



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

JULIO DE ASSIS ARAUJO BEZERRA LEITE

**O DIREITO DO IDOSO E O MÚTUO BANCÁRIO: APLICAÇÃO DO CÓDIGO
DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ESTATUTO DO IDOSO**

**FORTALEZA – CE
NOVEMBRO – 2007**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

JULIO DE ASSIS ARAUJO BEZERRA LEITE

MÚTUO BANCÁRIO E PESSOA IDOSA: APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ESTATUTO DO IDOSO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito enquanto requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação da Prof.^a Dra. Joyceane Bezerra de Menezes.

Fortaleza – Ceará
2007

MÚTUO BANCÁRIO E PESSOA IDOSA: APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ESTATUTO DO IDOSO

Esta dissertação foi submetida como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, outorgado pela Universidade de Fortaleza, e encontra-se à disposição dos interessados na Biblioteca Central da referida Universidade.

A citação de qualquer trecho desta dissertação é permitida, desde que seja feita em conformidade com as normas da ética científica.

JULIO DE ASSIS ARAUJO BEZERRA LEITE

Dissertação aprovada em: ___/___/___

Prof.^a Dr.^a Joyceane Bezerra de Menezes
(Orientadora)

BANCA EXAMINADORA

Prof.^o Dr. Francisco Tarciso Leite

Prof.^o Dr. Gustavo Raposo Pereira Feitosa

AGRADECIMENTOS

A elaboração do presente trabalho de conclusão do Mestrado em Direito Constitucional da Unifor – Universidade de Fortaleza – não seria possível sem a dedicação do corpo docente e dos funcionários que fazem a pós-graduação e, principalmente, da Profa. Joyceane Bezerra de Menezes, minha orientadora que, em momentos decisivos, indicou o caminho a ser seguido, bem como da Banca Examinadora que se dispôs, de bom grado, ao comparecimento às vésperas dos festejos natalinos.

Agradeço, também, a meus pais que me propiciaram anos de estudos na Holanda, no período 1991 a 1992 e à família Boomkamp, que, com toda paciência e dedicação, fez-me entender o significado da palavra dignidade, para o povo europeu, ensinamento que desde então procuro aplicar no Brasil.

Meu especial agradecimento a duas pessoas que me inspiraram a desenvolver o tema: minha avó Argentina que, lúcida e ativa, do alto dos seus 95 anos, diariamente protagoniza ensinamentos de vida e à minha esposa Iara que nos momentos difíceis me estimula a continuar em frente.

Obrigado a todos !

RESUMO

O idoso, enquanto pessoa, é sujeito de direitos e deveres, pois a capacidade de praticar atos na vida civil não se extingue com a idade. A prática contumaz de oferecimento de empréstimos ao idoso brasileiro gera o endividamento crescente da população de terceira idade. Contratos abusivos são praticados diariamente no cenário nacional sem que o poder público aja de forma decisiva para erradicação das mazelas contratuais aplicadas ao idoso. A análise do tema utiliza metodologia qualitativa com pesquisa bibliográfica e descritiva. Ainda, sob método interpretativo e analítico, utiliza-se técnica de leitura específica e sistemática com consulta a sítios da rede mundial de computadores. A mudança de paradigmas ao derredor do tema dignidade humana após a Segunda Guerra Mundial, a promulgação da Carta dos Direitos do Homem, os direitos fundamentais insertos na Carta da República brasileira de 1988, o estabelecimento de um Programa Nacional de Direitos Humanos pelo Governo brasileiro e a promulgação do Estatuto do Idoso, em conjunto, abrem espaço para o entendimento do indivíduo idoso enquanto consumidor hipervulnerável no mercado de consumo. O presente trabalho, portanto, aborda a situação do idoso no Brasil, com destaque para uma interpretação constitucional do Estatuto do Idoso e Código de Defesa do Consumidor, objetivando, sobretudo, defender uma condição de vida mais digna para a população consumeirista idosa no Brasil. A conclusão realça a vulnerabilidade especial do idoso e a necessidade de implementação de seus direitos, sem olvidar a indispensabilidade da conscientização social para o assunto.

Palavras-chave: Mútuo bancário; Idoso; Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

An aged is a person of rights and duties, since his capacity of practising acts in the civilian life is not possible to be extinguished by age. The stubbornness of offering loans to the aged, in Brazil, produces a growing debt to those who belong to these population segment. Abusive contracts are signed daily in these financial brazilian scenery, in a free way, without an official following from brazilian authorities, and so, unable to erradicate the bad practices. The analysis of this theme passes by a qualifyng method directed mainly to a bibliographic and descriptive research. Otherwise, to have in mind this purpose, the author used an interpretative and analytical method in order to understand not only specific readings for consultation, but also a proper searching in now-a-days computer global network. After II World War the paradigms of human dignity has been changing and influencing the Letter of the Rights of the Man, the insertion of fundamental rights in Brazil's Constitution of 1988, the establishment of a National Program of Human Rights for the brazilian Government and the promulgation of the Statute of the Aged, all together, giving an opportunity to understand the aged as a hypervulnerable consumer in the market of consumption. The present work, so, boards the situation of the old one in Brazil, with distinction for a constitutional interpretation of the Statute of the Aged and the Code of Defense of the Consumer, aiming to defend, especially, a worthier life to the population of this segment in Brazil. In conclusion, the author believes that the special scenery concerning vulnerability of the aged as well as the arrangement of their rights to be implemented require a social confuguration to be reached as a whole.

Key words: Mutual banking; elderly; Code of Defense of the Consumer.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DO TEMA.....	12
1.1 Dignidade da pessoa humana depois de 1945.....	12
1.1.1 A atenção ao idoso nos documentos internacionais e nacionais de direitos humanos.....	18
1.1.2 Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.....	20
1.1.3 A Convenção Americana de Direitos Humanos e o Envelhecimento.....	22
1.1.4 Resolução 46/91 da ONU.....	25
1.1.5 Programa Nacional de Direitos Humanos I (dec.1904/1996).....	26
1.1.6 Programa Nacional de Direitos Humanos II (Dec.4229/2002).....	28
1.1.7 Primeira Conferência Nacional da Pessoa Idosa (24/05/2006).....	29
1.1.8 Compreensão do conceito <i>idoso</i> nos documentos internacionais e o critério adotado pela legislação brasileira.....	30
1.2 Direitos da pessoa enquanto fundamentos da República Federativa do Brasil.....	36
2. SER IDOSO NO BRASIL: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS.....	43
2.1 Realidade e perspectivas: O idoso no Brasil – quem é e o que representa?.....	43
2.2 Idoso e cidadania.....	49
2.3 Da Política Nacional do Idoso prevista na Lei 8.842/94 e da Política de Atendimento ao Idoso da Lei 10.741/03.....	50
2.4 Medidas de proteção ao Idoso e do acesso à Justiça.....	58
3. CONTRATOS ENQUANTO INSTRUMENTOS DE CIRCULAÇÃO DE RIQUEZAS.....	63

3.1 Contratos bancários, em geral, no mundo globalizado.....	63
3.2. Princípios Contratuais.....	70
3.2.1 Princípio da Autonomia da Vontade.....	70
3.2.2 Princípio do Consensualismo.....	73
3.2.3 Princípio da Relatividade dos Contratos.....	73
3.2.4 Princípio da Força Vinculante dos Contratos.....	73
3.2.5 Princípio da Revisão dos Contratos.....	74
3.2.6 Princípio da Boa-fé Contratual Objetiva.....	78
3.2.7 Princípio da Função Social do Contrato.....	80
3.3. O instituto do Contrato enquanto instrumento de circulação de riquezas e sua interpretação constitucional.....	88
3.4 Relações privadas e direitos fundamentais.....	92
4. O MÚTUO BANCÁRIO E O IDOSO: APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ESTATUTO DO IDOSO.....	97
4.1 Conceito de mútuo bancário e regulamentação legal.....	98
4.2 Supremacia constitucional e aplicação do Estatuto do Idoso e do Código de Defesa do Consumidor ao mútuo bancário com idosos.....	101
4.2.1 Das espécies de mútuo bancário com idosos.....	106
4.2.2 Do instrumento de contrato de mútuo com idosos.....	106
4.2.3 Do mútuo com idoso à luz do Código de Defesa do Consumidor.....	114
4.2.4 Da natureza contratual adesiva e da interpretação dos contratos.....	118
4.2.5 Da hipervulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor idoso.....	124
4.2.6 Das práticas e cláusulas abusivas.....	128
4.2.7 Dos juros bancários.....	137
4.3 Responsabilidade civil das instituições bancárias.....	142
4.4 Da necessidade de trâmite processual célere. Da efetividade da justiça.....	145
CONCLUSÃO.....	149
REFERÊNCIAS.....	154
ANEXO.....	162

INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda os aspectos do direito do idoso na oferta do mútuo bancário perante a população idosa nacional e suas conseqüências, com ênfase nas Leis nº 10.741, de 10 de outubro de 2003 e 8.078, de 11 de setembro de 1990, respectiva e comumente conhecidas por Estatuto do Idoso e Código de Defesa do Consumidor, possuindo ainda, por objeto, a demonstração da vulnerabilidade especial aplicável ao idoso.

O decréscimo mundial da população jovem e o aumento da população idosa é uma realidade que já atinge o Brasil que, aos poucos, vai-se tornando um país de terceira idade. Basicamente, duas são as alavancas que movimentam essa realidade: a diminuição da taxa de natalidade, em virtude de políticas públicas, e o aumento da longevidade de pessoas acima de 60 anos, em decorrência do aumento da qualidade de vida e dos avanços da medicina. A transformação paulatina do Brasil em um país de terceira idade leva à mudança de paradigmas no que concerne à população idosa que, antes, era tida por completamente improdutiva.

Durante anos, a pecha de “cidadão improdutivo” acompanhou o idoso o qual, muitas vezes, era colocado à margem da família e da sociedade em idades hoje consideradas altamente produtivas como, por exemplo, entre os 60 e 70 anos. Atualmente, não é difícil verificar-se a intensa atividade de pessoas com 70 anos ou mais que, cuidando da saúde e com disposição física e mental antes inimagináveis, continuam a interagir em sociedade e, muitas vezes, contribuem para o próprio aprimoramento desta, passando aos mais novos lições aprendidas no decorrer de décadas de vida.

Convém acentuar que o idoso, principalmente aquele que está em boas condições de saúde, não perde a capacidade de praticar atos da vida civil pelo simples fato de ser idoso, muito antes pelo contrário, diariamente pratica atos

jurídicos, seja em casa, através do telefone, rede mundial de computadores ou na rua, participando ativamente do mercado de consumo.

Torna-se cada vez mais comum o casamento de pessoas acima de 60 anos, a compra e venda de propriedades, excursões com pessoas da terceira idade, instituições voltadas à terceira idade com cursos e outras atividades, associações para defesas dos idosos, dentre outros exemplos.

É também comum o idoso auxiliar na economia da família, contribuindo com seus ganhos, muitas vezes parcos, na despesa mensal da casa e até mesmo no subsídio financeiro direto para filhos e netos. Noutros casos, a ajuda é oblíqua e quase ou toda forçada, como se verifica quando um familiar cuida dos ganhos do parente idoso e faz uso de seus vencimentos em benefício próprio e da família.

Em se tratando de mercado de consumo, não é equivocado lembrar que os idosos encontram-se em situação mais fraca, desvantajosa, no que diz respeito à oferta de produtos e serviços, tanto que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) já o conhece como vulnerável e hipossuficiente. Em virtude disso, a entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) veio a intensificar a idéia de sua hipossuficiência no mercado de consumo.

É nesse ponto que reside a problemática deste trabalho: os idosos podem contratar e o fazem, muitas vezes induzidos a erro e comprometendo-se financeiramente com cláusulas abusivas: fruto de práticas contratuais igualmente abusivas.

A vulnerabilidade e a hipossuficiência do idoso derivam de fatores como: saúde; dificuldade em ler e interpretar contratos; termos contratuais técnicos de difícil compreensão; dificuldade no entendimento de fórmulas inseridas nos contratos para fins de cálculos de juros; cobranças de juros abusivos; possibilidade de fraudes por membros da família ou por agentes das instituições bancárias, em benefício

próprio daqueles; empréstimo consignado em folha; caráter alimentar da pensão; reflexos na saúde do idoso pelas abusividades constatadas na oferta de produtos e serviços; pouco ou nenhum conhecimento de meios eletrônicos.

Com o objetivo de analisar a relação jurídica entre idosos e instituições bancárias, visando à conclusão do Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Unifor – Universidade de Fortaleza, utilizou-se metodologia qualitativa com pesquisa bibliográfica e descritiva. Ainda, sob método interpretativo e analítico, utilizou-se técnica de leitura específica e sistemática com consulta a sítios da rede mundial de computadores.

O texto é constituído de quatro capítulos e das considerações finais.

O primeiro capítulo analisa a dignidade da pessoa humana e a relevância constitucional do tema, enfocando o idoso enquanto titular desta dignidade.

O segundo capítulo discorre sobre o idoso no Brasil, suas realidades e perspectivas, a Política Nacional do Idoso e a Política de Atendimento, analisando também as medidas de proteção ao idoso e o acesso à justiça.

O terceiro capítulo aborda a importância do contrato enquanto instrumento de circulação de riquezas, estudando a sua função social.

O quarto capítulo refere-se ao mútuo bancário e idoso sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor e Estatuto do Idoso. Os abusos contratuais serão apresentados com a análise doutrinária e jurisprudencial do tema, esta última a demonstrar a tendência tribunalícia atual, em recentes julgados, conferindo dialeticidade ao tema, amadurecendo-o.

Por fim, registra-se a existência de uma vulnerabilidade especial e hipossuficiência, quando o consumidor de produtos e serviços bancários inserir-se na condição de idoso, vez que se por um lado não se pode impedir o desenvolvimento social e a circulação de riquezas através de contratos, por outro, o dirigismo contratual via intervenção estatal há de ser exercido com o fim precípua de garantir à população idosa os seus direitos mínimos com destaque para a proteção de sua vida e dignidade.

Na realidade sugestionada, apresentam-se o problema e suas soluções, mas, essencialmente, sugere-se a reflexão do tema com vistas à formação de uma consciência nacional para as gerações futuras.

Nesse cenário, a conclusão é no sentido de que a vulnerabilidade especial do idoso no mercado de consumo deva ser posta em prática, através da implementação de seus direitos, bem como da consciência da sociedade como um todo.

1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DO TEMA

A dignidade é atributo da pessoa à personalidade. Antes da dignidade vem a pessoa, e a ela agrega-se o valor da dignidade.

Explica Vasconcelos (2006, p. 5) que a personalidade é a qualidade de “ser pessoa no Direito”, vez que “a pessoa humana constitui o fundamento ético-ontológico do Direito. Sem pessoas não existiria Direito.”

Dignidade, em sentido estrito, traduz respeito; condições condignas de vida. O princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio-mor subjugado apenas ao direito fundamental à vida. E, em se tratando do idoso, tal princípio deve ser interpretado em conjunto com o princípio fundamental da igualdade, previsto na Constituição Federal de 1988.

Sobre o assunto, firma Guerra Filho (1999, p. 163):

Dentre os "princípios fundamentais gerais", enunciados no art. 1º da Constituição de 88, merece destaque especial aquele que impõe o respeito à *dignidade da pessoa humana*. O princípio mereceu formulação clássica na ética kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de molde a que o outro seja tratado como objeto, e não como igualmente um sujeito. (*grifo nosso*)

1.1 Dignidade da pessoa humana depois de 1945

O princípio da dignidade da pessoa humana tomou relevo após o advento da Segunda Grande Guerra Mundial, quando então passou a nortear os direitos do povo europeu com reflexos no restante do mundo.

Roseman (2003, p. 35), por exemplo, ao discorrer sobre o objetivo do Protocolo de *Wannsee*, enumera exemplos inimagináveis das atrocidades do homem e conseqüente desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana¹.

As atrocidades dos campos de concentrações nazistas, o desprezo pela vida humana, o próprio estado de barbárie verificado no período 1939-1945 levaram a humanidade a repensar o tema Direitos Humanos e a agir em prol de evitar a recorrência de referidos fatos para o bem das gerações futuras. Daí a criação da Organização das Nações Unidas (ONU).

Explica Canotilho (2003, p. 225) que:

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana, como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios. A compreensão da dignidade da pessoa humana associada à idéia de *homo noumenon* justificará a conformação constitucional da República Portuguesa onde é proibida a pena de morte (artigo 24.º) e a prisão perpétua (artigo 30.º/1). A pessoa ao serviço da qual está a República também pode cooperar na República, na medida em que a pessoa é alguém que pode assumir a condição de *cidadão*, ou seja, um membro normal e plenamente cooperante ao longo da sua vida.

Perelman, (2004, p. 94) explica que:

As concepções modernas do direito e do raciocínio judiciário, tais como foram desenvolvidas após a última guerra mundial, constituem uma reação contra o positivismo jurídico e seus dois aspectos sucessivos, primeiro o da escola da exegese e da concepção analítica e dedutiva do direito, depois o

¹ Diz o Autor: “Nos campos de trabalho de Odilo Globocnik, judeus que construam fortificações defensivas ao longo do rio Bug morriam aos magotes. Os guardas se divertiam com a brincadeira de fazê-los saltar de vagão em vagão em trens de carga em movimento. (...) O comandante de Auschwitz, Rudolf Hess declarou após a guerra que foi convocado por Himmler em 1941 e informado de que Auschwitz seria um centro de extermínio para os judeus. Durante seu julgamento em Jerusalém, Adolph Eichmann também disse ter sido informado no verão de 1941 de uma decisão fundamental de Hitler. Pensamos que por volta desse momento Himmler começou a pensar em usar gás como alternativa a tiros. Friedrich Suhr, jurista na RHSA, foi então oficialmente nomeado ‘Encarregado da Solução Final da Questão Judaica Européia, particularmente no exterior.’”

da escola funcional ou sociológica, que interpreta os textos legais consoante a vontade do legislador.

O positivismo jurídico, oposto a qualquer teoria do direito natural, associado ao positivismo filosófico, negador de qualquer filosofia de valores, foi a ideologia democrática dominante no Ocidente até o fim da Segunda Guerra Mundial. Elimina do direito qualquer referência à idéia de justiça e, da filosofia, qualquer referência a valores, procurando modelar tanto o direito como a filosofia pelas ciências, consideradas objetivas e impessoais e das quais compete eliminar tudo o que é subjetivo, portanto arbitrário.

Lembre-se que em decorrência do período autoritário e por força das conseqüências do pós-guerra no cenário mundial, afirma Lembo (2007, p. 158) que:

Segue a Constituição de 1988 a tendência do pós-guerra (1945), ao inserir os direitos fundamentais nos documentos elaborados após o conflito, nos artigos iniciais. O legislador constituinte brasileiro, como se constará pelo estudo do citado art. 5º, foi exuberante ao tratar dos direitos da pessoa.

Hodiernamente, a preocupação com a dignidade da pessoa humana é erigido a um dos mais altos princípios legados ao homem pelo homem. Prova disso é a preocupação diuturna encetada pela ONU aos povos reprimidos e suas tentativas em punir chefes de Estado que venham a praticar crimes contra a humanidade.

Piovesan (2007, p. 123) afirma que:

O significado do Tribunal de Nuremberg para o processo de internacionalização dos direitos humanos é duplo: não apenas consolida a idéia da necessária limitação da soberania nacional como reconhece que os indivíduos têm direitos protegidos pelo direito internacional. Testemunha-se, desse modo, mudança significativa nas relações interestatais, o que vem a sinalizar transformações na compreensão dos direitos humanos, que, a partir daí, não mais poderiam ficar confinados à exclusiva jurisdição doméstica. São lançados, assim, os mais decisivos passos para a internacionalização dos direitos humanos.

Barbosa (*apud* TORRES, 2007, p. 160) acrescenta que o princípio da dignidade da pessoa humana abrange as crenças ou opiniões de alguém e que:

A maneira de levar a sério as crenças e opiniões das pessoas é fazendo com que sejam compatíveis com outras crenças do mesmo indivíduo e de outros, o que implica promover a adoção, mudança ou abandono de crenças, não, por exemplo, por meio de modificações da realidade, para que esta se amolde a tais crenças ou mediante manipulações no cérebro humano, mas, sim, oferecendo argumentos e provas em seu favor ou não, ou seja, examinando os fatores que o indivíduo levou em conta para a formação da crença.

Nas palavras de Oliveira (2002, p.104), os princípios

“(..) são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível no âmbito das possibilidades fácticas e jurídicas; as regras, essas, são ‘determinações’ no âmbito das possibilidades fácticas e jurídicas – são normas que podem ser cumpridas ou não.”

Interessante destacar que Oliveira (2002, p. 108), citando Adalbert Podlech, elege os cinco “componentes elementares da dignidade da pessoa humana”. Seriam eles: “a segurança da vida individual e social; a igualdade jurídica; a proteção da identidade e da integridade da pessoa humana; o respeito pela ‘contingência corporal’ da pessoa humana; e a limitação do poder do Estado.”

Nesse cenário, verdade é que os direitos da pessoa humana evoluíram a ponto de serem incluídos em instrumentos constitucionais, passando, portanto, a serem conhecidos como direitos fundamentais.

Comparato² afirma que democracia “(...) hoje, só pode ser entendida como o regime da participação institucional do povo no governo, combinada com o respeito crescente aos direitos humanos.” Conseqüentemente, há necessidade de incorporação constitucional desses direitos, fato a resvalar no entendimento de que “os direitos fundamentais são os direitos naturais da pessoa elevados a nível constitucional, ou seja, positivados pelo legislador constituinte.” (LEMBO, 2007, p. 7)

² <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparatobr.html> , acesso em 15/11/2007.

No mesmo sentido, Comparato (2006, p. 516) diferencia os direitos humanos dos direitos fundamentais, afirmando que os direitos fundamentais “(...) são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades (...) são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis e nos tratados internacionais.” Cita o Art. 1º, alínea 2, da Constituição Federal Alemã, de 1949, através da qual: “o povo alemão reconhece que os direitos humanos (*menschenrechte*), invioláveis e inalienáveis, são o fundamento de toda a comunidade humana, assim como da paz e da justiça no mundo.”

Mas é bem verdade que a vigência dos princípios dá-se principalmente sobre a “consciência ética coletiva”, sendo que “(...) há sempre uma diferença marcante de qualidade entre os princípios aceitos numa comunidade tradicional e numa sociedade modernizada, sobretudo em matéria de direitos humanos.” (COMPARATO, 2006, p. 517)³

Bonavides (1998a, p. 516) divide os direitos fundamentais em quatro gerações⁴. De seu turno, Vasconcelos (2006, p. 7) lembra que:

Os espíritos mais otimistas pensaram que, após o fim da Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana deixaria de ser agredida, pelos menos maciça e sistematicamente. Foram desmentidos. Terminada a Guerra Fria renasceu a ilusão, mas por pouco tempo. Com um novo envolvimento político e circunstancial e com uma nova argumentação legitimadora, continuaram as pessoas a ser massacradas, perseguidas, torturadas, escravizadas,

³ Complementa o Autor: “Daí decorre que, muitas vezes, o avanço ético no respeito à dignidade humana só pode ser obtido, nas sociedades tradicionais, por meio da imposição, pelo poder do Estado, de regras precisas, de natureza proibitiva ou permissiva. É o caso, por exemplo, da prática da mutilação genital feminina em países africanos, da discriminação contra a mulher e o homossexual, em várias regiões do mundo, ou da exclusão social dos sem casta (os chamados ‘intocáveis’), na Índia.” (COMPARATO, 2006, p. 517-518)

⁴ Ao discorrer sobre os direitos fundamentais, Bonavides (1998a, p. 517) qualifica-os de primeira geração enquanto direitos de liberdade, “os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos”.

Os direitos de segunda geração, segundo o autor ora mencionado, dominaram o século XX, sendo “os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século”. (BONAVIDES, idem)

Os direitos de terceira geração seriam os “direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade.” Nesse cenário, seriam de quarta geração (BONAVIDES, 1998a, p. 516) o: (...) direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

segregadas e seqüestradas, aproveitadas para o tráfego de pessoas e de órgãos e, para a escravatura sexual, para novas espécies de servidão, ofendidas na sua dignidade de pessoas humanas.

Atualmente, no Brasil, não obstante a problemática apresentada anteriormente, os direitos fundamentais aplicam-se, no âmbito formal, a todos os cidadãos e, no que se refere ao idoso, possuem tratamento especial através da Lei 10.741/2003. Com a novel legislação, ainda que no plano formal, o idoso ganha força. A desigualdade outrora existente passa a constituir igualdade de condições, ao menos em tese, com a população mais nova que, hoje maioria, amanhã será minoria.

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado enquanto princípio da ordem econômica⁵ (GRAU, 2007, p. 195). Grau (*op. cit.*, p. 196) ressalta que “embora assuma concreção como direito individual, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos.”

No Estatuto do Idoso, destacam-se os seguintes preceitos infralegais diretamente relacionados ao tema dignidade humana:

Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

Art. 9º 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.

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§ 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:
I - faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
II - opinião e expressão;

⁵ “A dignidade da pessoa humana é adotada pelo texto constitucional concomitantemente como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, *caput* – ‘a ordem econômica ... tem por fim assegurar a todos existência digna’). (GRAU, 2007, p. 195)

- III - crença e culto religioso;
- IV - prática de esportes e de diversões;
- V - participação na vida familiar e comunitária;
- VI - participação na vida política, na forma da lei;
- VII - faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

§ 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

É notório que a proteção constitucional e a disciplina legislativa conferiram nova realidade ao idoso, mas nem por isso deixaram de existir abusos e ofensas perpetradas por particulares, bem como omissões do próprio Estado no tratamento conferido ao indivíduo de terceira idade.

Nesse cenário, a aplicação conjunta do Estatuto do Idoso e do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, reconhecendo-se a especial vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica do idoso, constituem importante ponto de partida para uma esmerada aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

1.1.1 A atenção ao idoso nos documentos internacionais e nacionais de direitos humanos

No âmbito internacional, a busca por um modelo geral de estado social em defesa dos direitos humanos tomou realce no dia 26 de junho de 1945, em São Francisco, quando um grupo de nações fez o mundo saber da Carta das Nações Unidas:

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvemos preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que, por duas vezes, no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade;
A reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas.

A estabelecer as condições necessárias à manutenção da justiça e do respeito das obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional;

A promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade;

E para tais fins, praticar a tolerância e a viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos;

Unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais;

Garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada, a não ser no interesse comum;

Empregar mecanismos internacionais para promover o progresso econômico e social de todos os povos;

Resolvemos conjugar os nossos esforços para a consecução desses objetivos.

