XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO I

ILTON GARCIA DA COSTA

JANAÍNA RIGO SANTIN

JORGE HECTOR MORELLA JUNIOR

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa; Janaína Rigo Santin; Jorge Hector Morella Junior.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-627-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Globalização e responsabilidade nas relações de consumo. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO I

Apresentação

Na ciência política, o Estado moderno foi considerado o ente soberano composto pelo governo, pelo povo e pelo território, cujo poder estaria centralizado e seria exteriorizado mediante decisões tomadas pelos governantes, legitimados por meio do sufrágio universal. No entanto, as modificações econômicas, sociais e políticas ocorridas a partir do final do século XX pelo fenômeno da globalização trouxeram uma situação de complexidade que coloca em questão muitas destas teorias clássicas, em especial no que tange ao Estado ser o único centro de poder político e regulador da vida econômica.

Foucault já dizia que a sociedade é formada por uma rede de poderes díspares. Isso não poderia estar mais presente quando se observa novas instâncias supranacionais de poder no cenário mundial, as quais colocam em xeque toda trama institucional tecida na modernidade para abrir espaço para a legalidade do mercado.

As empresas ou corporações transnacionais mobilizam todas as forças produtivas do capitalismo – capital, tecnologia, força de trabalho, mercado, colocando-se acima

das fronteiras nacionais e das diversidades nos regimes políticos, tradições, culturas e inclinações sociais de cada país, extrapolando fronteiras preestabelecidas e movimentando-se pelo globo terrestre, de modo a transformar o mundo, como afirma Octavio Ianni, numa verdadeira “fábrica global” .

Para proteger a parte mais vulnerável nesta cadeia, que é global, fundamental se faz a proteção ao consumidor. E essa proteção, em regra, ainda se faz a partir da legislação de cada um dos países. E este é o grande desafio, fazer com que o consumidor dessa grande fábrica global possa ser protegido, independentemente da origem do produto que está sendo vendido em seu país.

A partir de tais considerações, o GT DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO I trouxe diversas contribuições

para a problemática, demonstrando mais uma vez a capacidade do CONPEDI em aproximar pesquisadores das mais diversas partes do país em prol do aprimoramento da ciência jurídica e da socialização do conhecimento.

Em um mundo globalizado em que produtos são fabricados e encaminhados para diversas partes planeta, também há de se falar de sustentabilidade e da comercialização dos mesmos. As novas tecnologias e novas formas de pagamentos passam a fazer parte dessa realidade desse mundo globalizado.

É com grande alegria que os coordenadores deste GT apresentam o fruto destas discussões.

Saudações acadêmicas,

Prof. Dra. Janaína Rigo Santin - Universidade de Caxias do Sul e Universidade de Passo Fundo

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa - UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. Jorge Hector Morella Junior - Universidade do Vale do Itajaí

A HIPERVULNERABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A PRESERVAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO DO CONSUMIDOR IDOSO

THE HYPERVULNERABILITY IN THE CONSUMER RELATIONS AND THE PRESERVATION OF THE SELFDETERMINATION OF THE ELDER CONSUMERS

Nathália Soares Corrêa

Resumo

Com o aumento da população idosa no Brasil e a consequente participação destes no mercado de consumo, acentua-se a importância do cuidado a essa categoria, diante da condição de vulnerabilidade acentuada que lhes é inerente. Partindo do fato que a análise da vulnerabilidade se altera conforme a lente de conhecimento utilizada, surgiram, por meio da doutrina, aspectos diversos de vulnerabilidade, tais como, informacional, técnica, jurídica e fática. Entretanto, com o avanço das relações de consumo, a doutrina e a jurisprudência, passaram a observar que alguns grupos de indivíduos, dentre eles, os idosos, necessitavam de uma maior proteção, uma vez que possuíam uma vulnerabilidade acentuada, denominada de hipervulnerabilidade. Por essa razão, o presente estudo tem por objetivo analisar a questão da hipervulnerabilidade do idoso frente as relações consumeristas, tendo como premissa norteadora a autodeterminação pessoal e a autonomia desse consumidor. Com a finalidade de promover a presente pesquisa, adotou-se a metodologia hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica. Conclui-se que, nas relações de consumo estabelecidas com idosos deve haver um equilíbrio entre a preservação da autodeterminação e a proteção dos hipervulneráveis, de forma a respeitar o princípio da dignidade pessoa humana que assegura liberdades individuais, de forma a garantir um espaço único de decisão pessoal.

