



Aline Maria Lima Leoni

# A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO À LUZ DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Dissertação de Mestrado na Área de Especialização Jurídico-Forenses apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Orientador: Professora Doutora Maria Olinda Garcia

Coimbra / 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Aline Maria Lima Leoni

A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO À LUZ DOS  
ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS.

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no  
âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de  
Especialização Jurídico-Forenses.*

Orientador: Professora Doutora Maria Olinda Garcia.

Coimbra, 2015

*Aos meus avós,*

*João de Mattos Lima*

*Joanninha de Lara e Lima (in  
memoriam)*

*Paulo Leoni*

*Maria Nadil Leoni*

## SUMÁRIO

SIGLAS E ABREVIATURAS .....	5
INTRODUÇÃO .....	6
1 OS DIREITOS DOS CONSUMIDORES COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	8
1.1 CONCEITO E FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	8
1.2. A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....	10
1.3 INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS PRIVADAS.....	13
1.3.1. Teoria da eficácia mediata ou indireta .....	15
1.3.2 Teoria da eficácia imediata ou direta .....	16
1.3.3 Teoria dos deveres de proteção .....	18
2 A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR VULNERÁVEL .....	20
2.1 DELIMITAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMIDOR.....	21
2.2 O CONSUMIDOR IDOSO.....	23
2.3 REGÍME JURÍDICO APLICÁVEL AO CONSUMIDOR IDOSO PORTUGUÊS.....	25
2.3.1 Práticas comerciais desleais .....	25
2.3.2 Publicidade prejudicial à saúde e segurança do consumidor idoso.....	29
2.3.3 Segurança geral dos produtos.....	31
2.4 A PROTEÇÃO MAIS EFICAZ DO CONSUMIDOR IDOSO PORTUGUÊS.....	33
2.4.1 Estatuto do Idoso.....	33
2.4.2 Direito de livre resolução do contrato.....	34
2.4.3 Crédito ao Consumo.....	36
2.4.4 Código do Consumidor .....	39
3 O CONSUMIDOR HIPERVULNERÁVEL.....	42
3.1 O princípio da igualdade .....	42
3.2 A vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo .....	44
3.3 Da vulnerabilidade do consumidor idoso para a hipervulnerabilidade: uma construção possível.....	46
CONCLUSÃO .....	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS .....	62



## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus que iluminou meu caminho durante toda esta caminhada.

Aos meus pais Angelo e Juvita que com muito carinho e apoio não mediram esforços para que eu concluísse esta etapa. Ao meu irmão João Paulo e em especial ao meu afilhado João Henrique que tem o dom de deixar todos os meus dias mais alegres.

A todos da minha família que sempre demonstraram preocupação e se mantiveram presente mesmo com a minha ausência física. À minha prima Alessandra e ao meu colega de faculdade João Rafael por disponibilizarem seu tempo para irem comigo até a Biblioteca.

Agradeço as minhas amigas: Mariana, Audrey, Silvia, Constance e Maria José pelo constante incentivo e apoio. Aos amigos, que nesta fase em Coimbra, foram essenciais: Cyntia, Gabriella, Sara, José Guilherme, André, Gustavo, Joana, Vivian, Júlia, Bruno, Raquel, Luciele e especialmente à Bianca pela realização do depósito da presente dissertação. Aos Professores Paulo Ricardo Schier e Frederico Glitz pela constante ajuda.

À Professora Doutora Maria Olinda Garcia pela presteza com que aceitou orientar a concretização deste trabalho. À Associação Portuguesa de Direito do Consumo pela forma como sempre me receberam, nomeadamente ao Sr. Professor Mário Frota e a Sra. Sara Videira.

A todos os meus sinceros agradecimentos!

*Que lhe resta, coitada,  
à Senhora de idade?  
Resta-lhe pouco ou nada,  
porém resta-lhe tudo:  
uma grande saudade,  
um sofrimento mudo  
que é reserva e pudor,  
às vezes uma flor,  
e a sua dignidade*

*Fernanda de Castro*

## **SIGLAS E ABREVIATURAS**

ADCT- Ato das Disposições Constitucionais Transitórias  
ADIN- Ação Direta de Inconstitucionalidade  
Apud- Perto de  
ART- Artigo  
CDC – Código de Defesa do Consumidor  
CF/88- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988  
CONAR- Conselho Nacional de Autorregulação Publicitária  
CONJUR- Consultor Jurídico  
Coord- Coordenador  
CRP/76- Constituição da República Portuguesa de 1976  
DL- Decreto- Lei  
Ed. - Edição  
FDUC- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Ibidem- No mesmo lugar  
LCGC- Lei das Condições Gerais dos Contratos  
LDC- Lei de Defesa do Consumidor  
OAB/PR- Ordem dos Advogados do Paraná  
ONU – Órgão das Nações Unidas  
Op. cit – Obra citada  
Org- Organizador  
PLS- Projeto de Lei do Senado  
REsp – Recurso Especial  
STJ- Superior Tribunal de Justiça

## INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

Em virtude das inúmeras transformações da sociedade de consumo, em conjunto com o aumento na expectativa de vida da população, faz-se necessário a introdução da pessoa, nomeadamente o idoso, no centro das relações jurídicas. Uma das consequências é o abandono da ideia da autonomia plena e da igualdade formal, pela adoção da concepção de igualdade material e da hipervulnerabilidade do consumidor idoso.

O interesse pela pesquisa se deve ao fato de que na mesma proporção que a população idosa cresce, no mesmo ritmo se dá a procura por bens e serviços. É um grande desafio para a sociedade desenvolver estruturas que atendam às necessidades específicas desta parte da população; fazendo cumprir garantias como o direito de envelhecer com dignidade. Dessa forma, o Direito, por meio de suas normas, deve se adaptar a essa nova realidade da qual os idosos fazem parte.

E é sob este enfoque que o presente estudo, no primeiro capítulo, apresenta-se a relação havida entre o Direito do Consumidor<sup>2</sup> ou Direito do Consumo<sup>3</sup> com os Direitos Fundamentais, a qual foi trazida pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 e na Constituição da República Portuguesa de 1976, bem como a aplicabilidade desses direitos nas relações privadas. Nesse início, evidencia-se a comparação entre os dois ordenamentos jurídicos, fato que ocorrerá no restante do estudo, porém, de forma mais ostensiva em alguns pontos.

Em seguida, no segundo capítulo, trata-se da proteção do consumidor idoso propriamente dito, abordando primeiramente a delimitação jurídica de consumidor, para então analisar a posição do idoso consumidor, especialmente na legislação portuguesa, com breves remissões à legislação brasileira. Da mesma forma, faz-se sugestões de elaboração de novas normas para a concretização de uma proteção mais eficaz do consumidor idoso.

Por fim, no último capítulo, a abordagem foca-se na construção doutrinária brasileira chamada hipervulnerabilidade ou vulnerabilidade agravada, iniciando pelo Princípio da Igualdade, pois dele resultada a noção de vulnerabilidade do consumidor

---

<sup>1</sup> O presente trabalho será redigido de acordo com o novo acordo ortográfico.

<sup>2</sup> Nomenclatura adotada pelo Direito brasileiro.

<sup>3</sup> Nomenclatura adotada pelo Direito português porém, com opiniões diversas na doutrina.



em relação ao fornecedor bem como do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. A investigação concluí-se com a abordagem da noção da hipervulnerabilidade, justificação e consequências práticas nas relações de consumo.

Não há, de maneira alguma, a pretensão de esgotar o tema, mas sim, quem sabe, instigar outras tantas pesquisas na área tendo em vista que o tema é pouquíssimo abordado tanto pela doutrina brasileira como pela portuguesa. O método utilizado para a elaboração da presente dissertação será o crítico – dialético, partindo de uma presunção geral de vulnerabilidade para a necessidade da consideração da hipervulnerabilidade do consumidor idoso; assim como o método comparado.

# 1 OS DIREITOS DOS CONSUMIDORES <sup>4 5</sup> COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste primeiro capítulo tratar-se-á primeiramente, de forma breve, o conceito de direitos fundamentais bem como suas funções; razão da consideração dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais e a vinculação desses direitos nas relações entre privados. Ressalta-se que serão tratados apenas alguns pontos, tendo em vista a complexidade do tema.

## 1.1 CONCEITO E FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Entende-se por direitos fundamentais<sup>6</sup> os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, podendo ser na Constituição formal ou na material.<sup>7</sup> Possuem como principais características a historicidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade, a imprescritibilidade, a limitabilidade ou relatividade e a universalidade.

Os direitos fundamentais almejam, segundo Konrad HESSE, criar e manter pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana. E ainda há

---

<sup>4</sup> Cumpre ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro quando se fala em direito do consumidor esta proteção está vinculada ao sujeito de direito e não aos atos de consumo em sentido amplo.

<sup>5</sup> A expressão é também utilizada nos direitos de origem linguística anglo- saxônica (consumer Law), na Alemanha (verbraucherrecht) e na Holanda (consumentenrecht). Em Portugal a doutrina majoritária trata como direito do consumo, assim como em outros países da Europa, como França (droit de la consommation), na Espanha (derecho de consumo) e Itália (diritto del consumo). ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 16-17. António Pinto MONTEIRO entende que, para o direito português, a expressão mais apropriada seria de direito do consumidor, visto que foi com o objetivo de proteção do sujeito enquanto consumidor que as normas para disciplinar a produção e distribuição de bens e a prestação de serviços foram criadas. Acrescenta que não é a disciplina do consumo em si que seria objeto das normas estabelecidas, mas sim, a criação de defesa do consumidor que devem ser respeitadas pelo produtor e pelo prestador. MONTEIRO, António Pinto. Sobre o direito do consumidor em Portugal. In: **Estudos de direito do consumidor**, n.4, Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002.

<sup>6</sup>MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. tomo. IV, 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2000, p.8

<sup>7</sup> Explica Jorge MIRANDA que com esta dupla noção - pois os dois sentidos podem ou devem não coincidir - pretende-se suscetível de permitir o estudo de diversos sistemas jurídicos, sem escamotear a atinência das concepções de direitos fundamentais com as ideias de Direito, os regimes políticos e ideologias. Além disso recobre múltiplas categorias de direitos quanto à titularidade, quanto ao objeto ou ao conteúdo e quanto à função e abrange verdadeiros e próprios direitos subjetivos, expectativas, pretensões e, porventura mesmo, interesses legítimos. Ibidem. p.9.

uma acepção mais restrita, específica e normativa, segundo o autor, direitos fundamentais são aqueles que o direito vigente qualifica como tais.<sup>8</sup>

Para Robert ALEXY, “um sistema de posições jurídicas fundamentais traz uma tríplice divisão das posições que devem ser designadas como ‘Direitos’: direito a algo, liberdade e competências”.<sup>9</sup>

A designação “direitos fundamentais”<sup>10</sup> surgiu a partir da Constituição alemã de 1848, e possuía a ideia de que haviam sido reconhecidos pelo Estado e não criados pelo mesmo, isso pelo fato de serem chamados de “fundamentais”. Dessa forma, o Estado não poderia dispor desses direitos.<sup>11</sup>

Importante ressaltar que os direitos fundamentais apresentam-se em dimensões também consideradas gerações. Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade e também os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional (direitos civis e políticos). Esses direitos têm como principal característica a subjetividade, o indivíduo titular é portador do direito de resistência ou oposição perante o Estado.<sup>12</sup>

Já os direitos de segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos da coletividade e estão totalmente ligados ao princípio da igualdade “do qual não podem se separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”<sup>13</sup>

Encontra-se aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade objetiva, fazendo com que o Estado seja um

---

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. **Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 13, Ergaenzte Auflage, Heidelberg, 1982. *apud*: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros. 1994. p. 515.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 475.

<sup>10</sup> De acordo com a Constituição Portuguesa de 1976, os direitos fundamentais são “situações jurídicas fundamentais das pessoas, encontradas nos artigos 24 a 79 da CRP, bem como aqueles recepcionados pela lei fundamental, de acordo com os artigos 16 e 17 da CRP. ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais**: Introdução Geral. Estoril: Príncipeia, 2007. p. 30-31. Na Constituição brasileira de 1988, os direitos fundamentais estão em cinco capítulos, do artigo 5º ao 17º. No primeiro capítulo estão os direitos e garantias individuais, no segundo capítulo, os direitos sociais, no terceiro capítulo, os direitos de nacionalidade, no quarto capítulo, os direitos políticos, por fim, no quinto capítulo estão os direitos que se referem à participação em partidos políticos, existência e organização. MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada (e legislação constitucional)**. São Paulo: Atlas, 2003.

<sup>11</sup> QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais (teoria geral)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p.26.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros. 1994 p. 516.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 518.

artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos de segunda geração.<sup>14</sup>

Os direitos de terceira geração, que para Norberto Bobbio<sup>15</sup> tiveram início com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, trazem como enfoque principal a fraternidade, dotados de um alto teor de humanismo e universalidade, ou seja, não se destinam à proteção exclusiva dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado.<sup>16</sup>

Por fim, Paulo BONAVIDES, traz a quarta geração<sup>17</sup> de direitos fundamentais que abrange o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Explica que “deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua missão de máxima universalidade, para qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.<sup>18</sup>

## 1.2. A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Após a breve exposição sobre os direitos fundamentais, cumpre ressaltar que o direito de defesa do consumidor como direito fundamental está inserido no rol de terceira geração.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Ibidem, p. 522. Importante ressaltar que nos direitos de segunda geração encontram-se algumas liberdades sociais, como liberdade de sindicalização e o direito de greve

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Regina Lyra. (trad.) São Paulo: Campos, 2004. p. 26.

<sup>16</sup> Explica Paulo BONAVIDES que os direitos de terceira geração têm como primeiro destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio –ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. O autor cita que a teoria de Vasak, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Ibidem, p. 522-523.

<sup>17</sup> Outros autores adotaram a ideia de uma quarta geração de direitos fundamentais, tais como: Celso Ribeiro Bastos, André Ramos Tavares, Norberto Bobbio, Ana Cláudia Silva Scalquette, Pietro de Jesus Lora Alarcón entre outros.

<sup>18</sup> BONAVIDES, Op. cit, p.571.

<sup>19</sup> Pois não correspondem ao tipo originário de direitos fundamentais, que nasceu em face ao poder do Estado Absoluto ao final do séc. XVIII. Também não são uma expressão da cidadania democrática, pois não são direitos à abstenção nem direitos de participação na vida política. Integram-se aos direitos de terceira geração, “que sendo impensáveis na época liberal, se revelam como atributos necessários do estatuto da dignidade das pessoas nos novos tempos da *sociedade técnica de massas*”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Lições ao Curso de Pós- Graduação em Direito da Comunicação da FDUC, 2011.



Observa-se a relevância da Constituição brasileira de 1988 ter reconhecido o consumidor, individual ou coletivo, como um novo sujeito de direitos e assegurado a sua proteção, tanto como direito fundamental, mais precisamente no artigo 5º XXXII e no artigo 170, V, como princípio da ordem econômica nacional.<sup>20</sup>

A CF/88 é a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil (art. 48 da ADCT – mandamento para que o legislador ordinário estabelecesse o Código de Defesa do Consumidor, o que foi feito através da Lei 8.078/90).<sup>21</sup>

A lei maior brasileira estabelece a proteção do consumidor como objetivo e fica à cargo do legislador ordinário a composição dos pormenores dessa garantia. A respeito dos limites constitucionais dessa atuação, Cristiano Heineck SCHMITT<sup>22</sup> conclui que mantendo a eficácia diária das disposições do CDC representa manter a eficácia da própria Constituição.<sup>23</sup>

Observa-se, portanto, a preocupação do constituinte em assegurar o direito do consumidor como direito fundamental e como consequência direta garantir a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. E, em se tratando de dignidade da pessoa humana, observa-se a ideia de isonomia, ou seja, o

---

<sup>20</sup> Além dos dispositivos mencionados, há também a importância do direito do consumidor como direito fundamental, no art. 24 (V e VIII), que discorre sobre a competência concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre o consumo e a responsabilidade por danos ao consumidor. Por força do art. 130 da CF/88, essa competência é expandida aos Municípios.

<sup>21</sup> BENJAMIN, Antônio Hernan V. ; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.31. Explica Claudia Lima MARQUES que, o direito do consumidor seria assim, o conjunto de normas e princípios especiais que tem como objetivo: 1) Promover a defesa dos consumidores; 2) observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional. Promover significa assegurar que o Estado-juíz, que o Estado- Executivo e o Estado- Legislativo realizem positivamente a defesa do interesse destes consumidores. É um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico ). É o direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado (direito de liberdade, direitos civis ou direito fundamental de primeira geração), mas de ação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa e de promoção), do Estado em favor dos consumidores. O direito do consumidor como direito fundamental deve ser respeitado em conformidade com a lei infraconstitucional (eficácia indireta através do CDC) e a exigência da dignidade da pessoa humana (eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas).

<sup>22</sup> SCHIMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 58.

<sup>23</sup> O reconhecimento da proteção do consumidor, também na ordem constitucional fica claro na Adin nº 2591, proposta pelo representante confederativo das instituições financeiras no Brasil que postulava ver afastadas as regras do CDC com relação aos contratos ajustados com esses fornecedores. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº2591. Min. Relator: Carlos Velloso. Brasília/ DF, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855> Acesso em: 15.10.2014.

equilíbrio na relação de consumo levando em consideração a vulnerabilidade do consumidor bem como a sua necessidade de consumo diante de um modelo capitalista.<sup>24</sup>

A Constituição da República portuguesa de 1976, em seu artigo 81, letra “i”, estabelece como “incumbências prioritárias do Estado”: garantir a defesa e os interesses dos consumidores.<sup>25</sup>

No sistema jurídico português, os direitos dos consumidores foram incluídos como direitos fundamentais pela revisão feita na Constituição portuguesa de 1976, no ano de 1989. Esses direitos estão dentro do rol do art. 60, nos chamados “Direitos e deveres econômicos, sociais e culturais”. A previsão constitucional atribui ao direito do consumidor uma eficácia preponderante sobre as leis ordinárias.<sup>26,27</sup>

Isso demonstra como a proteção da pessoa enquanto consumidor é relevante, tendo em conta as condições de trabalho, distribuição e consumo em massa típicas das sociedades atuais.<sup>28</sup> Vale ressaltar que a proteção constitucional do consumidor como

---

<sup>24</sup> O direito de acesso ao consumo deve ser entendido como direito fundamental, tendo em vista que, em uma sociedade capitalista como a brasileira, consumir não é uma opção, mas sim uma necessidade, representando mais do que subsistência biológica, consubstanciando-se em fator de inclusão social do indivíduo. DORINI, João Paulo de Campos. Direito de acesso ao consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 75, São Paulo, jul/set. 2010, p.45.