Em vista disso, os nossos respectivos governos, por intermédio dos seus representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem os seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, adotaram a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.

A ONU – Organização das Nações Unidas⁶ –, por meio da Assembléia Geral – Art. 13 da Carta das Nações Unidas – tem por objetivo a promoção de estudos e o prolatar de recomendações visando à “...cooperação internacional no domínio econômico, social, cultural, educacional e da saúde e a favorecer o pleno gozo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, por parte de todos os povos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”

Dentre as atribuições do Conselho Econômico e Social da ONU⁷ está a de “fazer recomendações destinadas a assegurar o respeito efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos.”

Quanto ao Tribunal Internacional de Justiça⁸, é o principal órgão judicial das Nações Unidas, possuindo importância histórica na busca pelo respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

⁶ A ONU possui por órgãos, dentre outros, uma Assembléia Geral, um Conselho de Segurança, um Conselho Econômico e Social, um Conselho de Tutela, um Tribunal Internacional de Justiça e um secretariado.

⁷ Ver Art. 62 da Carta das Nações Unidas.

⁸ Ver Art. 92 da Carta das Nações Unidas.

1.1.2 Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948

No âmbito internacional, merece traslado o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada na Assembléia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948, que, em conjunto com a Carta das Nações Unidas, traça as diretrizes do direito internacional no que concerne às relações humanas⁹.

Sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem, Comparato (2006, p. 516) relembra que ela faz parte de uma gama de regras de direitos humanos “(...) decorrentes dos grandes princípios éticos, que puderam vigor como mandamentos obrigatórios na consciência coletiva dos povos”. Sobre o assunto, acrescenta Comparato (2006, p. 516):

⁹ Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os Membros da Família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem;

Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, á revolta contra a tirania e a opressão;

Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações.

Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados Membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais.

Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso.

A Assembléia Geral proclama

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universal e efetiva, tanto entre as populações dos próprios Estados Membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição. (COMPARATO, 2006, p. 517)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por exemplo, foi votada pela Assembleia Geral das Nações Unidas como uma recomendação do órgão aos seus membros, vale dizer, como um documento sem força vinculante. Com o passar dos anos, porém, a Declaração veio a ser considerada a expressão máxima da consciência jurídica universal em matéria de direitos humanos, e como tal foi reconhecida pela Corte Internacional de Justiça.

Bobbio (2004, pp. 52 -54) entende que a Declaração Universal dos Direitos do Homem representa “...um ponto de partida para uma meta progressiva...”, sustentando, ainda, que:

(...)

Os direitos elencados na Declaração não são os únicos e possíveis direitos do homem: são os direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente dos redatores da Declaração após a tragédia da Segunda Guerra Mundial, numa época que tivera início com a Revolução Francesa e desembocara na Revolução Soviética.

(...)

A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre.

Quero dizer, com isso, que a comunidade internacional se encontra hoje diante não só do problema de fornecer garantias válidas para aqueles direitos, mas também de aperfeiçoar continuamente o conteúdo da Declaração, articulando-o, especificando-o, atualizando-o, de modo a não deixá-lo cristalizar-se e enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto mais vazias.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, dessa feita, constitui-se em verdadeiro instrumento transformador da sociedade no mundo após as atrocidades ocorridas na Segunda Grande Guerra (1939-1945); e, muito embora outras guerras se verificaram, a exemplo da ocorrida nos Bálcãs na década de 1990, Vietnã, conflitos na Palestina, Iraque, dentre outras, verdade é que a Declaração Universal dos Direitos Humanos influenciou as diretrizes constitucionais dos países europeus e do Brasil, como se verifica na Carta de 1988.

Veja-se, como exemplo, o Art. 1º da Constituição Holandesa em vigor, consoante o qual, “all persons in the Netherlands, shall be treated equally in equal

circumstances. Discrimination on the grounds of religion, belief, political opinion, race or sex or any other grounds whatsoever shall not permitted¹⁰.

Conclui-se que a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 é a principal responsável pela inserção dos direitos naturais das pessoas nas Cartas Políticas pós 1945. Através dela, os povos, de uma forma geral, conscientizaram-se de que o “conjunto da comunidade humana se interessava por seu destino¹¹.”

1.1.3 A Convenção Americana de Direitos Humanos e o Envelhecimento

Direitos humanos e envelhecimento caminham juntos. O indivíduo não perde seu caráter de pessoa sujeito a direitos e deveres por sua idade avançada. Afinal, o envelhecimento é uma das fases pela qual passa o titular daqueles direitos.

Partindo do pressuposto de que soberania é poder político supremo (NERY JÚNIOR & NERY, 2006, p. 117)¹², e que implica na supremacia do Estado na ordem interna e externa, pode-se dizer que, no aspecto concernente a tratados internacionais,

o Estado Soberano pode vir a permitir a ingerência – *desde que obedecido o trâmite processual para entrada em vigência de dado Tratado na ordem interna* – da ordem mundial, em sua legislação interna, acontecimento que atinge a parcela da terceira idade no que for de seu interesse. (*grifo nosso*)

¹⁰ Tradução livre: “Todas as pessoas, na Holanda, devem ser tratadas com igualdade. Discriminações religiosas, de crenças, opiniões políticas, de raça ou sexo ou quaisquer outras não são permitidas.”

¹¹ (PIOVESAN, 2007, p. 131)

¹² NERY JUNIOR, Nelson *et al.* *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*, São Paulo: RT, 2006, p. 117.

A Convenção dos Direitos Humanos de 1969 é também conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, o qual foi ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. No cenário nacional, o Decreto Legislativo n. 89, de 3 de dezembro de 1998 aprovou

a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do artigo 62 daquele instrumento internacional.

Em seu Art. 1º, lê-se:

Artigo 1º - É aprovada a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do artigo 62 daquele instrumento internacional.

Dentre outros assuntos, o Pacto reconhece que

Os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados Americanos.

O Art. 5º da referida convenção discorre sobre o “direito à integridade pessoal”, rezando o item 1 de mencionado artigo que “toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.”

A proteção da honra e da dignidade encontra previsão encontra guardada no Art.11 do Pacto de San José da Costa Rica, a saber:

Art. 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

A proteção à família está no Art. 17 do Pacto, sendo esta definida enquanto “(...) núcleo natural e fundamental da sociedade”; e, que “(...) deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.”

De sua parte, o Art. 21, §3º, do Pacto prevê que “tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.” Ao comentar o referido Artigo, Comparato (2007, p. 371) assim o faz:

Da maior importância também, no art. 21, é a disposição do §3º, determinando a punição da usura e de todas as formas de exploração do homem pelo homem. Os Harpagões do mundo contemporâneo já não são os agiotas isolados e encobertos, mas sim, os controladores e dirigentes de bancos e outras instituições financeiras, que exploram organizadamente os consumidores necessitados, os agricultores e os pequenos empresários urbanos, não raro com o apoio e incentivo das autoridades governamentais, em nome do liberalismo econômico.

O Pacto em comento também menciona direitos políticos e oportunidades (Art. 23). Além disso, dispõe que as oportunidades podem ser reguladas por lei exclusivamente, dentre outros, pelo fator etário, o que atinge a população idosa com suas conseqüências benéficas, justamente por prever tratamento especial ao idoso.

A igualdade perante a lei resta consignada no bojo do Art. 24 do Pacto sob análise: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.”

Ora, considerando-se que a idade não revoga os direitos de personalidade e fundamentais do ser humano idoso, cabe ilação no sentido de que em lídima interpretação sistemática coexistem no ordenamento jurídico o Pacto de San José

da Costa Rica, o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor, com prevalência deste último no caso de antinomia jurídica, por sua especialidade.

1.1.4 Resolução 46/91 da ONU

A Resolução 46/91 da ONU traz os Princípios das Nações Unidas para o Idoso, sendo definitivamente aprovada na Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1991.

Garantindo a sua independência, são direitos do idoso: ter acesso à alimentação, água, moradia, a vestuário, à saúde, ter apoio familiar e comunitário; ter oportunidade de trabalhar ou ter acesso a outras formas de geração de renda; a decisão sobre o momento em que se afastará do mercado de trabalho; acesso à educação permanente e a programas de qualificação e requalificação profissional; viver em ambientes seguros adaptáveis à sua preferência pessoal, que sejam passíveis de mudanças, e poder viver em sua casa pelo tempo que for viável.

Quanto ao quesito participação dá direito ao idoso a permanecer integrado à sociedade, participar ativamente na formulação e implementação de políticas que afetam diretamente seu bem-estar e transmitir aos mais jovens conhecimentos e habilidades; aproveitar as oportunidades para prestar serviços à comunidade, trabalhando como voluntário, de acordo com seus interesses e capacidades, bem como, poder formar movimentos ou associações de idosos.

No que tange à assistência, é direito do idoso: beneficiar-se da assistência e proteção da família e da comunidade, de acordo com os valores culturais da sociedade; assistência à saúde para manter ou adquirir o bem-estar físico, mental e emocional, prevenindo-se da incidência de doenças; e, o acesso a meios

apropriados de atenção institucional que lhe proporcionem proteção, reabilitação, estimulação mental e desenvolvimento social, em um ambiente humano e seguro; ter acesso a serviços sociais e jurídicos que lhe assegurem melhores níveis de autonomia, proteção e assistência; exercício dos direitos e liberdades fundamentais, quando residente em instituições que lhe proporcionem os cuidados necessários, respeitando-se sua dignidade, crença e intimidade. Deve desfrutar, ainda, o direito de tomar decisões quanto à assistência prestada pela instituição e à qualidade de sua vida.

No que respeita à sua auto-realização, o idoso tem direito a aproveitar as oportunidades para total desenvolvimento de suas potencialidades; ter acesso aos recursos educacionais, culturais, espirituais e de lazer da sociedade.

No que se relacionam à dignidade, seus direitos apontam para uma vida com dignidade e segurança, livre de exploração e maus-tratos físicos e/ou mentais; ser tratado com justiça, independente da idade, sexo, raça, etnia, deficiências, condições econômicas ou outros fatores.

1.1.5 Programa Nacional de Direitos Humanos I (dec.1904/1996)

O Decreto nº N. 1.904, de 13 de maio de 1996, em consonância com o artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, instituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH. Seu desiderato repousa no Art. 1º, *verbis*:

Artigo 1º - Fica instituído o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH, contendo diagnóstico da situação desses direitos no País e medidas para a sua defesa e promoção, na forma do Anexo deste Decreto.

Os objetivos do Programa são identificados em seu art. 2º:

Artigo 2º - O PNDH objetiva:

I - a identificação dos principais obstáculos à promoção e defesa dos direitos humanos no País;

II - a execução, a curto, médio e longo prazos, de medidas de promoção e defesa desses direitos;

III - a implementação de atos e declarações internacionais, com a adesão brasileira, relacionados com direitos humanos;

IV - a redução de condutas e atos de violência, intolerância e discriminação, com reflexos na diminuição das desigualdades sociais;

V - a observância dos direitos e deveres previstos na Constituição, especialmente os dispostos em seu artigo 5º;

VI - a plena realização da cidadania.

As ações relativas à execução e ao apoio do Programa Nacional dos Direitos Humanos são prioritárias (Art. 3º), sendo o Programa coordenado pelo Ministério da Justiça, com a participação e apoio dos órgãos da Administração Pública Federal.

O anexo ao Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996, que instituiu o Programa Nacional dos Direitos Humanos contém as políticas públicas para proteção e promoção dos direitos humanos no Brasil, sendo meta, a curto prazo, a proposição de legislação, proibindo todo tipo de discriminação com base em idade.

No que se refere à Terceira Idade, a curto prazo objetivam-se: prioridade obrigatória de atendimento às pessoas idosas em todas as repartições públicas e estabelecimentos bancários do país; facilitação do acesso das pessoas idosas a cinemas, teatros, *shows* de música e outras formas de lazer público; apoio às formas regionais denominadas ações governamentais integradas, para o desenvolvimento da Política Nacional do Idoso.

A médio prazo, o foco é a criação e fortalecimento dos conselhos e organizações de representação dos idosos, incentivando sua participação nos programas e projetos governamentais de seu interesse; o incentivo ao equipamento

de estabelecimentos públicos e meios de transporte de forma a facilitar a locomoção dos idosos.

A longo prazo, busca-se generalizar a concessão de passe livre e precedência de acesso aos idosos em todos os sistemas de transporte público urbano; o criar, fortalecer e descentralizar programas de assistência aos idosos, de forma a contribuir para sua integração à família e à sociedade e incentivar o seu atendimento no seu próprio ambiente.

1.1.6 Programa Nacional de Direitos Humanos II (Dec. 4229/2002)

O Decreto nº 4.229, de 13 de maio de 2002, dispõe sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH, instituído pelo Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996, afirmando, em seu art. 1º, que “o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH, instituído pelo Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996, contém propostas de ações governamentais para a defesa e promoção dos direitos humanos, na forma do Anexo I deste Decreto.

O Decreto nº 4.229/02 entrou em vigor na data de sua publicação revogando o Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996. A segunda versão do Programa Nacional dos Direitos Humanos elenca rol maior de previsões para a política pública nacional que visa instituir tais direitos.

No Programa, encontram-se as diretrizes da política pública referente a indivíduos idosos: criação, fortalecimento e descentralização de programas de assistência aos idosos, de acordo com a Lei nº 8.842/94, de forma a contribuir para sua integração à família e à sociedade e a incentivar o atendimento no seu próprio ambiente; estimulação da fiscalização e o controle social dos centros de atendimento

a idosos; apoio a programas destinados à capacitação de cuidadores de idosos e de outros profissionais dedicados ao atendimento ao idoso; remoção de barreiras arquitetônicas, ambientais, de transporte e de comunicação para facilitar o acesso e a locomoção da pessoa idosa aos serviços e áreas públicas e aos edifícios comerciais.

O referido Programa prevê, ainda, a adoção de medidas para estimular o atendimento prioritário às pessoas idosas nas instituições públicas e privadas; fomento da educação continuada e permanente de idosos e apoiar a implantação de programas “voluntário idoso”, como forma de valorizar e reconhecer sua contribuição para o desenvolvimento e bem-estar da comunidade; apoio a programas de estímulo ao trabalho do idoso, inclusive por meio de cooperativas de produção e de serviços; desenvolvimento de programas de habitação adequados às necessidades das pessoas idosas, principalmente em áreas carentes; a adoção de medidas para que o documento de identidade seja aceito como comprovante de idade para a concessão do passe livre nos sistemas de transporte público.

Não olvida o Programa Nacional de elencar o combate à violência e à discriminação contra a pessoa idosa, inclusive por meio de ações de sensibilização e capacitação, estudos e levantamentos estatísticos que contribuam para prevenir a violação de seus direitos; adoção de medidas para assegurar a responsabilização de familiares pelo abandono de pessoas idosas; incentivo da criação, nos estados e municípios, de serviços telefônicos de informação, orientação e recepção de denúncias (disque-idoso).

1.1.7 Primeira Conferência Nacional da Pessoa Idosa (24/05/2006)

No Brasil, cresce dia a dia o movimento em prol da defesa dos direitos da pessoa idosa. A primeira Conferência Nacional da Pessoa Idosa ocorreu no período de 23 a 24 de maio de 2006, em Brasília.

A Conferência¹³ teve por objetivo geral, segundo seu regimento interno, a definição de “(...) estratégias para a implementação da Rede de Proteção e Defesa da Pessoa Idosa; e, por objetivos específicos, dentre outros, “(...) a proposição de articulação entre os órgãos e a divulgação dos instrumentos legais existentes que garantem a implementação dos serviços que devam compor a Rede de Proteção e Defesa da Pessoa Idosa; a divulgação das “ações dos Conselhos dos Direitos do Idoso e difundir as políticas e planos internacionais, nacionais e regionais voltados para a pessoa idosa, estimulando a participação da sociedade”; a constituição de “espaço de apresentação e articulação de proposições para Construção da Rede Nacional de Proteção e defesa dos direitos da pessoa idosa”; o esclarecimento do “(...) caráter, os princípios, a estrutura e a estratégia de implementação da Rede de Proteção e Defesa à Pessoa Idosa”; a renovação do “compromisso dos diversos setores da sociedade e do governo com a implementação da Rede de Proteção e Defesa da Pessoa Idosa”.

Tratou, outrossim, de estabelecer “prioridades de atuação aos órgãos governamentais nas três esferas de governo responsáveis pela implementação da Política Nacional do Idoso, e conseqüente Rede de Proteção e Defesa da Pessoa Idosa”; a identificação dos “(...) desafios à implementação da Rede de Proteção e Defesa da Pessoa Idosa”; a deliberação “(...) sobre a estratégia de seguimento e de monitoramento das deliberações da I Conferência Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa e das políticas públicas”; e, o estímulo à “(...) criação dos Conselhos Municipais e Estaduais ainda não existentes e fortalecer os já instalados”.

O diferencial da Conferência localiza-se no fato de que nela foram discutidos caminhos para implementação do direito dos idosos.

1.1.8 Compreensão do conceito *idoso* nos documentos internacionais e o critério adotado pela legislação brasileira

Prevalece no direito internacional o critério objetivo para conceituação do indivíduo idoso. Enquanto a OIT – Organização Internacional do Trabalho considera

¹³ (http://www.mj.gov.br/sedh/ct/cndi/Regimento_Conferencia.doc), acesso em 25/11/2007

a idade cronológica de 65 (sessenta e cinco) anos, a OMS – Organização Mundial de Saúde – considera o início da terceira idade aos 60 (sessenta) anos.

Hoje, as expressões usuais utilizadas para identificar o indivíduo com mais idade são “idoso” e “terceira idade”. Em sincronia com esta nova realidade e em respeito aos que nela se encaixam, abole-se, desde já, a utilização do vocábulo “velho” por entendê-lo ultrapassado e por possuir significado ambíguo, sendo também historicamente relacionado com “indivíduo improdutivo”, ou seja, aquele que nada produz e, acima de tudo constitui-se em um fardo para a família e a sociedade.

Muito se fala hoje sobre exclusão social do idoso, culpando-se, ato contínuo, o sistema capitalista. Contudo, antes que o capitalismo seja considerado o grande vilão da exclusão social do idoso, convém lembrar que antes dele, algumas culturas já demonstravam exclusão histórica do idoso, a exemplo dos esquimós no passado, que abandonavam os mais velhos nas gélidas planícies, quando estes não mais se encontravam aptos às caminhadas nômades – características desse povo.

Em rápida digressão histórica, destaca-se a importância do idoso em outras culturas, cabendo apontar seu relevo no Senado e no Conselho dos Prudentes, ambos em Roma Antiga. Ainda, em Israel, relevava-se a importância conferida aos idosos na condução da vida política das comunidades (BOBBIO, 1997).

Em “Saber Envelhecer” Cícero faz interessante abordagem sobre o assunto e demonstra o quão importante deve ser a velhice considerada, posto que nem todos nela chegam e o foco deveria ser o aproveitamento do tempo que resta (idem, p. 54). Bobbio (1997), de seu turno, relembra que os pensamentos dos idosos tendem ao enrijecimento, razão pela qual se declarava manter alerta a tal aspecto.

Ademais disso, a improdutividade do indivíduo como justificativa do seu abandono pela sociedade fere e malferre uma das principais teses sobre a formação da sociedade, ou seja, o Contrato Social. Rousseau (*apud* BIAGI, 2005, p. 33) afirma

que se a proteção do indivíduo pela sociedade dá direito a esta de convocá-lo à guerra, por exemplo, onde até a vida pode-lhe ser abstraída em lídima predominância da coletividade. Não se torna justo, portanto, que a mesma coletividade venha a abandonar-lhe quando ele mais dela necessita.

Volvendo ao critério adotado para configuração do idoso neste trabalho, afasta-se o critério subjetivo de “cidadão improdutivo”¹⁴ por ser falacioso em sua própria essência. De suas premissas não decorre conclusão lógica pelos simples fato de que a idade não constitui marco essencial da improdutividade, sendo, outrossim, perfeitamente possível o encontrar de indivíduos de meia-idade e jovens que por razões físicas ou psicológicas não sejam produtivos.

Afastada a utilização de critério subjetivo para definição de indivíduo idoso, elege-se, por exclusão, a utilização de critério objetivo, justamente aquele disposto em leis que tratam do assunto. A opção por critério misto subjetivo-objetivo, entremostra-se inviável diante das peculiaridades do tema, pois geraria enorme dificuldade prática na aplicação da lei a casos concretos. Entretanto, ainda que eleito o critério objetivo por ser o mais adequado, um segundo aspecto emerge enquanto indagação hermenêutica imediata: Diante dos dispositivos legais que tratam do idoso, qual critério objetivo utilizar?

Antes da resposta à indagação, convém destacar que a legislação pátria, quando não faz referência expressa à idade, ao tratar do idoso, simplesmente utiliza a expressão “mais idoso” para patentear a preferência de alguém, perante outrem, em dada situação fática que corresponde a um ato jurídico.

¹⁴ “Com o advento da Revolução Industrial, quando a produção de bens materiais passou a gerir a economia dos países, a educação se tornou massificada e o papel do idoso deixou de ser relevante por não mais participar da cadeia produtiva. Os ‘velhos’, então, passaram a representar um fardo para os filhos, bem como para a sociedade, no cumprimento de suas tarefas diárias na busca da sobrevivência. Deste modo, muitos foram abandonados tanto pela família quanto pela sociedade.” (ARAGÃO, 2001, p. 128)

É assim no caso de desempate para eleição do cargo de Presidente da República, no art. 77 da Carta de 1988 – “qualificar-se-á o mais idoso” – e na locação com pluralidade de pretendentes, por exemplo. (BRASIL,2004)

O Estatuto do Idoso, em seu Art.71, ao estabelecer idade de 60 (sessenta) anos para trâmite processual prioritário, e, sendo norma posterior, resta por revogar o Art. 1211 do CPC, o qual previa trâmite prioritário para idosos acima de 65 (sessenta e cinco) anos¹⁵.

Decerto que o critério cronológico apresenta inúmeras dificuldades, sendo a principal a questão da falta de individualização daquele que se deseja inserir na terceira idade, como, também, critérios biológicos apresentariam problemática ainda maior, à medida que em dados indivíduos a saúde é melhor do que em outros, não obstante a diferença de idades.

Aragão (*apud* SALES 2001, p. 139) lembra que:

Visualiza-se, de imediato a opção do legislador pelo critério de definição do tipo cronológico, não importando o sexo, a capacidade obreira de suficiência e o tipo de trabalho executado ao longo da vida, se rural ou urbano. Também

¹⁵ Estatuto do Idoso:

Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.

§ 1º O interessado na obtenção da prioridade a que alude este artigo, fazendo prova de sua idade, requererá o benefício à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará as providências a serem cumpridas, anotando-se essa circunstância em local visível nos autos do processo.

§ 2º A prioridade não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de 60 (sessenta) anos.

§ 3º 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.

§ 4º 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.

CPC:

Art. 1211-A. Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos terão prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância. (AC) (Artigo acrescentado pela Lei nº 10.173, de 09.01.2001, DOU 10.01.2001, com vigência a partir de 60 dias da publicação)

não se cogita em um critério de avaliação funcional, pois, subjetiva, geraria decerto graves injustiças, embora seja real o fenômeno do envelhecimento precoce encontrado em regiões do Nordeste e Norte do Brasil.

Nesse cenário, para fins do presente trabalho, considera-se idoso o indivíduo com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, como bem preconiza a legislação infralegal que rege o tema e alhures mencionada. A divulgação e aplicação do novel instituto tornam-se prementes para o surgimento de uma cultura de consciência nacional junto à crescente comunidade idosa.

O silogismo adotado parte, pois, da idade cronológica do indivíduo com idade igual ou superior a sessenta anos e daí, ramifica-se, consoante diferentes realidades, analisadas à luz do Estatuto do Idoso e do Código de Defesa do Consumidor, a exemplo de hipossuficiência como fundamento para proteção legal, abusividade de cláusulas, preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, tópicos estes abordados no bojo deste estudo.

A perfeita inserção do idoso no cenário sócio-jurídico nacional representa verdadeira justiça social aos que, portadores de enfermidade ou não, representaram e representam valor cultural por demais importante para o continuísmo da vida social. Este movimento silencioso e crescente resvalou na recente promulgação, em 28 de dezembro de 2006, da Lei 11.433, a qual criou o Dia Nacional do Idoso designando a data anual de 1º de outubro para seus festejos, mesma data da promulgação do Estatuto do Idoso.

Pela primeira vez em sua história, a nação brasileira demonstra preocupação legislativa com o fenômeno social do aumento de população idosa; e, a aplicação da lei e a interpretação de casos concretos tendem a conduzir os operadores do Direito, bem como a sociedade em geral, através de suas entidades e da consciência individual a uma realidade de pacificação sócio-jurídica.

A tendência é realmente o estabelecimento de comportamentos sociais mínimos no que concerne à inserção social do idoso, até mesmo porque com o aumento de dita parcela populacional haverá uma ingerência maior dos interessados na aplicação da política prevista no Estatuto do Idoso.

Contudo, não se há de esquecer que a realidade brasileira enceta para a existência de diferentes cenários. Como exemplos, recordam-se o abismo social entre as classes no Brasil e a diferença cultural entre o idoso residente nas grandes capitais e o idoso que reside no interior dos estados, diferença esta que é por demais descompassada em se considerando o nível educacional das regiões do Estado brasileiro, como a região nordeste e a sudeste.

Importantes, destarte, o estudo e reflexão do tema dentro da realidade sócio-jurídica brasileira. A problemática existe, encontra-se em processo de crescimento mas, doutro lado, a sociedade e os operadores do Direito já dispõem de instrumentos constitucionais e infralegais para levar a cabo as abusividades perpetradas contra a população idosa, sobretudo no que concerne ao contrato de mútuo bancário. É que a grande maioria da população idosa nacional encontra-se à mercê dessa nova prática bancária, na qual contratos são assinados diariamente sem o cuidado necessário para os mais mezinhos direitos do cidadão-idoso, sendo ainda mais grave a situação no interior dos estados da nação.

E, nessa realidade, de tudo acontece: crimes de *internet*, clonagem de cartões bancários, cobrança de seguro para fins de concessão de empréstimos quando a teoria do risco empresarial deveria prevalecer, sobretudo, diante da segurança do empréstimo mediante desconto em folha, familiares que se aproveitam ou não de condição precária do idoso para efetivação de empréstimos bancários, contratos de novação com o idoso, solicitação de assinaturas em instrumentos procuratórios, para fins de saques de valores referentes a empréstimos, anatocismo, negociações ilícitas de bancos de dados.

1.2 Direitos da pessoa enquanto fundamentos da República Federativa do Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é conhecida como “Constituição Cidadã” ou “Constituição Coragem”, devido ao prólogo elaborado pelo então Deputado Ulysses Guimarães, publicado e depois recolhido pela Mesa do Congresso nacional.