Palavras-chave: Idoso, Autodeterminação, Direito do consumidor, Direitos fundamentais, Hipervulnerabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

With the increase of the elderly population in Brasil and the direct participation of them in the consumer market the importance of the care given to this category is accentuated due to the inherent vulnerability in which they stand. Starting from the fact that the vulnerability analysis may alter itself depending on the knowledgable parameter used different aspects of vulnerability emerge from the doctrine, such as, informational, technical, juridical and factual. However with the advance of consumer relations, the doctrine and the jurisprudence have began observe that some groups of individuals, among them the elderly, needed more protection because they have an accentuated vulnerability henceforth nominated hypervulnerability.The present study has as objective to analyse the question of hypervulnerability of the elder people facing the consumer relations and with the premiss of

the autonomy and self determination of this consumer. The present research used the deductive-hypothetical methodology and bibliographical search tecnique. it was concluded that, in the consumer relations regarding elder people there must be a balance, an equilibrium between the preservation of self determination and the protection of the hypervulnerables, in order to maintain the principle of human dignity which ensures the individual liberties in a manner that the sole place of personal decision is guaranteed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Elderly, Senior citizens selfdetermination, Consumer rights, Fundamental rights, Hypervulnerability

1 INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor elegeu a vulnerabilidade como princípio norteador das relações consumeristas, a partir da compreensão de que o consumidor é o elo mais fraco da relação, estando em desequilíbrio negocial frente aos fornecedores de produtos e de serviços.

Partindo do fato que a análise da vulnerabilidade se altera conforme a lente de conhecimento utilizada, surgiram, por meio da doutrina, aspectos diversos de vulnerabilidade, tais como, informacional, técnica, jurídica e fática. Entretanto, com o avanço das relações de consumo, a doutrina e a jurisprudência, passaram a observar que alguns grupos de indivíduos, dentre eles, os idosos, necessitavam de uma maior proteção, uma vez que possuíam uma vulnerabilidade acentuada, denominada de hipervulnerabilidade.

Com a mudança do perfil populacional brasileiro nas últimas décadas em razão do aumento da expectativa de vida, novas situações jurídicas surgiram na sociedade e a posição do idoso nas relações sociais assumiu um caráter ainda mais especial. Afinal, os indivíduos que envelhecem querem continuar exercendo com autonomia suas escolhas de vida, sejam elas existenciais ou patrimoniais. Neste cenário, entra a questão objeto do presente estudo, a autodeterminação do consumidor idoso frente à hipervulnerabilidade declarada pelo direito consumerista.

Desse modo, busca-se através da metodologia hipotético-dedutiva e a técnica de pesquisa bibliográfica, analisar a questão da hipervulnerabilidade do idoso, de modo a permitir a valorização, independência, protagonismo e liberdade desse consumidor frente as relações que travar, de modo a promover a efetiva autorrealização e autodeterminação.

2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 elevou a proteção do consumidor à garantia constitucional, estabelecendo no artigo 5º, XXXII, da Carta Magna, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. O artigo 170, V, por sua vez, consagrou a defesa do consumidor como princípio norteador da ordem econômica brasileira.

Como primeiro efeito desta localização do direito do consumidor no texto constitucional, tem-se assentado na doutrina e na jurisprudência brasileira que a localização do preceito constitucional neste setor privilegiado da Constituição, a rigor, o coloca a salvo da possibilidade de reforma pelo poder constituinte instituído (MIRAGEM, 2020). Assim, a

proteção ao consumidor é norma constitucional e, mais do que isto, é cláusula pétrea, não podendo ser abolida sequer por emenda à Constituição (NISHIYAMA; DENSA, 2011).

Importante salientar que o direito do consumidor se compõe, antes de tudo, em direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros, de modo que a qualidade de consumidor lhe atribui determinados direitos oponíveis, em regra, aos entes privados, e em menor grau – com relação a alguns serviços públicos –, ao próprio Estado (MIRAGEM, 2020). Do mesmo modo, tomando por base a doutrina dos direitos fundamentais de Robert Alexy, podemos identificar o direito do consumidor como espécie de direitos de proteção, pelos quais o titular do direito exerce-o frente ao Estado para que este o proteja da intervenção de intercessores (ALEXY, 2017).

José Afonso da Silva (2011) adota os conceitos de Gomes Canotilho e Vital Moreira, asseverando que os princípios fundamentais visam definir e caracterizar a coletividade política e o Estado, enumerando as principais opções político constitucionais. Os autores em referência pontuam ainda que tais princípios norteiam todo o remanescente normativo constitucional.

Assim, tal reflexão se propõe, com a força de erigir o questionamento da motivação de se inserir tal previsão em capítulo de tanta relevância e ímpar importância em que se paute o Estado nos fundamentos previstos no artigo 1º da Constituição Pátria, podendo sugerir a hipótese de que se almejasse contemplar, de forma isolada, exclusiva, a pessoa do consumidor (CHALFUN, 2017).

Acontece que, com a entrada em vigor da Lei 8.078/1990, tem-se o direcionamento de todos os olhares a um texto legal que assume a responsabilidade de regular especificamente as relações entre os consumidores, com o fito de se promover de forma ampla, em obediência ao texto constitucional, a proteção dos indivíduos que estabelecessem, de alguma forma, relações consumeristas. Importante salientar que, cuidou o legislador constituinte de conferir proteção especial ao consumidor, não ao consumo, muito embora reste por protegido, ainda que por via reflexa (CHALFUN, 2017).

Portanto, é nesse cenário que o Código de Defesa do Consumidor se mostra como meio concretizador da vontade constituinte, pois propicia a proteção do consumidor, de forma que se pode considerá-lo, também, instrumento de garantia do princípio da igualdade nas relações de consumo, a partir da premissa de tratar iguais, como iguais e desiguais como desiguais. Nas palavras de Bruno Miragem (2020, p. 60) “o que se promove é a equalização, por meio do direito, de uma relação faticamente desigual.”

