mesma forma que o art. 37 menciona as crianças como um consumidor especial. A jurisprudência brasileira já identificou que a igualdade teórica de direitos e de chances entre consumidores ‘jovens’ e consumidores ‘idosos’ não estaria sendo realmente alcançada na contratação e na execução de contratos de consumo, daí a preocupação em proteger de forma especial este grupo vulnerável. Efetivamente, e por diversas razões, há que se aceitar que o grupo dos idosos possui uma vulnerabilidade especial, seja pela vulnerabilidade técnica exagerada em relação a novas tecnologias (home banking, relações com máquina, uso necessário da internet, etc.); sua vulnerabilidade fática quanto a rapidez das contratações, sua saúde debilitada; a solidão de seu dia-a-dia, que transforma um vendedor de portaem-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 vida.

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

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

A determinação da hipossuficiência do consumidor e do seu grau cabe ao juiz, cujo convencimento deve tomar por base regras ordinárias de experiência e suporte fático. A aplicação da hipossuficiência pela jurisdição depende da discricionariedade judicial e sua conseqüência jurídica imediata é a inversão do ônus da prova no processo, acarretando facilitação dos direitos do consumidor.

Os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência poderão coexistir, mas apesar de os

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

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

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

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

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

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

Por força do art. 4º, inc. I do Código de Defesa do Consumidor, consumidor é considerado vulnerável no mercado de consumo. Trata-se de princípio jurídico de direito material. Hipossuficiência por outro lado, é um conceito que se relaciona com o direito processual, já que diz respeito àquele que tem menos condições de produzir provas.

Nas palavras de Eduardo Gabriel Saad:

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

No mesmo sentido, tratando a hipossuficiência como necessária à disparidade em sede

de produção de provas é o entendimento de Rodrigo Xavier Leonardo:

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

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

A condição de idoso deve fomentar uma preocupação do Estado-juiz no sentido de propiciar-lhe tratamento especial, visando a igualdade constitucional; daí a necessidade de analisá-los como hipervulnerável, conclusão a que se chega mediante a análise sistemática do Estatuto do Idoso e Código de Defesa do Consumidor sob a ótica constitucional.

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

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

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

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

Idoso a fim de que seja alcançada a realização final de justiça.

Marques assim sustenta:

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.

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

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

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

Complementa ainda suas razões apontando que a vulnerabilidade do consumidor idoso é demonstrada a partir de dois aspectos principais: a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação comercial dos fornecedores; b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca em uma relação de dependência em relação aos seus fornecedores.

E por fim, defende que uma vez seja a parte requerente idosa *“deve-se dar a este fato o peso merecido, a fim de compreender a questão partindo-se da premissa de uma maior*

fragilidade deste consumidor para realizar verdadeira justiça no caso concreto”.

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

Convém esclarecer que não são todos os idosos irrestritamente considerados que se caracterizam como o hipervulneráveis, descrito por Simone de Bouavoir. Isso porque, no Brasil, um país de dimensões continentais, as diferenças também são imensas. O avanço de tecnologias médicas, a vaidade, a manutenção de mentes sãs em decorrência de atividades intelectuais faz com que nem todos idosos estejam contemplados na categoria de hipervulnerabilidade. Não se pode negar as diferenças das pessoas, mesmo em determinadas categorias que se pretende de certa forma isolar e conceituar, cada ser humano é diferente, e as diferenças precisam ser respeitadas.

Maria Celina Bodin de Moraes assim comenta:

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

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

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

A ordem contratual contemporânea é sensível à disparidade do poder negocial entre os contratantes e procura compensá-la através da imposição de um regime de proteção à parte

vulnerável , no caso em tela, proteção especial do consumidor idoso. Ou seja, deixa-se de ter um grupo único inscrito no Código de Defesa do Consumidor a que se chama de consumidor, para existirem diversos grupos de consumidores que anseiam por tutelas diferenciadas, o que não impede ainda que nas próprias categorias criadas existam diferenças entre as pessoas.

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

O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas²⁵.

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

O que se pretende dos fornecedores, é que assim como visualizam os consumidores de forma diferenciada na obtenção de seus lucros, ao visualizar uma potencial massa de consumidores, também atentem para a manifestação concreta da função social da propriedade e da responsabilidade social²⁶.

²⁵ BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316-MG - Min. Rel. Hermann Benjamin - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 jan. 2015.

²⁶ BRASIL. STJ. Recurso Especial 586.316-MG - Min. Rel. Hermann Benjamin - Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 09 jan. 2015.

CONCLUSÃO

Na atualidade a pessoa ocupa lugar de destaque e passa a ser o centro do ordenamento jurídico. Suas individualidades são consideradas e há divisão em grupos tutelados por microssistemas o que não afasta a possibilidade de dentro do microssistema existir a necessidade de atenção especial a determinadas categorias²⁷.

A realidade brasileira contém diferentes cenários com abismos sociais, que se refletem entre os próprios idosos, especialmente entre aqueles que residem em grandes capitais e os que residem no interior dos estados, ou mesmo a diferença descompassada considerando o nível educacional das diferentes regiões brasileiras como a nordeste e sudeste.

Não se pode, por conta disso, abandonar a reflexão sobre o tema, devendo-se adequá-la à realidade sócio-jurídica brasileira. A problemática existe, encontra-se em processo de crescimento, doutro lado, a sociedade e os operadores do Direito dispõe de instrumentos constitucionais e infraconstitucionais para levar a cabo as abusividades perpetradas contra a pessoa idosa.