<sup>25</sup> Dessa maneira, consolida-se no ordenamento jurídico constitucional a proteção do consumidor que até então era somente tratada por legislação infraconstitucional. O art. 99, letra “e” também trata da proteção dos consumidores como objetivo da política comercial, bem como o art. 104 n.4 dispõe sobre a tributação do consumo e o art. 52, n.3, letra “a”, refere-se ao direito de petição e de ação popular. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art81>. Acesso em: 27.10.2014.

<sup>26</sup> As imposições constitucionais são, pelo menos, um importante elemento de interpretação, levando em conta a administração e jurisdição, parece ser “*communis ópio*”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p.295.

<sup>27</sup> O Tribunal Constitucional tem exercido a sua atividade fiscalizadora, podendo ressaltar duas decisões importantes: uma em 1990; outra, em 2004. A primeira trata-se do Acórdão nº 153/90, de 3 de maio, “o Tribunal  *julgou inconstitucional* uma norma do estatuto dos correios que excluía a responsabilidade destes por lucros cessantes. Na outra situação, decidida pelo Acórdão nº 650/2004, de 16 de novembro, o tribunal  *declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral* de uma norma da tarifa geral de transportes na parte em que esta excluía a responsabilidade do caminho de ferro pelos danos causados aos passageiros resultantes de atrasos, supressão de comboios ou perda de enlace”. Explica António Pinto MONTEIRO, tanto no primeiro caso, como no segundo, estava em pauta no entender do Tribunal Constitucional, “*o direito do consumidor à reparação de danos*, constitucionalmente consagrado, que não pode o legislador ordinário excluir totalmente (invocou, no mesmo sentido, a sentença nº 254, de 20 de junho de 2002, do Tribunal Constitucional italiano, a respeito da exclusão de responsabilidade dos serviços postais). MONTEIRO, António Pinto. Breve nótula sobre a proteção do consumidor na jurisprudência constitucional portuguesa. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. (Organizadores). **Direitos fundamentais e o direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. p. 293-294. Coimbra: Almedina, 2007.

<sup>28</sup> A figura da liberdade contratual não é suficiente para garantir a proteção dos consumidores, pois os mesmos não participam de forma efetiva na celebração dos contratos. Isso acontece pelo fato de que na maioria das vezes o consumidor tem uma capacidade técnica inferior em relação ao fornecedor, não

pessoa coletiva é feita por analogia, tendo em vista que a Lei 24/96, no seu art. 2º, não a exclui expressamente.

Sendo assim, os direitos dos consumidores podem ser considerados direitos fundamentais, tendo em vista que “prosseguem em primeira linha a finalidade própria desses direitos<sup>29</sup>”.

### 1.3 INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS PRIVADAS

Os direitos fundamentais “devem ter sua eficácia valorada não só sob o ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o estado<sup>30</sup>, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar”.<sup>31</sup>

A eficácia horizontal<sup>32</sup> dos direitos fundamentais nas relações privadas não está expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro<sup>33</sup>, a CF/88, em seu artigo 5º,

---

conseguindo avaliar os produtos e serviços de forma adequada. Aqui, a vulnerabilidade acentuada do consumidor idoso colabora ainda mais para essa situação. E dentro da liberdade contratual também se constata os contratos pré-formulados por meio de cláusulas contratuais gerais.

<sup>29</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op.cit. p. 5. Explica ainda José Carlos Vieira de ANDRADE, que “a consagração dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais não elimina a dimensão objetiva da proteção do consumidor, na medida em que estejam em causa valores comunitários, nacionais ou europeus (livre circulação de produtos), associados ao bom uso dos instrumentos contratuais”. Os direitos fundamentais formar também valores comunitários, com objetivo de assegurar o próprio uso do contrato como instrumento de autonomia privada e como garantia da confiança no mercado. Idem.

<sup>30</sup> Com o advento das novas tecnologias, a evolução social e o aumento considerável do consumo a realidade tende a modificar-se. É nesse sentido que o Estado não é mais o detentor de poder nas relações com os cidadãos, esse poder está disperso na sociedade como um todo. Por essa razão, surge a necessidade da aplicação dos direitos fundamentais nas relações inter- privadas garantindo a dignidade da pessoa humana na figura de consumidor.

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.40.

<sup>32</sup> Utiliza-se também para designar a vinculação das entidades privadas, a expressão “efeito para com terceiros” (Drittwirkung). A estrutura alemã comporta que quase todos os direitos privados têm referência a um direito fundamental, como explica Cristiano Heineck Schmitt. “A função da jurisdição constitucional alemã não é apenas a de exercer a intervenção restritiva e reguladora, mas de vincular os direitos fundamentais ao permanente processo de transformação social. Devido ao crescente número de inovações técnicas e científicas, afloram sempre inéditas, e até tão inimagináveis questões éticas”. SCHWABE, Jurgen. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão. Organização e introdução de Leonardo Martin. Tradução de Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Maria Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Viviane Gerales Ferreira. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 28. apud SCHIMMITT, Cristiano Heineck. Op. cit. p. 42.

<sup>33</sup> O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o caso do compositor que foi desligado dos quadros da União Brasileira dos Compositores (UBC), entendeu que se tratava de relação entre privados (pessoa física e pessoa jurídica de direito privado). A problematização ficou em torno da possibilidade dos direitos

parágrafo segundo, apenas estabelece que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Em Portugal a vinculação das entidades privadas está consagrada no artigo 18º, n. 1 da CRP/76, estabelecendo que: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.<sup>34</sup>

Observa-se, portanto, que nos dois ordenamentos em tese há a sugestão inequívoca de alargamento da eficácia desses direitos nas relações entre dois cidadãos. Joaquim José Gomes CANOTILHO<sup>35</sup> leciona que o problema pode ser questionado da seguinte forma: “as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais ou coletivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos privados?”.

Parte da doutrina não aceita a incidência dos princípios constitucionais no ramo do direito privado, justificam que desconstrói a ideia liberal dos valores emanados pelo constitucionalismo para proteção do indivíduo perante o Estado. Porém, essa teoria acabou não prevalecendo, ainda mais após o julgamento do “caso Lüth”<sup>36</sup> pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão.

---

fundamentais do compositor fossem efetivos na sua relação com a pessoa jurídica de direito privado. O Ministro Gilmar Mendes em seu voto-vista, explica que a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é um tema complexo e tormentoso ocupando uma parte considerável do discurso jurídico da Europa e nos Estados Unidos da América, afirma que mesmo no período do Estado Social os direitos fundamentais tinham caráter de proteção contra os atos de Estado. BRASIL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n.º 201.819-8/RJ. Ministro Relator: MENDES, Gilmar. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28uni%E3o>. Acesso em: 12.11.2014.

<sup>34</sup> Em outras Constituições a temática aparece no art. 53 da Constituição espanhola; art. 85 da Constituição Colombiana; art. 5º, n.2 da Constituição búlgara, art 17º da Constituição caboverdiana; art. 6º da Constituição lituana; art. 8º n.1, da Constituição sul –africana; art. 8º nº 3, da Constituição polaca.

<sup>35</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1286.

<sup>36</sup> O caso diz respeito a um crítico de cinema que incentivou a população na metade do séc. XX, na Alemanha, a boicotar um filme que seria dirigido por Veit Harlam, defensor do nazismo. O diretor ajuizou uma ação em face de Lüth alegando que o ato violava a ordem pública, o que era proibido pelo Código Civil alemão. Após ser condenado nas instâncias inferiores, Lüth recorreu à Corte Constitucional Alemã. E o entendimento da Corte foi no sentido de que a liberdade de expressão deveria imperar em detrimento da ordem pública. Foi assim, o primeiro caso de aplicação dos direitos fundamentais em



Após a decisão da Suprema Corte Alemã, diversos países passaram a reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como é o caso dos ordenamentos brasileiro e português que são objeto de pesquisa da presente tese. A discussão fica em torno das teorias que buscam explicar de que forma a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas acontece. Apresenta-se, portanto, sem a pretensão de esgotar o tema devido à sua extensão, as principais teorias.

### 1.3.1. Teoria da eficácia mediata ou indireta

Como o nome já expõe, a teoria defende que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privados é aceita, porém, apenas de forma indireta, ou seja, há a utilização de cláusulas gerais do direito civil.<sup>37</sup>

Expõe J.J. Gomes CANOTILHO, que aqueles que adotam a teoria da eficácia mediata, entre eles Düring defendem que:

“as posições jurídico- subjetivas reconhecidas pelos direitos fundamentais e dirigidas contra o Estado não podem transferir-se, através de uma eficácia externa, de modo imediato e absoluto, para as relações cidadão-cidadão, embora se reconheça terem os direitos fundamentais força conformadora quer através da *legislação* civil e criminal quer através da *interpretação* das cláusulas gerais do direito civil susceptíveis ou carecidas de preenchimento valorativo (wertausfüllungsfähige und wertausfüllungsbedürftige Generalklauseln)”<sup>38</sup>

---

relações entre particulares. Esta decisão é conhecida como “leading case” da teoria da eficácia mediata ou indireta.

<sup>37</sup> Robert ALEXY, explica que: “de acuerdo con la teoría del efecto indirecto entre terceros, cuyos representantes principales son Düring y el Tribunal Constitucional Federal, los derechos fundamentales em cuanto <<decisiones valorativas>>, <<normas objetivas>> o <<valores iusfundamentales>>, es decir, em cuanto *principios objetivos* en el sentido que se acaba de presentar influyen em la interpretación del derecho privado”. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio: Carlos Bernal PULIDO. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p.469.

<sup>38</sup> DÜRIG, **Grundrechte und Zivilrechtsprechung**, Festschrift für Nawiasky: 1956, p. 157 e 176. apud CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional...** p.1288.

Nesse sentido, o autor citando Leisner, diz que é uma conclusão que não responde ao verdadeiro problema da eficácia dos direitos fundamentais em relação a entidades privadas, da mesma forma que não resolve o problema a ideia que “partindo do carácter jurídico- objectivo das garantias dos direitos fundamentais prefere situar a questão, não no plano de uma eficácia directa dos direitos nas relações cidadão-cidadão, mas no plano da congruência ou conformidade normativa jurídico- objectiva entre as normas consagradoras dos direitos fundamentais e as normas de direito civil”<sup>39</sup>

Observa-se que dessa forma é suposto a existência de dois ordenamentos autônomos e horizontais, porém, a ordem jurídica civil não pode deixar de compreender-se dentro da ordem constitucional: ”o direito civil não é matéria extraconstitucional, é matéria constitucional”<sup>40</sup>.

Para os defensores da teoria, a relação entre particulares está ligada aos direitos fundamentais e esses direitos protegem de forma imediata tanto os particulares em posição de inferioridade, mas também de todas as relações jurídicas travadas entre particulares “em razão de não se admitir que a relação entre particulares somente a estes interessa, já que transcende aos envolvidos na relação jurídica, sendo um problema da sociedade na aplicação do Direito”<sup>41</sup>.

### 1.3.2 Teoria da eficácia imediata ou direta

A adoção da eficácia direta<sup>42</sup> dos direitos fundamentais nas relações entre privados é acolhida de forma expressa pelo ordenamento jurídico português<sup>43</sup>, por força do já citado anteriormente art. 18, n.1 da CRP/76, No Brasil, parte da doutrina aceita a teoria e também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda que não admitida expressamente.

---

<sup>39</sup> LEISNER, Walter. **Grundrechte und Privatrecht** p. 378 e ss. apud CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional...** p.1288.

<sup>40</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional...** p.1288.

<sup>41</sup> DETROZ, Derlayne. **A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso brasileiro**. Defesa em 16.02.2011, 156 fls. Dissertação, Faculdade Integradas do Brasil – Unibrasil, Curitiba, 2011, p. 79.

<sup>42</sup> Esta teoria foi desenvolvida pelo jurista alemão Hans Carl Nipperdey, sendo adotada e aprimorada por Walter Leisner.

<sup>43</sup> Países como Espanha, Itália e Argentina também adotam a mesma teoria.

Esta teoria defende a aplicação imediata dos direitos fundamentais aos atos praticados por particulares, ou seja, não há necessidade de que a violação desses direitos seja praticada pelo Estado. Dessa forma, os direitos não devem ser protegidos apenas contra ofensas estatais, mas também em face dos danos causados pelos atores sociais.

Como explica Juan Maria Bilbao UBILLOS, “defender a eficácia imediata frente a terceiros é afirmar a vinculação direta, sem mediações concretizadoras dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos reforçados pela garantia constitucional, frente a violações procedentes de sujeitos privados”.<sup>44</sup>

Insta destacar, que nem todos os direitos fundamentais vinculam os particulares, pois existem direitos que só podem ter como destinatário passivo o Estado, como direitos políticos, sociais, garantias de Direito e do processo penal, etc. Será necessária a análise do caso concreto para a efetivação vinculação.<sup>45</sup>

Urge destacar, em uma sociedade que comporta tanta desigualdade como a brasileira, deve-se amparar, como modo de proteger e reforçar os direitos humanos no campo do direito privado, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos individuais na esfera privada, não exclusivamente em questões de direito, mas, principalmente, por questões de ética e justiça.<sup>46</sup>

As críticas sofridas pela teoria são no sentido de causar primeiramente uma insegurança jurídica, sendo que os conflitos privados são resolvidos com base em princípios abstratos do direito constitucional e, principalmente, colocar em risco a autonomia e identidade do Direito Privado, bem como a autonomia privada dos particulares.<sup>47 48</sup>

---

<sup>44</sup> UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional**, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997, p. 238.

<sup>45</sup> Sobre esta temática, vide MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, vol. IV, 3.ed, Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 320 e ss. Urge destacar, como muito bem expõe Paulo Gustavo BRANCO, que “em qualquer caso é necessário ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada do particular, e que o grau de desigualdade da relação jurídica constitui dado relevante para decisão do caso. MENDES, Gilmar Ferreira, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Hermenêutica Constitucional**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p.88

<sup>46</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 281.

<sup>47</sup> Nesse sentido, Juan María Bilbao UBILLOS, explica que:” dada la confusión que reina em torno deste tema, conviene aclarar algunas ideas para ayudar a deshacer um malentendido perturbador, que es el que resulta de la habitual contraposición entre la eficacia mediata e inmediata, como si fueran conceptos excluyentes. Es una falsa disyuntiva: admitir la posibilidad de uma vigência inmediata de los derechos fundamentales em las relaciones inter privados em determinados supuestos, no significa negar o

Por fim, à guisa de esclarecimento, não se defende que a aplicação irrestrita dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas sim levando sempre em consideração o caso concreto e dos direitos que ali se encontram, observando sua natureza e conteúdo, pois alguns direitos não dizem respeito às relações privadas, e também utilizando a ponderação dos direitos visto que ambas as partes são detentoras de direitos e garantias fundamentais.

### 1.3.3 Teoria dos deveres de proteção

Também conhecida como “imperativos de tutela”, foi desenvolvida na Alemanha por Claus- Wilhelm CANARIS<sup>49</sup>. O fundamento da teoria é no sentido de que o Estado não deve agir somente para evitar que ele mesmo viole direitos fundamentais. Mas sim, ele está encarregado de proteger estes direitos nas relações privadas.

Há muita proximidade da teoria citada com a teoria da eficácia mediata da aplicação dos direitos fundamentais, tendo em vista que existe a intervenção dos Poderes Legislativo e Judiciário para que a proteção dos direitos seja efetivada. Porém, apesar da semelhança com a teoria da eficácia mediata, a teoria dos deveres de proteção dispensa a utilização das cláusulas gerais e conceitos do Direito Privado.

A crítica situa-se na questão do Estado ser responsabilizado por todas as violações dos direitos humanos que ocorrerem nas relações privadas, ficando assim

---

subvertir el efecto de irradiación de esos derechos que concrete el alcance de los diferentes derechos em las relaciones de derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, en ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente. Frente a esta postura, está la de quiéne excluyen, de entrada, cualquier posibilidad de eficacia inmediata. Frente a esta postura, está la de quiéne excluyen, de entrada, cualquier posibilidad de eficacia inmediata.” UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Em qué medida vincula los particulares los derechos fundamentales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003 p. 317.

<sup>48</sup> Para Robert ALEXY, somente um argumento tem força em relação à não aplicabilidade da teoria da eficácia direta: “la negación de todo efecto entre terceros”. O autor citando LEISNER explica que: “todos los demás argumentos presentados em contra de um efecto directo entre terceros, non son correctos. És fácil refutar la objeción de que todo efecto directo entre terceros conduce a uma eliminación o limitación indebida de la autonomía privada”. E acrescenta: “la propia autonomía privada, no sólo su limitacion, es objeto de garantias de derecho fundamental y, por lo tanto, del efecto entre terceros”. ALEXY, Robert. **Los derechos...** op.cit. p.479.