Ademais, o diploma legal apresenta-se como mecanismo primordial ao resguardo da dignidade da pessoa humana nas relações de consumo. No exato entendimento de Ingo

Wolfgang Sarlet (2006), constitui a dignidade da pessoa o elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, de modo que todos os direitos e garantias nela estabelecidos guardam uma vinculação maior ou menor com este princípio. O princípio da dignidade da pessoa humana, neste aspecto, servirá igualmente como elemento de legitimidade dos direitos sociais, econômicos e culturais da Constituição.

De modo a seguir a lógica constitucional, o artigo 4º do supracitado Código estabelece que a Política Nacional de relação de consumo tem como objetivos, *ipsis literis*, o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

No intento de obter a concretização de tais desígnios, o legislador infraconstitucional reconhece os aspectos que delineiam o perfil do consumidor, a exemplo de sua vulnerabilidade, bem como estabelece diretrizes, como a que discorre acerca da necessária constância no estudo das modificações do mercado de consumo. Outrossim, são estabelecidos meios pelos quais se busca a concretização dos ideais da Política, em rol exemplificativo do artigo 5º do mesmo diploma legal, dentre as quais se menciona a instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público (CHALFUN, 2017).

Pois bem, o microssistema nada mais faz do que estabelecer uma forma de proteção especial a uma classe de pessoas que se encontrava, na sociedade, em posição de desvantagem, quando diante de relações contratuais de consumo, e tenta resgatar a igualdade material nas relações consumeristas. Nessa ótica, aceita-se regras que privilegiam certa classe de cidadãos, pois estão inseridas na noção de igualdade (NUNES, 2016).

No entanto, faz-se importante destacar que, como direito fundamental, a proteção do consumidor deve tomar um viés que vai além de sua tradicional função defensiva. Tem-se, assim, uma concepção mais abrangente que, juntamente com a função defensiva, caracteriza os direitos fundamentais como a representação de uma ordem de valores objetiva que deve ser observada em todos os âmbitos do direito e pauta condutas para os poderes públicos (DUQUE, 2009).

Nesse sentido, como já referido anteriormente, o Direito do Consumidor na seara jurídica pátria também foi agasalhado pela norma constitucional como meio de proteção à ordem econômica. Portanto, a partir das previsões constitucionais, pode-se compreender que a questão do consumidor não restou engessada por viabilização legal, afinal, a Carta externa de forma clara, que o Estado deveria investir em políticas públicas para tanto, até porque o funcionamento da ordem econômica não se restringe a mecanismos legais.

Nessa esteira é que se concebe que a atividade econômica não seja um fim em si mesmo, mas meio para que se alcance o verdadeiro objetivo que se traduz na dignidade da pessoa, por isso o desenvolvimento daquela ao mesmo tempo em que se baseia na livre iniciativa sofre atuação ou ingerência estatal na defesa do consumidor.

Importante referir que, estando o direito do consumidor inserido nos fundamentos das relações econômicas, não constitui a legislação que o regula em um conjunto de normas que afaste a viabilidade de contratação, pois, do contrário, inviabilizar-se-ia o desenvolvimento de tal ordem. Pelo contrário, as previsões do Código de Defesa do Consumidor constituem meios de regular o próprio mercado, a fim de que determinadas atividades lesivas praticadas pelo fornecedor não maculem o desenvolvimento sadio das relações de consumo (CHALFUN, 2017).

E verifica-se caráter de maior relevo da defesa do consumidor também quando se observa esta determinação elevada pela Constituição a princípio fundamental da ordem econômica, através do artigo 170, V da Carta Constitucional (MIRAGEM, 2020). Situa-se, então, no texto constitucional, como princípio da ordem econômica que não se observa exclusivamente com conteúdo proibitivo ou limitador da autonomia privada, senão com caráter interventivo e promocional, de efetivação dos preceitos constitucionais que o estabelecem como direito e como princípio. Assume, pois, um caráter conformador da ordem econômica (GRAU, 2003).

Pelas exposições até então traçadas, é possível concluir que o Direito constitucional exerce influência nos demais ramos de direito, de forma a embasar a atuação legislativa infraconstitucional, bem como influir o proceder do Estado Juiz ao solucionar conflitos ainda que a matéria seja de índole eminentemente privada. Esta realidade decorre do reconhecimento da necessária constitucionalização do direito, especialmente, do direito civil, de forma que princípios privados, como a evidente proeminência da propriedade são relativizados em atenção a outros como a dignidade da pessoa humana.

O direito do consumidor, como fundamental, implica na adoção de princípios que o regem em condição de concretizar tal caráter, intentando-se assim dizer que o sistema que contempla o regramento das relações de consumo não poderia posicionar-se de forma fragilizada, de modo a não ser capaz de sustentar a força que lhe injetou o texto constitucional, sobremaneira quando se reflete sobre sua inequívoca relação com a economia.