A Assembléia Nacional Constituinte Brasileira foi marcada pela recente saída do período autoritário o que, segundo Lembo (2007, p. 158), levou a um excesso de explicitação sobre o tema direitos da pessoa. Como exemplo, enumera referido autor o preâmbulo constitucional quando se refere ao “exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar”, a indicação da República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito no Art. 1º do corpo constitucional e as conseqüentes menções à cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e à livre iniciativa¹⁶.

Lembo (2007, p.158) também cita o inciso IV do Art. 3º da Constituição Federal, consoante o qual a República brasileira possui, dentre outros, enquanto objetivo fundamental a promoção do bem de todos “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Ainda, segundo o autor, os direitos da pessoa ¹⁷restam resguardados nas relações internacionais

¹⁶ Também referenciada no Art. 170 da CF/88.

¹⁷ A Constituição Coragem.

O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania.

A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país.

Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem.

Gratificante testemunha a primazia do homem, que foi escrita para homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição cidadã.

Cidadão é o que ganha. Come, sabe, mora, pode se curar.

A Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade.

Por isso mobiliza, entre outras, novas forças para o exercício do governo e a administração dos impasses. O governo será praticado pelo executivo e pelo legislativo.

Eis a inovação da Constituição de 1988: dividir competências para vencer dificuldades, contra a ingovernabilidade concentrada em um , possibilita a governabilidade de muitos.

É a Constituição coragem.

Andou, imaginou, inovou, ouviu, viu, destróçou tabus.

pelos princípios da “prevalência dos direitos humanos”, “repúdio ao terrorismo e ao racismo” e na “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade”, princípios estes consagrados no texto do Art. 4º da Carta Cidadã de 1988.

Assevera o Art. 1º da Constituição Brasileira em vigor que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, por derradeiro, o pluralismo político.

Nunca é demais relembrar que os fundamentos da República Brasileira são desejados ou tracejados pelo povo, através do poder constituinte, já que em conformidade com o parágrafo único do Art. 1º da Carta Política de 1988, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Segundo Lembo (2007, p. 159), os direitos da pessoa dividem-se em três grandes grupos: os direitos fundamentais (Art. 5º CF/88); os direitos sociais (Arts. 6º e 7º da CF/88); e os direitos garantidores da ordem social, localizados esparsamente no texto constitucional¹⁸.

No cenário jurídico brasileiro, o direito do idoso encontra-se intimamente ligado ao direito à vida, ao direito à dignidade e a vários outros princípios expressos na Constituição e no Estatuto do Idoso. É o direito do homem, da pessoa em toda sua plenitude, que não perde esta condição com o passar dos anos e, como tal, merece a proteção do Estado.

Tomou partido dos que sós se salvam pela lei.

A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça.

¹⁸ Ex.: seguridade social (Arts. 194 e 195), saúde (Arts. 196 a 200), previdência social (Arts. 201 e 202), assistência social (Arts. 203 e 204), educação (Arts. 205 a 214), cultura (Arts. 215 e 216), desporto (Art. 217), ciência e tecnologia (Arts. 218 e 219), comunicação social (Arts. 220 a 224), meio ambiente (Art. 225), família, criança, adolescente e idoso (Arts. 226 a 230), índios (Art. 231), negros (Art. 68 da ADCT).

Desejou o legislador que o idoso fosse incluído, na Constituição Federal, no capítulo relativo à família. O direito dos idosos, no âmbito constitucional, encontra previsão nos Arts. 229 e 230 da Carta Magna¹⁹.

Imperioso destacar, contudo, que os direitos dos idosos não se restringem à interpretação literal, finalística e hermenêutica dos Arts. 229 e 230 da Constituição da República, vez que, como já mencionado, aos idosos aplicam-se todos os direitos fundamentais, sociais e garantidores da ordem social, pois, acima de tudo, são direitos da pessoa positivados no ordenamento jurídico nacional e, como tais, devem ser vistos e interpretados sistematicamente em conformidade com todos os direitos da pessoa previstos na Carta Política da Nação.

O desiderato constitucional foi complementado, no plano infralegal, pelas leis nº 8.842/94 e 10.741/2003, esta última conhecida por Estatuto do Idoso. Assim, a supremacia constitucional encontra-se positivada e consagrada nos Arts. 229 e 230, acima transcritos e em inúmeros outros preceitos e princípios constitucionais, a exemplo dos enumerados nos Arts. 1º e 5º da Constituição Federal em vigor. Contudo, a supremacia constitucional não é apenas formal, o sendo também material, como bem explica Bonavides (1998b, p. 478):

A conformidade da lei com a Constituição não consiste apenas em verificar formalmente se a lei está de acordo com a regra suprema, mas em determinar também a compatibilidade material, por onde resulta que um conteúdo equívoco ou incerto da lei será aferido por igual pelo conteúdo da norma constitucional. As normas constitucionais, como assinala Hesse, não são apenas normas de exame (*Prüfungsnormen*), mas normas materiais (*Sachnormen*) de aferição do teor da lei ordinária. A unidade da ordem jurídica e o sistema de valores de que o ordenamento jurídico se acha impregnado são elementos decisivos no aferir materialmente a constitucionalidade dos atos normativos mediante o emprego do método da interpretação conforme a Constituição.

¹⁹ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º. Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º. Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

A Constituição Federal de 1988 é uma das mais avançadas do mundo, fruto que foi do estudo, pela Assembléia Nacional Constituinte, dos inúmeros tratados internacionais que gravitavam e gravitam ao redor da raça humana, tanto é assim, que é também conhecida por Carta Cidadã, tamanho o leque de direitos erigidos à categoria constitucional que foram insertos em seu bojo. Inclusive, hoje, urge realçar ser pacífico o entendimento de que seu preâmbulo²⁰ encerra fundamentação principiológica.

Nesse diapasão, despiciendo melhor exercício hermenêutico para chegar-se à ilação de que a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa, bem como o pluralismo político são fundamentos da República Federativa ligados direta e indiretamente à terceira idade em nosso país.

Não se pode, outrossim, olvidar do Art. 226 da Constituição Federal²¹, o qual veio a erigir à norma constitucional a importância da família, ramo do direito privado em nosso ordenamento jurídico pátrio, e que passa por profundas modificações nos conceitos de seus institutos. Os Arts. 229 e 230 da Carta da República complementam o Art. 226.

O idoso, portanto, por vontade do legislador, é parte da família, sendo indivíduo economicamente ativo, contribuinte das despesas da casa e, muitas vezes, ainda profissionalmente ativo.

²⁰ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

²¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

(...)

§ 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Ao proferir seu comentário sobre o tema, Mendes (2007, p. 1307) explica que:

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

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

A Constituição Brasileira em vigor, promulgada após longo período ditatorial, não poderia prescindir de direitos cujo manancial fora justamente as regras e princípios ínsitos tanto na Carta das Nações Unidas, quanto na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Apenas a título de ilustração, citam-se, a seguir, intersecções entre mencionados diplomas e a Constituição Brasileira.

O princípio da igualdade, brilhantemente apregoado no início do Art. 5º da Carta Política Brasileira de 1988, traz como teor: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. Tal princípio coaduna-se com o Art. 7º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a saber:

Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

O inciso I do Art. 5º da Constituição Federal, ao afirmar que homens e mulheres têm direitos e obrigações iguais, corrobora com os artigos primeiro e

segundo da Declaração sob comento, o qual afirma que os seres humanos nascem livres em dignidade e em direitos e, outrossim, que podem invocar os direitos e as liberdades previstos na Declaração sem distinção de sexo, cor, religião, língua, opinião política ou situação outra.

A proteção da lei contra ataques á honra e reputação, bem como a proibição de intromissão arbitrária na vida privada e na família, previstas no Art. 12 da Declaração Universal ora estudada, encontra paralelo no inciso X do Art. 5º da CF/88, onde se verifica que, por normativa constitucional, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, bem como no inciso XI, do mesmo artigo da CF/88, onde se lê que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Os direitos sociais consagrados no Art. 6º da Constituição Federal de 1988 também encontram seu nascedouro na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Diz a Constituição:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 26 de 2000, DOU 15.02.2000)

O artigo constitucional acima mencionado encontra nascedouro na Declaração Universal dos Direitos da Humanidade, com destaque para os seguintes preceitos ali existentes: direito ao trabalho e condições satisfatórias para seu desenvolvimento (Art. 23); direito ao repouso e lazeres (Art. 24); direito a nível de vida suficiente para que a família goze de saúde, bem-estar, alimentação, assistência médica, vestuário, segurança no desemprego, na invalidez, doença, velhice e viuvez (Art. 25); direito à educação gratuita, ao menos no ensino

elementar, o qual é obrigatório. Há previsão de que o ensino técnico e profissional seja aplicado de forma geral e, ainda, acesso aberto a todos no que se refere aos estudos superiores (Art. 26); direito de tomar parte na vida cultural da comunidade (Art. 27).

Entretanto, mais do que alhures pugna-se pela importância de interpretação constitucional do tema, devendo os princípios e preceitos da Constituição Federal serem utilizados enquanto vetores na aplicação da legislação infraconstitucional que rege o assunto, com destaque para o princípio da máxima efetividade²². Os aspectos constitucionais e legais que regem a temática em questão serão explicitados no capítulo seguinte.

²² Diz Gilmar Ferreira Mendes (2007: 111): “Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo.”

2 SER IDOSO NO BRASIL: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

A promulgação da Lei 8.842, de 4 de janeiro de 1994, a qual dispõe sobre a política nacional do idoso e, do Estatuto do Idoso através da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 principiou por conferir ao idoso brasileiro a importância até então esquecida.

Destacam-se, outrossim, outros diplomas legais na regulação do assunto: o Decreto 4.227, de 13 de maio de 2002, cria o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso (CNDI); o Decreto 4.671, de 10 de abril de 2003, aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, órgão integrante da Presidência da República; Decreto 2.181, de 20 de março de 1997, que dispõe sobre a organização do SNDC, Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, e estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 e revoga o Decreto 861, de 9 de julho de 1993, além de dar outras providências; Decreto 1.948, de 3 de julho de 1996, que regulamenta a Lei 8.842/94, acima mencionada que, de seu turno, dispõe sobre a Política Nacional do Idoso.

2.1 Realidade e perspectivas: O idoso no Brasil – quem é e o que representa?

O grande marco divisor para mudança, ainda que no campo formal, da realidade do idoso no Brasil foi a promulgação do Estatuto do Idoso, agora realidade inarredável em nosso ordenamento jurídico. Em outras palavras, a promulgação do Estatuto do Idoso tende a modificar uma realidade que pode muito bem ser traduzida no Brasil pela máxima de que direitos de terceira idade não são problemas, mas sim, direitos de terceira idade no terceiro mundo.

A dinâmica social de inserção dos idosos relembra as palavras de Maquiavel (2003, p. 51) ao afirmar que nada é mais difícil nem de êxito mais duvidoso do que iniciar-se uma nova ordem das coisas, vez que o reformador possui inimigos em todos aqueles em que a ordem antiga beneficiava e somente tímidos defensores que poderão tirar proveito da nova ordem. Segundo ele, este medo nasce da própria natureza dos homens, os quais não acreditam em algo novo senão após uma firme experiência.

A nova ordem, portanto, ao proclamar aos quatro cantos os direitos do idoso, pessoa humana com idade superior a 60 (sessenta) anos, findará, decerto, com o afastamento paulatino do gerontofobia, ou seja, o medo social com a pessoa idosa, ainda existente, sobretudo, sob o pálio de indivíduo, “velho”, improdutivo.

Antes, porém, da análise da legislação sob comento e do busílis referente ao mútuo bancário, urge trazer-se à colação demonstrativo sociológico da realidade do idoso brasileiro: a pecha de indivíduo improdutivo encontra-se em crescente modificação diante do aumento da população idosa no lado mais próspero do planeta, isto é países desenvolvidos e em desenvolvimento. Além do aumento da população idosa registra-se, outrossim, o aumento da expectativa de vida frente aos avanços notórios da medicina.

O indivíduo outrora improdutivo, pois, aos poucos vai amealhando espaço com os mais jovens, o que significa, ainda que de forma tímida, em disputa pelo mercado de trabalho. A experiência de vida, neste caso, é o principal diferenciador, ficando a disputa dentro do binômio experiência-vitalidade, esta última dos mais novos. Contudo, o aumento da população idosa em números, decorrente principalmente da baixa natalidade e o aumento da vitalidade através da prática de hábitos saudáveis de vida e de progressos na medicina, como já referido, tende a aumentar a produtividade do idoso no cenário econômico nacional.

Os fatos anteriormente mencionados caracterizam uma verdadeira revolução da terceira idade, posto que, aos poucos, inserem novas realidades sociais que implicam em retorno à rede social. Obviamente, o cenário nos Estados Unidos e na Europa difere do brasileiro, em que o idoso envelhece com problemas sociais a exemplo de aumento de violência, pobreza, desigualdades e de pouco acesso aos serviços coletivos.

O número de idosos no mundo em 2002 era de 600.000.000 (seiscentos milhões) e, em 2050 será de 2.000.000.000 (dois bilhões). No Brasil, conforme informações oferecidas pelo IBGE, a população de idosos em 2002 correspondia a 9,3% da população, o equivalente a 16.000.000 (dezesesseis milhões). A expectativa de vida, contudo, aumentou e a média brasileira de 69 anos passou a ser 77 anos para os homens e, para as mulheres, a expectativa de vida passa aos 80 anos. Com 31 milhões de pessoas com 60 anos ou mais no ano de 2025, o Brasil ocupará o 6º lugar em população idosa na escala mundial. (FRANÇA; STEPANSKY, 2005, p.47)

Em sua obra “A Revolução dos Idosos”, Schirmacher (2005, p. 23) profere o seguinte comentário:

Os idosos do futuro vão desenvolver seus próprios rituais, idéias e prioridades. Serão diferentes dos idosos que conhecemos hoje pela simples razão de que estaremos lá. Esse é o triunfo de nossa geração biológica. Não conquistamos nenhum país, conquistamos tempo de vida.

O autor mencionado (2005, p. 73) explica que, além do envelhecimento biológico, há o social, ambos iniciados após os 40 anos de idade, afirmando que, quando a natureza ataca, também o faz a sociedade. Esta última ataca de forma fulminante de modo que o indivíduo perde o rumo, ou seja, a sociedade “rouba do homem seu *status* dentro do grupo para poder afugentá-lo mais facilmente”. E, continua:

Como os animais nas estepes, os mais velhos são constantemente caçados até a exaustão depois que perdem o prestígio. Isso acontece por meio de

estereótipos sobre a velhice, de insinuações e ataques de todos os lados. O alvo dos ataques é a autoconfiança. Faz parte da natureza dessa caça que o homem se confunda rapidamente com sua propagada caricatura. A partir dos 40 anos, muitos percebem que sua reputação no trabalho está diminuindo, a partir dos 50 anos já começam a dizer que não agüentam mais esperar a hora de se aposentar.

(...)

São exatamente as elites que não conseguiram chegar ao topo que são atingidas no coração pelos estereótipos racistas sobre a velhice. A insinuação de que uma pessoa com 60, 65, 70 ou 75 anos não está mais em condições de desempenhar tarefas físicas ou intelectuais do trabalho cotidiano é uma das discriminações mais traiçoeiras da sociedade.

A conclusão de Schirmacher (2005, p. 73) resvala na expulsão, exclusão social. Pode-se, inclusive, fazer metáfora com a “selva de pedra” das cidades, onde espécie de seleção natural predomina²³.

O envelhecimento social, portanto, é o que se encontra em transformação crescente, fruto dos fatores já alhures mencionados, a exemplo do aumento da expectativa de vida, progressos tecnológicos, médicos e de mudanças de paradigmas no pensar sobre a terceira idade. Conforme Carlucci (2006, p. 37), o Estado deve acompanhar tais mudanças à luz dos direitos humanos²⁴. O trabalho

²³ Para os envolvidos, a descoberta de que serão expulsos da sociedade só por causa de sua idade chega como um choque. Um choque que nos ameaça a todos. Mais dia, menos dia e nosso Eu será trocado repentinamente. E o novo Eu terá a fisionomia de um monstro, será um Eu esquecido, doente, fraco, egoísta, sem fantasia, chato, feio, cansado, preguiçoso, desgastado, insensível e zangado – todos os estereótipos que há muito vêm sendo propagados sobre as pessoas em envelhecimento. São exatamente esses preconceitos que desencadeiam, num círculo vicioso que nunca pára, as auto-avaliações, ações e os complexos de inferioridade que sugerem. Trata-se de um mecanismo escondido que é desencadeado no momento em que o animal da estepe, caçado quase até a morte, cai na armadilha. (SCHIRRMACHER, 2005, p. 73)

²⁴ 9. LA ACTUACIÓN DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

Si los derechos de los ancianos deben ser analizados a la luz de los derechos humanos, es normal que los organismos internacionales se ocupen de ellos. La ONU está actuando desde la década del 50. En 1992 la Asamblea General aprobó un plan de acción internacional sobre el envejecimiento con metas para el año 2001. El año 1999 se declaró año internacional de las personas de edad. En marzo de 1995, se celebró la Conferencia de Copenhague. El párrafo 26 y el compromiso 2 de la Declaración surgida de este encuentro dicen: “Nosotros, los representantes del gobierno... crearemos acciones... que mejoren la posibilidad de que las personas ancianas obtengan un mejor estilo de vida... desarrollaremos y mejoraremos políticas que aseguren a todas las personas una protección económica, social y cultural adecuadas durante... viudez, discapacidad o *edad avanzada*”.

Tradução livre: “A atuação dos organismos internacionais. Se os direitos dos anciãos devem ser analisados à luz dos direitos humanos, é normal que os organismos internacionais se ocupem deles. A ONU está atuando desde a década de 50. Em 1992, a Assembléia Geral aprovou um plano de ação internacional sobre o envelhecimento com metas para o ano 2001. O ano de 1999 foi o ano

voluntário e disponibilidade em servir fazem com que a velhice se torne significativa²⁵.

Há, porém, uma questão que não pode deixar de ser abordada e que consiste no inarredável fato de que o aumento da população idosa implica, obrigatoriamente, na diminuição da população jovem e que, se nada for feito em termo de política social, em um futuro próximo, a própria população humana decrescerá em índices nunca antes observados, ou seja, a população idosa aumentará, viverá mais, ao mesmo tempo em que a população jovem decrescerá a ponto, inclusive, de diminuir os mercados de consumo e a população das cidades.

No Brasil, a questão é mais delicada, já que a realidade nacional difere da situação européia e norte-americana. O problema do idoso brasileiro deve ser analisado diretamente nos quesitos cidadania e mudança de paradigma atual, em um movimento sócio-jurídico já iniciado.

Em um país em que jovens não conseguem empregos, o que dizer dos idosos, ou, então, daqueles que ultrapassaram a idade de 40 anos, marco notório para caracterizar o início da dificuldade por colocação no mercado de trabalho ?

internacional das pessoas de idade. Em março de 1995, celebrou-se a Conferência de Copenhague. No parágrafo 26, artigo 2º da Declaração surgida deste encontro lê-se: 'nós, os representantes do governo... criaremos ações... que melhorem a possibilidade de que as pessoas anciãs obtenham um melhor estilo de vida... desenvolveremos e melhoraremos políticas que assegurem a todas as pessoas uma proteção econômica social e cultural adequadas durante... viuvez, incapacidade e idade avançada.'

²⁵ Há muitas maneiras de envelhecer, mas a velhice que menos compensa é aquela que leva à inanição, é aquela que abdica suas capacidades de ser e de agir; isto se torna uma espécie de morte em vida. A pessoa inativa, sem motivação para o trabalho, por simples que seja, torna-se de difícil relacionamento. Enquanto a pessoa que participa, que age e que partilha suas experiências de vida fica sem tempo para lamentar-se, para virar hipocondríaca. – Quem adota todas as doenças para si cada dia sente outros sintomas e fica sofrendo até por antecipação. Além de tudo isso, a quem está envolvido com os outros não sobra tempo para implicar com alguém ou amofinar a família. O trabalho representa um benefício para a própria pessoa, vai evitar a ansiedade, a angústia e a depressão. Esta geralmente leva à agressividade, ao isolamento e à morte. Esse estado de inanição torna-se grave porque a pessoa vai perdendo a própria identidade e o senso da realidade.

O ideal é que a pessoa 'morra vivendo e não viva morrendo' a cada instante, entregando-se ao tédio e à morte. (MELO, 1996, p.110)

O ideal seria que o trabalho na terceira idade partisse da vontade do idoso e não apenas de uma premente necessidade. Contudo, cada vez mais, há um exército de pessoas que mesmo aposentadas, por necessidades prementes, a exemplo do sustentar de suas famílias, ainda que formalmente aposentadas, retornam ao mercado de trabalho.

O brasileiro convive com disparates sociais como preocupação com a aproximação da aposentadoria para aqueles mais abastados e, ao mesmo tempo, impossibilidade compulsória de se abandonar o trabalho, para aqueles que não podem cessar suas atividades ou, ainda, aqueles já aposentados que fazem “bicos” para complementar a renda familiar.

A questão familiar, muitas vezes, alcança dimensões que ultrapassam de forma subreptícia a própria individualidade do idoso, como ocorre, por exemplo com o “mandatário”, encarregado da administração de seus bens, de forma oficial (por ato judicial) ou não que à guisa de exemplo comparece a uma agência bancária ou, ainda, pela rede mundial de computadores entra no sítio de determinada instituição bancária e contrai empréstimos contra a vontade do idoso que, a depender do caso, não tem os mínimos conhecimentos de informática; isso, quando sequer saber ler.

A situação agrava-se com a massiva propaganda, feita pelos meios de comunicação em massa, promovida pelas instituições financeiras com o escopo de recrutamento de aposentados para concessão de empréstimos na modalidade consignação. Notória a vulnerabilidade da população idosa diante da sagacidade do mercado financeiro.

Urge, nesse cenário fático com conseqüências jurídicas, que a sociedade e o Poder Público, juntos e com respaldo na legislação em vigor, ajam em prol de modificar o cenário atual, o que se torna possível através da defesa incansável dos direitos dos idosos, consagrados em normas constitucionais e infralegais, como já demonstrado.

2.2 Idoso e cidadania

A cidadania é fundamento da República Federativa do Brasil que merece amplo destaque no tema direito do idoso²⁶. E o destaque é merecido seja sob a análise do conceito de cidadania em sentido estrito (votar e ser votado) quanto em sentido amplo (partícipe da vida do Estado e titular de direitos fundamentais como o da dignidade da pessoa humana).

A preocupação com o idoso e a vontade de inseri-lo na sociedade é sentida direta e indiretamente em inúmeros preceitos de nossa Carta. O Art. 77²⁷ da Constituição, *v. g.*, estabelece o critério de idade enquanto desempate na eleição presidencial.

O princípio constitucional da dignidade humana resta consagrado pelo legislador infralegal no bojo do Art. 2º do Estatuto do Idoso:

²⁶ Constituição Federal de 1988:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político;

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.

²⁷ Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. (Redação dada ao caput pela Emenda Constitucional nº 16/97)

§ 1º. A eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado.

§ 2º. Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.

§ 3º. Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

§ 4º. Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, dentre os remanescentes, o de maior votação.

§ 5º. Se, na hipótese dos parágrafos anteriores, remanescer, em segundo lugar, mais de um candidato com a mesma votação, qualificar-se-á o mais idoso.

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

No que concerne ao indivíduo idoso, dignidade e políticas públicas, relacionadas ao indivíduo de terceira idade, são institutos que caminham juntos, tendo por norte a inserção do referido grupo de indivíduos na realidade sócio-constitucional brasileira, materializando-se o direito à vida através da aplicação direta e indireta do constitucional princípio da igualdade.

O direito e o exercício da cidadania, portanto, fazem parte do leque das políticas nacionais focadas no indivíduo de terceira idade, as quais serão abordadas mais amiúde no item subsequente.

2.3 Da Política Nacional do Idoso prevista na Lei 8.842/94 e da Política de Atendimento ao Idoso da Lei 10.741/03

De uma forma generalizada, dá-se pouca ou nenhuma importância às referências, nos corpos legais, às políticas nacionais. Tanto é assim que, na praticidade do mundo jurídico, as peças não contemplam referido aspecto.

O Estado, em uma sociedade com os contornos da brasileira, encontra-se longe de garantir a eficácia dos direitos fundamentais a seus cidadãos. A proclamação legal de políticas nacionais como a do idoso representam tímido avanço para melhoria da situação atual.

Pode-se dizer, então, que uma política nacional sobre dado assunto implica na busca de uma justiça social que, nas palavras de Grau (2007, p. 224), com o transcorrer do tempo, passa de “...superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico...”, para um novo cenário, “...a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista²⁸”.

Uma política nacional tem valor, no plano infraconstitucional, similar aos princípios, no plano constitucional. Aliás, a própria política nacional é fulcrada em princípios que regem o tema por ela adotado. É ela quem aponta as diretrizes básicas para que a lei promulgada não resvale no esquecimento e é ela quem auxiliará no caso de lacunas no caso concreto.

A política nacional do idoso foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 8.842, de 04 de janeiro de 1994, a qual foi regulada pelo Decreto 1.948, de 03 de julho de 1996 o qual. Referida legislação assevera, em seus arts. 1º e 2º:

Art. 1º. A política nacional do idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

Art. 2º. Considera-se idoso, para os efeitos desta Lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade.

Note-se que o parâmetro etário foi o mesmo observado pelo Estatuto do Idoso, tempos após, já no ano de 2003, ano de sua promulgação. Os princípios norteadores da política nacional do idoso repousam no art.3º da Lei 8.842/94, cujos princípios assim podem ser sintetizados: direito à cidadania enquanto dever da família, Estado e sociedade; processo de envelhecimento como instituto de conhecimento e informação da sociedade em geral; proibição de qualquer tipo de discriminação com a pessoa idosa.

²⁸ “Justiça social, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista.” (GRAU, 2007, p. 224)

Sobremais, o idoso há de ser o agente principal da política adotada a seu favor, devendo-se, ainda, ser observada pela sociedade e poderes políticos as diferenças econômicas, sociais e principalmente regionais entre os centros urbanos e meio rurais brasileiros. A eleição da participação da sociedade no processo da terceira idade implica, no mínimo, em obrigação legal (e moral !) de reflexão da sociedade com público idoso, cada vez mais crescente.

O apoio do Estado e da família na terceira idade implica em importante meio de bem-estar ao idoso que, inclusive, desenvolverá menos doenças, o que resvala em diminuição de custos à sociedade.