<sup>49</sup> CANARIS, Claus – Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução: Ingo Wolfgang SARLET e Paulo Mota PINTO. Coimbra: Almedina, 2003, p.18.

obrigado a interferir sempre. Esta interferência demasiada na autonomia privada é, por sua vez, como já dito anteriormente, a crítica que se faz à teoria mediata.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Explica Jane Reis Novaes PEREIRA que: “de fato, há uma estreita correlação entre os deveres de proteção e eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas. Ao conceber-se a incidência dos direitos fundamentais entre particulares como indireta, torna-se o imperativo que as normas de direito privado sejam interpretadas em conformidade com as normas constitucionais que os consagram.” PEREIRA, Jane Reis Novaes. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídica entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (Org). **A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.469.

## 2 A PROTEÇÃO<sup>51</sup> DO CONSUMIDOR VULNERÁVEL

Nesse capítulo explicar-se-á a proteção<sup>52</sup> do consumidor idoso tendo em vista que corresponde a uma categoria diferenciada de consumidor. Primeiramente tratar-se-á da delimitação jurídica de consumidor, para então analisar as normas existentes no ordenamento jurídico português fazendo uma breve análise comparativa com o

---

<sup>51</sup> Em Portugal, no ano de 1996, a defesa do consumidor teve duas importantes contribuições; a lei 23/96, de 26 de julho, que trata da prestação de serviços públicos essenciais e a Lei 24/96, de 3 de agosto que é a lei de defesa do consumidor. A política de defesa dos consumidores em Portugal conta ainda com outros dispositivos legais como por ex. o DL nº 446/85, de 25 de outubro, a Lei 138/90, de 26 de abril, a Lei 33/90, de 23 de outubro, o DL nº 253/86, de 25 de agosto e o DL nº 359/91. Diante da legislação esparsa e da falta de homogeneidade legislativa no direito do consumo, vem-se discutindo desde 1996, a criação de um Código de Consumidor, realidade já observada no Brasil, Itália e França. Concomitantemente à legislação existe o quadro institucional de promoção e tutela de direitos, formado pelo Instituto do Consumidor, Conselho Nacional de Consumo, Comissão de Segurança, Centro Europeu do Consumidor, Centro de informação autárquica ao consumidor, Centros de Arbitragem de conflitos de consumo, Associações e Cooperativas de Consumo (como a Associação portuguesa de direito do consumo e a DECO) e o Ministério Público. Porém, a realidade é que a grande maioria dos consumidores portugueses não têm conhecimento dos seus direitos garantidos pela vasta legislação existente na seara do direito do consumidor; e os poucos que sabem não chegam a pleitear seus direitos por acreditarem que será custoso, demorado e que não adianta discutir com os fornecedores. Acredita-se que uma unificação da legislação pudesse reverter esta realidade

<sup>52</sup> . No Brasil, a proteção do consumidor ganhou destaque com a Lei do Juizado de Pequenas Causas, pois facilitou o acesso do consumidor ao Poder Judiciário e também com a Lei da Ação Civil Pública. Como em Portugal, também foram criados órgãos para defesa do consumidor, como o Sistema Estadual de Proteção do Consumidor do Estado de São Paulo, Programa Estadual de Proteção da População e de Defesa do Consumidor, Serviço Especial de Defesa Comunitária, Conselho Nacional de autorregulamentação publicitária, Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, Ministério Público, Delegacias especializadas, Procons, Associações Cíveis de defesa do consumidor, Instituto Brasileiro de Política e de Direito do Consumidor, entre outros. A Lei 8.078/90, que é o Código de Defesa do Consumidor, é considerado um microsistema. É uma lei de ordem pública econômica e de interesse social. A norma contida no art. 1º do CDC, não assegura apenas uma hierarquia superior, de ordem pública, aos direitos do consumidor ali relatados, mas através da menção do interesse social, que não é apenas das partes que determinam os limites da lide, esclarece dois efeitos práticos: que as normas do CDC em especial as de nulidade absoluta e taxativa, devem ser aplicadas ex officio. Não aplicar o CDC nas relações de consumo é um desrespeito à ordem constitucional. Afirma-se que quando se aplica um artigo, aplica-se toda lei e em um sistema espacial e bem estruturado como o CDC, isso é muito importante e decisivo para uma efetividade. BENJAMIN Antonio Hernan V. , Op. cit. p. 54-55. Insta ressaltar que os consumidores brasileiros estão informados dos seus direitos, são dessa forma, mais ativos. Os fornecedores já têm consciência disto, adotando uma política de atenção plena aos interesses, criando serviços como os serviços de atendimento do consumidor (SACs), substituindo produtos ou revendo serviços como situações de *recall*, nas quais o fornecedor chama todos os consumidores daquele produto, em específico, para substituir peças ou consertar algum defeito constatado, independente de reclamação prévia do cliente. No entanto, persistem problemas como a insuficiência de órgãos julgadores frente à demanda cada vez maior, a tentativa de protelação dos processos pelos fornecedores e a desigualdade cultural entre os diversos Estados brasileiros. Porém, em relação à matéria legislativa há a previsão de revisão tendo em conta a defasagem entre a realidade social e a previsão legal. A atualização do CDC será concentrada nas seguintes áreas: comércio eletrônico, superendividamento e ações coletivas. BARBIERI, Diovana. **A proteção do consumidor no comércio eletrônico**: estudo comparado à luz dos ordenamentos jurídico brasileiro e português. Curitiba: Juruá, 2013. p. 34.

ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo principal é compreender se as normas existentes em Portugal correspondem às necessidades jurídicas do idoso, diante de uma relação de consumo.

## 2.1 DELIMITAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMIDOR

A Lei 24/26, de 31 de julho, define o consumidor português como “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa<sup>53</sup> que exerça com caráter profissional uma atividade econômica que vise à obtenção de benefícios”. Além da lei geral, que é a mais relevante, encontra-se no direito português outras definições.<sup>54</sup>

Observa-se aqui que a pessoa coletiva não está excluída<sup>55</sup> do conceito de consumidor, porém não está expressa. Cabe ao intérprete a delimitação de alcance da norma a essas pessoas. Diferentemente de outros ordenamentos<sup>56</sup> que contém na legislação de forma expressa a pessoa coletiva como consumidora.

---

<sup>53</sup> O número 2 do art. 2º da LDC acrescenta ainda que “consideram-se incluídos no âmbito da presente lei dos bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos majoritariamente pelo Estado, pelas regiões autônomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos.

<sup>54</sup> Como por ex. o DL nº 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo DL nº 84/2008 de 21 de maio, que regula a venda de bens de consumo; o DL nº 24/2014 que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva nº 2011/83/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores.

<sup>55</sup> No entanto, a posição majoritária da doutrina, tendo em vista o direito estrangeiro, bem como as normas comunitárias, como as Diretivas 97/7/CE, de 20 de maio de 1997; 2003/31/CE, de 8 de junho de 2000; 93/13/CE, de 5 de abril de 1993, entre outras, utilizam-se da expressão “qualquer pessoa singular”. Porém, a exclusão das pessoas coletivas, justificada pela superioridade e não vulnerabilidade, pode não ter validade nas situações em que atuem fora do seu campo profissional, adquirindo produtos como destinatárias finais já que podem apresentar-se em um patamar inferior se comparadas com o fornecedor. *Ibidem*, p. 39-40. Nesse mesmo sentido, Elionora CARDOSO, entende que “se a ideia subjacente é a de proteger a parte que na relação comercial está numa posição diferente, no sentido de não detentora de todo o poder de decisão, não faz sentido que limite unicamente essa proteção a pessoas singulares, quando no mercado muitas outras pessoas jurídicas são partes em relações jurídicas sem estarem a atuar no seu âmbito profissional”. CARDOSO, Elionora. **Lei de Defesa do Consumidor**: comentada e anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 25-26.

<sup>56</sup> Na Lei espanhola 26/1984, a definição de consumidor está no art. 3, que dispõe: “*son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*”. Nota-se aqui que a legislação espanhola admite expressamente a pessoa coletiva no âmbito da relação de consumo. A guisa de comparação, cita-se outros conceitos como o da Itália, no Codice del Consumo que expõe no art. 3º, nº 1, “a”, tratando de *consumatori e utenti*: “*le persone fisiche che acquistano o utilizzano beni o servizi per scopi non riferibili all’attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta*”. Na Argentina, a definição está no art. 1º da Ley de defensa del consumidor, entendendo que consumidor é “*toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios*

Explica Diovana BARBIERI<sup>57</sup>, a interpretação sobre a figura do consumidor “encontra-se vinculado à situação específica, v.g crédito ao consumo, viagens organizadas ou venda de bens de consumo e à legislação respectiva: Decreto- Lei 133/09, de 2 de junho; Decreto-Lei 209/97, de 13 de agosto, pelo Decreto- Lei 76-A/06, de 29 de março e pelo Decreto-Lei 263/07 de 20 de julho e Decreto- Lei 67/03, de 8 de abril, além do entendimento, ainda heterogêneo, dos julgadores e estudiosos nacionais”

No direito brasileiro, a definição de consumidor está consagrada no caput do art. 2º do CDC, dispondo que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.<sup>58</sup>

Como não há no texto legal uma definição específica do destinatário final, há na doutrina duas correntes que buscam esta explicação. A primeira é a “teoria finalista” também chamada de subjetiva, parte da ideia econômica de consumidor e propõe a interpretação restrita do destinatário final, dizendo que somente o consumidor, parte mais vulnerável da relação, merece tutela. Sendo assim, consumidor é aquele que adquire o produto para uso pessoal ou de sua família.<sup>59</sup>

A segunda teoria é a “maximalista”, para essa teoria a definição do consumidor é puramente objetiva, e não importa a finalidade da aquisição ou do uso do produto e serviço, admitindo-se o lucro.<sup>60</sup>

Claudia Lima MARQUES entende que para a exata definição de consumidor, seria necessário fazer uma interpretação teleológica do art. 2º do CDC com o sistema tutelar consumerista, buscando a ratio principal da norma. Para isso, a autora explica que destinatário final seria aquele que, de acordo com o art. 4º do CDC, fosse

---

*em forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio próprio o de su grupo familiar o social”*

<sup>57</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>58</sup> No parágrafo único tem-se que: “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. A definição trazida pelo caput do supracitado artigo é vista pela doutrina como consumidor “stricto sensu”, de forma diversa aos consumidores definidos no parágrafo único do art. 2º e nos arts. 17 e 29 do CDC.

<sup>59</sup> GARCIA, Leonardo Medeiros. **Direito do consumidor**: código comentado e jurisprudência. 9.ed, Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 29. Como o CDC admite a possibilidade da pessoa jurídica consumidora, a doutrina finalista começa diferenciar quando o produto ou serviço é utilizado como parte da produção; como por ex. uma fábrica têxtil que adquire algodão, ela não pode ser considerada consumidora, pois está adquirindo matéria prima a ser utilizada no processo produtivo. É presumido, nesses casos, que a pessoa jurídica conhece bem o produto não havendo desequilíbrio na relação contratual. Ibidem, p. 31. Também nesse sentido, João Calvão da SILVA, explica que “já não é consumidor quem adquire bens de produção, pois pratica um acto de capitalização, não um acto de consumo”. SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 59.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 32.



reconhecido como “vulnerável” na relação contratual, pois somente esses merecem receber tutela especial do CDC.<sup>61</sup>

## 2.2 O CONSUMIDOR IDOSO

Após da delimitação do conceito de consumidor, faz-se necessário saber quem é o idoso consumidor nos dias atuais. Em Portugal, é considerado idoso o cidadão com mais de 65 anos, o que já representa 20% da população portuguesa; sendo Portugal o quarto país da União Europeia com a maior percentagem de idosos, logo a seguir observam-se países como Itália e Grécia.<sup>62</sup>

O art. 72º da CRP/76,<sup>63</sup> sob a epígrafe “terceira idade”<sup>64</sup>, prevê que “as pessoas idosas têm direito à segurança econômica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou marginalização”. Dispõe ainda que “a política de terceira idade engloba medidas de caráter econômico, social e cultural tendentes a proporcionar às pessoas idosas oportunidades de realização pessoal, através de uma participação ativa na vida da comunidade”.<sup>65</sup>

Segundo o art. 2 da Lei 8.842/94 (Política Nacional do Idoso) e o art. 1º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)<sup>66</sup>, a pessoa idosa brasileira é aquela com 60 anos ou

---

<sup>61</sup> BENJAMIN, Antônio Hernan V... op.cit, p. 89 e ss.

<sup>62</sup> Segundo dados do PORDATA. Disponível em: < <http://www.pordata.pt>>. Acesso em: 16.11.2014.

<sup>63</sup> A preocupação do constituinte português com o idoso também está exposta nos arts. 64 e 67 da CRP/76. Na Constituição italiana a proteção é exibida no art. 38; e na constituição espanhola no art. 50.

<sup>64</sup> Há dificuldade para definir o que exatamente se entende por “terceira idade”, tendo em vista que diversos fatores atuam no processo de envelhecimento e variam de caso a caso. Porém, para efeitos jurídicos é necessário definir um limite de idade que caracterize esse segmento da população. Nos países desenvolvidos a tendência é utilizar a idade de 65 anos, enquanto nos países emergentes a idade geralmente utilizada é a de 60 anos. FRANGE, Paulo. **O Estatuto do idoso comentado**. Disponível em: <http://www.paulofrange.com.br/Livroidosofinal.pdf>. Acesso em: 16.11.2014.

<sup>65</sup> Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 16.11.2014.

<sup>66</sup> Importante ressaltar o art. 8 do Estatuto do Idoso que dispõe: “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente”; bem como o art. 9, do mesmo diploma legal que traz: “é obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”.

mais de idade. E o art. 230 da CF/88, dispõe que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar pessoas idosas”.<sup>67</sup>

Não há uma definição jurídica no texto normativo do que seria o “consumidor idoso”, porém não é difícil de compreender, considerando os conceitos em separado de idoso e de consumidor, que se trata de pessoa com idade igual ou superior a 60 anos (no Brasil) ou 65 anos (em Portugal), que adquira ou utilize produto ou serviço como destinatário final.

De acordo com a ONU, em 2050, o planeta terá 2 bilhões de idosos, em 1950, eles eram 200 milhões. Segundo o mesmo levantamento, entre 2010 e a expectativa para 2015, ocorre um crescimento anual da população acima dos 60 anos de idade três vezes maior do que o observado para a população total.<sup>68</sup>

Na medida em que a população idosa aumenta, a procura por bens e serviços por parte desses consumidores também cresce. É um desafio grande para a sociedade em desenvolver estruturas que atendam às necessidades específicas desta parte da população; fazendo cumprir garantias como o direito de envelhecer com dignidade<sup>69</sup>. Dessa forma, o Direito por meio de suas normas, deve se adaptar a esta nova realidade em que os idosos fazem parte.<sup>70</sup>

Demonstram Claudia Lima MARQUES e Bruno MIRAGEM, que a preocupação com a proteção do idoso não é nova. Acrescenta a autora que “o

---

<sup>67</sup> Pode-se afirmar que a definição jurídica de idoso é feita de forma cronológica, não devendo ser levada em consideração sua debilidade ou não, bem como a sua condição física. A legislação estabeleceu um critério objetivo na definição de idoso, encerrando qualquer tipo de discussão sobre o tema. DETROZ, Derlayne. Op. cit. p. 56.

<sup>68</sup> Segundo reportagem sobre a terceira idade na Itália, “l’ invecchiamento demografico che caratterizza la nostra società è un fenomeno sempre più consistente che incide anche sul processo economico: E esso ha ricadute sulla spesa pubblica, sul debito, sui consumi, sul risparmio e sugli investimenti. L’ anziano rappresenta una potenziale risorsa e non va semplicemente considerato il destinatario di interventi assistenziali, riosi verso le nuove tecnologie. Se a ciò si aggiunge che nella maggior parte dei casi hanno buona capacità di spesa, si capisce l’ interesse delle aziende nei confronti di questi 11 milioni di consumatori. **Per vivere la terza età.**” Disponível em: [http://www.collegiocavalieri.it/risorse/pg10\\_2/05poles2010\\_2.pdf](http://www.collegiocavalieri.it/risorse/pg10_2/05poles2010_2.pdf). Acesso em: 17.11.2014.

<sup>69</sup> O Brasil é maior no número de idosos do que a França, Itália e Reino Unido. A estimativa para 2025, a população de idosos no Brasil poderá ser superior a 30 milhões de indivíduos. Por essa razão, a necessidade de concretização de um envelhecimento digno e a proteção devida. Dados disponíveis em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/0404>. Acesso em: 17.11.2014

<sup>70</sup> Na França, não existe uma categoria jurídica de “consumidor idoso”, tendo em vista que não há nem mesmo definição para pessoa idosa. Porém, é possível citar algumas previsões direcionadas aos idosos na França. É o caso das Recomendações de 1985, de 2008 e de 2012 da Comissão de Cláusulas Abusivas sobre Contratos de Estabelecimentos de Acolhida/ Residência de Idosos. GRAEFF, Bibiana. Direitos do consumidor idoso no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 86, ano 22, p. 71, março-abril. 2013.

envelhecimento da população mundial, como resultado de uma multiplicidade de fatores relacionados a avanços tecnológicos e melhoria de condições de vida, faz com que organismos internacionais, os Estados nacionais e a sociedade civil se ocupem da proteção do idoso”.<sup>71</sup>

A necessidade de reconhecimento da vulnerabilidade do idoso está na marginalização, tendo em vista que, não raras vezes, retira-se do mundo do trabalho e vê sua renda e capacidade física comprometidas.<sup>72</sup> Essa vulnerabilidade<sup>73</sup> é apresentada a partir de dois aspectos principais: “ 1) diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores; 2) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca numa relação de dependência em relação aos seus fornecedores”.<sup>74</sup>

Explica Mario FROTA que “as fragilidades ou vulnerabilidades do consumidor idoso acentuam-se quer pelo estatuto remuneratório de tantos deles (em que as pensões sociais de reforma são de autêntica miséria) quer pelas condições de resistência psicológica que lhe conhecem”.<sup>75</sup> Isto permite, aliás, “que as condições de exposição se potenciem e os consumidores sejam mais facilmente alvo de logros e embustes que os tornam presa fácil de agente económicos menos escrupulosos e cuja actividade assenta em uma base de desonestidade manifesta”.<sup>76</sup>

## 2.3 REGÍME JURÍDICO APLICÁVEL AO CONSUMIDOR IDOSO PORTUGUÊS

### 2.3.1 Práticas comerciais desleais

---

<sup>71</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM Bruno. **O novo Direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012. p. 145. Nesse diapasão, em 1982, o Plano de Ação Internacional de Viena sobre Envelhecimento, aprovado pela Assembleia Mundial sobre Envelhecimento (convocada em 1978, pela Res. 33/52, da Assembleia Geral da ONU). Idem.