Essa conclusão conduz à melhor compreensão de que por mais que as temáticas consumeristas estejam descritas na Carta Constitucional, a simples inclusão no texto constitucional pode não ser o bastante para a solução/atendimento dos interesses privados e

sociais, pelo que se contempla, a partir do exposto, a formação de microssistemas. Tal exposição subsidia a necessária consciência de que o direito assentado na Constituição, embora tenha, na maioria das vezes, aplicabilidade imediata, não tem o mesmo aspecto de concretização, além de que o texto legal não seja o bastante para solucionar, amparar prerrogativas, se não se fizer aliado de métodos de efetivação.

3 A VULNERABILIDADE COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Todo ser humano é vulnerável. Esta afirmação acompanha a humanidade desde os primórdios da civilização. A partir dessa asserção, é possível extrair duas grandes noções acerca da vulnerabilidade, quais sejam, a natural e a social. Em uma primeira acepção, a vulnerabilidade pode ser encarada sob uma perspectiva biológica, consistindo na predisposição à mortalidade e ao sofrimento que atinge – inexoravelmente – a todos os seres vivos. Nessa linha, todo ser humano é vulnerável por conviver com outras espécies, por apresentar necessidades e fragilidades em relação ao meio natural em que está inserido e por estar, fatalmente, sujeito a finitude da vida (AZEVEDO, 2021).

O que nos interessa para este estudo é a segunda acepção, que revela uma perspectiva social da vulnerabilidade, a qual, afastando-se de condições naturais, encontra na própria convivência humana uma situação de risco. Pressupõe, neste aspecto, uma relação "prejudicial" entre os seres humanos, podendo se originar de exploração, marginalização e também – importante à esta análise – da distribuição desigual de bens e recursos, oriundos tanto da dominação cultural, do desrespeito e da obstaculização ao exercício de igual cidadania (AZEVEDO, 2021).

Importante ressaltar que a análise da vulnerabilidade se altera conforme a lente de conhecimento utilizada. Em que pese o acerto das ciências naturais em afirmar que toda pessoa é biologicamente vulnerável, tal reflexão diz muito pouco perante uma ordem de valores juridicamente compartilhados. Assim, ao Direito cumpre um papel bastante específico frente ao tema das vulnerabilidades: responder aos diversos impactos que a vulnerabilidade causa na experiência intersubjetiva entre os cidadãos, a partir do sistema de regras e princípios constitucionais que fundamentam a epistemologia jurídica moderna (AZEVEDO, 2021).

De forma a situar a questão exarada no enfoque jurídico do Direito do Consumidor, pode-se dizer que, o conceito de vulnerabilidade está relacionado diretamente à suscetibilidade, que vem a ser a característica que aflora imediatamente quando se consagra uma relação em

que haja um polo forte e um polo fraco, como ocorre na relação consumerista. É, portanto, um conceito relacional que surge toda vez que há uma sujeição, ou seja, uma fraqueza de uma parte em relação à outra em determinada situação. Em outras palavras, a vulnerabilidade, no âmbito consumerista, é a exteriorização do necessário equilíbrio que deve haver entre o conhecimento profissional – que está em posse dos fornecedores de produtos e serviços – e a ausência desse conhecimento por parte dos consumidores (DA CAS, 2018).

Os próprios autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor manifestaram-se que a vulnerabilidade surge a partir do reconhecimento de uma condição de inferioridade do consumidor frente ao fornecedor, tendo em vista que este detém os meios de produção e controla o mercado, restando ao consumidor uma relação de passividade, o que justifica a implementação de regras jurídicas protetivas ao mesmo. É a vulnerabilidade que gravita em torno do consumidor, sendo um dos indicativos da necessidade de sua proteção (SCHIMITT, 2014).

Para além do Código de Defesa do Consumidor, a compreensão de que o consumidor é um agente vulnerável fora desenvolvida em meados do século XX, pois os abusos que ocorriam junto ao mercado de consumo passaram a demonstrar a fragilidade desse sujeito. A vulnerabilidade do consumidor junto ao mercado de consumo é um dos indicativos da necessidade da sua proteção, exercida através da intervenção estatal (DA CAS, 2018).

Adotando-se o conceito de Cláudia Lima Marques (2005), a fragilidade, ou seja, a vulnerabilidade pode ser vista, ao menos, sob quatro aspectos: vulnerabilidade informacional, técnica, jurídica e a vulnerabilidade fática, que passar-se-á a abordar.

A vulnerabilidade informacional, face ao mercado de consumo, é a representante do fator maior de desequilíbrio na relação de consumo, visto que ela está sob a égide de apenas um dos polos da relação, no caso o fornecedor de produtos ou serviços, que possui o dever de compartilhar para e com o consumidor, por meio da boa-fé, as informações corretas acerca do produto ou serviço.

Junto à supracitada vulnerabilidade inclui-se, também, a fragilidade informacional do consumidor que, frente aos novos tempos, vê-se cercado de modernas técnicas de publicidade e de marketing, juntamente com mecanismos de convencimento e manipulação psíquica, criando e induzindo necessidades contestáveis. O consumidor passou a ter sua manifestação da vontade fragilizada, sucumbindo a “prioridades” supérfluas em detrimento das prioridades reais, e tudo isso acontece de forma despercebida (DA CAS, 2018).