Aliás, de muito já ultrapassada a previsão malthusiana de que o crescimento geométrico da população, frente ao crescimento aritmético dos meios de produção, seria a causa da falência do Estado. A tese, de forma escorreita, teve sua derrocada pela própria dinâmica da sociedade, a qual forma o Estado. Evidente que se refere, aqui, aos países desenvolvidos, nos quais os meios de produção e o controle da natalidade implicam, sob certos aspectos em abundância de produção que fortalece a diferenciação com países mais atrasados. Os países em desenvolvimento parece trilharem a mesma situação. O público idoso, assim, aumentará e junto com ele virá tecnologia suficiente para sustentar a nova realidade social, sendo de importante realce que fatores como guerras, epidemias e outros infortúnios possuem o condão de modificação drástica de situações consolidadas, mas isso seria tema de outro trabalho.

A proibição de discriminação no texto legal desemboca na clareza do cabimento de danos morais em caso de capitulação legal do fato. A inserção do idoso como destinatário final da política pela lei instituída significa na obrigação da abertura da discussão junto às associações de idosos, por exemplo, e na necessidade de participação ativa dos idosos de forma individual.

O Art. 4º da Lei 8842/94²⁹ traçou o legislador as diretrizes da política nacional do idoso.

A referência aos Conselhos e suas competências restou salvaguardada nos Arts. 6º e 7º da Lei 8842/94, sendo eles nos âmbitos nacional, estadual, do Distrito Federal e Municipal, “órgãos permanentes, paritários e deliberativos, compostos por igual número de representantes dos órgãos e entidades públicas e de organizações representativas da sociedade civil ligadas à área.” (Art. 6º).

Compete aos Conselhos, conforme se depreende da análise do Art. 7º da Lei nº8842/94, “(...) o acompanhamento, a fiscalização e a avaliação da política nacional do idoso, no âmbito das respectivas instâncias político-administrativas.” O Art. 8º, seguinte, discorre sobre a competência da União, afirmando competir a ela coordenar as ações relativas à política nacional do idoso; participar na formulação, acompanhamento e avaliação da política nacional do idoso; promover as articulações intraministeriais e interministeriais necessárias à implementação da política Nacional do idoso; e, elaborar a proposta orçamentária no âmbito da promoção e assistência social e submetê-la ao Conselho nacional do Idoso.

²⁹ Diz a Lei nº 8842/94:

Art. 4º. Constituem diretrizes da política nacional do idoso:

I - viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso, que proporcionem sua integração às demais gerações;

II - participação do idoso, através de suas organizações representativas, na formulação, implementação e avaliação das políticas, planos, programas e projetos a serem desenvolvidos;

III - priorização do atendimento ao idoso através de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuem condições que garantam sua própria sobrevivência;

IV - descentralização político-administrativa;

V - capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços;

VI - implementação de sistema de informações que permita a divulgação da política, dos serviços oferecidos, dos planos, programas e projetos em cada nível de governo;

VII - estabelecimento de mecanismo que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais do envelhecimento;

VIII - priorização do atendimento ao idoso em órgãos públicos e privados prestadores de serviços, quando desabrigados e sem família;

IX - apoio a estudos e pesquisas sobre as questões relativas ao envelhecimento.

Parágrafo único. É vedada a permanência de portadores de doenças que necessitem de assistência médica ou de enfermagem permanente em instituições asilares de caráter social.

As ações governamentais, consistentes na efetiva implementação da Política Nacional do Idoso, protagonizadas pelos órgãos e entidades públicas encontram previsão no Art. 10 da lei sob comento, cujos destaques são elencados abaixo:

Art. 10. Na implementação da política nacional do idoso, são competências dos órgãos e entidades públicos:

(...)

VI - na área de justiça:

a) promover e defender os direitos da pessoa idosa;

b) zelar pela aplicação das normas sobre o idoso determinando ações para evitar abusos e lesões a seus direitos.

(...)

§ 1º. É assegurado ao idoso o direito de dispor de seus bens, proventos, pensões e benefícios, salvo nos casos de incapacidade judicialmente comprovada.

§ 2º. Nos casos de comprovada incapacidade do idoso para gerir seus bens, ser-lhe-á nomeado Curador especial em juízo.

§ 3º. Todo cidadão tem o dever de denunciar à autoridade competente qualquer forma de negligência ou desrespeito ao idoso.

A previsão legal de política nacional na área de justiça é de fundamental importância para atribuição ao idoso das demais previsões legais ao redor de seus direitos, vez que é ela, a justiça, o caminho eleito pelo consenso social para o obediência e cumprimento das normas e preceitos que perfazem dado ordenamento jurídico.

Ultrapassa-se, aqui, a mera aceção jurídico-formal de Estado apregoada por Kant³⁰ de reunião de homens vivendo sob as leis do Direito para se valorizar uma concepção sociológica que prime pelo bem-estar social, enquanto finalidade do direito.

Pretende, nesse cenário, o legislador, primordialmente, promover e defender os direitos da pessoa idosa e zelar pela aplicação das normas sobre o idoso determinando ações para evitar abusos e lesões a seus direitos, o que pode ser feito através de interpretação sistemática entre o Estatuto do Idoso e o Código de Defesa do Consumidor através de uma visão constitucional, mas sempre sem olvidar outros

³⁰ *Apud* Bonavides (1998a, p. 63)

diplomas normativos que, de hierarquia inferior ou não, também estejam aptos a regular o tema.

Os parágrafos primeiro a terceiro do Art. 10 da Lei 8.842/94, ora sob comento, encerram preceitos legais largamente aplicados à população idosa, inclusive, no que diz respeito ao mútuo bancário; isso, ao assegurar ao idoso o direito de dispor de seus bens, proventos, pensões e benefícios, salvo nos casos de incapacidade judicialmente comprovada.

Prevê o parágrafo segundo do artigo mencionado que nos casos de comprovada incapacidade do idoso para gerir seus bens, ser-lhe-á nomeado Curador especial em juízo. O fechamento do desejo do legislador, transferido ao Estado e seus órgãos, dá-se no parágrafo terceiro do mesmo artigo, onde repousa a norma de que todo cidadão tem o dever de denunciar à autoridade competente qualquer forma de negligência ou desrespeito ao idoso.

No que diz respeito ao Conselho Nacional dos Direitos do Idoso – CNDI - teve este sua criação vetada no texto da Lei 8842/94, sendo finalmente instalado em Brasília, pelo então ministro da Justiça, Paulo de Tarso Ribeiro, na terça-feira, 1º de outubro de 2002, criado que foi, em 13 de maio do mesmo ano através do Decreto Presidencial nº 4.227/02, posteriormente revogado pelo Decreto nº 5.109, de 17 de junho de 2004, o qual dispôs sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso - CNDI, e deu outras providências.

Consoante disposto no Art. 1º do Decreto nº 5.109/2004, o CNDI tem por finalidade elaborar as diretrizes para a formulação e implementação da política nacional do idoso, observadas as linhas de ação e as diretrizes conforme dispõe a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso –, bem como acompanhar e avaliar a sua execução.

Interessante o realce de que enquanto a Lei 8842/94 dispõe sobre a política nacional do idoso, a Lei 10741/03 veio a dispor sobre o Estatuto do Idoso e sua política de atendimento, sendo importante o registro de que neste diploma legal trata-se da política de atendimento ao idoso, enquanto naquele outro o objeto é mais amplo: dispor sobre a política nacional do idoso. Em resumo, os diplomas legais complementam-se no que se refere à inserção do idoso na sociedade.

O critério classificativo da condição do idoso brasileiro é objetivo e repousa no artigo primeiro da Lei 10.741/2003 :

Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

No que se refere à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público, compete a todos assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Diz a Lei que a garantia de prioridade compreende o atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; a preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso; a viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações; priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; a capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos; o estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento; a garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.

O Art. 4º do Estatuto assevera que nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei, sendo dever de todos a prevenção da ameaça ou violação aos direitos do idoso.

As obrigações referenciadas no Estatuto são exemplificativas, não excluindo outras porventura existentes ou futuramente incorporadas à legislação nacional.

Todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação a esta Lei que tenha testemunhado ou de que tenha conhecimento. Portanto, o acolhimento de idosos em situação de risco social, por adulto ou núcleo familiar, caracteriza a dependência econômica, para os efeitos legais.

A expressão “risco social”, em se tratando de idoso, sugere verdadeiro risco de morte, pois, ao contrário do adolescente, o idoso em situação de risco muitas vezes não tem como impor-se diante de determinada situação que pode vir a minar-lhe todas as forças e sistema imunológico, resvalando em risco de morte. A hipótese ora ventilada pode ser aplicada cabalmente à população idosa que refém dos bancos vem a necessitar do abrigo de familiares através do surgimento de uma dependência econômica oriunda da aplicação de juros bancários excessivos e política contrária a princípios constitucionais relativos aos idosos.

A política de atendimento ao idoso far-se-á por meio do conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. São linhas de ação da política de atendimento: políticas sociais básicas, previstas na Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994; políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que necessitarem; serviços especiais de prevenção e atendimento às vítimas de negligência, maus tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; serviço de identificação e localização de parentes ou responsáveis por idosos abandonados em

hospitais e instituições de longa permanência; proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos dos idosos; mobilização da opinião pública no sentido da participação dos diversos segmentos da sociedade no atendimento do idoso.

2.4 Medidas de proteção ao Idoso e do acesso à Justiça

A Carta da República de 1988, assevera, em seu Art. 5º, que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, prevendo a legislação infraconstitucional, através de leis recepcionadas pela Constituição ou advindas posteriormente, o amplo acesso ao Poder Judiciário através de institutos como o da gratuidade judicial, por exemplo.

Dispõe a Lei 10.741/2003, em seu Art. 43 que “as medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados”, elencando, em seguida, as hipóteses de ameaça ou violação: por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento; em razão de sua condição pessoal.

A norma, contudo, ultrapassa seu caráter programático com a previsão legal, no Art. 45 do Diploma sob exame, o qual imputa o procedimento a ser adotado se verificada qualquer das hipóteses previstas no Art. 43, quando, então, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas³¹: encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários;

³¹ Estatuto do Idoso:

Art. 45. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;

IV - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;

V - abrigo em entidade;

VI - abrigo temporário.

requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação; abrigo em entidade; abrigo temporário.

O acesso à justiça no Estatuto do Idoso principia com a previsão de aplicação subsidiária do procedimento sumário previsto no Código de Processo Civil, naquilo que não contrarie os prazos previstos no Estatuto. Interessante a referência ao Art. 82 do Estatuto do Idoso que, seguindo tendência hermenêutica em vigor, torna exemplificativa a lista de instrumentos prevista no Estatuto para defesa de interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos:

Art. 82. Para defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ação pertinentes.

Parágrafo único. Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições de Poder Público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.

Explica Martinez (2004, p. 156) que os interesses individuais “dizem respeito exclusivamente a uma pessoa, isto é, os que apresentam as características de um único indivíduo”. Doutra giro, os interesses coletivos “...pertencem a um grupo com identificador comum a todos os seus membros”, enquanto que os interesses difusos seriam interesses individuais referentes a pessoas indeterminadas, contudo relacionados entre si por pontos conexos.

Por fim, esclarece o autor que os interesses indisponíveis referem-se às normas de caráter público. Já os interesses homogêneos são aqueles que possuem origem comum.

Ademais disso, o Poder Público poderá criar varas especializadas e exclusivas do idoso, sendo assegurada prioridade na tramitação dos processos e

procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância, bastando que o interessado na obtenção da prioridade faça prova de sua idade, requerendo o benefício à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará as providências a serem cumpridas, anotando-se essa circunstância em local visível nos autos do processo. A prioridade não cessa com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de 60 (sessenta) anos, estendendo-se, ainda, 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.

Deixa claro, o Estatuto, que a legitimação do Ministério Público para as ações cíveis previstas na lei não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuser a lei, bem como não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade e atribuições do Ministério Público, sendo livre ao representante do Ministério Público, no exercício de suas funções, acesso a toda entidade de atendimento ao idoso.

Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente, o Ministério Público; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre os fins institucionais a defesa dos interesses e direitos da pessoa idosa, dispensada a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária.

Admite-se litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados na defesa dos interesses e direitos do idoso. Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro

legitimado deverá assumir a titularidade ativa, sendo admissíveis, para defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, todas as espécies de ação pertinentes.

Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições de Poder Público, que lesem direito líquido e certo previsto no Estatuto do Idoso, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, na forma do Art. 273 do Código de Processo Civil, sendo possibilitado ao juiz impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado.

Qualquer pessoa poderá, e o servidor deverá, provocar a iniciativa do Ministério Público, prestando-lhe informações sobre os fatos que constituam objeto de ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

Os agentes públicos em geral, os juízes e tribunais, no exercício de suas funções, quando tiverem conhecimento de fatos que possam configurar crime de ação pública contra idoso ou ensejar a propositura de ação para sua defesa, devem encaminhar as peças pertinentes ao Ministério Público, para as providências cabíveis.

Por óbvio, as medidas de proteção ao idoso não excluem o que se pode denominar de garantias fundamentais, ou, nas palavras de Serpa (2002, p. 181), “...instrumentos processuais destinados à garantia dos direitos fundamentais”.

Nesse cenário, são garantias fundamentais, conforme Serpa (2002, p.181 – 182): “*habeas corpus*, mandado de segurança individual ou coletivo, *habeas data*, ação popular, ação civil pública e o direito de petição”.

3 CONTRATOS ENQUANTO INSTRUMENTOS DE CIRCULAÇÃO DE RIQUEZAS

Os contratos são instrumentos históricos de circulação de riquezas. Foi assim no mundo antigo, na idade média, moderna e continua sendo no mundo globalizado.

A vida em sociedade seria impossível sem a existência das relações obrigacionais inseridas nos contratos das mais variadas espécies.

O contrato é, assim, o grande impulsionador da vida social. Contudo, como se verá a seguir, sofreu importantes e significativas mudanças no decorrer dos tempos.

Por fim, mais do que alhures urge registrar que de forma isolada, o contrato não pode ser visto como o grande responsável pelas mazelas sofridas pelos idosos que contraem o mútuo bancário. O Contrato, em si, não é o problema, mas sim a forma como é aplicado, redigido e utilizado em desprezo ao ordenamento jurídico pátrio, com destaque para os princípios que o sustentam.

3.1 Contratos bancários, em geral, no mundo globalizado

Aborda-se, aqui, o contrato de empréstimo ou mútuo bancário na forma direta ao banco, via desconto das prestações em conta-corrente, ou de consignação em folha, duas formas contratuais utilizadas à saciedade pelas instituições que trabalham com crédito em nosso país.

Antes, porém, do adentrar específico no tema, urge o discorrer de resenha acerca da evolução dos contratos bancários e, ainda, a inserção da problemática no mundo globalizado.

Schonblum (2005, p. 3) explica que:

Conforme esclarecimento dos economistas Paul e Ronald Wonnacott, a história da evolução dos Bancos é marcada pela busca ao lucro, diretamente relacionada com a atividade praticada pelos ourives, vez que tais artistas, de forma precípua, trabalhavam os metais preciosos exercendo, também, a guarda dos mesmos e, justamente da variação dessa atividade complementar que surgiu uma das mais habituais práticas do mercado financeiro.

Como dito, os ourives também ficavam responsáveis pela guarda de objetos, fazendo-o em troca de uma pequena taxa de serviço. Todavia, uma vez que alguns bens não se classificavam como infungíveis (insubstituíveis), passaram os 'guardiões' a desempenhar nova e lucrativa atividade. Quando as pessoas depositavam jóias, por exemplo, naturalmente lhes eram devolvidos os mesmos objetos mas, ao revés, quando os depósitos eram na forma de barras e moedas de ouro, não havia necessidade de receber o mesmo objeto de volta, conquanto que o objeto repostado tivesse o mesmo valor, passaram, então, percebendo que uma quantia considerável permanecia em estoque, pois as retiradas dos clientes não ocorriam de uma só vez, além de que sempre havia novos depósitos a emprestar a uma parcela do estoque do ouro, recebendo em troca o valor correspondente em notas promissórias nas quais eram especificados a taxa de juros e o período de resgate das mesmas. Nesse momento, sua atividade deixa a de ser a de uma simples casa de penhores para transformar-se na de um Banco comercial.

Conforme Schonblum (2005, p. 5), o surgimento do Banco enquanto instituição, portanto, remonta ao comércio, sendo a notícia mais antiga que se tem notícia relacionada com o Banco de Veneza, fundado no ano de 1171.

A Revolução Industrial veio a fomentar a existência de tais instituições no sentido de tornarem-se imprescindíveis ao desenvolvimento de qualquer Estado. O Século XX veio a aumentar a gama de serviços e, hoje, na era da informática, o serviço bancário passou a fazer parte da vida de todo cidadão brasileiro, direta ou indiretamente, não importando sua condição social.

Da mesma forma que o contrato, aliás, em conjunto com ele, o Banco desempenha importante função na circulação de riquezas do país. Contudo, sabe-se, sua prática nefasta gera abusos que ferem disposições infraconstitucionais e princípios constitucionais. (SCHONBLUM, 2005)

Diante do malferimento de direitos, a única saída que resta ao cidadão é insistir no âmbito judicial no afastamento das cláusulas contratuais abusivas que, aos poucos, minam sua capacidade de resistência; isso, no deslindar da execução do contrato.

O mundo globalizado tornou mais grave a situação na exata medida em que as normas ditadas pelos grandes grupos econômicos passaram a influenciar diretamente no dia-a-dia do brasileiro. Sobre o tema, ressalta Bonavides (1999, p. 7):

Fora da Constituição não há instrumento nem meio que afiance a sobrevivência democrática das instituições.

(...)

Estamos em situação constitucional muito mais grave: a recolonização é iminente, a passividade do povo não tem paralelo na história, as camadas governantes desmantelam a máquina do poder, ferem a Constituição, aviltam o Estado, e as elites aplaudem; a classe representativa não reage, e é cúmplice no crime da desnacionalização. De tal sorte que o País todo é uma capitania. A sede do poder está fora do território nacional e ninguém sabe que surpresa amanhã nos aguarda, ao sabor das flutuações especulativas das bolsas de valores, colocada debaixo do influxo e domínio do capital estrangeiro

(...)

A tão espantoso grau de retrocesso chegou ela há pouco quando o ministro da dívida externa se viu acusado, em recente escândalo, de haver submetido o texto de um discurso do Presidente da República, com suposta anuência deste, à aprovação prévia das autoridades do Fundo Monetário Internacional.

Nação que navega por essas águas de sujeição e desestima aos princípios superiores da soberania e da ordem constitucional já soçobrou aos ventos da tormenta contemporânea.

(...)

Com a globalização não estamos ante categoria ou regra que trace, em definitivo, um rumo inelutável ao destino das gerações porvindouras. Até mesmo os homens do nosso tempo estariam assim condenados, já, a sacrificar sua individualidade, alienada e comprometida pela nova massificação, a mais atroz e descaracterizadora de todas. Não é isso o que a humanidade quer nem, tampouco, a direção para onde ela há de marchar.

A conclusão básica que fazemos é, portanto, a seguinte: a globalização em si ninguém pode remover. Mas o seu modelo sim; basta afastá-lo e instituir outro.

Em suma, a globalização é fenômeno de todos os séculos: na política, na arte, na economia, na religião, na cultura. Sempre houve. Sempre se manifestou, e a dialética da história certifica o fluxo de suas variações, de suas aplicações e substituições..

Não é algo único, estático, definitivo, irreformável, intangível; mas dinâmico, histórico, adstrito a certas épocas e espaços humanos, sujeito às flexões das contingências e das necessidades, plausível numa sociedade, noutras não.

Assim, a finalidade econômica do Banco resta dissociada da finalidade social apreendida pelo Estado Social. Ihering (1979, p. 49), em face de seu tempo, já asseverava:

(...)

Se formos presentificar-nos de todos os meios que o espírito engenhoso dos modernos povos civilizados criaram para este último fim desde a Idade Média, poderemos afirmar que nos dias de hoje não se perde qualquer energia que possua a capacidade de aproveitar à humanidade; cada uma encontra em nossa época, seu emprego adequado. A imprensa de pronto difunde de um ponto a outro da terra o pensamento que a tal coisa faça jus. Toda grande verdade, toda descoberta importante, todo invento útil torna-se celeremente bem comum de todo o mundo civilizado e o que a terra produz em algum ponto, abaixo do trópico e na zona fria, é comunicado pelo comércio a todos os seus habitantes. Desta forma possibilita que mesmo o menor trabalhador promova prosperidade, a milhares de quilômetros de distância. À quina que o diarista peruano colhe, centenas de pessoas entre nós devem sua convalescença. O mérito da conservação de uma vida do qual dependeu o futuro de toda uma nação ou uma nova era da arte e da ciência cabe, em última instância, talvez ao pescador de baleia, que forneceu ao tísico o óleo de fígado de bacalhau. O trabalhador de Nurnberg, Solingen, trabalha para o persa; o chinês, o japonês, para nós. Após milênios, o negro do interior da África necessitará tanto de nós quanto nós dele, pois que nos rastros do homem da ciência que desbrava o interior da África, andam, logo em seguida, o comerciante e o missionário, que estabelecem uma ligação duradoura.

Volvendo à realidade brasileira, tem-se que a política bancária encontra-se subjugada a capital externo e a oscilações no mercado internacional. Decerto que existem princípios e preceitos, tanto na Constituição Federal como no Código de Defesa do Consumidor que mitigam a tentativa inexorável do Banco em sobressair-se em todas as situações possíveis, mas, não se tenha dúvida, a existência de uma legislação como a Lei 8.078/90, comumente conhecida enquanto Código de Defesa do Consumidor ou CDC, bem como, a de uma outra, Lei 10.741/03, denominada Estatuto do Idoso, implica no aumento do risco Brasil para o capital externo, sendo, pois, consideradas para fins de utilização, por exemplo, da taxa de juros.

Em breve digressão e em delineamento metodológico sobre o assunto, tem-se que o simples fato (acontecimento) não gera conseqüências no mundo jurídico, diferentemente do fato jurídico, acontecimento que se interliga com o ordenamento jurídico de dado povo por impor obrigações entre seus tutelados.

O fato jurídico, pode ser natural ou humano. O fato jurídico natural não depende da atuação do homem, advindo da própria natureza deste (ex: nascimento, morte, etc). Já o fato jurídico humano vem da atuação do homem em seu meio (ex: contrato de negócios, casamento, acidentes, etc.)

Explica Fiúza (2006, p. 190) que ato jurídico é "...toda ação ou omissão do homem, voluntária ou involuntária, que cria, modifica ou extingue relações ou situações jurídicas". Interessante destacar que conforme se verifica do estudo de referido autor, a distinção entre fato jurídico e ato jurídico localiza-se no tópico de que enquanto o fato jurídico advém de "evento" natural ou humano, o ato jurídico relaciona-se com a ação ou omissão do homem, visto que tanto o fato jurídico quanto o ato jurídico criam, modificam ou extinguem relações ou situações jurídicas.

O ato jurídico, pois, sendo ação ou omissão humana, conforme apregoa a mais abalizada doutrina sobre o tema subdivide-se em: ato jurídico *stricto sensu*; negócio jurídico; atos ilícitos.

Segundo o mesmo autor supramencionado, o ato jurídico *stricto sensu* ou em sentido estrito vem a ser ação lícita "... não voltada a fim específico, cujos efeitos jurídicos são produto mais da Lei do que da vontade do agente. Aliás, pouco importa que o agente deseje os efeitos, uma vez que derivam da Lei. A vontade é de simples manifestação".

Negócio jurídico, de seu turno, vem a diferenciar-se do ato jurídico em sentido estrito porque enquanto neste a vontade advém mais da lei do que da vontade do agente (ex.: registro de nascimento em cartório), naquele, os efeitos são gerados mais da vontade do agente do que da lei propriamente dita (ex.: contrato de negócios), sendo, por conseguinte, "... toda ação humana combinada com o ordenamento jurídico, voltada a criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas, cujos efeitos vêm mais da vontade do que da Lei". (FIÚZA , 2006, p. 191)

Ato ilícito, de sua vez e como conceito uniforme na doutrina e jurisprudência, pátrias vem a ser qualquer ação ou omissão humana, comissiva ou omissiva, sendo voluntária ou involuntária que venha a contrariar o ordenamento jurídico de dada sociedade, sendo certo que existem divergências no que concerne à sua inserção na categoria dos atos jurídicos predominando, contudo, o entendimento de sua inserção – o mesmo que adotamos no presente estudo —, haja vista as conseqüências que geram na realidade jurídica do ordenamento a que pertençam.

O termo “contrato”, sabe-se, relaciona-se diretamente com obrigação, sendo fonte desta e costumeiramente designado e entendido enquanto lei entre as partes convalentes. No campo prático, é o acordo de vontades o requisito essencial dos instrumentos obrigacionais conhecido por contratos; acordo de vontades este mitigado pela utilização de contratos em massa, verdadeiros pactos adesivos que, para possuírem validade material, devem obedecer a requisitos analisados nos tópicos adiante expostos.

Marques (2006, pp. 49-50), ao definir o termo contrato, profere as seguintes palavras:

A idéia de contrato vem sendo moldada, desde os romanos, tendo sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época. O contrato, por assim dizer, nasceu da realidade social.

Efetivamente, sem os contratos de troca econômica, especialmente os contratos de compra e venda, de empréstimos e de permuta, a sociedade atual de consumo não existiria como a conhecemos. O valor decisivo do contrato está, portanto, em ser o instrumento jurídico que possibilita e regulamenta o movimento de riquezas dentro da sociedade.

(...)

Para a teoria jurídica, o contrato é um conceito importantíssimo, uma categoria jurídica fundamental trabalhada pelo poder de abstração dos juristas, especialmente os alemães do século XIX, quando sistematizaram a ciência do direito. É o negócio jurídico por excelência, onde o consenso de vontades dirige-se para um determinado fim. É ato jurídico vinculante, que criará ou modificará direitos e obrigações para as partes contraentes, sendo tanto o ato como os seus efeitos permitidos e, em princípio, protegidos pelo direito.

Sobre a nova teoria contratual, explica Marques (2006, p. 51) que:

A concepção de contrato, a idéia de relação contratual, sofreu, porém, nos últimos tempos uma evolução sensível, em face da criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada, de consumo, massificada, sociedade de informação, e em face, também, da evolução natural do pensamento teórico-jurídico.

O contrato evoluirá, então, de espaço reservado e protegido pelo direito para a livre e soberana manifestação da vontade das partes, para ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes, mas eqüitativas.

Inúmeros são os contratos bancários, os quais podem ser denominados, via de regra, típicos ou atípicos. Dentre os contratos bancários em espécie, em classificação de Schonblum (2005, p. 58), citam-se o contrato de depósito; o contrato de abertura de conta-corrente; o contrato de abertura de crédito; o contrato de empréstimo ou mútuo bancário; o contrato de antecipação; o contrato de desconto bancário; o contrato de crédito documentado; o contrato de cartão de crédito; o contrato de leasing; o contrato de alienação fiduciária em garantia; o contrato de aluguel de cofre.