<sup>72</sup> Idem.

<sup>73</sup> Na verdade “hipervulnerabilidade” ou “vulnerabilidade agravada”, tema que será tratado no terceiro capítulo da presente dissertação.

<sup>74</sup> MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p 66.

<sup>75</sup> FROTA, Mário. A pessoa idosa e a sociedade de mercado. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**, Coimbra, n. 38, p. 51-52, jun. 2004.

<sup>76</sup> Idem.

O DL nº 57/2008, de 26 de março, que transpõe a Diretiva 2005/29/CE, se aplica a todos os contratos de consumo tendo em vista que todos são celebrados na sequência de práticas comerciais leais ou desleais.<sup>77</sup>

É uma directiva de “harmonização máxima, pelo que a margem de liberdade dos Estados- Membros se encontrava consideravelmente limitada”<sup>78</sup> No art. 4º do DL 57/2008 há a proibição expressa das práticas comerciais desleais. De antemão, o art. 5º, traz a definição de prática comercial desleal<sup>79</sup>, bem como o art. 6º estabelece a divisão entre práticas comerciais desleais, enganosas e agressivas.

A figura do consumidor idoso aparece na letra “a” do art. 6º, considerando que são práticas comerciais desleais em especial, aquelas suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento econômico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores **particularmente vulneráveis**<sup>80</sup>, em razão de sua doença

---

<sup>77</sup> Sobre o tema, João Calvão da SILVA, explica que à volta do eixo de proteção do consumidor, articulam múltiplas normas e regras tendentes a defender o consumidor contra suas próprias fraquezas perante tentações e solicitações a que é exposto através de métodos comerciais agressivos utilizados pelas empresas, as quais, na mira de expansão dos seus negócios têm a preocupação de descobrir e empregar técnicas de distribuição e de promoção sedutoras, aproveitando-se da debilidade e vulnerabilidade dos consumidores. A proteção do consumidor passa pela proibição de alguns métodos agressivos, os métodos julgados desrazoáveis e muito perigosos (por ex. as vendas em cadeia, cfr. art. 13º do DL nº 272/87, de 3 de julho; as vendas forçadas, cfr. arts. 14º e 15º do DL nº 272/87 e art. 62º do DL nº 28/84, de 20 de janeiro; as vendas com prejuízo, proibidas em regra pelo art. 14º do DL nº 253/86, de 25 de agosto, com as devidas exceções no art. 15º do mesmo diploma legal; as vendas diretas ao consumidor, vendas a retalho efetuadas pelas empresas industriais dos produtos da sua produção que não se integram nas exceções previstas no art. 17º do DL nº 253/86, só a título excepcional cfr. arts. 18º e 19º do mesmo diploma). SILVA, João Calvão da. Op. cit. p. 75-76.

<sup>78</sup> CARVALHO, Jorge Moraes. **Manual de direito do consumo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, Kindle, localização 1255. A directiva está inserida no grupo daquelas que, como se diz no Livro Verde sobre defesa do consumidor, tem como principal objetivo a defesa dos consumidores. Tendo em vista que abandonou a metodologia clássica em matéria de concorrência desleal, que apenas tratava das relações das empresas entre si. RODRIGUES, Hélio T. Rigor. A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da directiva 2005/29/CE e do Decreto-Lei 57/2008. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. Coimbra, n.56, p. 86-87, dez. 2008.

<sup>79</sup> Cf. o dispositivo legal, é desleal qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional que distorça, ou seja, suscetível de distorcer de maneira substancial, o comportamento econômico do consumidor seu destinatário ou que afete este relativamente a certo bem ou serviço. A utilização deste critério do consumidor médio tem recebido críticas por considerar-se que os profissionais não devem poder exonerar-se invocando a especial ingenuidade ou credulidade de alguns consumidores. LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes. As práticas comerciais desleais nas relações de consumo. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, a.71, n.2, p. 423-445, abril-junho, 2011.

<sup>80</sup> Grifo nosso. Quando se trata de consumidor particularmente vulnerável, o consumidor médio deve ser deste grupo especial. “Cuando una práctica comercial se dirija específicamente a um grupo concreto de consumidores, como los niños, es conveniente que el efecto de la práctica comercial se evalúe desde la perspectiva del miembro médio de esse grupo. VAQUÉ, Luis González. **La directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización en matéria de protección de los consumidores**. Disponível em: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/20883.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/20883.pdf). Acesso em: 25.11.2014, p. 12.

mental ou física, **idade** ou credulidade, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que sua conduta era suscetível de provocar essa distorção.<sup>81</sup>

O legislador escolheu por agregar estas práticas comerciais dirigidas aos consumidores particularmente vulneráveis, de que se trata o nº3 do art. 5º da Directiva, no art. 6º do DL 57/2008, que possui como título “práticas comerciais desleais em especial” dando-lhe autonomia e colocando-as ao lado das práticas agressivas e enganosas.<sup>82</sup>

Dessa forma, pode-se afirmar que em Portugal existem três classes de práticas comerciais desleais especiais. Porém, na verdade, nos casos das práticas comerciais suscetíveis de distorcer o comportamento econômico do consumidor não estamos perante uma específica forma autônoma de manifestação de uma prática comercial que autorize uma diferenciação com fundamento nos elementos de sua substância ou do seu modo de operar, como acontece nos casos das práticas enganosas ou agressivas.<sup>83</sup>

O item que diferencia as práticas comerciais especiais está ligado ao objeto que incidem com potencialidade desleal (os consumidores especialmente vulneráveis, no caso, os idosos). Na realidade, estas práticas comerciais, não são especiais e podem assumir forma de práticas agressivas, enganosas, ou de integração na cláusula geral do art. 5º.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> No Brasil, esta matéria é tratada no art. 39. IV do CDC, na seção IV denominada “práticas abusivas”. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua **idade**, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços (grifo nosso). A idade do consumidor é fator a ser especialmente considerado no exame da prática abusiva, juntamente com o montante da indenização por dano moral. No julgamento do REsp 1061500-RS, j. 04.11.2008, rel. Min. Sidnei BENETI tem-se que: “O envio de cartão de crédito não solicitado, conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III, adicionado aos incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento do cartão, causam dano moral ao consumidor, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos cem anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral”.

<sup>82</sup> RODRIGUES, Hélio T. Rigor, op. cit. p. 106.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 107.

<sup>84</sup> Idem. A afirmação apenas faz sentido na redação do art. 6º, “a”, do DL N°57/2008, pois na redação da Directiva apenas estava em causa a determinação da deslealdade de uma prática comercial quando esta afetasse também consumidores particularmente vulneráveis. Um dos critérios adotados pela Directiva para determinar se uma prática é desleal ou não, quando se tratar de consumidores particularmente vulneráveis, parte da consideração de analisar se o consumidor médio desse grupo de consumidores teria, ou não, sido afetada por ela. Tendo em vista que as práticas enganosas e agressivas são sempre desleais, independente dos consumidores a que se destinam, o legislador comunitário optou por colocar esta matéria em cláusula geral. Idem.

O legislador português optou por considerar que, sempre que uma prática seja suscetível de distorcer o comportamento econômico de um grupo de consumidores vulneráveis de um modo que o profissional poderia imaginar, será desleal. O problema reside em como esta norma foi concretizada, o que na opinião de Hélio RODRIGUES se revelou desastrosa. Isso porque, quando se escolheu por incorporar numa norma especial (caso do art. 6º “a”, do DL nº57/2008), elementos utilizados na sua fonte uma cláusula geral, a indefinição dos conceitos não só se conversa como se torna ainda mais de difícil compreensão.<sup>85</sup>

A dificuldade de precisar estes conceitos associada ao número extenso de requisitos exigidos e à necessidade de se observar para aplicação as definições de prática comercial; diligência profissional; distorcer substancialmente o comportamento econômico dos consumidores torna de fato inaplicável, na prática, a cláusula geral<sup>86</sup> do diploma.<sup>87</sup>

Na Diretiva, como o assunto era tratado numa cláusula geral, a alusão era exercida em relação ao grupo de consumidores especialmente vulneráveis. No diploma português, para obter-se recurso semelhante, tem-se que recorrer à cláusula geral do art. 5º n.º 2, em que traz a referência do membro médio de um grupo, quando for o caso de prática comercial destinada a um determinado grupo de consumidores.

Porém, a forma que foi composta a norma do número 2 do art. 5º do DL 57/2008, “esvaziou, quase por completo, a possibilidade de aplicação da norma especial do art. 6º ‘a’”. Na Diretiva, não se exigia que a prática comercial se destinasse ao grupo de consumidores especialmente vulneráveis, sendo suficiente que estes fossem por ela abrangidos. Já em Portugal, como o critério fundamenta-se na suscetibilidade de distorção, utiliza-se apenas o membro médio do grupo especialmente vulnerável quando a prática comercial for destinada para o grupo.<sup>88</sup>

Concordando com a opinião de Hélio RODRIGUES, afirma-se que, para que a norma especial do art. 6º, “a”, nunca se aplique, basta que o profissional diga que tal prática não tinha como destinatário aquele grupo de consumidores especialmente vulneráveis, mas sim aos consumidores considerados “comuns”. Dessa forma, “a

---

<sup>85</sup> Idem.

<sup>86</sup> Regime estabelecido pela LCGC (DL nº 446/85, de 25 de outubro).

<sup>87</sup> CARVALHO, Jorge Moraes. Op. cit., localização 1284.

<sup>88</sup> RODRIGUES, Hélio T. Rigor, Op. cit., 108.

interpretação dos artigos 6º “a” e 5º n.º 2, terá aqui de ser abrogante ou correctiva, por forma a que, tal como sucedia no art. 5º n.º 3 da Diretiva, não se exija que a prática comercial se destine ao grupo de consumidores especialmente vulneráveis.”<sup>89</sup>

### 2.3.2 Publicidade prejudicial à saúde e segurança do consumidor idoso

O direito fundamental dos consumidores à informação, previsto no art. 60º, n.1 da CRP/76, foi desenvolvido nos arts. 3º, alínea “d”, 7º e 8º da LDC.<sup>90</sup> Segundo o n. 2 do art. 60º, a publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade<sup>91</sup> oculta, indirecta ou dolosa”.

“A regulamentação legal da publicidade é, portanto, igualmente um imperativo constitucional. Os problemas levantados pela actividade publicitária devem ser submetidos a uma disciplina legal adequada à tutela da concorrência e dos interesses dos consumidores”<sup>92</sup>

No art. 3º, alínea “d” da LDC, encontra-se no elenco de direitos do consumidor, o “direito à informação para o consumo”. A informação é dividida em geral, prevista no art. 7º da LDC<sup>93</sup>, e informação em particular, prevista no art. 8º da LDC.<sup>94</sup>

---

<sup>89</sup> Ibidem, p. 109.

<sup>90</sup> “Os direitos do consumidor, em particular o direito à informação, são na usual nomenclatura doutrinária, ‘direitos de terceira geração’, afirmados depois dos direitos de liberdades e garantias pessoais (liberdades que impõem a abstenção do Estado) e dos direitos de participação política (instrumentos de cidadania que permitem ao cidadão ‘ser parte’ da vida do Estado). COUTO Rute. Publicidade: dimensão do direito do consumidor à informação. In: **Revista Luso- Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Bonijuris, v. III, n. 9, p. 52, mar. 2013.

<sup>91</sup> De acordo com o disposto no art. 3º do Código da Publicidade (DL nº 330/90, de 23 de outubro), considera-se publicidade qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, que tenha como objetivo de forma indireta ou direta: a) promover, com vista à sua concretização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; b) promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições. É considerado publicidade também, qualquer forma de comunicação da Administração Pública, não prevista nas hipóteses supracitadas, que tenha por objetivo direto ou indireto, promover o fornecimento de bens e serviços. Por fim, não se considera publicidade a propaganda política.

<sup>92</sup> PINTO, Paulo Mota. **Direito da Publicidade**. Curso de Direito da Comunicação, FDUC 2011-2012. p. 30.

<sup>93</sup> A informação geral aparece no quadro legislativo indicando um padrão de defesa e proteção que incube primeiramente ao Estado. E isto ocorreria na utilização de um verdadeiro serviço público de informação. Considera-se que “a maioria dos diferendos no âmbito das relações de consumo ocorrem porque os consumidores não são, ou não estão, devidamente informados de todos os seus direitos...” CARDOSO, Elionora. Op. cit. p. 87. Exemplo deste direito de informação geral pode também ser demonstrado pela criação por meio da Direção Geral do Consumidor (pelo anterior Instituto do Consumidor e dos Centros de Informação Autárquica do Consumidor). “Estes organismos foram dotados de uma maior proximidade

Nomeadamente, em relação ao consumidor idoso, o art. 13º do Código da Publicidade, no âmbito da “saúde e segurança do consumidor”, tem-se que é proibida a publicidade que encoraje comportamentos prejudiciais à saúde e segurança do consumidor.<sup>95</sup> O texto traz destaque para informação deficiente acerca da perigosidade do produto ou da especial suscetibilidade do acontecimento de acidentes em resultado do uso do mesmo.<sup>96</sup>

A lei acrescenta, ainda, que a publicidade não deve comportar qualquer apresentação visual ou a descrição de situações onde a segurança não seja devidamente respeitada, salvo justificação de ordem pedagógica. A parte final do diploma legal ressalta que o disposto no artigo deve ser particularmente acautelado no caso de publicidade dirigida a crianças, adolescentes, **idosos**, e deficientes.

---

com os consumidores, e visam prestar um serviço de maior informação aos consumidores, procurando através destes o Estado cumprir um dos direitos fundamentais dos consumidores. Ibidem, p. 89. Dessa forma, o art. 7º ao traduzir os termos gerais que incubem às entidades promoverem, associa-se pessoalmente com o regime das cláusulas contratuais gerais (DL n. 446/85, de 25 de outubro). Já o nº 4 do art. 7º, remete à publicidade e os princípios que a regem. Nesse sentido, indica a aplicação do Código de Publicidade (DL nº 330/90, de 23 de outubro, com menção específica dos arts. 11º, 12º e 23º. Ibidem, p. 87.

<sup>94</sup> Trata-se de um campo mais específico do direito à informação, reconhecendo um direito dos consumidores de esclarecimento em todos os termos que fazem parte do contrato de aquisição ou de fornecimento que efetuarem. O direito à informação em particular enaltece a prevenção de conflitos. Este direito pode ser facilmente encontrado em diversos contratos, nas relações que resultam dos serviços dos serviços públicos essenciais (Lei nº 12/2008, de 26 de fevereiro). Ibidem, p. 95.

<sup>95</sup> Ressalta-se que a norma em comento, comparada com o direito brasileiro (art. 37º, parágrafo 2º, do CDC; art. 6º I e VI do CDC; arts. 19 a 29 do CONAR; e em especial o art. 33º, que condena o anúncio que manifeste descaso com a segurança do consumidor; estimule o uso perigoso do produto oferecido; e deixem de especificar cuidados especiais no tocante ao uso do produto por crianças, velhos e pessoas doentes, caso tais cuidados sejam essenciais. Lucia Ancoma L. de Magalhães DIAS, explica que pode-se dizer que um dos princípios que integram o princípio da não abusividade é o princípio da inofensividade da publicidade, que tem como objetivo evitar que, em face da publicidade, o consumidor se comporte de forma perigosa à sua saúde e segurança ou o leve a adotar atitude atentatória aos princípios básicos de convivência social ou familiar. . DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.89.

<sup>96</sup> O art. 37º, parágrafo 2º do CDC, é considerada abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. A publicidade abusiva é aquela que agride os princípios e valores maiores do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, o parágrafo 2º do art. 37 do CDC, “por oferecer um conteúdo vasto e flexível, a ser preenchido no caso concreto pelo julgador, introduz nas relações de consumo uma verdadeira *cláusula geral de não abusividade*. Proíbe-se qualquer forma de publicidade que atente contra os valores sociais fundamentais ou que induza o consumidor a adotar comportamento prejudicial à sua saúde ou segurança. Ibidem, p. 162. A Diretiva Europeia 2007/65/CE, proíbe as comunicações audiovisuais que encorajem comportamentos prejudiciais à saúde ou a segurança do consumidor (art. 3º -E, alínea “c”). o *Codice del Consumo* italiano, em seu art. 30º, acompanha a redação da Diretiva. Na França, por meio do Decreto 280/1992, é proibida a publicidade indecente, contrária à dignidade da pessoa humana e atentatória à confiança do Estado.



Verifica-se, então, a consideração da vulnerabilidade agravada ou hipervulnerabilidade desses grupos. Logo em seguida, o art. 14º do Código da Publicidade, trata da publicidade dirigida para as crianças levando em conta a vulnerabilidade psicológica. Ou seja, uma dupla vulnerabilidade: ser consumidora e ser criança.<sup>97</sup>

Nesse contexto, a lei seria muito mais completa se tratasse da figura do idoso separadamente, como foi feito com o menor. A proteção do idoso na matéria da publicidade deve ser reforçada<sup>98</sup>, pois, o fato de ser consumidor em conjunto com a idade avançada como fator debilitante do ser humano, constata-se estar se tratando de um sujeito hipervulnerável. Muitos abusos são verificados com o intuito de ludibriar os que se encontram na velhice e o foco é justamente no envelhecimento. Medicamentos, terapias e tratamentos prometem protelar ou amenizar os efeitos da velhice sem a devida preocupação com a saúde e segurança do idoso.<sup>99</sup>

A realidade mostra que muitas publicidades<sup>100</sup> se aproveitam da fragilidade de certos idosos bem como o declínio de suas funções emocionais e mentais, assim, está muito mais inclinado a se deixar influenciar por publicidades que, se fosse o caso de um homem médio, as entenderia como um negócio não aproveitável.