A fragilidade do consumidor também pode denotar-se pela sua limitação técnico-científica, pois não possui o conhecimento de como o bem ou o serviço fora produzido ou

prestado, fazendo surgir a vulnerabilidade técnica. A respeito desse conceito, Cláudia Lima Marques (2005) ensina que a vulnerabilidade chamada de técnica é presumida no sistema do Código de Defesa dos Consumidores para àqueles não profissionais, muito embora podendo atingir os profissionais, destinatários fáticos do bem. Em outras palavras, por não conhecer os aspectos do objeto da relação à medida semelhante do fornecedor, vê-se o consumidor como suscetível a ser ludibriado ou induzido.

A terceira subdivisão da fragilidade do consumidor é exteriorizada por meio da vulnerabilidade jurídica. O consumidor possui imensas dificuldades em solucionar os problemas advindos das contratações com os fornecedores, visto que, na maioria das vezes, estamos diante de contratos de adesão, notabilizados por serem técnicos e complexos, imbuídos de dificultar o consumidor acerca da sua manifestação livre e consciente.

De igual modo, adentrando-se no conflito judicial em si, nota-se que o consumidor é litigante eventual, tendo pouco conhecimento sobre o modus operandi judiciário, ao passo que o fornecedor é litigante habitual, acostumado a disputas judiciais.

Em relação à vulnerabilidade fática, exterioriza-se por meio do desequilíbrio socioeconômico pré-existente em uma relação de consumo, pois de um lado temos o fornecedor, respaldado pelo seu poderio econômico, muitas vezes impondo cláusulas abusivas, bem como impondo seu serviço em razão da sua essencialidade.

Conforme pode-se constatar acima, as vulnerabilidades do consumidor podem se manifestar de várias formas, porém todas representam o espelho da conjuntura de fatores favoráveis que circundam o fornecedor, razão pela qual a vulnerabilidade torna-se o princípio fundante das relações de consumo. Por essa razão, que as consequências decorrentes do reconhecimento dessa vulnerabilidade estão presentes no texto do Código de Defesa do Consumidor, o que fica visível na vedação de práticas abusivas, na proteção ao consumidor no âmbito da formação e execução dos contratos de consumo, nos vícios e defeitos de produtos ou serviços, e mesmo nas técnicas processuais que permitem uma melhor proteção ao consumidor, quando estiver em juízo (PASQUALOTTO; SOARES, 2017).

Isso não significa que o consumidor perde sua capacidade civil plena. Pelo contrário. Atualmente, a tendência é de empoderamento cada vez maior do ser humano em matéria de proteção da vontade, embora o desafio seja o de harmonizar a necessidade de respeito à capacidade e à autodeterminação e o fundamental resguardo jurídico com o objetivo de proteger o consumidor (PASQUALOTTO; SOARES, 2017). Condição essa, objeto primordial do presente estudo.

Além disso, pela própria natureza da noção de vulnerabilidade e do reconhecimento dado pela Constituição Federal de 1988 da importância da defesa do consumidor, que não parece possível deixar de redobrar a atenção e a proteção sobre determinados grupos da sociedade. Em verdade, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012) destacam que há certas qualidades pessoais do consumidor que podem dar causa a uma soma de fatores de reconhecimento de vulnerabilidade, razão pela qual se pode falar em situação de vulnerabilidade agravada. Portanto, para certos grupos de pessoas, dentre os quais se insere os idosos, a vulnerabilidade exterioriza-se de modo exacerbado, fazendo surgir a figura do hipervulnerável.

4 A QUESTÃO DA HIPERVULNERABILIDADE E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO DO CONSUMIDOR IDOSO

O prefixo hiper deriva do termo grego *hypér* e é um designativo de alto grau, de algo que excede a medida do normal, acrescentando-se a palavra vulnerável, passa-se a ter uma situação de fragilidade exacerbada, superando os limites de uma situação de fraqueza habitual. A hipervulnerabilidade representa, portanto, a vulnerabilidade agravada e essa intensificação da suscetibilidade ao dano pode provir de distintas fontes, decorrentes de fatores de duração permanente ou temporária, a considerar condições individuais ou coletivas, com potencialidade de gerar a hipervulnerabilidade (PASQUALOTTO; SOARES, 2017).

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 586.316/MG em 2007, inseriu na jurisprudência a nomenclatura hipervulnerabilidade dos consumidores que foi amplamente aceita pela doutrina. Assim, pode-se dizer que a hipervulnerabilidade é a situação em que se encontram os consumidores – com características específicas –, sendo eles a parte mais fraca da relação de consumo em relação aos fornecedores. Resumidamente, é possível afirmar que a hipervulnerabilidade é um grau excepcional, e juridicamente relevante, da vulnerabilidade geral dos consumidores (MARQUES, 2005).

Se a vulnerabilidade é marca presente em todos os consumidores, a hipervulnerabilidade vai depender de cada relação e das características específicas de cada consumidor. Adalberto Pasqualotto e Flaviana Rampazzo Soares (2017) destacam que a hipervulnerabilidade pode ser potencializada por questões oriundas de fatores biológicos como idade, integridade física e psíquica, bem como fatores sociais, culturais, educacionais, técnicos e econômicos. Além disso, fatores geográficos e aqueles ligados ao próprio consumo também caracterizam a potencialização da vulnerabilidade.