Atípicos são todos aqueles contratos não nominados na legislação pátria e que obedecem aos requisitos de validade do ato jurídico, desde que o contrato, para ter validade, deve obedecer aos requisitos do Art. 104³² do Código Civil em vigor que veio a incluir no texto do Código de 1916³³, além da capacidade das partes, objeto lícito e possível, a questão de o objeto do contrato ser determinado ou determinável, à cata de maior segurança para as relações jurídicas. Sobremais, a forma contratual deve ser prescrita ou não defesa em lei.

Os contratos nominados encontram-se regulados nos Arts. 481 a 926 do Código Civil. A eles aplicam-se as normas que lhes são próprias, bem como, as

³²Lei 10.406/02:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

³³ Lei 3.071/16 (Código Civil revogado):

Art. 82. A validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

disposições gerais previstas nos Arts. 421 a 480 do Código Civil. Aos contratos inominados, ou seja, aqueles não tipificados no Código Civil, aplicam-se as disposições previstas para os contratos em geral (Arts. 421 a 480 do Código Civil). Em qualquer caso, necessária é a observância dos requisitos legais repousantes no Art. 104 do Código Civil.

3.2 Princípios Contratuais

No que se refere aos princípios gerais que regem as relações obrigacionais, destacamos, por reputarmos os mais importantes: princípio da autonomia da vontade, consensualismo, relatividade dos contratos, força vinculante dos contratos, revisão dos contratos, proibição da onerosidade excessiva e boa-fé contratual.

3.2.1 Princípio da Autonomia da Vontade

O princípio da autonomia da vontade assegura que as partes possuem liberdade ampla para contratar, sendo equilibrado com o princípio da supremacia da ordem pública, consoante o qual há a prevalência do interesse público que, por sua vez, vem a delimitar o alcance do princípio da autonomia da vontade, numa espécie de ciclo constante.

Felipe (1999, p. 5) manifesta-se nos seguintes termos:

A intervenção estatal nos contratos é conhecida por dirigismo estatal. Exemplificando, o Código de Defesa do Consumidor proíbe, nas relações jurídicas a ele submetidas, a cláusula de não indenizar (art. 51, I). Logo, não podem as partes pactuar contra essa norma de ordem pública, estabelecendo, em relação de consumo, a inexistência do dever de indenizar em determinadas situações.

De seu turno, Schonblum (2005, p. 21) explica que:

Regula o mencionado princípio que a vontade das partes será o elemento regulador do contrato celebrado, tendo os contratantes ampla liberdade para pactuar de acordo com seus próprios interesses, podendo valer-se dos contratos típicos insertos no ordenamento civilista, sendo-lhes ainda permitido mesclarem as regras destes com a de outros inexistentes na legislação, clausulando a convenção conforme lhes convenham.

A autonomia da vontade centra-se no ideal da liberdade que possuem as pessoas capazes para poder contratar como desejarem, devendo responder, todavia, pelos encargos necessários para que sejam as contraprestações adimplidas.

(...)

Modernamente, minorando um pouco a onda do dirigismo contratual, a lei reconheceu que a autonomia da vontade será restringida apenas quando em confronto com os preceitos da ordem pública e dos bons costumes, inquinando de nulidade os contratos que assim dispuserem e, em consequência disto, como doutrina Orlando Gomes: 'firma-se o princípio de que toda declaração de vontade produz o efeito desejado, se lícita for sua causa'.

No âmbito dos Tribunais, a mitigação do princípio da autonomia da vontade faz-se sentir em recentes decisões. Verifica-se tal fenômeno na ementa³⁴ da

³⁴ Ementa na íntegra:

132141531 – CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS – CONTRATO BANCÁRIO – ABERTURA DE CONTA CORRENTE – PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE – MITIGAÇÃO – APLICAÇÃO DO CDC – Limitação de juros em contratos do sistema financeiro: Inexistência - Assistência judiciária - Suspensão da sucumbência. 1. O princípio da autonomia da vontade, consubstanciado na cláusula pacta sunt servanda, de concepção liberal e sob cujas bases forjaram-se o código bevilacqua, deixou de ser absoluto, notadamente após a encampação definitiva pelo ordenamento jurídico pátrio dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da teoria da imprevisão, expressamente acolhidos pelo Código Civil de 2002, em seus arts. 421, 422 e 478. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) constitui fundamento autorizativo da revisão de cláusulas contratuais incompatíveis com o sistema protetivo de que trata, sendo indene de dúvida que os contratos bancários se encontram sob a batuta da legislação consumerista, notadamente após a declaração de constitucionalidade do disposto no art. 3º, §2º do CDC pelo Supremo Tribunal Federal (adi nº 2591/DF. Rel. Orig. Min. Carlos Velloso. Rel. P/o acórdão Min. Eros grau. 7. 6-2006).2 - A partir da edição da Emenda Constitucional nº 40, não há mais qualquer referência quantitativa à taxas de juros na Constituição Federal, o que clareia por completo as bases do entendimento consagrado pela suprema corte, no sentido de que a Carta Magna nunca limitou a cobrança de juros à taxa de 12% ao ano. Portanto, a matéria é objeto de regulamentação apenas no âmbito da legislação infraconstitucional, da qual se destaca o Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura), cujos limites relativos a juros a suprema corte entende não se aplicarem às instituições financeiras, segundo o teor da Súmula nº 596.3 - O deferimento da gratuidade da justiça determina a suspensão do ônus sucumbencial pelo prazo de 05 (cinco) anos, nos termos do art. 12 da Lei de assistência judiciária. (TJDF – APC 20060110156153 – 3ª T.Cív. – Rel. Des. Vasquez Cruxên – DJU 13.02.2007 – p. 101) JNCódigo Civil Brasileiro.421 JNCódigo Civil Brasileiro.422 JNCódigo Civil Brasileiro.478 JCDC.3 JCDC.3.2 JLAJ.12

Apelação Cível oriunda do processo nº 20060110156153, oriunda da 3ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu recentemente que

(...) o princípio da autonomia da vontade, consubstanciado na cláusula *pacta sunt servanda*, de concepção liberal e sob cujas bases forjou-se o código Bevilacqua, deixou de ser absoluto, notadamente após a encampação definitiva pelo ordenamento jurídico pátrio dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da teoria da imprevisão, expressamente acolhidos pelo Código Civil de 2002, em seus arts. 421, 422 e 478.

A mesma Turma teve decisão recente no mesmo sentido, isso na Apelação Cível nº 20030110549564: "(...) Aos princípios da força obrigatória e da autonomia da vontade não mais se confere o sentido absoluto que outrora possuíam, sendo manifestamente aceita, em determinadas situações, a intervenção judicial no conteúdo dos contratos, e, por conseguinte, a contenção de sua força obrigatória³⁵".

³⁵ Ementa na íntegra: 132139717 – CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL – CONTRATO BANCÁRIO – PACTA SUNT SERVANDA – MITIGAÇÃO – LIMITAÇÃO DE JUROS – NÃO SUJEIÇÃO – TAXA BÁSICA FINANCEIRA – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – REPETIÇÃO DO INDÉBITO – 1. Aos princípios da força obrigatória e da autonomia da vontade não mais se confere o sentido absoluto que outrora possuíam, sendo manifestamente aceita, em determinadas situações, a intervenção judicial no conteúdo dos contratos, e, por conseguinte, a contenção de sua força obrigatória. 2 não se olvida que os juros cobrados pelas entidades financeiras são altos, mas essa prática, desde remotos tempos, ninguém ignora, mormente quando o número de prestações é elevado, sendo certo que tais instituições são regidas pela Lei nº 4.595/64, não se lhes aplicando a limitação de juros de doze por cento ao ano prevista na Lei de Usura, consoante orientação do Supremo Tribunal Federal mediante o enunciado 596.3. A jurisprudência recente, seguindo a orientação do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 287) não aceita a tbf - Taxa básica financeira - Como indexador de correção monetária nos contratos bancários. 4. Não obstante a famigerada MP nº 2.170-36, permanece a vedação à capitalização de juros, ressalvadas as exceções legais, haja vista que esta não se aplica indistintamente a qualquer operação financeira, além do que o Sistema Financeiro Nacional depende de Lei Complementar que o regule, o que, segundo respeitadas vozes e precedentes do Superior Tribunal de Justiça, não pode ser feito por medida provisória. 5. Em que pese a legalidade da cobrança da comissão de permanência fixada à taxa em aberto e limitada à taxa do contrato, esta não pode ser cumulada com correção monetária e juros remuneratórios, bem como com os juros moratórios e com a multa contratual. 6. A repetição de indébito só terá ensejo na hipótese de haver crédito em benefício da autora, o que só será apurado por ocasião do recálculo do débito, observadas as diretrizes do presente julgamento. 7. Recurso desprovido. (TJDF – APC 20030110549564 – 3ª T.Cív. – Rel. P/o Ac. Des. Mario-zam Belmiro – DJU 11.01.2007 – p. 64)

3.2.2 Princípio do Consensualismo

O princípio do consensualismo, por sua vez, assevera que o instrumento de avença resulta do acordo de vontades.

A avença mencionada, em tese, seria fruto de uma paridade ou de uma bilateralidade típica, a afastar a natureza adesiva, já que, uma vez configurada, esta aplicar-se-ia, havendo caracterização de relação consumeirista, os princípios e regras que regem o direito do consumidor.

3.2.3 Princípio da Relatividade dos Contratos

Pelo princípio da relatividade dos contratos, tem-se que os efeitos dos contratos atingem apenas os que nele participam através das manifestações de suas respectivas vontades, o que preserva direitos de terceiros.

Como bem lembra Schonblum (2005, p. 25), “não obstante tenham os contratos força obrigatória, as convenções não poderão obrigar quem delas não tomar parte.”

3.2.4 Princípio da Força Vinculante dos Contratos

Já o princípio da força vinculante dos contratos traduz-se na obrigatoriedade, pelas partes, do obediência aos termos pactuados. Enquanto que o princípio da autonomia da vontade não obriga ninguém a se vincular, o da força vinculante, uma

vez existindo o liame contratual, em prol principalmente da segurança jurídica, obriga as partes contratantes a cumprir o pactuado.

3.2.5 Princípio da Revisão dos Contratos

Um dos princípios mais aplicados na seara judicial é o princípio da revisão dos contratos, o qual vem a se localizar em rota de colisão com o princípio anterior à exata medida em que se prevalente ocasionará a respectiva modificação, via judicial, dos termos contratuais.

Com efeito e sem margem a dúvidas, mais do que alhures, cabe aqui realçar que as grandes transformações tecnológicas na vida das sociedades advieram justamente com a Revolução Industrial que, paulatinamente, mas de forma cruel, veio a inserir no contexto mundial uma nova forma de pensar e de agir em um mundo repleto de modificações.

E, *pari passu* com as transformações sociais, houve verdadeira reorganização social que no mais das vezes através de greves e atos congêneres veio a inserir na realidade mundial o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse cenário, é notório o fato de que o Brasil, desde o advento da Carta Cidadã de 1988, possui, por intermédio de sua Carta Política, um dos mais avançados instrumentos de realização social, fruto que é do estudo, pelos Constituintes de então, dos mais importantes tratados internacionais atualmente em voga no âmbito do direito internacional.

A Constituição de dada nação, sabe-se, pode ser analisada sob o ponto de vista material e formal. O ponto de vista material diz respeito ao tipo de norma que originariamente deve ser encontrada no corpo de qualquer constituição; em outras

palavras, são normas que dizem respeito ao Estado e sua organização, o que se coaduna com a natureza primeira das cartas políticas na era moderna vez que a constituição teve sua importância acrescida à exata medida em que passou a delimitar o poder do rei, em movimento político originado nas hordas burguesas. Do ponto de vista formal, temos normas que se encontram no bojo das constituições apenas para que se lhes atribua maior validade dentro do ordenamento jurídico, posto que referidas normas poderiam perfeitamente localizar-se dentro da legislação infraconstitucional.

Nesse diapasão, entendemos que a evolução social deu-se de forma concomitante no direito privado e no direito público, ou seja, os institutos de direito privado evoluíram ao ponto de virem a ser insertos no bojo das constituições, cuja natureza é eminentemente pública, sendo o reverso também verdadeiro, partindo-se de uma constitucionalização do direito privado.

Assim, de forma paulatina, os institutos de direito privado passaram a fazer parte do direito constitucional e vice-versa, sendo importante para o sucesso deste movimento, para tanto, o princípio da supremacia constitucional frente às demais normas e regras do ordenamento jurídico, o que se solidificou no mundo jurídico com a pirâmide hierárquica de Hans Kelsen. À guisa de exemplificação, basta o simples cotejo para verificar-se a íntima relação do Art. 5º da Constituição Federal de 1988 com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. (BONAVIDES, 1999)

A conhecida cláusula *rebus sic stantibus*, outrossim denominada teoria da imprevisão, insere-se na realidade jurídica da revisão dos contratos. Segundo ela, a modificação considerável de uma situação de fato que venha a modificar de forma extraordinária a situação contratual é suficiente para rever as cláusulas contratuais, sobretudo, pela onerosidade excessiva que gera para uma das partes.

Os Tribunais pátrios caracterizam as relações bancárias enquanto de consumo com a conseqüente possibilidade da discussão das cláusulas através da interpretação da cláusula “rebus sic stantibus”:

69008038 – MÚTUO – Contrato bancário de empréstimo - Caracterização da relação de consumo - Possibilidade de discussão das cláusulas contratuais em atenção à máxima constante da cláusula 'rebus SIC stantibus' - Inocorrência de violação à garantia constitucional do ato jurídico perfeito - Normas de ordem pública que devem ser aplicadas de ofício pelo julgador - Inocorrência de sentença extra petita pela inversão do ônus da prova - Recurso do banco improvido. (...) (1º TACSP – Ap 1232338-1 – (58651) – São José do Rio Preto – 4ª C. – Rel. Juiz J. B. Franco de Godoi – J. 23.02.2005)

132033112 – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO EM CONTA CORRENTE – INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA QUE SE REVESTE DE CARÁTER PURAMENTE POTESTATIVO – CAPITALIZAÇÃO DE JUROS – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA – PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA E CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS (TEORIA DA IMPREVISÃO) – LICEIDADE DA INSCRIÇÃO DO NOME DE INADIMLENTE EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – RECURSO DO RÉU/APELANTE IMPROVIDO – RECURSO DA AUTORA/APELANTE PARCIALMENTE PROVIDO – I – As instituições financeiras exercem atividade de cunho comercial, figurando como fornecedores por expressa disposição do § 2º, do art. 3º do CDC. O entendimento majoritário desta corte de justiça é no sentido da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos feitos com tais instituições. (...) V. Os princípios e direitos conferidos pelo Código de Defesa do Consumidor, vieram para coibir abusos que dantes eram arbitrariamente cometidos. Assim verifica-se a atenuação do princípio do pacta sunt servanda, adotando-se a teoria da imprevisão (rebus SIC stantibus), permitindo-se a revisão e até mesmo a declaração de nulidade de cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais e obrigações excessivamente onerosas (artigo 51, inciso IV do CDC). VI. Ilícita a inclusão do nome da autora/apelante em órgãos de proteção ao crédito, vez que a propositura da ação declaratória revela sua discordância em relação ao valor devido, o que leva à necessidade de se aguardar seu desfecho, pois, enquanto perdurar o litígio, Rui para o credor a possibilidade de registrar o devedor nos arquivos de consumo, sob pena de os converter em verdadeiros tribunais privados de exceção. VII. Apelo do réu improvido. Recurso da autora/apelante parcialmente provido. (TJDF – APC 20010110592594 – DF – 3ª T.Cív. – Rel. Des. Jeronimo de Souza – DJU 10.12.2003 – p. 46)

700107603 - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS BANCÁRIOS - POSSIBILIDADE DE REVISÃO DOS CONTRATOS - Em regra, e pelos mais variados fundamentos - aplicação do princípio da boa-fé, incidência da cláusula rebus sic stantibus, existência de cláusulas abusivas, ocorrência de lesão, aplicação da teoria da imprevisão, aplicação da teoria da onerosidade excessiva, aplicação da teoria da quebra da base do negócio jurídico etc -, admite-se a revisão dos contratos. Aplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas bancárias é matéria pacificada pelo STJ através da Súmula nº 297. (...) (TJRS - APC

70010178390 - 15ª C.Cív. - Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel - J. 01.12.2004)

O Código Civil de 2002 veio a abraçar a teoria da imprevisão em seus Arts. 478 a 480:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Em passado não muito distante, no direito pátrio, a cláusula *rebus sic stantibus* foi aplicada aos contratos de arrendamento mercantil (*leasing*) de veículos indexados em dólar, sendo também largamente utilizada pelos tribunais superiores do país em matérias que vêm a preservar o equilíbrio dos contratos. Reconhece-se, assim, a onerosidade excessiva, dêis que, conforme já decidiu a 3ª Turma do STJ, “o arrendamento mercantil contém norma jurídica própria (lei 8.088/94 e resolução 980/84 do Bacen) que somente admite o reajuste vinculado à variação cambial no caso de os bens arrendados serem adquiridos com recursos provenientes de empréstimos contraídos, direta, ou indiretamente do exterior³⁶”.

³⁶ Ementa: 132087262 – CIVIL – PROCESSUAL CIVIL – CONSUMIDOR – Cláusula de correção vinculada à variação cambial do dólar norte-americano. Aplicação do código de defesa do consumidor (art. 6º, inciso v), lei 8.088/94 e resolução 980/84. Inocorrência de prova de captação de recursos no exterior. Onerosidade excessiva. Possibilidade. Índice de reajuste. Alteração. Inpc. 1) o código de defesa do consumidor possibilita a revisão dos contratos em razão de fatos supervenientes quando os tornem excessivamente onerosos para o consumidor (art. 6º, inciso v), porquanto prescinde de demonstração de fato anormal e imprevisível para que o devedor se libere do liame contratual, pois que se trata de incidência da cláusula *rebus sic stantibus* e não de aplicação da teoria da imprevisão. 2. Sendo surpreendido pelo fato, para o qual não concorreu, não pode, o consumidor, ser penalizado por haver acreditado na moeda nacional face àqueloutra, comparecendo justa a revisão judicial em razão deste fato superveniente, de conhecimento público e notório, que tornou excessivamente onerosa a prestação. 2.1) os riscos do negócio haverão de ser suportados pela prestadora de serviços, diante da vulnerabilidade do consumidor. 3) o arrendamento mercantil contém norma jurídica própria (lei 8.088/94 e resolução 980/84 do bacen) que somente admite o reajuste vinculado à variação cambial no caso de os bens arrendados serem adquiridos com recursos provenientes de

Nesse cenário, a consagração do Código de Defesa do Consumidor constitui-se em um dos principais marcos introdutórios de uma nova legislação e conseqüente posituação da cláusula *rebus sic stantibus*, atenuação esta que só veio a se dar por completa – ainda que de forma relativa – pela vigência do novo Código Civil Brasileiro, em 2002, onde esta é aplicada, via reconhecimento da onerosidade excessiva, a contratos onde não predomina a essência de relação de consumo. (BRASIL, 1983)

3.2.6 Princípio da Boa-fé Contratual Objetiva

O princípio da boa-fé vem a dispor sobre o dever de lealdade que deve permear o contrato tanto na sua formação quanto na sua execução, encontrando-se devidamente positivado no Código Civil em vigor.

Insta destacar que a Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor previu a criação de Juizados Especiais Cíveis e Criminais para fins de implementação das normas consumeiristas, o que veio a se concretizar através da inserção no ordenamento jurídico pátrio da Lei 9.099/95 a qual, moldando-se em parte nos procedimentos trabalhistas e em princípios como o da oralidade, celeridade, efetividade processual e simplicidade trouxe ao cenário jurídico pátrio os Juizados Especiais Cíveis e Criminais para julgamento das causas de menor complexidade; sendo seguida, em 2001, pela Lei nº 10.259, que dispõe sobre os Juizados Especiais Federais.

empréstimos contraídos, direta, ou indiretamente do exterior. 4) não restando provada a captação de recursos no exterior, impõe-se a procedência do pedido, nulificando a cláusula que fixa a correção monetária com base na variação cambial da moeda norte-americana, estabelecendo o INPC como novo indexador, porquanto utilizado para acompanhamento da inflação e balizamento da política monetária. 5) com a resolução, as partes devem retornar ao status quo ante, impondo-se a devolução do vrg. 6) sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. (TJDF – APC 20010110898815 – 1ª T.Cív. – Rel. Des. João Egmont Leôncio Lopes – DJU 08.11.2005 – p. 97)

Ainda sob o prisma infraconstitucional, observa-se que a legislação civil anterior, de cunho eminentemente liberal, aos poucos, foi sofrendo as mutações sociais necessárias, primeiramente através dos entendimentos tribunalícios; e, em pó, através da positivação consistente na Lei n.o. 10.406/2002 – *Código Civil em vigor* - de onde se extraem as seguintes normas legais:

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 2035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

O Tribunal de Justiça de Goiás já decidiu, no Acórdão nº 82295-0/188,³⁷ que:

³⁷ Ementa na íntegra:

222707 - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL - COMPRA E VENDA DE SEJA - FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO - ONEROSIDADE EXCESSIVA - TEORIA DA IMPREVISÃO - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA EQUIVALÊNCIA CONTRATUAL E DA BOA-FÉ OBJETIVA - RESCISÃO - POSSIBILIDADE - De acordo com a máxima rebus SIC stantibus, a rescisão contratual é medida assaz idônea quando, nos contratos de execução continuada ou diferida, em decorrência de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes torna-se extremamente onerosa em contraste com excessiva vantagem da outra, ainda mais se se tratar de contrato de adesão e a celebração, por ter cláusulas desproporcionais não atender aos princípios da equivalência contratual e da boa-fé objetiva. Exegese do art. 478, da lei 10.406/02, do novo Código

De acordo com a máxima *rebus sic stantibus*, a rescisão contratual é medida assaz idônea quando, nos contratos de execução continuada ou diferida, em decorrência de acontecimentos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes torna-se extremamente onerosa em contraste com excessiva vantagem da outra, ainda mais se se tratar de contrato de adesão e a celebração, por ter cláusulas desproporcionais não atender aos princípios da equivalência contratual e da boa-fé objetiva. Exegese do art. 478, da lei 10.406/02, do novo Código Civil Brasileiro. Apelação conhecida e improvida.

Explica Theodoro Júnior (2004, p. 20) que “a boa-fé objetiva é pesquisada por meio de regras de conduta não-escritas, mas que se mostram necessárias diante de ‘padrões sociais estabelecidos e reconhecidos’ como corretos no meio e no tempo em que o contrato se aperfeiçoou e se cumpriu.”

A boa-fé contratual, pois, é objetiva e deve ser observada antes, durante e depois da execução do contrato³⁸.

3.2.7 Princípio da Função Social do Contrato

O princípio da função social do contrato é resultado da constitucionalização paulatina do direito privado, consistindo em uma das maiores conquistas da sociedade moderna na busca pelo equilíbrio na vida social, sendo consequência das lutas em prol da dignidade da pessoa humana.

De forma objetiva, Theodoro Júnior (2004, p. 31) afirma que “a função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a

Civil Brasileiro. Apelação conhecida e improvida. (TJGO - AC 82295-0/188 - 1ª C.Cív. - 6ª T. - Rel. Des. João Ubaldo Ferreira - DJGO 24.02.2005) JNCódigo Civil Brasileiro.478

³⁸ Para Humberto Theodoro Júnior (2004, p.11):

“O dever de lealdade e boa-fé já atua e obriga na fase pré-contratual, antes mesmo do aperfeiçoamento do contrato; perdura no momento da definição do ajuste contratual, assim como no de seu cumprimento; e subsiste, até mesmo, depois de exaurido o vínculo contratual pelo pagamento e quitação. Nesse sentido, dispõe o art. 422 do atual Código Civil que ‘os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.’”

sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes).”

Sobre o tema, Tartuce (2005, p. 199) assevera que:

(...) o novo Código Civil, em seu art. 421, consagra o princípio da função social do contrato, trazendo regra pela qual a interpretação sociológica do contrato seria uma limitação ao princípio da autonomia privada.

Antes de qualquer mergulho mais profundo na matéria, é pertinente deixar claro que entendemos ser a função social dos contratos verdadeiro princípio geral do ordenamento jurídico, abstraído das normas, do trabalho doutrinário, da jurisprudência, dos aspectos sociais, políticos e econômicos da sociedade. A função social do contrato é um preceito básico, explícito no Código atual, verdadeira fonte secundária do direito pátrio, pelo qual o art. 4º da LICC prevê.

Em reforço, a função social do contrato é princípio que interessa à coletividade, constituindo tanto o art. 421 quanto o 2.035, parágrafo único, ambos do novo CC, normas de ordem pública, inafastáveis por convenções ou disposição contratual.

Theodoro Júnior (2004, p.2) explica que:

O Estado social impôs-se progressivamente, a partir dos fins do século XIX e princípios do século XX, provocando o enfraquecimento das concepções liberais sobre a autonomia da vontade no intercâmbio negocial, e afastando o neutralismo jurídico diante do mundo da economia.

A mitigação do princípio do *pacta sunt servanda*, outrora absoluto, via interpretação constitucional dos fatos jurídicos e seus corolários (ato jurídico, negócio jurídico e ato ilícito) pode, sem sombra de dúvidas, ser considerada uma das maiores conquistas sociais da humanidade.

Laboram em erro, portanto, os que afirmam a falência do *pacta sunt servanda*, vez que, a bem da verdade, referido movimento há muito já sentido nos países desenvolvidos somente de forma recente veio a fincar raízes nas terras brasileiras; tanto, que ainda se vê de forma ainda difundida a aplicação civilista do

direito em detrimento da Constituição Federal de 1988. Correto, entretanto, referir-se a mitigação do *pacta sunt servanda* e prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana no seio contratual.

Insta relembrar Monreal (1988, p. 28) o qual explica que a norma, no exato momento em que é promulgada, já se encontra vencida pela dinâmica social, ou seja, por mais que intente, o direito não consegue ultrapassar a dinâmica da sociedade, sempre em mutação.

A Carta Cidadã de 1988, fulcrada nos mais avançados tratados internacionais, sabe-se, possui em seu texto normas materialmente constitucionais e formalmente constitucionais, sendo estas últimas nela inseridas justamente para conferir maior legitimidade aos seus conteúdos, posto não tratem de normas relativas ao Estado (conteúdo material), como fizeram os franceses para delimitar o poder real à época da revolução histórica.

Interessante destacar que as normas constitucionais, sejam materiais ou formais, constituem-se em normas abertas e livres à interpretação constitucional, sendo este um dos pontos e merecem atenção justamente por permitir que as transformações sociais, dentro dos parâmetros estabelecidos pela Carta, sejam aceitos sem maiores conflitos com seu texto.