Na mudança do Estado de Direito Liberal para o Estado Social de Direito, o movimento de afirmação dos direitos constitucionais passa a exigir ações positivas do estado para a manutenção e eficácia dos direitos fundamentais. É superada a fase em que os direitos fundamentais eram identificados apenas como necessários a ausência de intervenção estatal e proteção do indivíduo contra o estado, exigem-se ações.

Neste período debate-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas e se aceita a intervenção do Estado. A tábua axiológica trazida pelas Constituições do século XX, elaboradas e promulgadas após o término da Guerra trazem um novo valor, que deixou de ser a vontade individual dando lugar à pessoa humana e à dignidade que lhe é intrínseca²⁸.

O constituinte brasileiro, ao consagrar a norma fundamental de defesa do consumidor, acabou por inseri-la no rol de direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados. A eficácia do direito de defesa do consumidor, assegurado constitucionalmente, deve se pautar no conteúdo material deste direito que exprime a dimensão objetiva que visa

²⁷ NEGREIROS. *Op. cit.*, p. 489.

²⁸ BONDIN DE MORAES. O conceito..., p. 136.

mitigar a desigualdade intrínseca na relação de consumo.

O princípio tutelar constitucional de defesa do consumidor deve atuar sempre em conjunto e permeando o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor, como uma verdadeira cláusula geral que vigora em todos os atos de consumo. Sob esta ótica paralelamente ao Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso deve ser aplicado na busca da solução que melhor atenda ao mandamento constitucional de proteção do consumidor, proteção integral do idoso e manutenção da dignidade da pessoa humana.

Vive-se um momento de solidarismo, e a solidariedade feita pelo legislador constituinte estabelece no ordenamento jurídico vigente um princípio jurídico inovador que deve ser levado em consideração nos momentos de interpretação do direito.

A hipervulnerabilidade deve ser um fator a mais que deve influenciar a proteção contratual das relações de consumo e assegurar a dignidade da pessoa humana. Assim, as relações de consumo, nas quais figuram os idosos, devem ser diferenciadas daquelas outras em que as partes não são idosas. Ou seja, tais contratos merecem uma tutela especial²⁹.

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 dirimido³⁰.

Aceita a hipervulnerabilidade da pessoa idosa, na medida em que estiver em risco a dignidade da pessoa humana, e que isso reflete em problemas na relação de consumo. Trata-se então de uma proposta de sistematização, baseada na identificação de um novo critério de diferenciação.

Lembra-se que os consumidores não são uma categoria homogênea³¹, 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

²⁹ “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.)

³⁰ “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.”

³¹ COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. In *Revista de Direito do Consumidor*. n. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 127-154. p. 140.

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 humana³².

O fato de colocar-se a pessoa humana no centro da análise das situações significa que esta está sendo levada em consideração a dignidade humana e seu alcance à condição de necessário parâmetro de interpretação e aplicação das normas de direito. Sob a ótica proposta, e, segundo as novas tendências do direito, a pessoa humana é o centro do sistema jurídico em substituição ao patrimônio, o que faz com que seja possível a melhor tutela da pessoa em uma visão solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração.

Esta socialização serve para uma reorientação do direito, pois o reconhecimento das desigualdades entre os sujeitos jurídicos, e, acima de tudo, o reconhecimento de que o direito pode coibir tais desigualdades, auxiliará na manutenção da dignidade da pessoa humana.

A identificação de abusos dos fornecedores em situações diversas, especialmente como saúde, podem ser mais facilmente resolvidas à luz da hipervulnerabilidade e aceitação das diferenças. De interpretação jurisprudencial um pouco mais solidarista, como identificado nos casos de seguro de vida, percebe-se que o idoso encontrou uma via de tutela mais adequada aos seus direitos fundamentais, sendo nesses casos, muitas vezes o idoso considerado em sua vulnerabilidade especial frente às Companhias de Seguro.

Diante da realidade, o direcionamento dos esforços para a identificação de que há distinção nas relações jurídicas, aceitando a hipervulnerabilidade do idoso, aliado ao princípio da proteção integral do idoso justificaria a tutela específica desta categoria.

Acredita-se que desta forma o direito alcançará o seu papel último de tutela da dignidade da pessoa humana na construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária, fim do Estado Democrático de Direito.

³² 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.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais**. 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n. 8.078, 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília, 11 de setembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Brasília, 19 de setembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

BRASIL. Resolução Normativa ANS nº 63/2003 de 22 de dezembro de 2003. **Define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004**. Esta Resolução entra em vigor a partir de 1º de janeiro de 2004.

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

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

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.

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

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

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

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

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

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

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. Direito a Informação nos contratos relacionais de consumo. *In Responsabilidade Civil*, v. 8. Direito à Informação – Edições Especiais Revista dos Tribunais. NERY Jr., Nelson e NERY Rosa Maria de Andrade (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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

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

_____. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso., *In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao Estatuto do Idoso**, 2ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

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

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

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

MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental – conseqüências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**. n.º 43. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho/setembro, 2002. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2ª Ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civilconstitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). 3 ed.

rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

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

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

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

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

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

_____. **Contrato e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.

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

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

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

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

_____. **Fundamentos constitucionais do direito à velhice**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Indenização por dano moral do consumidor idoso no âmbito

dos contratos de plano de saúde e de seguros privados de assistência à saúde. *In* **Direito Fundamental à saúde**. JUNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SCHIRRMACHER, Frank. **A revolução dos idosos**. Rio de Janeiro: Elsevier. Editora Ltda, 2005.

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

_____. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *In* **Temas de Direito Civil**. 4. Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. _____. Do sujeito de direito à pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 2., Editorial, p.v, abr./jun, 2000.

VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do Idoso Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.