Nesta seara, incluem-se as crianças e os adolescentes, que são seres em formação física e intelectual, e também o idoso – objeto desta análise –, que pode ter déficit quanto a novas tecnologias ou mesmo pode ser mais suscetível de ser influenciado quanto a promessas de resultados que não podem ser alcançados ou cuja eficácia seja distorcida ou exacerbada.

Pode ocorrer situação de hipervulnerabilidade, da mesma forma, quando presentes determinadas limitações físicas que diminuam ou impeçam a possibilidade de uma escolha juridicamente justificável por parte do consumidor, ou, até mesmo, em situações que há ausência total ou parcial de condições psíquicas da pessoa do consumidor, que tornem a sua decisão viciada. Ademais, pessoas em condição financeira instável, ou aquelas que não tiveram a oportunidade de ter uma formação de conhecimento regular e, portanto, não conseguem prever as consequências de suas escolhas, podem ser caracterizadas – a depender do caso concreto – como hipervulneráveis.

É certo que com a evolução da sociedade e, consequentemente das relações de consumo, tornou-se necessária uma proteção maior aos hipervulneráveis, o que não significa violação ao princípio da igualdade, e sim o seu efetivo cumprimento.

É por esse motivo que são utilizados critérios tanto de ordem qualitativa (situação de potencialização de dano conforme a idade, por exemplo) quanto de natureza quantitativa (maior probabilidade estatística de dano), de maneira isolada (quando presente uma condição de hipervulnerabilidade), ou quando há várias condições de hipervulnerabilidade atuando de modo conjunto (concomitante ou sucessivo), tal como um idoso com problemas financeiros e baixa instrução para aferição da vulnerabilidade acentuada. Entretanto, é fundamental que a análise da hipervulnerabilidade seja feita casuisticamente, pois um exame que não considere circunstâncias fáticas concretas pode trazer resultado injusto (PASQUALOTTO; SOARES, 2017).

Nessa perspectiva, parte-se, a título de esclarecimento, da situação trazida por Adalberto Pasqualotto e Flaviana Rampazzo Soares (2017, p. 86), no que denominaram “exemplo da faca”:

> A faca é um objeto que naturalmente tem grande potencial de causar dano ao consumidor, mas sua manutenção no mercado de consumo é justificada por sua inegável utilidade. Vender facas é uma atividade lícita, embora possa haver responsabilização do fornecedor (lojista) que exponha esse produto na loja ao alcance de uma criança. Vender facas, repita-se, não é proibido, mas não pode o fornecedor oferecer facas plásticas afiadas em kits infantis de cozinha, pois o cuidado exigível do fornecedor, decorrente da hipervulnerabilidade do pequeno consumidor em formação, é maior que aquele exigível do fornecedor de facas para o consumidor adulto.

Situando o objeto de estudo, isto é, a hipervulnerabilidade dos consumidores idosos, é certo que a par de o Brasil ter elegido o critério etário como fundamento, por meio do Estatuto do Idoso, o reconhecimento desta fragilidade material do consumidor, acentuada, quando na condição do idoso, é que torna possível a adoção de medidas que possam mitigar a desigualdade instalada na relação de consumo.

Com isso, quer-se dizer que um determinado resultado, em uma demanda que trata de hipervulnerabilidade, terá como pressuposto um maior rigor na análise da conduta do fornecedor. Vale ressaltar, nas palavras de Adalberto Pasqualotto e Flaviana Rampazzo Soares (2017) que "na hipervulnerabilidade é possível exigir do fornecedor um maior cuidado na formação desse vínculo com o consumidor e na sua execução, que pode não ser o mesmo de uma relação em que a hipervulnerabilidade não está presente".

Os mesmos autores (2017, p. 88) destacam que:

> O dever jurídico do cuidado impõe a necessidade de desvelo e de proteção reconhecida como base fundante das relações de consumo, que incide no plano prático impondo uma imediata sujeição do fornecedor, na legítima expectativa criada no mercado de consumo no sentido de que esse cuidado tenha sido observado em cada produto colocado em circulação e em cada serviço oferecido, por ser necessário à proteção dos interesses legítimos do consumidor (notadamente vinculados aos seus direitos de personalidade) e como respeito a essa base fundante da vida em sociedade.

Derlayne Detroz (2011), afirma, contudo, que o simples fato de ser idoso não é suficiente para se presumir essa hipervulnerabilidade, sendo necessário considerar seus aspectos individuais na relação, dadas as diferenças que decorrem do plano social, no aspecto de cultura e educação, por exemplo. Deve ser verificada caso a caso, ou seja, observada pontualmente, não sendo correto supor-se que todo idoso será um hipervulnerável frente às relações de consumo.