O mesmo desiderato, anteriormente mencionado, seguiu o legislador ordinário no Código Civil em vigor (Lei 10.406/2002), o qual sugeriu explícita e implicitamente uma interpretação aberta de suas normas.

Outra não poderia ser a realidade após o advento das guerras que marcaram sobremaneira o século anterior, com destaques para as duas grandes guerras mundiais que resvalaram no extermínio de milhões de seres humanos. A corrente legalista do nazifascismo, por exemplo, sabe-se, foi a grande responsável pelo

holocausto, onde cerca de 6.000.000 (seis milhões) de judeus foram violentamente exterminados, num dos episódios mais tristes e sórdidos da história mundial.

Essa nova realidade social adentrou com mais fôlego nas constituições dos países mais avançados e, aos poucos, foi introduzida no Direito Privado, fortalecendo a máxima de que o Direito é um só e sua divisão se dá por caráter meramente propedêutico.

Nesse cenário, o direito privado, egoísta, fruto de uma época liberal, foi dando vez a um direito privado constitucional, onde princípios como o *rebus sic stantibus* foram, de forma paulatina, construindo sua morada no novo local a eles destinados.

A Carta Cidadã de 1988, é fruto dessa nova realidade e teve seu substrato extraído dos mais importantes tratados políticos existentes a nível mundial. Dess'arte, o *pacta sunt servanda* existe e sempre existirá, mas deve ser interpretado sob a ótica dos princípios constitucionais que regem as relações do mundo hodierno.

A interpretação do direito contratual sob a ótica constitucional, fruto da passagem da sociedade para uma nova dimensão, ao mitigar o princípio da relatividade dos contratos ao confrontá-lo com o princípio da supremacia da ordem pública, ou seja, ao evoluir da liberal autonomia privada para o que podemos denominar movimento de prevalência da ordem pública, vem a inserir a dignidade da pessoa humana sobre a vontade particular outrora predominante no direito privado. Tudo isso sedimentou a função social do contrato enquanto norte principal da mais moderna e justa aplicação do direito contratual, abrindo-se caminho para a elaboração de leis que privilegiem o ser humano ao possibilitar uma interpretação sob a ótica da coletividade, a exemplo do que ocorre com o Código de Defesa do Consumidor e Estatuto do Idoso.

Dessarte, o afastar da concepção legalista do Direito, fez surgir a necessidade premente de uma nova e verdadeira hermenêutica jurídica, espécie de renascimento ou maiêutica do direito constitucional³⁹.

Segundo Bonavides (1998b, p. 417):

A interpretação da Constituição é parte extremamente importante do Direito Constitucional. O emprego de novos métodos da hermenêutica jurídica tradicional fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional.

A relevância dos modernos métodos interpretativos cresceu sem dúvida em razão da transformação por que passou todo o constitucionalismo clássico desde o advento de princípios de natureza declaradamente social.

(...)

Mediante o emprego dos instrumentos de interpretação, logram-se surpreendentes resultados de alteração de sentido das regras constitucionais sem que todavia se faça mister modificar-lhe o respectivo teor. De sorte que aí se combina a preservação da Constituição com o deferimento das mais prementes e sentidas exigências da realidade social. Mas a interpretação constitucional nem sempre serviu a esse intento, nem foi deliberadamente utilizada para alcançar semelhante resultado. Nas épocas constitucionais mais tranqüilas como aquelas que caracterizaram o antigo Estado de Direito da sociedade liberal, a hermenêutica constitucional tinha por regra uma posição eminentemente conservadora da ordem estabelecida e só por exceção desempenhava ativamente uma função transformadora.

(...)

O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembra-la de seu manancial político e ideológico, das

³⁹ Nery Júnior (2006, p.19) profere as seguintes relevantes palavras:

“Era muito comum, pelo menos até há bem pouco tempo, interpretar-se e aplicar-se determinado ramo do direito tendo-se em conta apenas a lei ordinária principal que o regulamenta. Assim, o civilista via no Código Civil a única norma que deveria ser consultada na solução de problemas naquela área, o mesmo ocorrendo com o processualista (civil, penal e trabalhista), com o penalista, com o comercialista.

Isto se deve a um fenômeno cultural e político por que passou e tem passado o Brasil ao longo de sua existência. Referimo-nos ao fato de o País ter tido poucos hiatos de tempo em Estado de Direito, em regime democrático, em estabilidade política, enfim.

Daí por que não se vinha dando grande importância ao Direito Constitucional, já que nossas Constituições não eram respeitadas, tampouco aplicadas efetivamente.

A alegação de ofensa à Constituição, em países com estabilidade política e em verdadeiro Estado de Direito, é gravíssima, reclamando a atenção de todos, principalmente da população. Entre nós, quando se fala, por exemplo, em juízo, que houve desatendimento da Constituição, a alegação não é levada a sério na medida em e na extensão que deveria, caracterizando-se, apenas, ao ver dos operadores do direito, como mais uma defesa que o interessado opõe à contraparte.

Entretanto, paulatinamente esse estado de coisas tem mudado. É cada vez maior o número de trabalhos e estudos jurídicos envolvendo a interpretação e a aplicação da Constituição Federal, o que demonstra a tendência brasileira de colocar o Direito Constitucional em seu verdadeiro e meritório lugar: o de base fundamental para o direito do País.

O intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema.

nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la.

Atado unicamente ao momento lógico da operação silogística, o intérprete da regra constitucional vê escapar-lhe não raro o que é mais precioso e essencial: a captação daquilo que confere vida à norma, que dá alma ao Direito, que o faz dinâmico, e não simplesmente estático. Cada ordenamento constitucional imerso em valores culturais é estrutura peculiar, rebelde a toda uniformidade interpretativa absoluta, quanto aos meios ou quanto às técnicas aplicáveis.

Em matéria constitucional é muito difícil, senão impossível, estabelecer critérios absolutos de interpretação. Aliás, a invalidade dos almejados cânones universais de interpretação é extensiva a toda espécie de leis, uma vez que de país em país, de ambiente a ambiente, de sociedade a sociedade, cada ordenamento jurídico se sujeita a variações cujo peso deve ser devidamente levado em consideração.

(...)

A moderna interpretação da Constituição deriva de um estado de inconformismo de alguns juristas com o positivismo lógico-formal, que tanto prosperou na época do Estado liberal.

Grau (2007, p.314) lembra que a Carta da República de 1988 procura-se um modelo de “bem-estar”, no que diz respeito à ordem econômica brasileira, modelo este “mínimo” a ser buscado pela sociedade brasileira. Afirma, ainda, o autor (2007, p. 315):

A ordem econômica na Constituição de 1988 é uma ordem econômica aberta. Nela apenas podem detectar um modelo econômico acabado àqueles que têm uma visão estática da realidade; para eles, estática também há de ser a Constituição – a uma visão estática dos fatos sociais apenas pode corresponder, já o afirmem, uma visão também estática do direito.

A Constituição é um dinamismo.

Os tribunais, de seu turno, decidem a favor do consumidor em inúmeros casos, decidindo ao redor da aplicação da função social do contrato, limitação de juros, aplicação de normas consumeristas, princípio da boa-fé contratual, cláusula penal, devolução em dobro de quantias, juros simples, limites de juros, dentre outros assuntos tão polêmicos no ordenamento jurídico nacional, quando o assunto é o contrato de mútuo bancário.

O Tribunal de Justiça do Amapá, no acórdão nº 2.619/05⁴⁰, sobre equilíbrio contratual, decidiu que:

(...)

À luz da nova concepção social que hoje o preside, um contrato somente pode ser considerado ato jurídico perfeito, ao qual se possa assegurar a garantia constitucional da inalterabilidade de seus efeitos, inclusive por Lei, se dele resultar perfeito equilíbrio entre os contratantes, de sorte que, existindo cláusulas abusivas ou que, de qualquer forma, beneficie um dos subscritores em prejuízo do outro, tais estipulações podem ser desconsideradas por decisão judicial, até porque, *ex vi* do disposto no parágrafo único do art. 2.035, do novo Código Civil, não pode prevalecer convenção, mesmo se pactuada antes de sua vigência, que contrarie preceito voltado a garantir a função social do contrato.

(...)

Em se tratando de planos de saúde, a função social do contrato também é relevada. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso, no Agravo de Instrumento nº 39848/2002⁴¹, decidiu que “denúncia unilateral se revela abusiva por visar a frustrar

⁴⁰ Ementa na íntegra: 55003879 - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PESSOAIS - DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA - RECOMPOSIÇÃO EFETIVA DO VALOR AQUISITIVO - CORREÇÃO PLENA - CONTRATO - CLÁUSULA VANTAJOSA A UM CONTRATANTE EM PREJUÍZO DO OUTRO - EXISTÊNCIA - ATO JURÍDICO PERFEITO INEXISTENTE - FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO - CONTRARIEDADE CONFIGURADA - POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO PELO JUDICIÁRIO - RESERVA DE POUPANÇA - CRÉDITO DECORRENTE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA INCOMPLETA - COBRANÇA - PRESCRIÇÃO - CINCO ANOS DO RESGATE - 1) Na restituição ao associado de parcelas pagas a plano de previdência privada, em razão da desvalorização rotineira de nossa moeda, deve haver plena atualização monetária, valendo-se de índices que efetivamente recomponham o valor aquisitivo original - 2) À luz da nova concepção social que hoje o preside, um contrato somente pode ser considerado ato jurídico perfeito, ao qual se possa assegurar a garantia constitucional da inalterabilidade de seus efeitos, inclusive por Lei, se dele resultar perfeito equilíbrio entre os contratantes, de sorte que, existindo cláusulas abusivas ou que, de qualquer forma, beneficie um dos subscritores em prejuízo do outro, tais estipulações podem ser desconsideradas por decisão judicial, até porque, *ex vi* do disposto no parágrafo único do art. 2.035, do novo Código Civil, não pode prevalecer convenção, mesmo se pactuada antes de sua vigência, que contrarie preceito voltado a garantir a função social do contrato - 3) A cobrança de crédito decorrente de restituição incompleta de contribuições pessoais, no caso de desistência de plano de previdência privada, prescreve em cinco anos contados da data do resgate da reserva de poupança. (TJAP - AC 2.619/05 - Rel. Des. Mário Gurtyev - 13.12.2005)

⁴¹ Ementa na íntegra:
41035842 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE COLETIVO - CLÁUSULA ADMITINDO RESCISÃO UNILATERAL - ABUSIVIDADE - Entendimento desta 1ª câmara cível: Denúncia unilateral se revela abusiva por visar a frustrar as garantias previstas legalmente em favor da parte vulnerável, sendo incompatível com a função social do contrato que se extrai do sistema constitucional. (AC. 57803, processo nº 10.364-2/2003. Rei. Dês." silvia zarif). Liminar que determina manutenção do plano até decisão final. Correção. Em se tratando da prestação de serviços médico-hospitalares, utilizados mediante a contratação de plano de saúde, tendo em vista a sua relevância e

as garantias previstas legalmente em favor da parte vulnerável, sendo incompatível com a função social do contrato que se extrai do sistema constitucional.”

Ao discorrer sobre cláusula limitadora no caso de *aids*, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na apelação cível nº 20040150034361⁴², decidiu que “Tratando-se de relação de consumo, compete ao poder judiciário, inclusive, de ofício, aquilatar da abusividade ou não das cláusulas contratuais, principalmente as limitadoras de direitos, na esteira do § 4º do artigo 54, do Código de Defesa do Consumidor”.

Praticamente conceituando a função social do contrato, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, no Agravo Regimental⁴³ em Apelação Cível nº 2005.010195-

os interesses maiores envolvidos, escoreita mostra-se a decisão monocrática que mantém execução de contrato unilateralmente rescindido pela operadora do plano, até o deslinde final da causa. (TJMT - AI 39848/2002 - 1ª c.cfv. -rei. Des. Munir feguri - J. 19.05.2003). Agravo improvido. (TJBA - AI 26.598-5/2004 - (12.394) - 1ª C.Cív. - Relª Juíza Celeste Silva Ledo - J. 04.05.2005)

⁴² Ementa na íntegra:

132057047 – CIVIL – SEGURO-SAÚDE – CLÁUSULA LIMITADORA – AIDS – ABUSIVIDADE – FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – 1 – Tratando-se de relação de consumo, compete ao poder judiciário, inclusive, de ofício, aquilatar da abusividade ou não das cláusulas contratuais, principalmente as limitadoras de direitos, na esteira do § 4º do artigo 54, do Código de Defesa do Consumidor. 2. Nesta esteira, a jurisprudência vem entendendo ser abusiva a cláusula que, em contrato de seguro-saúde, afasta o tratamento de moléstias infecto-contagiosas de notificação compulsória, a exemplo da AIDS. Precedente (AGRESP nº 265.872 SP, relator ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).3. Recurso desprovido. (TJDF – APC 20040150034361 – 3ª T.Cív. – Rel. Des. Silvânio Barbosa dos Santos – DJU 26.04.2005 – p. 120) JCDC.54 JCDC.54.4

⁴³ Ementa na íntegra:

2045386 - AGRAVO REGIMENTAL - DECISÃO MONOCRÁTICA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA - CONTRATO DE FINANCIAMENTO - AUTO-APLICABILIDADE DO ART. 192, § 3º, DA CF - CAPITALIZAÇÃO MENSAL - PACTA SUNT SERVANDA - REGIMENTAL NÃO PROVIDO COM APLICAÇÃO DE MULTA - Tendo sido o contrato firmado pelas partes antes da Emenda Constitucional nº 40, perfeitamente cabível o entendimento da auto-aplicabilidade do § 3º do artigo 192 da Constituição Federal, ainda mais considerando-se o que dispõe o artigo 1º do Decreto 22.626/33, ainda em vigor. Houve revogação tácita de todos os dispositivos da Lei 4595/64 que atribuíam ao CMN a competência para legislar a respeito de juros. Inteligência dos artigos 25 do ADCT, 48, XIII, e 68, § 1º, todos da Constituição Federal. A capitalização mensal de juros, em contrato de cheque especial, é expressamente vedada pelo art. 4º do Decreto 22.626/33. Em igual sentido também a Súmula 121 do STF. A função social do contrato repele o entendimento inflexível dado à autonomia da vontade. Sendo o recurso inaceitável, infundado e procrastinatório, é de se aplicar a multa prevista no artigo 557, § 2º, do CPC. Regimental improvido. (TJMS - AgRg-AC-O 2005.010195-0/0001-00 - Campo Grande - 2ª T.Cív. - Relª Desª Tânia Garcia de Freitas Borges - J. 30.08.2005) JCF.192 JCF.192.3 JADCT.25 JCF.48 JCF.48.XIII JCF.68 JCF.68.1 JCPC.557 JCPC.557.2

0/0001-00, decidiu que “(...) a função social do contrato repele o entendimento inflexível dado à autonomia da vontade”.

Por fim, pode-se afirmar que a função social do contrato contém objetivos imediatos e mediatos; aqueles, destinados a promover o equilíbrio entre as partes nele envolvidas e estes, relacionados com a viabilidade da vida social, ou seja, verdadeira busca do equilíbrio para o fomento de circulação de riquezas entre as diferentes camadas sociais.

3.3 O instituto do Contrato enquanto instrumento de circulação de riquezas e sua interpretação constitucional

É inegável o aspecto econômico-jurídico conferido ao contrato enquanto instrumento de circulação de riquezas nas sociedades. No caso do Brasil, inúmeros são os dispositivos legais que tratam da matéria a exemplo dos artigos do Código Civil que regulam os contratos e que de forma explícita ou implícita referenciam ações que resvalam em circulação de riqueza, a saber:

Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.

Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir.

Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.

Ihering (1979, pp. 51-56), ao discorrer sobre a mecânica social ou as alavancas do movimento social, dividia-as em quatro, sendo duas inferiores e duas superiores. Para ele, existe uma “mecânica social para adstringir a vontade humana”, através da qual a sociedade mobilizaria a vontade para o alcance de seus fins. Assim, as alavancas sociais inferiores ou egoísticas seriam a remuneração e a coação; enquanto que, as alavancas sociais mais elevadas, também denominadas de morais ou éticas seriam o amor e o senso de dever.

Nesse diapasão, o estudo da natureza do contrato e sua moderna interpretação constituem-se em marcos importantes para o esboço deslinde da matéria ora apresentada a estudo.

Assim é que muito se fala, hodiernamente, nos direitos de quarta geração ou quarta onda que sintetizam o denominado solidarismo social, movimento que adveio praticamente com o fim da Segunda Grande Guerra, muito embora, antes disso, o bem-comum enquanto objeto teleológico do Direito haja sido defendido à sociedade por Rudolf Von Ihering in “A Finalidade do Direito” (1979, p. 49):

Uma sociedade (societas) em sentido jurídico é uma reunião de diversas pessoas que se vincularam para a perseguição de um fim comum, de tal modo que, portanto, para cada um, ao atuar para o escopo da sociedade, age, simultaneamente, para si. Uma sociedade na acepção jurídica pressupõe um contrato respeitante ao seu estabelecimento e regulamentação, ou seja, um contrato social. Porém, o que há de fático na sociedade – a cooperação visando a fins comuns – repete-se, em nossa vida, mesmo sem aquela forma. Toda a nossa vida, todas as nossas relações são, nesta acepção não-jurídica, uma sociedade, com efeito: um obrar conjunto para fins comuns no qual cada um, ao agir por outros, também age para si, ao agir por si, também age pelos outros.

(...) Tornar profícuo o trabalho do indivíduo, quer manual, quer intelectual, o máximo que for possível, para os outros e, assim, imediatamente para ele mesmo, valorizar toda energia a serviço da humanidade: eis a tarefa que cada povo civilizado tem de resolver e em função da qual todas as suas instituições devem ser avaliadas.

O mundo globalizado gerou nova dimensão econômica no panorama mundial. O surgimento de entidades transnacionais e a produção industrial diversificada em

vários países são provas vivas de tal fato. A Europa, por exemplo, já trabalha sua economia com moeda única.

Bonavides (1998a, p. 435), assim se manifesta sobre o Estado Social:

Sendo o Estado social a expressão política por excelência da sociedade industrial e do mesmo passo a configuração da sobrevivência democrática na crise entre o Estado e a antecedente forma de sociedade (a do liberalismo), observa-se que nas sociedades em desenvolvimento, porfiando ainda por implantá-lo, sua moldura jurídica fica exposta a toda ordem de contestações, pela dificuldade em harmonizá-la com as correntes copiosas de interesses sociais antagônicos, arvorados por grupos e classes, em busca de afirmação e eficácia.

A evolução da sociedade levou ao fenômeno da massificação dos contratos que consagrou diferentes momentos históricos, a depender do movimento social predominante. No liberalismo, por exemplo, onde mínima era a intervenção estatal, vigeu em sua plenitude o princípio de que os pactos deveriam ser cumpridos (*pacta sunt servanda*).

De todos os instrumentos utilizados pela sociedade humana para reger as relações entre seus pares, o contrato, decerto, é um dos que mais possui importância para o desenvolvimento e paz das sociedades modernas; isso, desde que praticado com equilíbrio através da intervenção estatal.

Nas palavras de Covello (1999, p.153):

É graças aos empréstimos que o industrial consegue realizar melhoramentos na sua indústria, e o comerciante ampliar o ramo de negócio até obter fortunas. É graças aos empréstimos que as empresa em dificuldades financeiras conseguem galgar o reequilíbrio econômico imprescindível para continuar suas atividades, evitando quebras desastrosas não só para o empresário como para os empregados, com reflexos em toda a sociedade. Por meio dos empréstimos, os funcionários públicos e os profissionais liberais obtêm o capital de que precisam para a aquisição de casa própria, de material de construção, de instrumentos de trabalho, de utilidades domésticas e outros.

No setor agropecuário, o empréstimo desempenha relevante papel social, uma vez que, em subministrando fundos ao agricultor, permite-lhe melhorar a

exploração da terra pela aquisição de máquinas e outros recursos técnicos que vêm beneficiar toda a estrutura econômica da Nação.

Os empréstimos assim, fomentam a produção, desenvolvem o comércio, tornam viável a execução de grandes trabalhos públicos em benefício geral da coletividade, fazendo com que capitais disponíveis se tornem produtivos pela aplicação na criação de outras riquezas, sendo, em uma palavra, fator notável de bem-estar e prosperidade gerais.

Em contrapartida, o Banco obtém lucros fabulosos com os empréstimos que realiza, mediante taxa de juros que só ele, como empresa especializada, está autorizado a obter. As garantias – seguras – que acompanham o contrato dão-lhe a certeza de um bom negócio, de lucro líquido e certo.

Tamanha é a importância do empréstimo na vida dos Bancos que autores do porte de Carabesle não hesitam em afirmar que todas as operações bancárias exprimem e representam, essencial e intencionalmente, um empréstimo.

Com efeito, as relações entre particulares e entre nações, ou seja, em maior ou menor escala sempre possuiu o substrato contratual para início, manutenção ou fim de suas relações.

A importância crescente dos contratos na vida social advém desde o período romano, sendo que somente na segunda metade do século passado o afastamento da autonomia privada e o início da prevalência de princípios como o da dignidade da pessoa humana veio a conferir à matéria contratual uma nova dimensão que, na prática, culminou com o rompimento clássico da diametral divisão entre direito público e privado.

Hoje, pois, o alcance contratual é multifacetado, abrangendo institutos típicos previsto no Código Civil em vigor e atípicos, a exemplo do arrendamento mercantil, da alienação fiduciária em garantia, franquias, dentre outros instrumentos largamente utilizados no dia-a-dia do homem moderno.

No que concerne à atipicidade contratual, sua importância avulta, principalmente, enquanto uma forma de acompanhar a evolução social no tempo e espaço, visto ser instrumento eficaz de constante atualização sócio-jurídica, partindo-se, aqui, do pressuposto de que a norma não consegue, sobretudo no mundo globalizado de hoje, acompanhar a dinâmica social.

3.4 Relações privadas e direitos fundamentais

A inserção dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas constitui em verdadeira evolução paulatina da vida em sociedade e do Direito em si, também podendo ser entendida por constitucionalização do direito privado.

Nesse cenário, não é absurdo afirmar que a constitucionalização do direito privado foi a grande responsável pela inserção dos direitos fundamentais na seara das relações privadas.

Convém relembrar que nos primórdios da vida constitucional, dois principais aspectos caracterizavam as constituições: serviam elas enquanto norte da atividade administrativa do Estado, incluindo poderes executivo e legislativo; e, outrossim, eventual tendência principiológica gravitava no campo da moralidade, sem aplicação pragmática.

Verdade é que o novo Código Civil – *Lei 10.406/02* – modificou bastante a velha concepção liberal do Código de 1916, contudo, no entender de Daniel Sarmiento (2006, p.76) tal realidade encontra-se aquém da desejável, segundo ele, porque “(...) o advento do novo Código Civil, recentemente editado, não teve o condão de reunificar sob a sua égide todo o Direito privado, deslocando a Constituição do centro do sistema⁴⁴”.

Sarmiento (2006, p.80) relembra que a “constitucionalização do Direito Privado não significa apenas o deslocamento geográfico de seu centro. Mais do que isso, trata-se de um processo que importa em modificações substantivas relevantes

⁴⁴ Continua Sarmiento (2006, p. 76), afirmando: “registre-se, no particular, que o novo Código, apesar dos seus avanços em relação à vetusta codificação, fica ainda bem aquém da Constituição Federal no que concerne ao alicerçamento do Direito Privado sobre bases mais solidarísticas. Assim, até por razões hierárquicas, é evidente que a visão emergente da Constituição terá sempre absoluta primazia em relação àquela que deriva do Código. Portanto, é antes à Constituição que ao Código que deve o jurista recorrer para iluminar a exegese de preceitos de outros diplomas normativos privados.”

na forma de se conceber e encarar os principais conceitos e instituições sobre os quais se funda este ramo do saber jurídico.”

Urge realçar que os direitos fundamentais, no entender de Sarmento (2006, p. 85) foram, de todas as inovações do texto, a “mais positiva e valiosa”; tanto que completa tal entendimento (SARMENTO, 2006, p. 87) afirmando que:

O princípio da dignidade exprime, por outro lado, a primazia da pessoa humana sobre o Estado. A consagração do princípio importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais que um meio para a garantia e promoção dos seus direitos fundamentais.

(...)

Não se objetiva, aqui, dissecar o princípio da dignidade da pessoa humana, nas suas múltiplas dimensões e potencialidades, nem tampouco desvelar a sua origem histórica. Para os nossos fins, basta frisar que o princípio em questão mergulha suas raízes na doutrina cristã do Evangelho, no humanismo renascentista de Picco della Mirandola, e, acima de tudo, na filosofia iluminista, que teve seu ápice em Kant. Para Kant, o Homem como ser racional, dotado de autonomia moral, constitui sempre um fim em si mesmo e nunca um meio para o atingimento de algum outro fim, não tendo por isso preço, mas dignidade.

A falência do modelo liberal de Estado e a busca por um Estado Social, mormente após o holocausto, na primeira metade do século passado, contribuíram para o movimento de constitucionalização do direito privado e a conseqüente entrada dos direitos fundamentais em local que lhe era estranho, até então.

Lembra Sombra (2004, p. 41) a influência do Código Napoleônico de 1807 e a conseqüente disseminação do voluntarismo e do consensualismo no conceito liberal de tal codificação; isso, ao afirmar que:

As bases doutrinárias sob as quais fora construído o modelo liberal de contrato estão vinculadas ao voluntarismo e aos consensualismo. Essas duas formulações jurídicas – e filosóficas – estão relacionadas à idéia de que o contrato se resume a um acordo de vontades entre dois indivíduos, o qual dispensa, em princípio, maiores formalidades. O conteúdo dessas

disposições contratuais assentava-se, entretantes, eminentemente sobre as manifestações livres e voluntárias das partes, as quais, em função de preceito moral, deveriam cumprir toda e qualquer espécie de promessa. Conforme observa Renato Moraes, ' na base do consensualismo está a doutrina da autonomia da vontade: o ser humano, sendo livre, apenas pode ser obrigado pelo seu consentimento'.

Contudo, o modelo liberal começou a modificar-se com a evolução da sociedade que, devido a transformações sociais e econômicas, afastou o modelo clássico de contrato bilateral típico ou paritário e passou a exigir instrumentos mais céleres para a circulação das riquezas através dos negócios jurídicos.

O fenômeno da massificação dos contratos, portanto, aliado à idéia de Estado Social, tendo por fim o aspecto humano, juntos, foram os grandes responsáveis pelas mudanças de paradigmas contratuais.