“A autêntica hipervulnerabilidade de grupos tão desvalidos imporia peculiares cuidados das comunidades organizadas em vista de uma esfera reforçada de protecção ante as arremetidas da publicidade e do marketing e de outros meios que tendem a enredá-los numa teia extraordinariamente bem urdida, a fim de lograrem os seus perversos objectivos”.<sup>101</sup>

### 2.3.3 Segurança geral dos produtos

---

<sup>97</sup> Em relação à publicidade dirigida para crianças, ver: **Revista- Luso Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Bonijuris, v.IV, n.14, junho, 2014.

<sup>98</sup> Sobre o anteprojeto de consumidor e a publicidade, vide: **Estudos do Instituto de Direito do Consumo**. LEITÃO, Luís Menezes. (Coord.), v. III, Lisboa: Almedina.

<sup>99</sup> No Brasil, a proteção do idoso em face da publicidade, está presente no art. 39, IV, do CDC, que já foi citado no item anterior, pois faz parte do rol das práticas abusivas.

<sup>100</sup> A publicidade é a comunicação propriamente dita, diferenciando da mensagem publicitária que “não é o acto de comunicação, mas o seu conteúdo – a informação que é transmitida aos destinatários do acto publicitário”. PINTO, Paulo Mota. Op. cit. p. 11.

<sup>101</sup> FROTA, Mario. Que respeitem as crianças e os jovens. **Revista- Luso Brasileiro de Direito do Consumo**, Curitiba: Bonijuris, v.IV, n.14, p. 10, junho, 2014.

O DL/ 69/2005, de 17 de março (que transpôs para ordem interna a Diretiva nº 2001/95/CE, de 3 de dezembro) reconhece a vulnerabilidade agravada dos idosos ao incluí-los na categoria que possuem maior risco ao utilizarem os produtos. (art. 3º, alínea “b”, IV).

As disposições do diploma são aplicáveis à segurança dos produtos colocados no mercado e, com as necessárias adaptações, à segurança de serviços prestados aos consumidores quando não encontrar-se os respectivos requisitos na legislação especial. Não estão abrangidos neste diploma os produtos usados considerados como antiguidades ou que necessitem de reparos.

O produto seguro é definido pelo art.3º como qualquer bem que, em condições normais de utilização ou razoavelmente previsíveis, incluindo a duração, a instalação se for o caso, ou entrada em serviço e necessidade de conservação, não apresente riscos (ou apenas riscos reduzidos<sup>102</sup> compatíveis com a sua utilização) e consideráveis aceitáveis levando em conta um nível alto de proteção da saúde e segurança das pessoas.

Os produtos e serviços colocados no mercado devem cumprir, para além da sua utilidade econômica, um objetivo de segurança. “O desvio daquela caracteriza o vício de quantidade ou de qualidade por inadequação, enquanto o deste, o vício de qualidade por insegurança”.<sup>103</sup>

João Calvão da SILVA frisa que os indivíduos e a sociedade em geral “assumem riscos e é impossível vivermos do modo que queremos sem assumi-los”.<sup>104</sup> O direito à qualidade dos bens e serviços e a proteção da saúde e segurança física estão dispostos na LDC, no art. 3º, alíneas “a” e “b”.<sup>105</sup>

---

<sup>102</sup> Pode-se dizer que não há produto ou serviço totalmente seguro. Os bens de consumo têm sempre um resquício de insegurança que pode ou não merecer a atenção do legislador. “O direito, de regra, só atua quando a insegurança ultrapassa o patamar da normalidade e da previsibilidade do risco, consubstanciando-se em verdadeiro defeito.” BENJAMIN, Antônio Hernan V., op. cit. p. 149. Para definir o que é “normal” e “previsível”, o magistrado deverá, no caso concreto, verificar se a insegurança está de acordo com a legítima expectativa do consumidor. Como critério, dois requisitos são utilizados no direito brasileiro. O primeiro é objetivo que exige a existência da periculosidade esteja de acordo com o tipo específico do produto ou do serviço (por ex. a faca que corta); e outro subjetivo, analisando se o consumidor tinha condições de prever a periculosidade. GARCIA, Leonardo de Medeiros. Op. cit. p. 148. A proteção à saúde e segurança do consumidor está prevista nos arts. 8º e 9º do CDC.

<sup>103</sup> BENJAMIN, Antônio Hernan V., op. cit. p. 148.

<sup>104</sup> SILVA, João Calvão da. Op. cit. p. 478.

<sup>105</sup> Antônio Herman V. BENJAMIN, explica que os produtos e serviços, quanto à sua segurança, podem ser divididos em dois grandes grupos: os *de periculosidade inerente (ou latente)* e *periculosidade adquirida*. (em razão de um defeito). Explica o autor que se pode citar um terceiro grupo: os produtos de

## 2.4 A PROTEÇÃO MAIS EFICAZ DO CONSUMIDOR IDOSO PORTUGUÊS

### 2.4.1 Estatuto do Idoso

A primeira sugestão normativa seria a criação do Estatuto do Idoso em Portugal situação que se encontra no Brasil, por meio da Lei nº 10.741, de 1 de outubro de 2003. A importância do Estatuto se revela como instrumento de cidadania e respeito pelos mais velhos. Dentre as normas, tem-se a prioridade de atendimento em órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção do idoso; viabilização e formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações.<sup>106</sup>

Também podem servir de inspiração para o legislador português no que tange à proteção mais eficaz do consumidor idoso, outras duas regras. A primeira é a previsão da prioridade na tramitação processual quando pessoas abrangidas pelo Estatuto (no caso do Brasil, acima de 60 (sessenta) anos, em Portugal, acima de 65 (sessenta e cinco) anos), sejam intervenientes.<sup>107</sup> A segunda diz respeito à gratuidade do transporte urbano e semi-urbano para pessoas com idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco)

---

periculosidade exagerada, seguindo a linha da doutrina francesa (Jean Calais- Auloy). BENJAMIN, Antônio Hernan V., op. cit. p. 150.

<sup>106</sup> Cf. art. 3º, parágrafo único do Estatuto do Idoso. A ideia de uma visão mais positiva do envelhecimento, que está começando a ganhar força nos dias atuais, é resultado de fatores variados, dentre os quais se destaca o crescimento numérico dos idosos no mundo inteiro. Em consequência, cresce entre eles a consciência dos seus direitos, assim como sua capacidade de influência nas diversas esferas sociais. FRANGE, Paulo. **O Estatuto do idoso comentado**. Disponível em: <http://www.paulofrange.com.br/Livroidosofinal.pdf>. Acesso em: 16.12.2014. No dia 12.11.2014, o Senado brasileiro aprovou o acesso gratuito a eventos esportivos e culturais. O projeto (PLS 263/11), agora segue para decisão da Câmara dos Deputados, se não houver recurso para que seja analisado pelo Plenário do Senado. O Senador Paulo Paim afirma que o projeto é fiel ao Espírito do Estatuto do Idoso, ampliando o direito já previsto em lei. Nota disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/senado-aprova-acesso-gratuito-de-idosos-a-eventos/>. Acesso em: 16.12.2014.

<sup>107</sup> Cf. art 71 do Estatuto do Idoso. A prioridade se estende aos processos e procedimentos na Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras, ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação aos Serviços de Assistência Judiciária. Para o atendimento prioritário será garantido ao idoso o fácil acesso aos assentos e caixas, identificados com a destinação a idosos em local visível e caracteres legíveis. (parágrafos 3º e 4º do mesmo artigo).

anos. A empresa prestadora deverá também, reservar 10% dos assentos para idosos, devidamente identificados.<sup>108</sup>

### **2.4.2 Direito de livre resolução do contrato**

O recente Decreto- Lei nº 24, de 14 de fevereiro (que tras pôs para o ordenamento interno a Diretiva nº 2011/83/UE), assegura um conjunto de regras aplicáveis aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial. No art. 4º fica estabelecida a informação pré-contratual exigindo que antes do consumidor se vincular a um contrato celebrado à distância, ou fora do estabelecimento comercial (ou por proposta correspondente), o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve facultar-lhe as informações previstas nas alíneas do artigo supracitado. Dentre elas está o direito à livre solução do contrato. Em seguida o art. 5º estabelece que as informações presentes no nº1 do art. 4º devem ser prestadas de forma clara e compreensível por meio adequado à técnica de comunicação à distância utilizada, com respeito aos princípios da boa-fé, da lealdade nas transações comerciais e da proteção das pessoas incapazes, em especial dos menores.

A nosso ver, a regra estaria completa se o legislador tivesse acrescentado o idoso no rol dos sujeitos que merecem maior atenção em relação às informações pré-contratuais. Isso porque, não é difícil constatar que em situações de vendas à distância, agravam a vulnerabilidade do idoso.

Atualmente, o acesso a meios eletrônicos e telefônicos por pessoas com mais de 65 anos é muito mais significativa, haja vista as facilidades que impulsionam o consumismo sem limites e a “modernização dos mais velhos”. Obviamente que isto leva à inclusão do idoso na sociedade de consumo o que é louvável; porém, torna a legislação atual carecedora de normas específicas sobre o tema.

O método de abordagem para a captação de novos clientes por vezes é muito agressivo, e o consumidor é surpreendido e persuadido à celebração dos contratos, não

---

<sup>108</sup> Cf. art. 39º do Estatuto do Idoso. De acordo com o art 41º, “ É assegurada a reserva, para os idosos, nos termos da lei local, de 5% (cinco por cento) das vagas nos estacionamentos públicos e privados, as quais deverão ser posicionadas de forma a garantir a melhor comodidade ao idoso”.

possuindo, muitas vezes, a oportunidade de comparação com outros profissionais que ofereçam o mesmo produto ou serviço.<sup>109</sup>

O direito à livre resolução<sup>110</sup>, que também está previsto na Diretiva, encontra-se normatizado de maneira igual tanto para os contratos celebrados à distância como para os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial. Nomeadamente sobre os serviços financeiros, o direito está previsto no art. 19º, do DL/ 95/2006.<sup>111</sup>

O prazo é de 14 (quatorze) dias seguidos<sup>112</sup> e para facilitar o exercício do direito, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve disponibilizar um formulário de livre resolução de contrato. Aqui, a nosso ver, o prazo de 14 (quatorze) dias deveria ser alargado para 30 (trinta) dias em se tratando de consumidor idoso, concretizando uma maior proteção.<sup>113</sup>

---

<sup>109</sup> CARVALHO, Jorge Moraes. Op. cit., localização 1923. O art. 9º, nº7 da LDC, “contém uma norma residual, que atribui um direito de arrependimento ao consumidor nos contratos que resultem da iniciativa do profissional fora do estabelecimento comercial. Algumas situações não abrangidas pelo regimes dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento podem ser incluídas neste preceito, embora a sua utilidade prática tenha sido significadamente reduzida com o alargamento do conceito de contrato celebrado fora do estabelecimento, operado pelo DL 24/2014”. Idem.

<sup>110</sup> Ou “direito de arrependimento”, que é o “direito concedido legal ou contratualmente ao consumidor de se desvincular unilateralmente de um contrato, sem necessidade de indicação de um motivo”. CARVALHO, Jorge Moraes. Op. cit., localização 1908. Se se tratar de um contrato duradouro, a desvinculação do contrato por declaração de uma das partes dirigida à outra designa-se denúncia. Idem, localização 1894. A principal característica do direito de arrependimento é a unilateralidade. Dessa forma, o direito é exercido por uma das partes, independente da vontade da outra. Caso haja acordo entre as partes para a cessação do contrato, diz-se que o contrato é revogado. Idem, localização 1910.

<sup>111</sup> O Prazo é igualmente de 14 dias, com exceção para os contratos de seguro de vida e relativos à adesão individual a fundos de pensões abertos, em que o prazo é de 30 dias cf. o art. 20.

<sup>112</sup> De acordo com o previsto no art. 10º, o prazo de 14 dias inicia no dia da celebração do contrato, no caso dos contratos de prestação de serviços; do dia que em que o consumidor ou terceiro (com exceção do transportador), indicado pelo consumidor adquira a posse física do bem, no caso de contrato de compra e venda. Outras situações são descritas pelo artigo, no caso da compra e venda (i, ii e iii).

<sup>113</sup> No ordenamento jurídico brasileiro, o “direito de resolução” ou “direito de arrependimento”, como é tratado pelo legislador no art. 49 do CDC, é de apenas 7 (sete) dias a contar da assinatura do contrato ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação ocorra fora do estabelecimento comercial. Trata-se de um “prazo de reflexão obrigatório”, expressão utilizada por Claudia Lima MARQUES, que objetiva oferecer ao consumidor uma compra consciente. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 600. A jurisprudência brasileira tem aplicado o caso de direito de arrependimento até mesmo quando a contratação foi realizada dentro do estabelecimento comercial do fornecedor se o consumidor estiver sobre forte pressão psicológica que o coloca em situação de desvantagem, impedindo-o de refletir. Dessa forma, quando o fornecedor utiliza do *marketing* agressivo, atraindo o consumidor para algum local preparado para divulgação de determinado produto ou serviço, oferecendo-lhe um ambiente sedutor, através de bebidas alcoólicas, jantares, sorteios de brindes, etc.; certamente inibe a capacidade plena de o consumidor refletir sobre o negócio que esta prestes a fechar. GARCIA, Leonardo de. Op. cit. p. 372. Os trabalhos da Comissão para a atualização do CDC, geraram três projetos de lei; dentre eles está o PLS 281/12 que tem como foco aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre comércio eletrônico. Dessa forma teve como enfoque o direito de arrependimento. Nesse contexto, a Comissão Temporária de Modernização do CDC,

Quando o consumidor está dentro do estabelecimento comercial pode verificar o produto ou serviço (como por ex. cores, formatos, tamanhos, qualidade do material) e ainda conversar com os vendedores e sanar possíveis dúvidas. Há, ainda, a possibilidade de testar os produtos verificando sua funcionalidade e praticidade que no caso dos idosos nomeadamente é muito importante.

Dessa forma, o prazo estendido para exercer o direito à livre resolução do contrato facilitaria a oportunidade do consumidor idoso procurar informações relativas ao produto adquirido ou serviço contratado. Verificando a utilidade prática, preço, inovações no mercado, conversando com outros consumidores e familiares para assim ter a convicção do contrato celebrado.

### 2.4.3 Crédito ao Consumo<sup>114</sup>

Ao pensar em consumo remetemos diretamente à questão econômica da qual o mesmo é dependente. Para consumir é necessário possuir meios financeiros para tanto. Diante disso, o consumidor torna-se presa fácil para as mensagens publicitárias que induzem a contratação do crédito ao consumo remetendo para vantagens fáceis.<sup>115</sup>

---

acolheu num primeiro momento a Emenda nº 20 que propunha o alargamento do prazo de reflexão, com base no que ocorreu na Argentina e nos países da Europa, permitindo que o consumidor como acontece no direito norte-americano, tenha dois finais de semana para refletir (cooling off period). Porém, o Senado entendeu que o prazo atual de 7 (sete) dias tem se mostrado eficiente, suprimindo a alteração e mantendo a sugestão feita pelos juristas.

<sup>114</sup> “Apesar das instituições financeiras terem hoje um papel central nos moldes de concessão de crédito ao consumo, e de, em muitos casos, serem também parte de um contrato em que se preveja o diferimento de pagamento, ainda subsistem situações de crédito concedido pelo fornecedor do bem ou prestador do serviço”. , Jorge Moraes. Op. cit., localização 5129. O contrato de crédito, de acordo com o art. 4º, n.º1, “c”, do DL 133/2009, de 2 de junho, é “o contrato pelo qual um credor concede ou promete conceder a um consumidor um crédito sob a forma de diferimento de pagamento, mútuo, utilização de cartão de crédito, ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante”. Não sendo considerado como traz o n.º 2, “o contrato de prestação continuada de serviços ou de fornecimento de bens de um mesmo tipo em que o consumidor tenha o direito de efectuar o pagamento dos serviços ou dos bens à medida que são fornecidos”.

<sup>115</sup> “Os consumidores foram deixados amplamente entregues aos seus próprios dispositivos na escolha do quantum do seu débito. A abertura do mercado de crédito ao consumidor introduziu um frenesi de competição entre os fornecedores deste ‘produto’ altamente rentável. A intensa pressão competitiva forçou as empresas a fazer propaganda da estrutura de seus produtos para tirar vantagem (consciente ou inconscientemente) das poderosas forças competitivas – da parcialidade psicológica e da fraqueza dos seus consumidores”. KILBORN, Jason J. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor buscando as causas e avaliando soluções. Lisianne Santos Cabral de MELO (Trad), In: **Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito**. n. 29, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 67.

No entanto, o assunto é demasiado complexo<sup>116</sup> e vem aumentando dia após dia necessitando urgentemente de uma regulação mais eficaz. “Reconheça-se que o crédito em si não é o problema: se um cidadão contrair um crédito para aquisição de bens de consumo e auferir rendimentos suficientes para o pagar de forma deferida, essa opção poderá até ser uma forma de gerir o próprio orçamento familiar.”<sup>117</sup>

O crédito para o consumo é um estímulo para o consumo, é um elemento de dinamização da produção capitalista. Pressupõe um movimento perpétuo, jogando para o futuro uma perspectiva de incessante crescimento e desenvolvimento e o mercado depende do constante crescimento do consumo.<sup>118</sup>

O problema reside no superendividamento: “o consumidor endivida-se acima das suas capacidades financeiras, não conseguindo honrar com os compromissos”.<sup>119</sup> O prazo para o consumidor do crédito se arrepende da celebração do contrato, que antes

---

<sup>116</sup> Por essa razão, este tópico tratará de maneira sucinta sobre o tema, apenas com o objetivo de incentivar o estudo mais aprofundado da matéria tendo em vista sua importância.