Além disso, deve ser do interesse social que não haja discriminação com o consumidor em razão do caráter etário, tendo em vista que, com o passar dos anos, todas as outras camadas da sociedade chegarão a tal ponto. Ademais, há a necessidade do respeito às garantias insculpidas na Constituição Federal, Código de Defesa do Consumidor e Estatuto do Idoso. Esse respeito deve-se ao fato de que as pessoas não perdem os seus direitos à medida que envelhecem, pois, a velhice é um ciclo inevitável, que todos passarão, devendo ser rejeitado o rótulo, gravado pela sociedade, de que se trata do momento da vida em que o indivíduo perde a sua condição humana.

Como acentua Ana Carolina Brochado Teixeira (2008, p. 26):

> A fragilidade física, que normalmente acomete o idoso com o passar dos anos, não significa debilidade mental ou falta de discernimento, pois a velhice não é, por si só, incapacitante em termos jurídicos. O envelhecer pode trazer muitas benesses, como a sabedoria advinda com a experiência, o maior conhecimento sobre a vida e sobre as pessoas. Também pode significar uma fase de maior aproveitamento da vida, com sossego e paz de espirito, na colheita dos frutos do caminho percorrido.

Nada obstante, a fragilidade crescente do corpo com o passar dos anos é vista, socialmente, como fator incapacitante, desconsiderando-se o idoso como pessoa dotada de dignidade, e em processo de contínua construção de sua personalidade (SANTOS; ALMEIDA, 2020). Por isso, ressalta-se a importância de instalar-se "um novo discurso jurídico, para que o direito possa exercer sua função protetiva e promocional, de modo a neutralizar o viés social que carrega no seu cerne grande preconceito" (TEIXEIRA, 2008, p. 26).

De modo efetivo, a função promocional do direito deve garantir à pessoa humana um processo de envelhecimento com autonomia (BOBBIO, 2007). É inegável que ao idoso foi concedida proteção constitucional reforçada, em razão de sua especial vulnerabilidade, o que, entretanto, não pode anular a liberdade que compõe o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana.

Nesse interim, é necessário separar a incapacidade natural inerente à idade, à fragilidade do corpo advinda com o passar dos anos, da incapacidade jurídica, que não está atrelada ao processo de envelhecimento e sim a outros fatores elencados pelo legislador (SANTOS; ALMEIDA, 2020). Portanto, como já foi dito, o avançar da idade não é, por si só, fato gerador da incapacidade.

Ana Carolina Brochado Teixeira (2008, p. 29) discorre que:

> É de grande relevância distinguir-se a incapacidade natural, inerente à velhice, da incapacidade jurídica, que leva a perda da capacidade de agir. Sabe-se que o avançar da idade traz muitas mudanças. Entre elas, pode-se nomear a mais relevante, que se consubstancia na situação de fragilidade do idoso. Mas ela nem sempre significa fragilidade mental, impeditiva da autodeterminação. É por essa razão que o envelhecer não está atrelado à incapacidade jurídica, pois é possível um envelhecimento saudável.

Por conseguinte, se vulnerável não é sinônimo de incapaz, a vulnerabilidade inerente à condição da pessoa idosa não pode significar sua infantilização. Tão importante é essa questão, que foi tratada expressamente pela Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa[1]:

[1] Introdução à Portaria nº 1395/GM de 10 de dezembro de 1999. Está em vigor, atualmente, a Portaria nº 2.528/GM de 16 de outubro de 2006 que ressalta que "a finalidade primordial da Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa

> A maior parte dos idosos é, na verdade, absolutamente capaz de decidir sobre seus interesses e organizar-se sem nenhuma necessidade de ajuda de quem quer que seja. Consoante aos mais modernos conceitos gerontológicos, esse idoso que mantém sua autodeterminação e prescinde de qualquer ajuda ou supervisão para realizar-se no seu cotidiano deve ser considerado um idoso saudável, ainda que seja portador de uma ou mais de uma doença crônica. Decorre daí o conceito de capacidade funcional, ou seja, a capacidade de manter as habilidades físicas e mentais necessárias para uma vida independente e autônoma. A promoção do envelhecimento saudável e a manutenção da máxima capacidade funcional do indivíduo que envelhece, pelo maior tempo possível, significa a valorização da autonomia ou autodeterminação e a preservação da independência física e mental do idoso.

Entende-se, pois, que somente quando as faculdades intelectivas da pessoa estiverem gravemente comprometidas poderá ser cogitada a introdução de limites ao direito do idoso de concluir negócios e administrar seus bens (SANTOS; ALMEIDA, 2020). Caso contrário, deve ser preservada, de forma plena, a sua autodeterminação.

Stefano Rodotà (2018) ressalta que a autodeterminação "se identifica assim com o projeto de vida realizado ou desejado pela pessoa", devendo ser protegida sua autonomia, ainda que seja considerado um vulnerável. Aliás, sua autonomia deve ser enaltecida pelo ordenamento exatamente em razão de sua vulnerabilidade. O direito a autonomia, a liberdade, significa que à pessoa idosa deve ser garantida a possibilidade de continuar fazendo suas próprias escolhas, como optar pelo tratamento de saúde que considerar mais apropriado, decidir sobre a forma de gastar suas economias, ou ainda escolher como e com quem realizar negócios jurídicos, sejam eles consumeristas ou não.