Com a nova realidade, o dirigismo contratual, consistente na ingerência do Estado nas relações privadas com o fito de fazer valer a função social do contrato e o equilíbrio contratual, passou a se fazer cada vez mais presente na seara das relações privadas.

Para Sombra (2004, p. 64):

A força obrigatória dos contratos – *pacta sunt servanda* – além de não mais representar as bases ideológicas sobre as quais fora concebida, agora carece de conjugar-se com os anseios de promoção da função social e dos ditames de ordem pública impostos pelo Estado.

Em seguida, Sombra (2004, p. 65) faz paralelo entre o dirigismo contratual e a proteção dos contratantes em posição de desigualdade sócio-econômico, o que, em resumo, explica a ingerência dos direitos fundamentais no âmago do Direito Privado:

A intervenção do domínio econômico praticado pelo Estado Social consubstancia um mecanismo de equacionamento dos interesses sociais, à medida que o dirigismo contratual proporciona a proteção dos contratantes em posição de desigualdade econômica e social, limitando o âmbito da autonomia privada. O Estado Social, enquanto resultado da reestruturação histórico-dialética do Estado Liberal, destaca-se, pois, pela atuação nas duas vertentes de maior descaso por parte deste último: a concretização do princípio da igualdade material e a extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

A rigor, é com o Estado Social de Direito que a teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares ganhará contornos substancialmente precisos, uma vez que com a intervenção do Estado no domínio privado relativizar-se-á a estanque separação entre público e privado – Estado e sociedade – e, por conseguinte, o Direito Privado e o Direito Constitucional passarão a travar um permanente e harmônico diálogo.

A ingerência dos direitos fundamentais no âmbito privado, dessa feita, constitui realidade inafastável do pensamento constitucional da atualidade, sobretudo em se considerando, dentro da ótica Kantiana, o indivíduo enquanto fim e o Estado como instrumento a serviço do indivíduo e da sua dignidade.

Interessante, contudo, ressaltar, nas palavras de Biagi (2005, pp. 55-58), que:

Os direitos fundamentais, concebidos primordialmente como normas principiológicas, apresentam uma estrutura aberta e flexível e não possuem, assim, um campo de incidência rigidamente delimitado, revelando-se, na visão de J.J Gomes Canotilho, como direitos *prima facie* e não direitos definitivos.

(...)

Peter Haberle observa que a Constituição se transforma na 'Constituição', no pleno sentido da palavra, por meio da atividade da legislação de conformação e de limitações dos direitos fundamentais.

(...)

Haberle explica, ainda, que a melhor forma de compreender a importância da legislação no âmbito dos direitos fundamentais é fazendo abstração dela e sustenta que, se faltasse aos direitos fundamentais o subnível do ordenamento jurídico que está hierarquicamente abaixo da Constituição, ficariam sem eficácia, figurariam apenas 'no papel'. Afinal, segundo o mestre alemão, em ambos os casos, na função de limitação e na de conformação, o legislador está a serviços da Constituição, concretizando suas decisões valorativas.

(...)

Sob outra perspectiva, Haberle adverte que os direitos fundamentais, como normas constitucionais, não estão isentos do fenômeno da mutação constitucional. Ao contrário, por estarem inseridos à realidade social e,

portanto, terem um modo de ser não apenas jurídico, mas também fático, estão sempre sujeitos a uma mudança de significado, que, por sua vez, incide não só no conteúdo dos direitos fundamentais, assim como precisamente em seu conteúdo essencial ou nos princípios materiais descritos cuja aplicação conduz a esse conteúdo essencial dos direitos fundamentais. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais não é absoluto no sentido de uma magnitude eterna-supratemporal, pois tal realidade não pode existir no Direito Constitucional, que, como Direito vivo, é Direito em movimento, aberto em relação ao exterior.

No plano infraconstitucional, relacionados com este Trabalho, tanto o Estatuto do Idoso quanto o Código de Defesa do Consumidor consideram o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto norte a ser seguido na aplicação de seus regramentos.

E, a dignidade humana, enquanto direito fundamental tem, nesse contexto, o importante condão de pugnar, via regramentos legais existentes, pela aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado.

4 O MÚTUO BANCÁRIO E O IDOSO: APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO ESTATUTO DO IDOSO

Após o julgamento da ADIN 2591, pelo STF, em 2006, restou afastada qualquer tentativa no sentido de não se aplicar o Código de Defesa do Consumidor às relações bancárias em que reste configurada uma relação de consumo.

Nesse cenário, tratando-se de indivíduo idoso e de mútuo bancário pacífica a aplicação do microsistema legal formado pelas normas que compõem o Código de Defesa do Consumidor. Microsistema legal implica, dentre outros fatores, em prevalência da legislação específica mesmo diante de legislação posterior, uma exceção à regra de que lei posterior derroga lei anterior, como se verá mais detidamente a seguir.

O Código de Defesa do Consumidor, de forma tímida, faz referência à idade do consumidor ao afirmar, em seu Art. 39 que é vedado ao fornecedor de produtos e serviços, dentre outras práticas abusivas, “IV - 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.”

O passo tímido, porém relevante, do Legislador na disposição acima mencionada toma relevo através da interpretação sistemática de referido mandamento legal com o Estatuto do Idoso, verdadeiro Diploma Legal específico que rege a matéria, conforme se verifica na explanação que segue adiante.

4.1 Conceito de mútuo bancário e regulamentação legal

No ordenamento jurídico pátrio, o Capítulo VI do Título VI do Livro I do Código Civil em vigor trata do empréstimo nas suas duas modalidades: o comodato e o mútuo.

Enquanto o comodato, pela exata dicção do Art. 579 do Código Civil Brasileiro⁴⁵ é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, perfazendo-se com a tradição do objeto; o mútuo, doutro modo, consoante redação do Código Civil Brasileiro⁴⁶, Art. 586, é o empréstimo de coisas fungíveis, onde o “mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade”.

No entender de Covello (1999, p. 151) “a principal operação ativa dos Bancos é, sem dúvida, o empréstimo, que, juntamente com o depósito – aspecto oposto – forma o binômio que tipifica a atividade intermediadora da empresa bancária.” Afirma ainda o autor que:

Há mútuo, ou empréstimo de consumo, toda vez que uma parte entrega à outra certa quantidade de coisas fungíveis, que esta última fica autorizada a consumir, arcando com a obrigação de restituir no tempo avençado, as mesmas coisas, mas em quantidade, gênero e qualidade equivalentes.

Há comodato, ou empréstimo de uso, quando o mutuário se obriga a devolver a própria coisa emprestada.

Ambas as espécies de empréstimo são consagradas pela dinâmica bancária. Contudo, a figura do mútuo é a mais comum, em virtude de o Banco emprestar dinheiro, de maneira habitual e profissional, obtendo dessa operação grande parte de seu lucro em juros e comissões.

Interessante destacar que Covello (1999, p. 187) estabelece, através da teoria do mútuo, parâmetros de diferenciação entre o mútuo e a abertura de crédito. Entende ele que a diferença entre os dois contratos reside no fato de que enquanto

⁴⁵ Código Civil Brasileiro.

⁴⁶ Redação da matéria no Código Civil de 1916, revogado:

Art. 1256. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

no mútuo o dinheiro logo é disponibilizado ao cliente, na abertura de crédito existe a disponibilidade de numerário que pode até mesmo nem ser utilizado.

No entender de Rizzardo (2000, p. 37):

O empréstimo bancário constitui um mútuo, com a especialidade de ser concedido por uma entidade creditícia submetida à disciplina da Lei 4.595, de 31.12.1964. Basicamente, vem a ser um contrato que expressa o fornecimento de crédito aos interessados.

Fiúza (2006, p. 536), define o mútuo enquanto “(...) empréstimo, gratuito ou oneroso, de coisas fungíveis. É o contrato no qual uma das partes empresta à outra coisa fungível, ficando esta obrigada a restituir-lhe coisa da mesma espécie, qualidade e quantidade.”

Da leitura do Art. 587 do Código Civil Brasileiro⁴⁷, conclui-se que o empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.

Salienta o Código Civil Brasileiro, Art. 588, que “o mútuo feito a pessoa menor, sem prévia autorização daquele sob cuja guarda estiver, não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores”; cessando, entretantes, referida regra nos casos previstos no Art. 589 do Código Civil⁴⁸.

⁴⁷ Código Civil Brasileiro:

Art. 587. Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário, por cuja conta correm todos os riscos dela desde a tradição.

⁴⁸ Código Civil Brasileiro:

Art. 589. Cessa a disposição do artigo antecedente:

I - se a pessoa, de cuja autorização necessitava o mutuário para contrair o empréstimo, o ratificar posteriormente;

II - se o menor, estando ausente essa pessoa, se viu obrigado a contrair o empréstimo para os seus alimentos habituais;

III - se o menor tiver bens ganhos com o seu trabalho. Mas, em tal caso, a execução do credor não lhes poderá ultrapassar as forças;

IV - se o empréstimo reverteu em benefício do menor;

V - se o menor obteve o empréstimo maliciosamente.

Repousa no art. 590 do Código Civil⁴⁹ a cláusula *rebus sic stantibus*. Com efeito a redação do artigo é no sentido de que “o mutuante pode exigir garantia da restituição, se antes do vencimento o mutuário sofrer notória mudança em sua situação econômica.”

Conforme regra existente no Código Civil Brasileiro, Art. 591, “destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o Art. 406⁵⁰, permitida a capitalização anual⁵¹”. A problemática dos juros é analisada mais adiante.

No que concerne ao prazo, conforme previsão expressa no Código Civil, Art. 592, não se tendo convencionado expressamente, o prazo do mútuo será: até a próxima colheita, se o mútuo for de produtos agrícolas, assim para o consumo, como para semeadura; de trinta dias, pelo menos, se for de dinheiro; do espaço de tempo que declarar o mutuante, se for de qualquer outra coisa fungível.

O mútuo, pois, é instrumento contratual existente na vida da sociedade há anos e que ganhou relevo com o fenômeno da massificação contratual, sendo, assim, expressão relevante na circulação de riquezas das sociedades.

⁴⁹ Código Civil Brasileiro:

Art. 590. O mutuante pode exigir garantia da restituição, se antes do vencimento o mutuário sofrer notória mudança em sua situação econômica.

⁵⁰ Código Civil Brasileiro:

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

⁵¹ A matéria é controversa:

1400622557 – ADMINISTRATIVO – FGTS – ARTIGO 406 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – TAXA SELIC: IMPOSSIBILIDADE – JUROS DE MORA EQUIVALENTE AOS JUROS DE 1% AO MÊS PREVISTOS NO ARTIGO 161, § 1º DO CTN – 1. Tendo a taxa selic natureza de juros compensatórios/remuneratórios não pode servir de equivalente aos juros moratórios previstos no artigo 406 do novo Código Civil de 2002, os quais são cobrados em virtude da inadimplência do devedor. 2. A taxa de juros moratórios a que se refere o artigo 406 do atual Código Civil é aquela prevista no artigo 161, § 1º do Código Tributário Nacional, de 1% ao mês incidente sobre os créditos fiscais não integralmente pagos na data de seu vencimento. 3. Os juros moratórios são devidos à taxa de 0,5% ao mês a contar da citação, durante a vigência do artigo 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do novo Código Civil, a partir de quando devem incidir na ordem de 1% ao mês, afastando-se a aplicação da taxa selic que compreende juros e correção monetária. 4. Recurso conhecido e provido. (TRF 2ª R. – AC 1997.50.01.006780-8 – 8ª T.Esp. – Rel. Des. Fed. Poul Erik Dyrland – DJU 22.01.2007 – p. 268) (Ementas no mesmo sentido) JNCódigo Civil Brasileiro.406 JCTN.161 JCTN.161.1 JCódigo Civil Brasileiro.1062

4.2 Supremacia constitucional e aplicação do Estatuto do Idoso e do Código de Defesa do Consumidor ao mútuo bancário com idosos

Em seu texto, como restará demonstrado a seguir, o Estatuto do Idoso possui regramentos que remetem de forma explícita e implícita à Constituição Federal de 1988.

Conforme Marques (2006, p. 595) a Carta da República de 1988 “...pela primeira vez na história dos textos constitucionais brasileiros, dispõe expressamente sobre a proteção dos consumidores, identificando-os como grupo a ser especialmente tutelado através da ação do Estado (Direitos Fundamentais, Art. 5º, XXXII)⁵²”. Importante salientar que tal mandamento constitucional é cláusula pétrea (Art. 60, § 4º da CF/88) por referir-se a direitos e garantias fundamentais.

A Carta da República de 1988 consagra, em seu Art. 170, o princípio da livre iniciativa e da intervenção estatal na ordem econômica⁵³, sendo a defesa do

⁵² A Constituição Argentina também possui norma referente aos Consumidores. Diz seu Art. 42: “Art.42 – Los consumidores y usuarios de bienes e servicios tienen derecho, em la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. (...)” Tradução livre: Os consumidores e usuários de bens e serviços têm direito, na relação de consumo, à proteção de sua saúde, seguridade e interesses econômicos; a uma informação adequada e verdadeira, a liberdade de eleição e a condições de trato equitativo e digno.”

⁵³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (NR) (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003, DOU 31.12.2003, com efeitos a partir de 45 dias da publicação)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada ao inciso pela Emenda Constitucional nº 06/95)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

consumidor um dos princípios da ordem econômica brasileira. Recentemente, no Supremo Tribunal Federal, julgou-se a ADIN nº 2591, a qual dirimiu as dúvidas sobre a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos bancários, agora plenamente aceita⁵⁴.

Sobremais, o Art. 173 da Constituição Federal, em seu parágrafo quarto, prevê a intervenção do Estado no caso de abuso de poder econômico, ao dizer: “§ 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

A supremacia constitucional vem a significar a superioridade da Constituição Federal diante da legislação infraconstitucional. Em outras palavras, os princípios constitucionais da igualdade, dignidade e aqueles ligados direta e indiretamente aos direitos fundamentais sobrepõem-se, hierarquicamente, aos demais princípios existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Princípios como a Função Social do Contrato e boa-fé na contratação e execução dos contratos já fazem parte do cenário jurídico diário em nosso país.

Inexorável a existência do princípio-mor que rege todas as relações contratuais, princípio este de índole constitucional, conhecido por princípio constitucional da dignidade humana e que rege, em conjunto com outros, as relações entre idosos e instituições bancárias.

A aplicação das normas constitucionais nos direitos dos idosos, já se deixou demonstrado alhures, dá-se inicialmente pela inclusão destes no capítulo constitucional que trata da família e, ainda, por princípios inerentes aos direitos humanos e, por fim, devido à positivação, por princípios constitucionais como

⁵⁴ Isidoro (2007, p.53), explica:

“Ora, com o julgamento da ADIN 2.591 ficou estabelecido que os bancos devem submeter-se ao Código de Defesa do Consumidor, por conseguinte, as abusividades praticadas por eles devem ser coibidas.”

dignidade da pessoa humana, direito à vida, à igualdade, à cidadania, dentre outros.

Por óbvio, nada impede a aplicação conjunta do Estatuto do Idoso e do Código de Defesa do Consumidor, via princípios e preceitos constitucionais, na busca pelos direitos do consumidor idoso frente aos contratos de mútuo bancário.

Inicialmente, parte-se da premissa de que a dignidade da pessoa humana é um valor já absoluto, preenchido de início (RIZZATTO, 2000, p. 25). Após a configuração da relação de consumo, passa-se ao reconhecimento da fragilidade do consumidor, ou seja, sua vulnerabilidade relacionada à falta de informação; e, hipossuficiência⁵⁵, ligada a aspectos econômicos.

O Código de Defesa do Consumidor, nesse cenário, constitui-se de um microsistema próprio⁵⁶, com normas próprias e que devido às suas características especiais sobrepõe-se às demais normas infralegais, prevalecendo sobre estas⁵⁷.

⁵⁵ Para Filomeno (2007, p.40):

“...Esse termo não se confunde com vulnerabilidade, totalmente, querendo o Código referir-se à falta de recursos econômicos do consumidor para litigar em face de um determinado fornecedor.” (grifo nosso)

⁵⁶ Marques (2006, p. 593-595) afirma que :

“...o CDC representa uma codificação subjetivamente específica, uma codificação parcial, uma codificação funcional e aberta. Impondo ela novos parâmetros de boa-fé e harmonia nas relações, pode efetivamente repercutir, através de suas cláusulas gerais e princípios, em todo o sistema do direito brasileiro, assim como, segundo o seu art. 7º, se deixa permear por qualquer outra lei protetiva do consumidor. Assim concluiu o Min. Ruy Rosado de Aguiar: ‘O Codecon traça regras que presidem a situação específica de consumo e, além disso, define princípios gerais orientadores do direitos das obrigações. Na teoria dos sistemas, é um caso estranho a lei do microsistema enunciar os princípios gerais para o sistema, mas é isso o que acontece no caso, por razões várias, mas principalmente porque a nova lei incorporou ao ordenamento civil legislado normas que expressam o desenvolvimento do mundo dos negócios e o estado atual da ciência, introduzindo na relação obrigacional a idéia de justiça contratual, da equivalência das prestações e da boa-fé’. A ótica desta expansão principiológica do CDC é a procura da harmonia nas relações, como ensina a Ministra Eliana Calmon: ‘O Código de Defesa do Consumidor é diploma legislativo que já se amolda aos novos postulados, inscritos como princípios éticos, tais como boa-fé, lealdade, cooperação, equilíbrio e harmonia das relações.’

(...)

Podemos, portanto, concluir, quanto às características básicas do CDC, que, apesar de formalmente uma lei (Lei 8.078/90), traz ele em si uma organização codificada marcada nitidamente por uma idéia centralizadora, e o CDC já foi muito bem definido como um novo microsistema introduzido no direito brasileiro.”

⁵⁷ Veja-se a decisão abaixo, onde o CDC enquanto lei anterior prevalece sobre a Lei dos Planos de Saúde:

“185008653 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INTERNAÇÃO HOSPITALAR DE URGÊNCIA – NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO PELO PLANO DE SAÚDE (CASSI) – ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA –

Com o Estatuto do Idoso, convive o CDC em total sincronia, e da aplicação sistemática de ambos os diplomas emerge a vulnerabilidade especial do idoso consumidor.

Dispõe a Lei 10741/03, em seu art. 2º, que “o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”; asseverando o art.3º ser “obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.”

No que concerne ao Estatuto do idoso, é explícito seu Art. 8º ao afirmar que “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social”, complementando o Art. 9º, seguinte, ser “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.”

No reportar ao direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, prevê o Estatuto, em seu Art. 10, que é “obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis”.

URGÊNCIA COMPROVADA – APLICAÇÃO DO CDC – REEMBOLSO DOS VALORES PAGOS – TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA – 1. É indiscutível a incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor nas relações contratuais mantidas junto a operadoras de planos de saúde. Dessa maneira, impõe-se que as cláusulas contratuais sejam interpretadas da forma mais favorável ao consumidor. 2. Nos casos de urgência e emergência, a alínea "c", do inciso V, do artigo 12 da Lei nº 9.656/98, não firmou nenhum limite temporal de atendimento ao paciente e consignou que a carência, nessa hipótese, seria de apenas 24 (vinte e quatro) horas. 3. Não prevalece o prazo de carência previsto em contrato de plano de saúde quando se trata de internação hospitalar de natureza emergencial, em razão de sua abusividade e contrariedade ao sistema de proteção ao consumidor. 4. Agravo conhecido e improvido. (TJMA – AI 022138/2005 – (58.136/2005) – São Luís – 4ª C.Cív. – Relª Desª Maria Dulce Soares Clementino – J. 06.12.2005).”

No mesmo Art. 10, verifica-se que o direito à liberdade compreende, de forma exemplificativa, os seguintes aspectos: “faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais”; “opinião e expressão”; “crença e culto religioso”; “prática de esportes e de diversões”; “participação na vida familiar e comunitária”; “participação na vida política, na forma da lei”; “faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.”

Imperioso destacar, em todo o texto do Estatuto, a preocupação do legislador em introduzir no ordenamento jurídico pátrio princípios e normas abertas cujo objetivo hermenêutico maior é o acompanhar das evoluções sociais.

O direito ao respeito, previsto no parágrafo segundo do Art. 10, consiste na: inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais” sendo que, da mesma forma que em outras partes da legislação, o legislador procura atribuir, além do poder público, à sociedade o dever de zelar pela dignidade do idoso, “colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.”

A preocupação com a cidadania do idoso é reforçada no Art. 20 do Estatuto, o qual prevê que “o idoso tem direito à educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade.”

Com base no até agora exposto, conclui-se que o Estatuto do Idoso encontra-se em consonância com a Constituição Federal de 1988 e com o Código de Defesa do Consumidor, sendo a interpretação sistemática e teleológica de referidos instrumentos do Direito Positivo o melhor caminho para se coibir as práticas e cláusulas abusivas protagonizadas pelos Bancos em desfavor da população de terceira idade.

4.2.1 Das espécies de mútuo bancário com idosos

Para efeitos do presente trabalho, considerar-se-ão enquanto mútuos bancários os contratos em consignação, os contratos de abertura de crédito, inclusive na modalidade de cheque especial, o empréstimo em terminais, pela *internet*, a consignação por telefone, enfim, qualquer prática contratual que implique na transferência de valores, com encargos, para pessoas idosas.

A escolha do mútuo bancário enquanto ponto nodal do presente trabalho deu-se justamente pelo fenômeno social verificado atualmente em nossa sociedade, onde os idosos são compelidos ora pela mídia, ora por familiares e, por que não dizer terceiros, a efetuarem empréstimos junto a instituições financeiras, ações estas que no mais das vezes trazem conseqüências nefastas ao mutuário-idoso.

Doravante, portanto, proceder-se-á a análise da problemática apresentada.

4.2.2 Do instrumento de contrato de mútuo com idosos

Recentemente, descobriram as instituições bancárias que o idoso consiste em importante e segura fonte de ganhos, notadamente devido a estabilidade financeira que se presume tenha atingido com o passar das décadas.

Nesse cenário, a sua condição social torna-se irrelevante, vez que a proposta das instituições que procedem ao empréstimo de dinheiro objetiva o ganho no volume de contratos negociados.

O idoso é abordado em sua residência, através de propagandas em rádio, televisão ou até mesmo por telefone, sendo as visitas pessoais mais comuns no interior dos estados.

A prática é tão disseminada que alguns abusos, a exemplo de visita pessoal em que o idoso assina o mandato para que terceiro receba o valor, somente são descobertos após o saque. Refere-se aqui tanto a funcionários de instituições que dessa forma agem quanto a terceiros que se fazem passar por funcionários de referidas instituições; sendo que no primeiro exemplo a procuração obtida pelo funcionário é passada em nome de outra pessoa, o que torna mais difícil sua identificação.

Inserir-se na realidade, pois, tanto o idoso que possui família como aquele que não possui, ou seja, que auferir valor da previdência social, mas que por motivos ligados ao destino ou atos passados, acabou por não possuir mais moradia, mas ainda auferir seus ganhos mensais provenientes de aposentadoria.

Para a instituição existe também a segurança da operação, vez que o pagamento das parcelas é feito por desconto em folha junto à entidade empregadora, que efetua o repasse à instituição bancária.

No que se refere ao empréstimo consignado ou desconto em folha, foi este instituído pela Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003. Nela, repousam dispositivos que permitem o empréstimo descontado em folha tanto de empregados regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas, quanto aposentados e pensionistas do INSS – Instituto Nacional da Seguridade Social.⁵⁸

⁵⁸ Da Lei 10.820/03, destacam-se:

Art. 1º Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, o desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos

§ 1º O desconto mencionado neste artigo também poderá incidir sobre verbas rescisórias devidas pelo empregador, se assim previsto no respectivo contrato de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil, até o limite de trinta por cento.

§ 2º O regulamento disporá sobre os limites de valor do empréstimo, da prestação consignável para os fins do caput e do comprometimento das verbas rescisórias para os fins do § 1º deste artigo.”

Art. 6º Os titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social poderão autorizar o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a proceder aos descontos referidos no art. 1º desta Lei, bem como autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, que a instituição financeira na qual recebam seus benefícios retenha, para fins de amortização, valores referentes ao pagamento mensal de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil por ela concedidos,

Por oportuno, registra-se que em outubro de 2007 os empréstimos consignados para servidores funcionais, aposentados e pensionistas foram suspensos por 90 (noventa dias) e que tal fato se deu devido a denúncias nos meios de comunicação sobre irregularidades praticadas no procedimento adotado para concessão de empréstimos.

As regras que regem diretamente o empréstimo consignado a idosos são regidas pela Instrução Normativa do INSS nº 121, de 1º de julho de 2005, e pela IN nº 5/2006, que alterou a primeira⁵⁹.

Depreende-se, da análise das Instruções Normativas sob comento que “o valor das prestações não pode ultrapassar 30% do valor da aposentadoria ou pensão recebida pelo beneficiário, incluído o limite do cartão de crédito fornecido por algumas instituições financeiras.”

quando previstos em contrato, nas condições estabelecidas em regulamento, observadas as normas editadas pelo INSS. (LEI No 10.953, DE 27 DE SETEMBRO DE 2004.- DOU DE 28/09/2004)

§ 1º Para os fins do caput, fica o INSS autorizado a dispor, em ato próprio, sobre:

I - as formalidades para habilitação das instituições e sociedades referidas no art. 1º;

II - os benefícios elegíveis, em função de sua natureza e forma de pagamento;

III - as rotinas a serem observadas para a prestação aos titulares de benefícios em manutenção e às instituições consignatárias das informações necessárias à consecução do disposto nesta Lei;

IV - os prazos para o início dos descontos autorizados e para o repasse das prestações às instituições consignatárias;

V - o valor dos encargos a serem cobrados para ressarcimento dos custos operacionais a ele acarretados pelas operações; e

VI - as demais normas que se fizerem necessárias.

§ 2º Em qualquer circunstância, a responsabilidade do INSS em relação às operações referidas no caput deste artigo restringe-se à: (Nova Redação LEI No 10.953, DE 27 DE SETEMBRO DE 2004.- DOU DE 28/09/2004)

I - retenção dos valores autorizados pelo beneficiário e repasse à instituição consignatária nas operações de desconto, não cabendo à autarquia responsabilidade solidária pelos débitos contratados pelo segurado; e (Acrescido LEI No 10.953, DE 27 DE SETEMBRO DE 2004.- DOU DE 28/09/2004)

II - manutenção dos pagamentos do titular do benefício na mesma instituição financeira enquanto houver saldo devedor nas operações em que for autorizada a retenção, não cabendo à autarquia responsabilidade solidária pelos débitos contratados pelo segurado. (Acrescido LEI No 10.953, DE 27 DE SETEMBRO DE 2004.- DOU DE 28/09/2004)

⁵⁹ www.previdencia.gov.br, acesso em 10/09/2007

O prazo máximo para quitação do empréstimo é de 36 meses e a devolução de valores descontados abusivamente deve-se verificar em até dois dias úteis. Fraudes devem ser denunciadas através de reclamação formal, por escrito ou por telefone.