<sup>117</sup> SANTOS, Susana Ferreira dos. Regime jurídico dos contratos de crédito aos consumidores.: algumas notas. **Revista Luso- Brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba: Bonijuris, v.III, n. 9, p. 12, mar. 2013. Vicente Gozalo LÓPEZ, analisando dados das famílias espanholas conclui que: “la existência de un importante grado de endeudamiento em las familias españolas; lo que, sin lugar a dudas, se traduce em una gran vulnerabilidad de los hogares españoles ante una realidad (el endeudamiento) que crece, de forma sostenida – que no sostenible – más rápido que el ahorro”. LÓPEZ, Vicente Gozalo. El sobreendeudamiento y la protección de los consumidores em el concurso de acreedores em España: una regulación falida. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.69, p. 142, jan-mar.2009.

<sup>118</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 33, n.º 129, p. 109, jan- mar, 1996.

<sup>119</sup> SANTOS, Susana Ferreira dos. Op.cit. p.12. No Brasil, 62,6 % das famílias estão endividadas. De acordo com o IDEC, 80% dos consumidores desconhecem o direito ao pacote de serviços essenciais gratuitos, nas contas correntes. Fonte: CONJUR. Disponível em: [www.conjur.com.br/2010-ago-10/bancos-sao-obrigados-a-informar-servicos-essenciais](http://www.conjur.com.br/2010-ago-10/bancos-sao-obrigados-a-informar-servicos-essenciais). Acesso em: 21.12.2014. Tendo em vista as complexidades econômicas e jurídicas do crédito, no sistema brasileiro, “seria crível que as instituições financeiras cumprissem seu dever, de orientar os consumidores quanto à escolha da modalidade de operação de crédito mais adequada as suas necessidades”. Explica Andressa Jarletti Gonçalves de OLIVEIRA, que no consumo de crédito, as informações sobre modalidade de produto ou serviço, preço e riscos, elencadas no art. 6º, III, do CDC, estão diretamente entrelaçadas, pois quanto maior o risco da operação de crédito, maior a taxa de juros. A autora acrescenta que a assimetria de informação, que inseparável à complexidade do crédito, é acentuada pelas condutas adotadas pelas instituições financeiras, ao ocultarem informações que instruem o consumidor para utilização adequada do crédito, encorajando o uso de modalidades mais onerosas. Diante desta realidade, a aprovação do PLS 283/2012 evidencia-se como um passo significativo para a defesa do consumidor bancário brasileiro. De forma, sucinta, o PLS preza pelo respeito da boa-fé nas relações de consumo, reforçando os deveres dos fornecedores de crédito, na transparência das informações e na cooperação, para que o contrato de empréstimo não seja motivo de escravidão financeira do consumidor. OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. PLS 283/2012: a nova proteção do consumidor bancário. **Cadernos Jurídicos**. Curitiba: OAB/PR, n.55, p. 4-6, out. 2014.

era de 7 (sete) dias<sup>120</sup>, passou a ser de 14 (quatorze) dias de acordo com o art. 17º do DL n.º 133/2009.

Porém, como já aludido no item anterior, entende-se que, tratando de consumidor idoso, o prazo deveria ser de 30 (trinta) dias corroborando com a ideia de concessão de crédito responsável, dando a oportunidade de maior reflexão para o idoso, eliminando a característica de lucro desenfreado por parte das instituições de crédito e sociedades financeiras.<sup>121</sup>

O legislador português poderia ter desenvolvido no DL, de forma sensível à realidade do consumidor idoso, normas específicas para a categoria. Como por exemplo: a obrigação por parte das instituições financeiras de alertar sobre o risco do superendividamento e a proibição de oferecer crédito por via telefônica.<sup>122</sup>

O contato pessoal com o idoso na sede da instituição financeira, se efetuado respeitando a boa-fé que rege todas as relações contratuais, pode possibilitar um maior esclarecimento das condições do contrato, da real necessidade de crédito e até a observação das taxas de juros. Seria observado assim, a boa-fé objetiva, que se consolida no dever de aconselhamento, conduta essa devida pelo fornecedor, que deve

---

<sup>120</sup> Contratos regulados pelo DL n.º 359/1991.

<sup>121</sup> A vulnerabilidade do consumidor relativamente aos empréstimos bancários e financiamento foi identificada pela Suprema Corte Alemã, afirmando que o consumidor não teria suficiente experiência ou conhecimento econômico, nem a possibilidade de recorrer a um especialista”. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p. 155. O idoso brasileiro é facilmente identificado como hipervulnerável no âmbito das operações de crédito consignado (autorizado pela Lei nº 10.820/03), pois é um setor em que observa-se grandes abusos. Por meio dessa formatação negocial, o idoso pode obter empréstimos financeiros junto a bancos e entidades conveniadas ao INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social, sendo o pagamento desse mútuo realizado com descontos mensais sobre os benefícios previdenciários percebidos pelo consumidor. O objetivo, em princípio, seria o de garantir ao idoso o direito de acesso ao mercado de empréstimo financeiro. Porém, no que diz respeito ao Brasil, a possibilidade dos idosos efetuarem o pagamentos das parcelas de financiamento através de descontos dos proventos de aposentadorias pagas pelo INSS, estão gerando inúmeros casos de superendividamento. SCMITT, Cristiano Heineck. Op. cit. p. 131 e ss.

<sup>122</sup> Um recente julgamento no Brasil considerou abusiva a oferta de cartões de créditos para aposentados e pensionistas. O juiz José Maurício Cantarino Villeta, da 29ª Vara Cível de Belo Horizonte –MG, proibiu que a contratação fosse realizada por telefone e determinou que o banco alerte sobre o risco de superendividamento. BRASIL. Apelação Cível n.º 1.0024.06.255350-8/007. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina>. Acesso em: 21.12.2014. Em Portugal, a Lei n.º 47/2014, alterou o DL n.º 24/2014 no que diz respeito às comunicações telefônicas. Diminuiu assim a proteção do consumidor pois excluiu o requisito da forma escrita da aceitação do contrato celebrado na sequência de contato telefônico “nos casos em que o primeiro contacto telefônico seja efetuado pelo consumidor”.



de antemão informar o consumidor sobre o custo real da operação, com as consequências futuras<sup>123</sup>

#### 2.4.4 Código do Consumidor

Finalizamos as sugestões legislativas com necessidade de criação<sup>124</sup> de um Código de Consumidor no ordenamento jurídico português.<sup>125</sup> Em razão da legislação avulsa, o consumidor não tem a devida noção dos seus direitos, quiçá o conhecimento de como agir quando encontra-se lesado em uma relação de consumo. “Um Código de Direitos do Consumidor (ou de Direito do Consumo) é o primeiro passo para a dignificação do direito do consumo”.<sup>126</sup>

O Código Civil português abrange princípios e regras capazes de corrigir o desequilíbrio, impedir abusos, e promover a correção nas relações contratuais. Porém, a sociedade não é estática, muito menos a sociedade de consumo. António Pinto MONTEIRO,<sup>127</sup> explica que: “De 1996 para cá, com a progressiva afirmação da ‘sociedade de consumo’, acentuaram-se consideravelmente as situações de desequilíbrio, multiplicaram-se as fontes de risco e surgiram problemas novos. Houve

---

<sup>123</sup> Sobre os juros, vide: PORTUGAL, Maria Cristina. O atual regime dos contratos de crédito ao consumo em Portugal. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 83, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 285-299, julho- set. 2012.

<sup>124</sup> Segundo António Menezes CORDEIRO, codificação “é produto de um estado de maturidade do trabalho científico- jurídico, postulando um desenvolvimento extensivo do sistema externo com reduções dogmáticas e sínteses normativas, que reformulam os institutos jurídicos de forma a criar novos modelos de solução de casos concretos”. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil I Parte Geral Tomo I**. 2.ed, Coimbra: Almedina, 2000. p.67.

<sup>125</sup> Cf. citado na nota nº 46 da presente dissertação, em que se explica a estrutura do Código do Consumidor fazendo correspondência com o Anteprojeto apresentado em 2006.

<sup>126</sup> FROTA, Mário. Por um Código de Direito do Consumo para Portugal. In: **Revista Luso- Brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba: Bonijuris, v. III, n. 11, p. 157, set. 2013. “Para que os direitos dos consumidores se cumpram, é mister que se reduzam as leis, decretos –lei, decretos regulamentadores, decretos, portarias, despachos à sua expressão mais simples: um Código de Defesa do Consumidor. FROTA, Mário. Por uma política de proteção dos interesses e de protecção dos direitos dos consumidores: um modelo para Portugal. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 8, p. 11, out- dez, 1993.

<sup>127</sup> MONTEIRO, António Pinto. Breve nótula sobre a proteção do consumidor na jurisprudência constitucional portuguesa. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. (Organizadores). **Direitos fundamentais e o Direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. p. 295. Coimbra: Almedina, 2007.

necessidade de intervir legislativamente perante a insuficiência e/ou a inadequação das soluções tradicionais”<sup>128</sup>.

Diante disso, encontra-se imensa legislação avulsa<sup>129</sup> o que dificulta o acesso à justiça por parte dos “consumidores médios”, situação que se agrava muito quando se trata de consumidores idosos. A adoção de um Código de Direito do Consumidor<sup>130</sup> concentrado na temática dos contratos de consumo significaria um importante passo para a ultrapassagem das dificuldades resultantes da “pluralidade, proliferação e prolixidade de textos e normas de que densamente se povoa o ordenamento jurídico de consumidores, de forma esparsa, avulsa, inconsequente e em quantidades inapreensíveis”<sup>131</sup>.

Sobre o “Anteprojeto do Código do consumidor em Portugal”<sup>132</sup>, António Pinto MONTEIRO clarifica que o diploma divide-se em 4 títulos de forma sistemática: I) “Disposições Gerais; II) “Dos direitos do consumidor (informação, saúde e segurança, qualidade de produtos e serviços, interesses econômicos mormente os contratos, e reparação de danos); o III) “Do exercício e Tutela de Direitos (incluindo os crimes, as contra-ordenações e as disposições processuais cíveis); e o IV “ Das instituições de Defesa e Promoção dos Direitos do Consumidor”<sup>133</sup>.

---

<sup>128</sup> Parte da doutrina entende que o simples princípio da proteção do consumidor, como parte mais débil da relação, não constitui alusão universalizável caracterizadora das normas de consumo, ou, se constitui, não é o bastante para justificar a autonomia do direito do consumo. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Op. cit, p.232.

<sup>129</sup> “Um código que reúna em um mesmo instrumento el conjunto de normas dedicadas a la protección de los consumidores, contribuye, por sú carácter sistemático, a facilitar el conocimiento y la comprensión de tales normas. Desde este punto de vista, la condificación permite una mayor efectividad del derecho de consumo. Em efecto, una norma de derecho no puede aplicarse cuando es ignorada. Gracias al código, los consumidores no pueden em adelante ignorar la existência de un conjunto de leyes, de fácil acceso, que los otorga numerosos derechos. Además, mejor que una ley, aun de carácter general, un código de consumo expresa una verdadera consagración del derecho de consumo: un Código, un Derecho. PAISANT, Gilles. Código Europeo de Consumo o Código Nacionales? **Revista Luso – Brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba: Bonijuris, v.III, n.11, p. 107, set. 2013.

<sup>130</sup> Situação que se encontra no Brasil desde de 1990; na França desde 1993 e na Itália desde 2005. Sobre o “Codice del Consumo”, vide: FROTA, Ângela. A codificação do Direito do Consumo na Itália. . **Revista Luso- Brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba:Bonijuris, v. III, n. 11, p. 137-151 set. 2013.

<sup>131</sup> FROTA, Mário. Por um Código de Consumo para Portugal. **Revista Luso- Brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba:Bonijuris, v. III, n. 11, p.191 set. 2013.

<sup>132</sup> O Anteprojeto foi apresentado em março de 2006 pela Comissão do Código do Consumidor. Simbolicamente a data escolhida foi dia 15.03, Dia Mundial dos Direitos do Consumidor.

<sup>133</sup> ”. MONTEIRO, António Pinto. Sobre o direito do consumidor em Portugal e o Anteprojeto de Código do Consumidor. In: **Estudos de Direito do Consumidor**, n.7, Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2005, p. 253. O projeto foi realizado e exposto para discussão pública em 2006.

No total serão 708 artigos, porém serão revogados 16 diplomas que estão em vigor. O autor explica também que “ a publicação do Código do Consumidor terá de ser acompanhada de vários outros diplomas, em virtude de haver matérias só parcialmente reguladas no Código, pelo que a disciplina das mesmas terá que articular-se com a legislação pertinente, entre a qual legislação avulsa a criar em uns casos, ou a reformular em outros casos por ter sobrevivido à revogação operada.”<sup>134</sup>

No entanto, o anteprojeto poderia “refletir um nível mais elevado de síntese normativa e abstração conceptual”. Isso resulta por conta de alguns fatores, que dizem respeito à evolução da legislação nacional de consumo, como por exemplo: 1) a escassa corrente jurisprudencial; 2) a tradução quase literal das diretrizes comunitárias sem o trabalho de aprimoramento sistemático; 3) a instabilidade do direito sujeito a modificações circunstanciais, em consequência das evoluções tecnológicas; 4) o surgimento do direito do consumidor como um direito especial que se emancipa do direito civil comum porém, “a ‘consumerização’ das sociedades modernas transforma-o em um direito geral e imperativo das situações jurídicas do consumo, deixando ao Código Civil uma aplicação residual”.

Sobre o último tópico, Adelaide Menezes LEITÃO<sup>135</sup>, esclarece que o fato dos ordenamentos jurídicos postulares “inúmeras articulações”, num contexto de “múltiplas conexões normativas” acarreta níveis de dificuldade aumentada e, como resultado, uma enorme insegurança jurídica na aplicação do direito.

Acrescenta ainda que este tipo de argumentação demonstra a solução de integração desta matéria no Código Civil, como aconteceu na Alemanha. “Porém, o realismo dos que conhecem o procedimento legislativo leva a considerar que, neste momento, só um ‘Código do Consumo’ surge como solução possível”.<sup>136</sup>

---

<sup>134</sup> Idem.

<sup>135</sup> LEITÃO, Adelaide Menezes. A publicidade no anteprojeto do Código do Consumidor. In: **Estudos do Instituto de Direito do Consumo**. Luís Menezes LEITÃO (Coord), v.III, Lisboa: Almedina, 2006. p. 139-140.

<sup>136</sup> “A legislação do consumo reveste-se um carácter marcadamente assistemático, transversal e descritivo”. Isto dificulta o labor de uma codificação. Neste sentido, o anteprojeto, na sua versão atual, “não representa uma formulação substancial da maioria dos diplomas em vigor – e, saliente-se, nem tal deveria ocorrer – e, sob este ponto de vista, a sua autoqualificação, na Apresentação, como um Código pós-moderno, virado para uma maior eficácia na aplicação do direito, numa lógica em que a parte sobrepõe ao todo, parece completamente apropriada”. Idem.

### 3 O CONSUMIDOR HIPERVULNERÁVEL

Neste último capítulo tratar-se-á do princípio da igualdade pois dele surge a noção de vulnerabilidade que será tratada logo a seguir. Por último, o objetivo principal do estudo é demonstrar de que forma construção doutrinária brasileira da hipervulnerabilidade pode ser eficaz no que se refere à proteção do consumidor idoso.

#### 3.1 O princípio<sup>137</sup> da igualdade<sup>138</sup>

É de suma importância tratar da igualdade, pois a mesma atua como “fator de justificação da proteção do indivíduo vulnerável no mercado de consumo, o consumidor”.<sup>139</sup>

Como bem elucida J. J. Gomes CANOTILHO<sup>140</sup>, o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais. Esta igualdade é, desde então, a igualdade formal, ou seja, a igualdade jurídica.<sup>141</sup> A afirmação de que “todos são iguais perante a lei” revela a necessidade de igualdade na aplicação do Direito, ou que as leis devem ser aplicadas sem levar em consideração as características específicas de cada pessoa.<sup>142</sup>

Todavia, explica o autor, que ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. O princípio dirige-se ao próprio legislador, vinculando este à criação de um direito igual para todos os cidadãos. O princípio da igualdade<sup>143</sup>, reduzido a uma ideia de universalização não resolveria, já que permite a discriminação quanto ao

---

<sup>137</sup> Princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são como “núcleos de condensações” nos quais fluem *valores* e bens constitucionais. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 95.

<sup>138</sup> Há uma tensão entre a igualdade e a liberdade. Um princípio radical de liberdade oblitera a igualdade da condição humana e, de outro modo, um princípio de igualdade igualitária esmaga a autonomia pessoal. Entretanto, na verdade, eles andam “constantemente par a par uma implicando a outra – como demonstram, sobretudo, a problemática da liberdade religiosa e a da liberdade política”. MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 224. “A igualdade entre todos os sujeitos de direito foi a base filosófica e política da Revolução Francesa e do resultante maior Código moderno, o *Code Civil* de 1804 da França.” MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p. 115.

<sup>139</sup> SCHIMITT, Cristiano Heineck. Op. cit. p. 149.

<sup>140</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit. p. 426.

<sup>141</sup> Esta igualdade jurídica é constatada no art. 13º da CRP/ 76 e no Brasil, no art. 5º, caput, da CF/88.

<sup>142</sup> Idem.

<sup>143</sup> O autor cita como exemplo: todos os indivíduos de raça negra devem ser tratados de forma igual em escolas separadas das escolas separadas a brancos. Ibidem, p. 427.

conteúdo. Dessa maneira, “é preciso delinear os contornos do princípio da igualdade em sentido material”<sup>144</sup>.