Nesse sentido, Adalberto Pasqualotto e Flaviana Rampazzo Soares (2017, p. 93) destacam que um dos maiores desafios do direito do consumidor atualmente é o de conciliar a autodeterminação e o cuidado com os hipervulneráveis:

> Pois não se pode desconsiderar que, algumas vezes, um consumidor que consome bebidas alcoólicas é o mesmo que postula um correto atendimento em saúde ou a ampla eficácia de um medicamento; ou o consumidor que pratica esportes radicais é o mesmo que quer uma adequada segurança de seu veículo. Assim, o consumidor idoso deve ter preservado o seu direito de escolha quanto a produtos ou serviços mais ou menos saudáveis, mais ou menos seguros, um negócio jurídico mais ou menos "favorável" sob o aspecto financeiro, sem que isso, prima facie, necessariamente represente uma condição ilícita ou passível de desconstituição.

é recuperar, manter e promover a autonomia e a independência dos indivíduos idosos, direcionando medidas coletivas e individuais de saúde para esse fim (...)".

Por fim, a questão da autodeterminação é tão importante pois significa a soberania da pessoa sobre o próprio corpo, mesmo na velhice. O consumidor idoso, hipervulnerável, ainda que com deficiência de qualquer natureza, é dotado de igual dignidade que os demais. Ademais, como já reiterado algumas vezes, a idade avançada não é causa de perda da capacidade jurídica, não se pode desconsiderar a autonomia do idoso para tomada de decisões que envolvam seu projeto de vida, seus negócios, o que ensejaria, o surgimento de uma postura paternalista que deve ser evitada (SANTOS; ALMEIDA, 2020).

Simone de Beauvoir (2018) em sua obra A velhice, talvez tenha nos agraciado com o mais rico ensinamento ao refletir sobre a exclusão das pessoas idosas da sociedade. Ela nos faz pensar sobre o fato de que, antes que se abata sobre nós, a velhice é uma coisa que só concerne aos outros. Assim, por vezes, acabamos não enxergando os idosos como nossos semelhantes. Parecemos de nos trapacear, diz ela, "o sentido de nossa vida está em questão no futuro que nos espera; não sabemos quem somos, se ignorarmos quem seremos reconheçamo-nos neles: aquele velho, aquela velha, reconheçamo-nos neles." Faz-se necessário, pois, pensar e refletir a autonomia do idoso como quem reflete a sua própria autonomia.

6 CONCLUSÃO

Com esteio no raciocínio até aqui desenvolvido, pode-se aferir que o processo natural de envelhecimento, a que todas as pessoas estão sujeitas desde o momento do nascimento com vida não pode significar – por si só – a perda de autonomia. Deste modo, questões inerentes ao ser humano como respeito a dignidade, a identidade, a liberdade, a privacidade e a autodeterminação são prerrogativas a serem efetivamente declaradas, não importando a fase da vida ou o momento em que se encontra o indivíduo.

Partindo dessa reflexão, a pessoa idosa, como qualquer outra, independentemente da idade, merece que suas prerrogativas sejam amplamente respeitadas, podendo, livremente – como qualquer outro indivíduo – tomar decisões que envolvam seu projeto de vida e a realização de seus negócios. Portanto, o reconhecimento da hipervulnerabilidade do consumidor idoso não pode significar a expropriação da subjetividade e a negativa total da autonomia existencial e patrimonial, sob pena de desresponsabilizar- se e infantilizar-se os indivíduos, reduzindo-se, na mesma proporção, o nível de liberdade da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Vulnerabilidade:** critério para a adequação procedimental. Belo Horizonte: CEI, 2021.

BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**. Trad. Maria Helena Franco Martins. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos da teoria do direito. 2.ed. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de set de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 set. 1990.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de out de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º out. 2003.

CHALFUN, Gustavo Oliveira. **Situação Jurídica e Direitos Fundamentais do Consumidor Idoso**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

DA CAS, Thiago Schlottfeldt Nascimento. Da vulnerabilidade a hipervulnerabilidade: o idoso frente ao mercado de consumo. In: **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas relações de consumo**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 19-32, jul./dez. 2018.

DETROZ, Derlayne. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. Faculdades Integradas do Brasil. Unibrasil. Curitiba, 2011. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/02/mestrado_unibrasil_DERLAYNE-DETROZ.pdf

DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 71, p. 142-167, jul./set. 2009.

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

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. In:

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.) **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.2, 2011.

NUNES, Camila. O tratamento do idoso no mercado de consumo: um hipervulnerável? In: **Revista de Direito UFSM**. Campo Grande, v.1, n.2, p. 109-130, jan./jun. 2016.

PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. In: **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo, v. 113, p. 81-109, set./out. 2017.

RODOTTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Trad. Carlos Nelson de Paula Konder. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 17, jul./set. 2018, p. 139-152.

SANTOS, Deborah Pereira Pintos dos; ALMEIDA, Vitor. Reflexões sobre o direito à autodeterminação existencial da pessoa idosa. In: BARLETTA, Fabiana Rodrigues; ALMEIDA, Vitor (coord.). **A tutela jurídica da pessoa idosa**: 15 anos do Estatuto do Idoso. Indaiatuba: Foco, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis**: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 33, ano 9, jan/mar. 2008, p. 3-36.