Assim, exige-se uma igualdade material<sup>145</sup> por meio da lei, atendendo “a máxima aristotélica<sup>146</sup> que preconiza o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade”.<sup>147</sup> Nesse sentido, quando tratamos do consumidor idoso não teríamos razão para discordar já que sabemos que ele não é igual a outros consumidores, nomeadamente outros consumidores idosos.<sup>148</sup>

Demonstra Claudia Lima MARQUES<sup>149</sup> que estamos diante de uma nova igualdade, que renova o conceito de isonomia perante a lei e na lei. O direito privado procura superar a desigualdade entre os sujeitos de direito reconhecendo as suas “diferenças”. Os atuais esforços do Direito são o de superar a desigualdade criada pela diferença ou, como é o caso, pela vulnerabilidade dos consumidores.<sup>150</sup>

Acrescenta a autora que se compararmos com o direito público em que o ideal da igualdade sempre teve como instrumento a lei e sua execução pelo Estado (igualdade na lei e perante a lei), em direito privado o instrumento é o tratamento desigual dos desiguais.<sup>151</sup>

Na esfera do CDC brasileiro, a igualdade material do “ser diferente”, que é justamente o consumidor, vem garantida com a preservação do direito de escolha, prazo de reflexão, informação e transparência focados na proteção de sua abalada liberdade ou autonomia privada. Sendo assim, é um instrumento pós- moderno de proteção de um grupo da sociedade mais vulnerável, devendo existir um esforço na jurisprudência para

---

<sup>144</sup> Idem.

<sup>145</sup> A igualdade material, no que diz respeito aos consumidores está plasmada no art. 9º, n.º1, da LDC.

<sup>146</sup> Aristóteles vinculou a ideia de igualdade à ideia de justiça, mas, nele, trata-se de igualdade de justiça relativa que dá a cada um o seu. DA SILVA, José Afonso. Op. cit, p. 216.

<sup>147</sup> ARAÚJO, Luis Alberto David. **Direito Constitucional:** princípio da isonomia e a constatação da discriminação positiva. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 131.

<sup>148</sup> SCHIMITT, Cristiano Heineck. Op. cit, p. 150.

<sup>149</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p. 179.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 109.

<sup>151</sup> A igualdade “horizontal” é bastante difícil, é em verdade uma técnica nova do direito privado que acaba passando da igualdade na lei e perante a lei, para uma igualdade de tratamento e igualdade de chances. O direito privado é horizontal, geralmente dispositivo, acaba individualizado e acaba tendo uma função negativa ou indireta no assegurar a igualdade. Ibidem, p. 110-111. O tema sobre a eficácia vertical foi tratado no capítulo 1, item 1.2, do presente estudo.

a concretização dos direitos desses indivíduos. Situações encontradas também na esfera do direito português tanto na LDC como na legislação esparsa.<sup>152</sup>

A igualdade supõe uma comparação, um contexto, uma identificação no caso, como se encontra na relação entre o leigo e o profissional, o consumidor e o fornecedor de produtos e serviços. A igualdade perante a lei e a igualdade na lei só podem realizar-se hoje, tanto no direito português como no direito brasileiro, se existir a distinção entre fracos e fortes, entre consumidor e fornecedor e se for efetivo um direito tutelar do consumidor, daí a importância da visão do direito privado focar-se na dignidade da pessoa humana e na ideia de proteção do vulnerável - o consumidor.<sup>153</sup>

### 3.2 A vulnerabilidade<sup>154</sup> do consumidor no mercado de consumo

Diante de uma relação que nasce seguramente desvantajosa para o consumidor, “demonstra-se aceitável que a geração de normas, de políticas públicas, de órgãos fiscalizadores que proporcionem a correção de desvios nas práticas mercadológicas, que conduzem a resultados prejudiciais aos adquirentes de produtos e serviços postos no mercado”.<sup>155</sup>

A vulnerabilidade pode ser vista como “filha” do princípio da igualdade, porém, sendo uma noção mais flexível e não consolidada, “com traços de subjetividade

---

<sup>152</sup> MARQUES, Claudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**. n.º 35, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 75, jul-set, 2000.

<sup>153</sup> BENJAMIN, António Hernan V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit. p. 41. A discriminação positiva em relação aos consumidores está prevista no art. 5º, XXXII, da CF/88 e podemos citar um exemplo, desta discriminação positiva, no art. 72º, n.º2 da CRP/76 do qual trata da política de terceira idade.

<sup>154</sup> Sobre a noção de vulnerabilidade, na esfera de direito privado na França, Yann FAVIER entende que o Direito “fazendo uso de noções aprorísticas – as ‘qualificações’ jurídicas – recebe dificilmente esta noção, pois é muito difícil de definir *a priori* a vulnerabilidade... Isto resulta em uma dificuldade de qualificação geral, partindo-se da impossibilidade de definir uma categoria jurídica autônoma em torno de não mais que uma noção indeterminada, desprovida de utilidade... Ela parece, todavia, conquistar certa autonomia, fora da esfera das relações privadas, quando o interesse social está em pauta, como revelado pelo direito penal.” FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicado ao Direito: abordagem francesa. AQUINI, Vinícius; BERTONCELLO, Káren (trad.). **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 22, vol. 85, p.16, jan-fev, 2013.

<sup>155</sup> SCHIMITT, Cristiano Heineck. Op. cit, p. 202. A observação de consumidor como sujeito vulnerável somente deflui a partir do século. XX, tendo-se em vista a opacidade dos mercados, praticamente não reguladores, torna o consumidor um sujeito condicionado. Considera-se os abusos de mercado que demonstravam a fragilidade desse sujeito, o que observa-se, de forma ostensiva, nas características dos negócios massificados, configurados em contratos de adesão, ou em condições gerais. *Ibidem*, p. 205.

que caracterizam: a vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos”.<sup>156</sup>

Esta situação de fragilidade do consumidor no mercado de consumo é um dos indicativos da necessidade de proteção, exercida especialmente por meio de intervenção estatal nas relações de consumo.<sup>157</sup> Essa vulnerabilidade pode ser entendida sob quatro<sup>158</sup> enfoques: a técnica, a jurídica, a fática e uma vulnerabilidade básica ou intrínseca do consumidor, a informacional.

De forma resumida, na vulnerabilidade técnica, o consumidor não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo, podendo, assim, ser mais iludido no momento da contratação.<sup>159</sup> A vulnerabilidade jurídica ou científica baseia-se na própria falta de conhecimentos jurídicos, ou de outros importantes para a relação como contabilidade e economia.<sup>160</sup>

Já a vulnerabilidade fática é vulnerabilidade real diante do parceiro contratual, manifesta-se diante da superioridade do fornecedor, seja por seu poder econômico, seja pela sua posição de monopólio ou ainda em razão da essencialidade do serviço que presta.<sup>161</sup>

---

<sup>156</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p.117. “Vulnerabilidade é um conceito que expressa relação somente podendo existir tal qualidade se ocorrer a atuação de alguma coisa sobre algo ou sobre alguém. Também evidencia a qualidade daquele que foi ferido, ofendido, melindrado por causa de alguma atuação de quem possui potência para tanto”. MORAES, Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 96.

<sup>157</sup> O art. 4º do CDC prevê a vulnerabilidade como princípio para a proteção do consumidor. “Pelo princípio da vulnerabilidade reconhece-se no consumidor a sua condição de sujeição aos produtos e serviços oferecidos... Tendo em vista o modelo social e econômico em que vivemos, a vulnerabilidade aponta para a falta de opção (de não consumir) e a necessidade que os consumidores têm de consumir produtos e serviços para o atendimento das suas diversas necessidades”. EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**: consumo e sustentabilidade. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 111,

<sup>158</sup> No entendimento de Claudia Lima MARQUES. BENJAMIN, Antônio Hernan V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit. p. 94

<sup>159</sup> Idem. A vulnerabilidade técnica, no sistema do CDC, é presumida para consumidor não profissional, mas também pode atingir de forma excepcional o profissional destinatário final fático de bem. Necessita de prova in concreto, pois trata-se de atividade profissional de “consumo intermediário” regulado pelo direito comum. Idem.

<sup>160</sup> GARCIA, Leonardo Medeiros. Op. cit. p. 33. Essa vulnerabilidade é presumida em relação ao consumidor não profissional e pessoa física, mas presume-se o contrário quanto aos profissionais e pessoas jurídicas, os quais devem ter conhecimentos mínimos para exercer a profissão ou devem consultar advogados antes de assumirem as obrigações. PAIVA, Rafael Augusto de Moura. Repensando o “ser” consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 22, v. 88, p. 119, jul-agosto, 2013.

<sup>161</sup> No Brasil, o STJ trabalha com esta noção de vulnerabilidade fática do mutuário do Serviço Financeiro da Habitação e também tem considerado que muitas pessoas jurídicas, frente aos monopólios dos serviços

Por fim, a vulnerabilidade informacional, que é “a vulnerabilidade básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel na sociedade”.<sup>162</sup> A sociedade atual denota com clareza que é na informação que se concentra o poder. Dessa forma, é dever do fornecedor compartilhar aquilo que somente ele sabe sobre o produto ou serviço.<sup>163</sup>

Efetivamente o que caracteriza o consumidor é a sua carência informacional, por isso, entende Claudia Lima MARQUES que não “seria necessário aqui frisar este *minus* como uma espécie nova de vulnerabilidade, uma vez que já estaria englobada como espécie de vulnerabilidade técnica”. Porém, continua a autora, que hoje a informação não falta, sendo “abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, no mais das vezes, desnecessária”.<sup>164</sup>

Conclui-se, portanto, que a consideração da vulnerabilidade<sup>165</sup> é o fator principal para a busca do equilíbrio nas relações de consumo e na aplicabilidade das normas especiais que visam fortificar a parte que se encontra em inferioridade, restabelecendo o equilíbrio contratual.<sup>166</sup>

### **3.3 Da vulnerabilidade do consumidor idoso para a hipervulnerabilidade: uma construção possível**

---

públicos privatizados, podem ser consideradas vulneráveis. BENJAMIN, António Hernan V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Op. cit. p. 98.

<sup>162</sup> Idem.

<sup>163</sup> SCHIMITT, Cristiano Heineck. Op. cit, p. 211.

<sup>164</sup> Um intenso fator de desequilíbrio atinge o consumidor, que tem o *minus* da informação, o que impõe ao fornecedor, o *expert* da cadeia de consumo, a adoção de aparatos que compensem esse novo fator de risco para a sociedade, em especial, aos consumidores. Secundariamente a esses enfoques que indicam a superioridade do fornecedor perante o consumidor, pode-se acrescentar também, a vulnerabilidade política ou legislativa, a biológica ou psíquica e a ambiental” .Ibidem, p. 207- 210.

<sup>165</sup> Sobre a vulnerabilidade dos consumidores na Dinamarca, Estonia, Alemanha, Espanha e Reino Unido, nomeadamente sobre comércio eletrônico, telecomunicações, contratos públicos e transporte; vide: Compilación de Notas Informativas sobre la Vulnerabilidad de los Consumidores – Estudio, elaborada pela Dirección General de Políticas Interiores (Departamento Temático de Política Económica y Científica) del Parlamento Europeo. Elke Ballon (administrador responsable). Bruxelas, 2012. Disponível em: [www.europarl.europa.eu/studies](http://www.europarl.europa.eu/studies). Acesso em: 29.12.2014.

<sup>166</sup> Nas palavras de Cristiano Heineck SHIMITT, “é imprescindível, ao menos a partir do século XX, a era da massificação do mercado, compreender que o consumidor é realmente um sujeito vulnerável face ao fornecedor , o que viabilizará um maior controle acerca da autonomia da vontade do empresário, fomentando-se isonomia nas relações negociais de consumo. Ibidem, p. 217.



“Ao Estado Social, importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo, os hipervulneráveis,<sup>167</sup> pois são estes que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a ‘pasteurização’ das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna...”<sup>168</sup>

O prefixo *hiper* deriva do termo grego *hypér*<sup>169</sup> e serve para indicar um grau acima, ou aquilo que transborde a medida normal. Ao acrescentarmos este prefixo à palavra vulnerabilidade, adquire-se uma ideia de abundante fragilidade. Esta situação cria uma escala de graduação da vulnerabilidade, podendo ser geral<sup>170</sup> ou agravada.

A hipervulnerabilidade seria então uma situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida<sup>171</sup>, idade alentada ou em caso de doentes.<sup>172</sup>

---

<sup>167</sup> A nomenclatura de Antônio Hernan BENJAMIN acabou prevalecendo na doutrina brasileira, vide SCHIMITT, Cristiano Heineck. Op. cit. Outros autores como Claudia Lima MARQUES e Bruno MIRAGEM utilizam a expressão “vulnerabilidade agravada”, vide MIRAGEM, Bruno. Op. cit. Em Portugal o termo utilizado pela legislação é “especialmente vulneráveis”, como abordado no item 2.3 da presente dissertação.

<sup>168</sup> Superior Tribunal de Justiça. REsp 586.316/MG, j. 17.04.2007, rel. Min. Antônio Hernan V. BENJAMIN. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200301612085&dt\\_publicacao=19/03/2009](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301612085&dt_publicacao=19/03/2009). Acesso em: 18.12.2014.

<sup>169</sup> NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 76, p. 19, out-dez. 2010.

<sup>170</sup> Do art. 4, I, do CDC, é possível constatar uma presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor. A esta presunção “qualificadora” soma-se uma presunção funcional. Alguns estão tentando “descaracterizar” a vulnerabilidade dos consumidores *in concreto*, alegando que os bens adquiridos são de “luxo” ou que os consumidores deteriam conhecimentos especiais, como advogados. Situação que não pode prosperar justamente pelo disposto no artigo supracitado. Ressalta-se que tratando de pessoa física, destinatária final, é desnecessário discutir a sua qualificação como consumidora. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p. 185. Dessa forma, ainda que não satisfatória, “quer –nos parecer que a visão brasileira evidencia de maneira mais aperfeiçoada seja pela expressão previsão legal do art. 4º, I, do CDC, seja pela nomenclatura facilmente compreensível aos ‘olhos’ dos seus beneficiários, a normal vulnerabilidade de certos grupos, bem como seu agravamento, acabando por ser mais benéfica a essas pessoas, pois chamará a atenção de todos para a necessidade de serem tomadas medidas- com destaque para a elaboração de normas especiais e por uma crescente preocupação social com a execução prática da justiça – voltadas para a sua proteção/ hiperproteção”. PAIVA, Rafael Augusto de Moura. Op. cit. p. 122.

<sup>171</sup> Sobre a hipervulnerabilidade da criança e a publicidade ver o interessante artigo: BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Os efeitos da publicidade na “vulnerabilidade agravada”: como proteger as crianças consumidoras? **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano. 22, vol. 90, p. 69-90, nov-dez. 2013.

<sup>172</sup> . MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p. 189.

Dessa maneira, “a hipervulnerabilidade seria inerente e “especial” à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade<sup>173</sup>)

Tratando-se do consumidor idoso, considerá-lo como hipervulnerável significa “compreender que a sua idade potencializa sua fragilidade como consumidor, exigindo-lhe um tratamento especial”.<sup>174</sup> Sobre a preocupação mundial com os consumidores idoso, cumpre ressaltar o texto da Recomendação n.º18, do Plano de Ação Internacional de Viena sobre Envelhecimento, aprovada pela Assembleia Mundial sobre envelhecimento, convocada em 1978, por meio da Resolução n.º 33/52<sup>175</sup> da Assembleia Geral da ONU.<sup>176</sup>

Complementando a orientação, tem-se o Plano de Ação aprovado pela Segunda Assembleia Mundial sobre o mesmo tema, em Madrid no ano de 2002, em que apontava pela criação de leis que coibissem abusos e eliminassem práticas nocivas contra os idosos.<sup>177</sup>

---

<sup>173</sup> Nota-se bem a vulnerabilidade agravada do idoso brasileiro no caso dos contratos de plano de saúde. Esse sujeito dispõe de maior dependência de determinados produtos e serviços, quando se trata de saúde a necessidade e catividade em relação à esses serviços tornam-se mais evidentes quando pessoas idosas estão envolvidas. “O inadimplemento do fornecedor em relação a estes contratos frustram as justas expectativas do consumidor idoso, o que pode acarretar danos à sua integridade física, psíquica e moral” Por essa razão, a legislação brasileira passou a vedar a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, parágrafo 3.º, do Estatuto do Idoso). Todavia, entende-se que a proibição do aumento abusivo em razão da idade já vinha consagrada no CDC nos arts. 39, X, e 51, IV, X, XIII e XV, prevendo como cláusula abusiva. Sendo assim, a cláusula contratual que prevê a discriminação do idoso nos planos de saúde e seguro- saúde, impondo-lhe valores diferenciados em razão da idade, é nula. Importante frisar, que a doutrina consumerista entende que a regra constante no Estatuto do Idoso é aplicável a todos os contratos em curso, da mesma forma que aplicam aos contratos em questão, as normas que vedam a imposição de cláusulas abusivas nos contratos de consumo. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 76, p. 19, out-dez. 2010. Bruno MIRAGEM acerca do assunto, explica que a alteração unilateral do preço, permitida ou não por cláusula contratual, configura, a toda prova, abuso do fornecedor, e portanto não gera efeitos em relação ao consumidor. MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 106.

<sup>174</sup> NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 76, p. 19, out-dez. 2010. Características ligadas ao estado biológico dos indivíduos contribuem para a vulnerabilidade agravada do idoso, pois fazem com que a capacidade de raciocínio seja afetada pela então debilidade do cérebro, perda da capacidade respiratória, diminuição da visão, entre outros, como bem explica Simone BEAUVOIR, em sua obra “A velhice”. Vide: BEAUVOIR, Simone. **A velhice**. MARTINS, Maria Helena Franco. (Trad.), Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

<sup>175</sup> O texto faz referência específica acerca da vulnerabilidade das pessoas de idade, tratando de medicamentos, aparelhos auditivos, próteses dentárias e publicidade.

<sup>176</sup> SCHIMITT, Cristiano Heineck. Op. cit, p. 218.

<sup>177</sup> Idem.

Claudia Lima MARQUES, leciona que a vulnerabilidade agravada é assim como a vulnerabilidade “um estado subjetivo multiuniforme e pluridimensional, e que, com base no princípio da igualdade (*aequitas*) e da equidade, pode se incluir outros “fracos”, como as minorias mais frágeis e os doentes.<sup>178</sup>

A jurisprudência brasileira<sup>179</sup> consolidou a terminologia “hipervulnerabilidade”, inicialmente em casos envolvendo pessoas com necessidades especiais ou deficientes. Note-se que em relação aos idosos há o conhecimento, no mínimo empírico, acerca de determinados produtos ou serviços, que são rejeitados por ele em razão de experiências mal sucedidas do passado; situação que não acontece no caso de um indivíduo de idade inferior.

Convém elucidar que nem todos os idosos se encaixam na categoria de hipervulneráveis, a análise deve ser feita no caso concreto levando em conta o tipo da relação em que ele está envolvido. Pois, considerando-se os avanços da tecnologia, o acesso às atividades físicas que melhoram a disposição, o raciocínio, entre outras situações, faz com que nem todos os idosos se encaixem na categoria da hipervulnerabilidade.<sup>180</sup>

Porém, em outros casos, há uma inversão desse cenário, fazendo do idoso uma vítima potencial para certos abusos, desencadeando, então, na hipervulnerabilidade, que deve ser compensada com medidas restritivas à atuação dos fornecedores.<sup>181</sup> Importante salientar que o Brasil é um país em desenvolvimento e, que até pouco tempo, possuía a maior parte da sua população inserida em níveis de pobreza extrema.

---

<sup>178</sup> . MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p. 189.

<sup>179</sup> “Ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera o respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa, que lhe é caro, não por sua faceta patrimonial, mas precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade...” BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 931513/RS, de 25.11.2009. Ministro Relator: BENJAMIN, Antônio V. Hernan. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200700451627&dt\\_publicacao=27/09/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700451627&dt_publicacao=27/09/2010). Acesso em: 12.11.2014.

<sup>180</sup> Cada ser humano possui as suas particularidades e essas diferenças devem ser consideradas. Como explica Maria Celina Bodin de MORAES, que os problemas surgem quando se tenta responder 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.” MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Ingo Sarlet (org). 3. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 125.

<sup>181</sup> SCHIMITT, Cristiano Heineck. Op. cit, p.234.

Sendo evidente o déficit informacional e instrucional havido entre o idoso europeu e o idoso da América Latina, África e Ásia.<sup>182</sup>

A ordem contratual moderna considera a existência da disparidade de poder entre consumidor e fornecedor e dessa forma procura compensá-la por meio da determinação de um regime de proteção para o vulnerável (no caso especificamente estudado, os idosos<sup>183</sup>). À vista disso, a legislação específica do consumidor passa a considerar diversos grupos de consumidores que necessitam de tutela diferenciada.

Por fim, “a hipervulnerabilidade é o grau excepcional (e “juridicamente relevante”) da vulnerabilidade geral dos consumidores. Os “incômodos com o simples acesso ao consumo de qualidade não podem ser tolerados, é de interesse social que não haja discriminação para estes grupos de consumidores hipervulneráveis.<sup>184</sup>

Esta hipervulnerabilidade aparece como um critério jurídico que deve ser utilizado como parâmetro no exame das relações de consumo que os idosos façam parte. O objetivo primordial é com a tutela da dignidade da pessoa humana, que está presente tanto no ordenamento brasileiro como no ordenamento português. Torna-se necessário a criação de um novo modo de pensar, que atravesse a dogmática e reflita na legislação positiva tornando possível a instituição de um regime jurídico individualizado.

---

<sup>182</sup> Ibidem, p. 222. Dessa forma, ter-se-ria uma justificativa na elaboração, no ordenamento jurídico brasileiro, do Estatuto do Idoso catalizando mecanismos para sua maior proteção, como a consideração da hipervulnerabilidade. Contudo, defendemos como já elucidado no item 2.4.1, a elaboração de um Estatuto do Idoso em Portugal.

<sup>183</sup> No caso do idoso, é elemento denunciador da sua fraqueza a relação de dependência acerca de determinados produtos e serviços, especialmente aqueles ligados à preservação da saúde já enfraquecida pelo avanço da idade. Ibidem, p. 234. Sabemos também que muitos idosos perdem o contato com familiares e não podem mais exercer seus papéis de pais, avôs, bisavós; muitos já não possuem a companhia dos esposos (as); ou outros tantos nem chegaram a constituir família. Essas situações geram uma dependência emocional que muitas vezes podem gerar uma perda de autonomia decisória, sendo alvos de campanhas publicitárias e compensando a situação psicológica com o consumo excessivo e irresponsável. Porém, como já dito anteriormente, não são todos os idosos que apresentam esse tipo de fragilidade particular.

<sup>184</sup> MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Op. cit. p. 193. Os autores citam o caso do Banco condenado ao pagamento de danos morais por exigir que consumidores idosos, para acessar sua única caixa preferencial, tivessem que subir 23 degraus e por ter localizado no segundo andar a caixa que deveria ser mais acessível. Vide: REsp 1221.756/RJ. Idem.

## CONCLUSÃO

Apresenta-se, por fim, algumas considerações à guisa de conclusão sobre os diversos aspectos da proteção do idoso no mercado de consumo. A par de toda abordagem feita na presente dissertação, pode-se concluir, em linhas gerais, que o tema em debate é de grande relevância para a sociedade atual e de impossível esgotamento.

A relação de consumo é por natureza desigual, pois há disparidade de poderes que demonstram, de forma evidente, a vulnerabilidade do consumidor, sendo essa vulnerabilidade informacional, jurídica, técnica ou fática. Além da fragilidade inerente à condição de consumidor, pode-se constatar um nível de debilidade diferenciada observada nos grupo de consumidores especiais, que necessitam de tratamento adequado. Nesse grupo, destacam-se os idosos.

A consideração dos direitos dos consumidores como direito fundamental, tanto no ordenamento jurídico brasileiro como português, frisa a intenção do constituinte em assegurar a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Com o advento das modificações na sociedade, como as novas tecnologias e o aumento considerável do consumo, a realidade tende a se alterar. Sob esse aspecto, o Estado não é mais o detentor de poder nas relações entre os cidadãos. Esse poder encontra-se disperso na sociedade em geral. Por essa razão, surge a necessidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações inter-privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais) garantindo a dignidade da pessoa humana na figura do consumidor.

Observou-se a necessidade de uma maior proteção do consumidor idoso dentro do ordenamento jurídico português, tendo em vista que Portugal é o quarto país da União Europeia com a maior população idosa. Dentre as normas estudadas para a concretização de uma proteção mais eficaz, sugeriu-se a elaboração de um Estatuto do Idoso que demonstrasse o valor jurídico de intensa relevância do idoso, representando, como acontece no Brasil, um instrumento de cidadania e respeito pelos mais velhos.

A legislação relativa ao consumidor em Portugal encontra-se muito dispersa e em razão da falta de homogeneidade legislativa, vem -se discutindo a criação de um Código do Consumidor, realidade já apresentada no Brasil. Acredita-se que por não

terem conhecimento dos seus direitos, e dificuldade de consulta, os consumidores não buscam solucionar seus problemas de consumo.

Portanto, tendo como parâmetro de comparação o Brasil, com a edição da legislação protetiva do consumidor (CDC) em conjunto com a interpretação do Estatuto do Idoso, pode-se concluir por uma maior proteção do consumidor idoso.

O judiciário deve agir em conjunto com o legislativo fazendo a interpretação junto aos direitos fundamentais, podendo reconhecer como válidas algumas pretensões consumeristas, oferecendo o devido valor à realidade e tendo em mente a proteção efetiva do mais (hiper) vulnerável.

O idoso encontra-se em situação de vulnerabilidade agravada em diversas situações, que devem ser analisadas no caso concreto. Quando assim considerado, por apresentar uma fragilidade acentuada tendo em vista problemas saúde, como surdez, dificuldades de locomoção, raciocínio lento e danos psicológicos causados pela solidão, abandono dos familiares e exclusão por parte da sociedade; ou ainda, por apresentar situações permanentes como deficiência física ou mental.

Diante dessa situação, o objetivo primordial é a superação da igualdade formal para o alcance da igualdade material. Atendendo a ideia de discriminação positiva; que trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade.

Não há como ignorar a extrema necessidade de proteção do consumidor idoso pelo direito a um envelhecimento meritório em concretização ao princípio da dignidade da pessoa humana. Considerá-lo hipervulnerável é aceitar que as diferenças estão presentes e que devem ser analisadas na realidade de cada caso concreto.

Portanto, o alcance da igualdade material através da hipervulnerabilidade do consumidor idoso, propõe-se como compromisso de tutela da dignidade da pessoa humana. A noção de vulnerabilidade agravada deve ser utilizada como método de interpretação nas relações em que haja idosos envolvidos criando-se um novo modo de pensar que traga consequências louváveis para legislação e sua aplicabilidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais**: Introdução Geral. Estoril: Príncípia, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción y estudio introductorio: Carlos Bernal PULIDO. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Lições ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Comunicação da FDUC, 2011.

AQUINI, Vinícius; BERTONCELLO, Káren (Trad.). **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 22, vol. 85, p.16, jan-fev, 2013.

ARAÚJO, Luis Alberto David. **Direito Constitucional**: princípio da isonomia e a constatação da discriminação positiva. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARBIERI, Diovana. **A proteção do consumidor no comércio eletrônico**: estudo comparado à luz dos ordenamentos jurídico brasileiro e português. Curitiba: Juruá, 2013.

BEAVOIR, Simone. **A velhice**. MARTINS, Maria Helena Franco. (Trad.), Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BENJAMIN, Antônio Hernan V. ; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe Bessa. **Manual de Direito do Consumidor**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Os efeitos da publicidade na “vulnerabilidade agravada”: como proteger as crianças consumidoras? **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano. 22, vol. 90, p. 69-90, nov-dez. 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Regina Lyra. (trad.) São Paulo: Campos, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros. 1994.

BRASIL. IBGE. <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/0404>. Acesso em: 17.11.2014.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Elionora. **Lei de Defesa do Consumidor: comentada e anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CARVALHO, Jorge Moraes. **Manual de direito do consumo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, Kindle.

Compilación de Notas Informativas sobre la Vulnerabilidad de los Consumidores – Estudio, elaborada pela Dirección General de Políticas Interiores



(Departamento Temático de Política Económica y Científica) del Parlamento Europeo. Elke Ballon (administrador responsable). Bruxelas, 2012. Disponível em: [www.europarl.europa.eu/studies](http://www.europarl.europa.eu/studies). Acesso em: 29.12.2014.

CONJUR. Disponível em: [www.conjur.com.br/2010-ago-10/bancos-sao-obrigados-a-informar-servicos-essenciais](http://www.conjur.com.br/2010-ago-10/bancos-sao-obrigados-a-informar-servicos-essenciais). Acesso em: 21.12.2014.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil I Parte Geral Tomo I**. 2.ed, Coimbra: Almedina, 2000.

COUTO Rute. Publicidade: dimensão do direito do consumidor à informação. In: **Revista Luso- Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Bonijuris, v. III, n. 9, p. 52, mar. 2013.

DETROZ, Derlayne. **A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso brasileiro**. Defesa em 16.02.2011, 156 fls. Dissertação, Faculdade Integradas do Brasil – Unibrasil, Curitiba, 2011.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DORINI, João Paulo de Campos. Direito de acesso ao consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 75, São Paulo, jul/set. 2010.

DÜRIG, **Grundrechte und Zivilrechtsprechung**, Festschrift für Nawiasky: 1956, p. 157 e 176. apud CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo: consumo e sustentabilidade**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2012.

FRANGE, Paulo. **O Estatuto do idoso comentado**. Disponível em: <http://www.paulofrange.com.br/Livroidosofinal.pdf>. Acesso em: 16.12.2014.

FROTA, Ângela. A codificação do Direito do Consumo na Itália. . **Revista Luso- Brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba:Bonijuris, v. III, n. 11, p. 137-151 set. 2013.

FROTA, Mário. A pessoa idosa e a sociedade de mercado. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**, Coimbra, n. 38, p. 51-52, jun. 2004.

FROTA, Mário. Por um Código de Direito do Consumo para Portugal. In: **Revista Luso- Brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba: Bonijuris, v. III, n. 11, p. 157, set. 2013.

FROTA, Mário. Por uma política de proteção dos interesses e de protecção dos direitos dos consumidores: um modelo para Portugal. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 8, p. 11, out- dez, 1993.

FROTA, Mário. Que respeitem as crianças e os jovens. **Revista- Luso Brasileiro de Direito do Consumo**, Curitiba: Bonijuris, v.IV, n.14, p. 10, junho, 2014.

GARCIA, Leonardo Medeiros. **Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência**. 9.ed, Salvador: Jus Podivm, 2013.

HESSE, Konrad. **Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 13, Ergaenzte Auflage, Heidelberg, 1982.*apud*: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros. 1994.

ITÁLIA. **Per vivere la terza età."** Disponível em: [http://www.collegiocavalieri.it/risorse/pg10\\_2/05poles2010\\_2.pdf](http://www.collegiocavalieri.it/risorse/pg10_2/05poles2010_2.pdf). Acesso em: 17.11.2014.

KILBORN, Jason J. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor buscando as causas e avaliando soluções. Lisianne Santos Cabral de MELO (Trad), In: **Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito**. n. 29, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LEISNER, Walter. **Grundrechte und Privatrecht** p. 378 e ss. apud CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

LEITÃO, Adelaide Menezes. A publicidade no anteprojeto do Código do Consumidor. In: **Estudos do Instituto de Direito do Consumo**. Luís Menezes LEITÃO (Coord), v.III, Lisboa: Almedina, 2006. p. 139-140.

LEITÃO, Luís Manuel Teles Menezes. As práticas comerciais desleais nas relações de consumo. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, a.71, n.2, p. 423-445, abril-junho, 2011.

LEITÃO, Luís Menezes. (Coord.), **Estudos do Instituto de Direito do Consumo**. v. III, Lisboa: Almedina.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 33, n.º 129, p. 109, jan- mar, 1996.

LÓPEZ, Vicente Gozalo. El sobreendeudamiento y la protección de los consumidores em el concurso de acreedores em España: una regulación falida. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.69, p. 142, jan-mar.2009.

MARQUES, Claudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**. n.º 35, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 75, jul-set, 2000.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM Bruno. **O novo Direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Hermenêutica Constitucional**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, vol. IV, 3.ed, Coimbra: Coimbra editora, 2000.

MONTEIRO, António Pinto. Breve nótula sobre a proteção do consumidor na jurisprudência constitucional portuguesa. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. (Organizadores). **Direitos fundamentais e o direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. p. 293-294. Coimbra: Almedina, 2007.

MONTEIRO, António Pinto. Sobre o direito do consumidor em Portugal. In: **Estudos de direito do consumidor**, n.4, Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002.

MONTEIRO, António Pinto. Sobre o direito do consumidor em Portugal e o Anteprojeto de Código do Consumidor. In: **Estudos de Direito do Consumidor**, n.7, Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2005, p. 253.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada (e legislação constitucional)**. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bondin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Ingo Sarlet (org). 3. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 125.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 76, p. 19, out-dez. 2010.

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. PLS 283/2012: a nova proteção do consumidor bancário. **Cadernos Jurídicos**. Curitiba: OAB/PR, n.55, p. 4-6, out. 2014.

PAISANT, Gilles. Código Europeu de Consumo o Código Nacionais? **Revista Luso – Brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba: Bonijuris, v.III, n.11, p. 107, set. 2013.

PAIVA, Rafael Augusto de Moura. Repensando o “ser” consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. ano 22, v. 88, p. 119, jul-agosto, 2013.

PINTO, Paulo Mota. **Direito da Publicidade**. Curso de Direito da Comunicação, FDUC 2011-2012.

PORTUGAL, Maria Cristina. O atual regime dos contratos de crédito ao consumo em Portugal. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 83, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 285-299, julho- set. 2012.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 16.11.2014.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais (teoria geral)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

**Revista- Luso Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba: Bonijuris, v.IV, n.14, junho, 2014.

RODRIGUES, Hélio T. Rigor. A protecção dos consumidores vulneráveis nas práticas comerciais desleais: análise da directiva 2005/29/CE e do Decreto-Lei 57/2008. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. Coimbra, n.56, p. 86-87, dez. 2008.

SANTOS, Susana Ferreira dos. Regime jurídico dos contratos de crédito aos consumidores.: algumas notas. **Revista Luso- Brasileira de Direito do Consumo**. Curitiba: Bonijuris, v.III, n. 9, p. 12, mar. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

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

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Em qué medida vinculama los particulares los derechos fundamentales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003 p. 317.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**: análisis de la jurisprudência del tribunal constitucional, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997.

VAQUÉ, Luis González. **La directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales: entre el objetivo de una armonización total y el *enfoque de plena armonización* en materia de protección de los consumidores**. Disponible em: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/20883.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/20883.pdf). Acesso em: 25.11.2014, p. 12.

## REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Apelação Cível n.º 1.0024.06.255350-8/007. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina.> Acesso em: 21.12.2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 586.316/MG, de 17.04.2007, Ministro Relator: BENJAMIN, Antônio V. Hernan. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200301612085&dt\\_publicacao=19/03/2009](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301612085&dt_publicacao=19/03/2009). Acesso em: 18.12.2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 931513/RS, de 25.11.2009. Ministro Relator: BENJAMIN, Antônio V. Hernan. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200700451627&dt\\_publicacao=27/09/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700451627&dt_publicacao=27/09/2010). Acesso em: 12.11.2014.

BRASIL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n.º 201.819-8/RJ. Ministro Relator: MENDES, Gilmar. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28uni%E3o>. Acesso em: 12.11.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº2591. Min. Relator: Carlos Velloso. Brasília/ DF, Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855> Acesso em: 15.10.2014.