Ainda, dispõe a normativa do INSS que “São admitidos apenas contratos feitos pessoalmente junto à instituição financeira ou por meio do cartão magnético e uso da senha eletrônica.” O período de cinco anos deve ser observado pelas instituições financeiras para fins de guarda de documentos.

Para evitar fraudes, a Previdência, através da normativa sob comento, “alerta que o aposentado deve se precaver, jamais oferecendo seu cartão ou a senha do banco a terceiros e fazer empréstimos sem pesquisar as taxas”, sendo que a bem da verdade, ainda que o aposentado conheça as taxas, dificilmente saberá a fórmula de cálculo.

O texto abaixo, oriundo da página da rede mundial de computadores⁶⁰, demonstra que o próprio INSS sabe das abusividades cometidas contra idosos:

O INSS também orienta aos aposentados e pensionistas que não passem dados pessoais caso alguém apareça em sua casa prometendo acelerar a liberação do empréstimo e pedindo, para isso, o cartão, a senha do banco ou outros documentos. A melhor forma de obter um empréstimo é procurar diretamente a instituição financeira de sua preferência.

O INSS nunca entra em contato com segurado por telefone para solicitar informações pessoais nem passa estas informações às instituições financeiras.

Em pouco tempo, o que se viu foi o aumento do consumo, famílias utilizando o idoso para empréstimos bancários, e os proventos de aposentadoria sendo utilizados pelo idoso ou família até o limite máximo possível, no caso 30% (trinta por cento) dos ganhos líquidos do interessado no empréstimo.

⁶⁰ www.previdencia.gov.br, acesso em 10/09/2007

A febre de empréstimos e de dinheiro fácil gerou o endividamento da população idosa, em sua maioria completamente vulnerável diante do poderio financeiro das instituições bancária que nunca lucraram tanto em nosso país.

A vulnerabilidade e hipossuficiência ora proclamadas verificam-se tanto no analfabetismo de parte da população idosa quanto nas dificuldades com a informática, haja vista que muitos contratos são fechados nos terminais eletrônicos, às vezes por familiares do idoso e sem o conhecimento deste.

Sobremais, há de se considerar que em termos históricos a utilização da tecnologia é recente, sendo comum a completa alienação de pessoas idosas sobre o assunto. Nas palavras de Filomeno (2007, p. 18):

Se as máquinas colocadas à disposição de clientes e usuários de instituições bancárias foi (*sic!*) certamente um avanço tecnológico formidável, não se deve por isso diminuir sensivelmente o atendimento pessoal, já que há pessoas que não podem, por alguma deficiência, operar tais máquinas, ou simplesmente não querem fazê-lo, preferindo o 'funcionário de carne e osso'.

O acesso em larga escala à rede mundial de computadores, comumente conhecida por internet, telefone celular, existência de lojas virtuais, termos como vírus, *hackers*, *bit*, *byte*, memória, HD, memória flash, *skipe*, *google*, fazem parte do cenário brasileiro há cerca de uma década apenas e, a população hoje beneficiada por referidos empréstimos, pouco ou nenhum conhecimento tem sobre a realidade que gravita ao redor das instituições bancárias em referido aspecto.

Além dos aspectos referenciados, ou seja, carência no conhecimento de informática e congêneres, há a questão de total e completo desconhecimento à forma de realização dos cálculos e encargos que compõem a dívida bancária, principalmente na utilização de juros compostos, completamente absurdos.

Decerto que o custo de vida para os idosos também implica na necessidade de empréstimos por partes destes.⁶¹

Entrementes, as abusividades na cobrança dos juros resvalam em verdadeira e inafastável ineficácia social do valor posto à disposição do idoso via empréstimo.

A IN 121, de 1º de julho de 2005⁶², contém abusividades em seu bojo, a exemplo da simplificação total da concessão do empréstimo e da possibilidade de crédito via contrato de cartão de crédito, contribuindo, assim, para o incremento das abusividades e a prática da usura.

O idoso, assim, é introduzido em um cenário desesperador e sem retorno. Ainda que o mútuo bancário à pessoa idosa seja limitado a 30% (trinta por cento) de seus ganhos no contrato com desconto em folha, na prática, a vítima acaba por procurar socorrer-se de outras formas de crédito, como cheque especial e crédito na modalidade CDC, tudo para tentar frear o endividamento crescente no qual aos poucos vai sendo inserido, numa espécie de verdadeira ciranda financeira.

Além de um maior controle da sistemática dos empréstimos aos idosos, por parte do poder público, a diminuição do percentual de empréstimo de 30% (trinta por cento) para 20% (vinte por cento) amenizaria as mazelas, sendo relevante que a medida limitativa – 20% - envolva também a concessão de crédito por outros meios,

⁶¹ <http://www.joelmirbeting.com.br/noticias.asp>, acesso em 06/07/2007:

“Saiu também o Índice de Preços ao Consumidor da Terceira Idade (IPC-3i), medido pela FGV: no semestre, alta de 2,77% e em 12 meses, de 4,17%. No segundo trimestre, alta de 1,18%, inferior ao 1,57% registrado nos três primeiros meses do ano.

O custo da habitação foi o destaque de alta no IPC-3i, saindo de aumento de 0,36% em janeiro/março para 1,49% em abril/junho, com o impacto do salário dos empregados de domésticos (1,16% para 4,31%).

Segunda maior pressão, o custo dos alimentos (0,99%), pressionado pelos preços dos laticínios, que partiram de uma alta de 0,91% no primeiro trimestre para 13,88% no segundo. A FGV informa que os custos dos alimentos saltaram 4,44% nos três meses até março.

Saúde e cuidados pessoais ficaram 1,56% mais caros no segundo trimestre, e o vestuário, 1,91%. As despesas diversas ampliaram-se em 1,08% e as com educação, leitura e recreação, 0,79%. Só os transportes baratearam (-0,06%), com a baixa no álcool combustível (-2,14%).”

⁶² Ver Anexo: A IN/INSS nº 121, de 1º de julho de 2005 (p. 162)

a exemplo de cartão de crédito e cheque especial. Interessante destacar que em qualquer hipótese, o anatocismo deva ser peremptoriamente afastado.

Da Agência Câmara⁶³, obteve-se a seguinte notícia:

O Presidente da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, Deputado Nelson Marquezelli (PTB-SP), anunciou, nesta quinta-feira, que a comissão vai investigar falhas nos procedimentos de empréstimos para desconto em folha de pagamento dos servidores públicos. No total, 1.300 servidores estão cadastrados no Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (Siape) e o movimento dos empréstimos consignados alcançam mais de R\$ 300 milhões por mês.

Auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU) nas operações do Siape apontou uma série de irregularidades como o débito em folha superior ao limite legal e até a inclusão das chamadas consignações sem a autorização do titular da conta. A auditoria foi realizada entre outubro e novembro do ano passado. É no Siape que o servidor deve habilitar-se para incluir descontos no contracheque.

Mecanismos de controle

De acordo com o TCU, não existem mecanismos de controle suficientes para garantir a legalidade dos descontos. Entre as falhas, o tribunal também identificou a reinclusão indevida de consignações já excluídas ou finalizadas e a ausência de documento contratual com o Órgão Central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal.(...)

A sociedade civil e os órgãos públicos, entretanto, denotam sinais de preocupação. A Comissão Permanente de Direitos Humanos e Defesa do Consumidor da Câmara Municipal de Belo Horizonte, às dez horas e doze minutos do dia vinte e quatro de agosto de dois mil e cinco, reuniu-se, em caráter extraordinário, com o objetivo de realizar Audiência Pública para “discutir os benefícios e riscos dos empréstimos concedidos a aposentados”. Da ata⁶⁴ da

⁶³ <http://www2.camara.gov.br/internet/homeagencia/materias.html>, Agência Câmara, acesso em 15/11/2007

⁶⁴ www.cmbh.mg.gov.br, acesso em 09/07/2007. Da ata, extrai-se:

“O Presidente relatou os motivos que levaram esta Comissão a discutir este tema e passou a condução dos trabalhos à Vereadora Maria Lúcia Scarpelli. Esta manifestou sua preocupação em relação aos empréstimos bancários, haja vista que não existe prosperidade quando se opta por esses recursos. Segundo explicou, essa operação bancária não se constitui política social, apenas induz as pessoas a buscar crédito nos bancos. Considerou, portanto, uma ação criminosa que torna, ainda mais precária, a realidade social em que vivem as pessoas aposentadas da terceira idade. Segundo relatou, 53% (cinquenta e três por cento) do total dos empréstimos destinam-se àqueles que ganham entre um e dois salários mínimos. Ressaltou que não existe controle quanto ao número de empréstimos por pessoa, o que coloca determinados aposentados em situação de descontrole financeiro. Informou que os empréstimos são contratados, desde que haja interesse por parte do aposentado, porém, a este, não é oferecido nenhum tipo de acompanhamento e proteção. Contou

décima-quarta reunião extraordinária de referida Comissão, verifica-se a preocupação expressada por aquele corpo parlamentar.

Cria-se um ciclo que poderá findar com a morte: em si o ciclo consiste em empréstimo para cobrir empréstimo seguido de excessiva preocupação em idade avançada que leva a uma somatização de fatores sócio-psíquicos que, conforme o caso, traduzir-se-á em doença que poderá resvalar no óbito.

No Estado de Pernambuco, por exemplo, o Ministério Público já sinaliza a preocupação com o tema⁶⁵, recomendando, inclusive, campanha sobre ele.

A nova dimensão de Estado pode e deve combater tal realidade, cabendo à sociedade organizada e operadores do Direito, a exemplo de juízes, advogados, promotores, defensores públicos tomarem as rédeas do problema para, reconhecendo a importante função do contrato enquanto circulador de riquezas, buscar o equilíbrio contratual em defesa da sociedade, verdadeiro objeto das ações do Estado.

que há alguns aposentados que contraíram, simultaneamente, mais de quatro empréstimos, o que caracteriza uma situação de endividamento, de difícil reversão. Concluiu, portanto, que esse suposto benefício social, oferecido pelo Governo Federal, na verdade, prejudica ao invés de atuar como política social que beneficie esse segmento da população. Informou dados estatísticos que demonstram a situação de descontrole gerada pela liberação desses financiamentos. Denunciou a existência de operações bancárias, denominadas “vendas casadas”, que caracterizam crime, uma vez que os bancos, além de induzirem à contratação dos empréstimos, ainda obrigam o aposentado a adquirir outros serviços, como seguros e títulos de capitalização.”

⁶⁵ <http://pe360graus.globo.com/interior360/matler.asp>, acesso em 09/07/2007. Do acesso à rede mundial de computadores, lê-se:

“A Promotoria de Justiça de Exu, no Sertão do Estado, expediu uma recomendação para que a Secretaria Municipal de Assistência Social inicie uma campanha para esclarecer os idosos sobre os cuidados necessários para pedir um empréstimo bancário. O Ministério Público de Pernambuco (MPPE) tem recebido muitas reclamações sobre este tipo de serviço, requisitado por aposentados e pensionistas do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS).

A recomendação pede que uma campanha seja iniciada através da imprensa, a fim de divulgar mais os direitos do consumidor. Além disso, o documento pede para que a mobilização chame a atenção para o direito do pensionista de receber uma cópia do contrato de empréstimo, assim como informados sobre valores e as várias taxas cobradas neste tipo de transação.

Além de tentar atingir os idosos, a campanha que informar melhor os parentes destas pessoas, esclarecendo que é crime obrigar a pessoa da terceira idade a fazer o empréstimo e se apropriar deste dinheiro sem o consentimento dele. “Os funcionários dos bancos também devem receber cópias das recomendações.”

4.2.3 Do mútuo com idoso à luz do Código de Defesa do Consumidor

Contrato sugere obrigação que, por sua vez, arremete a negócio jurídico. Mais adiante analisar-se-á a natureza adesiva do contrato de mútuo com idosos.

Nos casos em exame, urge realçar que existem propostas, aos quatro cantos, tendo por foco o empréstimo de dinheiro – *a título oneroso, é claro* – a pessoas hoje na faixa da terceira idade. Referidas propostas só podem ser feitas por instituições bancárias e assemelhadas.

A proposta, assim, obriga o proponente. Mas a questão vai além, porque patente é o desequilíbrio contratual entre referidas instituições e a população idosa.

O contrato, assim, começa a formar-se pela proposta da instituição bancária, sendo aceita, no mundo hodierno, às vezes, em segundos, como é o exemplo do mútuo nos caixas eletrônicos.

No STF, o derradeiro óbice para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários ruiu recentemente, com o julgamento da ADIN nº2591, a qual decidiu pela aplicabilidade do Estatuto Consumista aos contratos bancários. Antes disso, porém, urge realçar, já estava em vigor a Súmula 297 do STJ, que decide pela aplicabilidade: “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Entrementes, na prática o que se verifica é que mesmo diante da votação da ADIN nº 2591 o assunto não se encontra encerrado, já que os Bancos insistem no afastamento do CDC às relações bancárias. À guisa de exemplo, tramita no Senado da República o Projeto de Lei nº 143/06, de autoria do Senador Valdir Raupp (PMDB-RO), onde há a insistência sobre o assunto.

Ao definir “*serviço*”, reza o §2.º da Lei n.º 8/078, de 11 de setembro de 1990, Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), ser o mesmo “...*qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*”, o que explica a perfeita consonância da legislação ora citada com o mútuo ao idoso.

Ocorrendo a aceitação explícita ou tácita, o contrato restará formado e, havendo serviço, produto e destinatário final de acordo com a Lei 8.078/90, configurar-se-á uma relação de consumo.

A partir de então, o dirigismo contratual passará a reger a relação jurídica, cabendo referência à regra ínsita no Art. 46 do Código de Defesa do Consumidor:

Art.46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

A transcrição do Art. 46 do Código de Defesa do Consumidor faz-se necessária à exata medida em que este representa verdadeiro norte no entendimento da matéria.

Por oportuno, também cabe referência ao Art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, que trata da política nacional das relações de consumo:

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada ao "caput" pela Lei nº 9.008, de 21.03.1995)

- I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
- II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:
 - a) por iniciativa direta;

- b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
 - c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
 - d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.
- III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;
- IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;
- V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;
- VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;
- VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;
- VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

A aplicação da Política Nacional das Relações de Consumo tem suas diretrizes básicas traçadas no Art. 5º do CDC:

- Art. 5º. Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o Poder Público com os seguintes instrumentos, entre outros:
- I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;
 - II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;
 - III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;
 - IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;
 - V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.
- § 1º. (Vetado).
- § 2º. (Vetado).

Nesse cenário, impende realçar que a situação do mutuário idoso difere daquela do mutuário comum, aqui entendido como o que não se encontra albergado pelo Estatuto do Idoso. É a aplicação do princípio da igualdade, tão bem conceituado por Barbosa⁶⁶ (2003, p.17), consoante o qual, de forma simples explica

⁶⁶Rui Barbosa (2003, p. 17), afirma que: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguaes, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade

que o princípio da igualdade consiste em tratar os iguais e desiguais na exata proporção de suas desigualdades.

Injusta seria, pois, a não aplicação do Estatuto do Idoso e do Código de Defesa do Consumidor, em forma conjunta no tema referente aos contratos bancários assinados com os idosos.

Os instrumentos de contrato de mútuo, portanto, devem ser pactuados com idosos através de uma visão constitucional e da interpretação conjunta do Estatuto do Idoso e do Código de Defesa do Consumidor.

O princípio constitucional da dignidade e demais princípios fundamentais devem reger as relações privadas entre as instituições e os idosos.

A saúde física e mental do idoso deve ser respeitada, bem como, além de sua dignidade, sua saúde, seu lazer, sua cidadania, sua liberdade.

O rompimento de seus direitos por atos protagonizados pelas instituições bancárias deve ser afastado através das medidas judiciais cabíveis.

Em resumo, urge a aplicação do princípio constitucional da igualdade para salvaguarda dos direitos dos idosos, sobretudo, o direito à dignidade e à vida.

social, proporcionada á desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguaes, ou a desiguaes com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os appetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

Esta blasphemia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a philosophia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria, senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria.

Mas, se a sociedade não póde igualar os que a natureza criou desiguaes, cada um, nos limites da sua energia moral, póde reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação, atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho.” (sic)

4.2.4 Da natureza contratual adesiva e da interpretação dos contratos

Uma vez ultrapassada a discussão sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de empréstimo bancário, impende a análise do instituto do contrato de adesão, abordado pelo legislador pátrio no art.54 de aludido Código, donde:

Art.54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Importante a referência do legislador à imposição unilateral de cláusulas e manutenção da qualidade adesiva do contrato ainda que haja modificações, pois apenas as modificações substanciais são aptas a desconstituir a natureza adesiva do contrato. Nessa realidade, pequenas modificações realizadas pelo contratante-consumidor no ato da contratação, conforme previsão legal, garantem a natureza adesiva do contrato.

A qualidade adesiva do contrato é importante, sobretudo, para configuração da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, no caso do idoso, vulnerabilidade especial ou hipervulnerabilidade, devido principalmente à idade avançada – objetiva, conforme o Estatuto do Idoso –, fato a evocar a presença constante do Poder Público com vista à defesa da dignidade e vida do Idoso.

Rizzardo, (2000, pp. 20-21), explica que:

Não há dúvida que os diversos tipos de contratos de crédito bancário refletem a natureza, em todos os aspectos, de contrato de adesão. Os instrumentos são previamente impressos e uniformes para todos os clientes, deixando apenas alguns claros para o preenchimento, destinados ao nome, à fixação do prazo, do valor mutuado, dos juros, das comissões e penalidades.

Com realismo, observa o advogado Luiz Zenum Junqueira: 'o contrato bancário contém mesmo inúmeras cláusulas redigidas prévia e antecipadamente, com nenhuma percepção e entendimento delas por parte do aderente. Efetivamente é do conhecimento geral das pessoas de qualidade média- os contratos bancários não representam natureza

sinalagmática, porquanto não há válida manifestação ou livre consentimento por parte do aderente, com relação ao suposto conteúdo jurídico, pretensamente convencionado com o credor.'

(...)

Em verdade, não se reserva espaço ao aderente para sequer manifestar a vontade. O banco se arvora o direito de espoliar o devedor. Se não adimplir a obrigação, dentro dos padrões impostos, será esmagado economicamente. Embora não fixadas as taxas de correção monetária e de juros, os quais são totalmente aleatórios, pretende-se sejam submissamente acatadas pelo mutuário.

Estampa-se o seguinte quadro, descrito pelo citado articulista: 'não se cuida de dificuldades surgidas no curso de um contrato de empréstimo bancário; muito menos de modificações operadas pela desastrada inflação, velha e revelha antiquíssima, mas do desrespeito e da infidelidade do credor, já no momento da celebração do 'contrato', ávido pela exploração consciente da desgraça alheia, rompendo-se, no seu nascedouro, a noção de boa-fé e dos bons costumes.' 'Destarte, do só fato de uma parte permitir que a outra 'contrate', em estado de aflição, contraprestações intoleráveis e onerosíssimas, sujeitando-a a toda e qualquer sorte de cláusulas unilateralmente preestabelecidas, comprova-se, *quantum sotis*, que ao credor interessa, sobretudo, a penúria do devedor, quando lhe impõe, assim, obrigações exageradas, injurídicas, anti-sociais e injustas!

Sente-se, nos últimos tempos, uma forte ressalva aos empréstimos bancários. Predomina a idéia de que as dívidas junto a banco levam à insolvência. Dificilmente uma atividade ou uma produção alcança resultados tão altos a ponto de acompanhar os encargos decorrentes do empréstimo.

Nunes (2007, p. 57), sobre o reconhecimento da fragilidade do consumidor no mercado, pressuposto para o respeito à sua dignidade através do reconhecimento de sua hipossuficiência, assim se manifesta:

O reconhecimento da fragilidade do consumidor no mercado está ligado à sua hipossuficiência técnica: ela não participa do ciclo de produção e, na medida em que não participa, não tem acesso aos meios de produção, não tendo como controlar aquilo que compra de produtos e serviços; não tem como fazê-lo e, na medida em que não tem como fazê-lo, precisa de proteção. É por isso que quando chegamos ao CDC há uma ampla proteção ao consumidor com o reconhecimento de sua vulnerabilidade (no Art. 4º, I).

A promulgação de uma normativa em defesa dos idosos, portanto, fortalece-os dentro do ordenamento jurídico pátrio, dando à imensa gama daqueles que se encontram acima dos 60 (sessenta) anos de idade a chance, via legislação e equilíbrio fático por conta da legislação, chance a inserirem-se em uma nova realidade.

No caso do idoso, a situação agrava-se à exata medida em que este, na maioria das vezes não possui conhecimento técnico e, em alguns casos, saúde e discernimento suficiente para entender a difícil linguagem bancária, traduzida em extratos e cláusulas confusas.

A ingerência do Estado, portanto, através do dirigismo contratual faz-se premente em se tratando de idosos no sentido de restabelecimento do equilíbrio contratual, vez que no caso dificilmente existirá o equilíbrio contratual paritário de contratos bilaterais típicos, onde predomina o consenso puro entre as partes para fechamento dos negócios.

Ao dispor sobre a nova realidade contratual, Marques (2006, p. 65) esclarece que:

Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despessoalizou e se desmaterializou. Os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores. Dentre as técnicas de conclusão e disciplina dos chamados contratos de massa, destacamos, desde a quarta edição, os contratos de adesão, as condições gerais dos contratos ou cláusulas gerais contratuais e os contratos do comércio eletrônico com consumidores.

Na opinião da autora mencionada, portanto, os contratos de adesão, em conjunto com as condições gerais dos contratos, e os contratos de comércio eletrônico seriam modalidades dos contratos de massa. Assim, enquanto o contrato de adesão seria aquele previsto no Art. 54 do CDC, com cláusulas unilaterais e sem a possibilidade de modificações substanciais, as condições gerais dos contratos seriam, por exemplo, *posters*, afixados em portas, paredes, ou seja (2006, p. 79):

(...) aquela lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos, a qual pode estar ou não inserida no documento contratual que um dos contraentes oferece para reger a relação contratual no momento de sua celebração. Trata-se, portanto, de uma técnica de pré-elaboração do conteúdo de futuros contratos.

Acerca dos contratos realizados por meio eletrônico, Marques (2006, p. 110) afirma que:

Efetivamente, desde a década de 90, há um espaço novo de comércio com os consumidores, que é a internet, as redes eletrônicas e de telecomunicação de massa. Trata-se do denominado 'comércio eletrônico', comércio entre fornecedores e consumidores realizado através de contratações à distância, as quais são conduzidas por meios eletrônicos (*e-mail etc.*), por internet (*on line*) ou por meios de telecomunicação de massa (*telemarketing, TV, TV a cabo etc.*), sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar (e sim, à distância).

Marques (2006, p. 71) assim se manifesta sobre os contratos de adesão:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.

O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço. Assim, aqueles que, como consumidores, desejarem contratar com a empresa para adquirirem produtos ou serviços já receberão pronta e regulamentada a relação contratual, não poderão efetivamente discutir nem negociar singularmente os termos e condições mais importantes do contrato.

Desta maneira, limita-se o consumidor a aceitar em bloco (muitas vezes sem sequer ler completamente) as cláusulas, que foram unilateral e uniformemente pré-elaboradas pela empresa, assumindo, assim, um papel de simples aderente à vontade manifestada pela empresa no instrumento contratual massificado.

A guisa de exemplo, colige-se o ensinamento jurisprudencial abaixo, o qual demonstra o reconhecimento judicial de contrato bancário sob a égide da adesividade:

132032180 – CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – CONTRATO DE MÚTUO BANCÁRIO – DESCONTOS EM CONTA BANCÁRIA MANTIDA PELA SERVIDORA PERANTE O AGRAVADO – ALCANCE DOS VENCIMENTOS – CLÁUSULA ABUSIVA – AÇÃO CAUTELAR – LIMINAR DE SUSPENSÃO DO DESCONTO NA CONTA-CORRENTE INDEFERIDA PELO RELATOR – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RECURSO PROVIDO – MAIORIA – 1. Suspende-se a aplicação de cláusula contratual que prevê descontos em conta-corrente para solver empréstimo de mútuo bancário, sem preservar os vencimentos da servidora ali depositados. 2. O *fumus boni iuris* está presente, em sua acepção de direito ao processo

principal, vislumbrando-se indícios de nulidade de cláusulas abusivas, à luz do Código de Defesa do Consumidor. 3. O *periculum in mora* evidencia-se pelo caráter alimentar dos vencimentos, que são impenhoráveis. 4. Em virtude da impenhorabilidade dos vencimentos, é possível por parte do servidor público a retratação de cláusula contratual inserta em contrato de adesão, autorizando o desconto de prestações de financiamento em folha de pagamento. 5. Recurso a que se dá provimento. Maioria. (TJDF – AGI 20030020022189 – DF – 2ª T.Cív. – Rel. p/o Ac. Des. Mario-zam Belmiro – DJU 03.12.2003 – p. 42) (grifos nossos)

Recentemente, junto aos autos processuais nº 2007.0013.9105-2⁶⁷, em trâmite na 12ª Vara Cível do Estado do Ceará, foi deferida liminar em favor de pessoa idosa que contratara mútuo bancário contra instituição privada e, diante dos abusos contratuais praticados, encontrava-se em difícil situação, agravada pela idade e possibilidade de problemas de saúde que resvalam em risco de morte.⁶⁸

Em resposta ao aditamento, nos mesmos autos, o Magistrado posiciona-se pela aplicação do trâmite prioritário devido à idade do Autor e pelas regras do Estatuto do Idoso: “observar a Secretaria que o autor está albergado pelo Estatuto do Idoso, cumprindo-se o determinado nos Arts. 1.2111-A, 1.2111-B e 1.2111-C, CPC.”

⁶⁷ O Autor desta dissertação é advogado do Promovente.

⁶⁸ Da liminar, proferida pelo Exmo. Dr. Juiz da 12ª Vara da Comarca de Fortaleza, Dr. Josias Menescal Lima de Oliveira, extrai-se:

“Diante da plausibilidade do direito invocado, pela parte Autora, de possível ilegalidade na cobrança e capitalização de juros, e tendo em vista a difícil e improvável reparação do prejuízo que sofrerá em seu crédito, se procedida a sua inclusão nas listas negras das entidades restritivas de crédito, bem como por atingir de maneira desproporcional a sua renda salarial, de natureza alimentícia, e, ainda, por não vislumbrar qualquer perigo de irreversibilidade deste provimento antecipado, hei por bem DEFERIR o pedido de proibição de inclusão do nome do devedor, pela parte Ré, com relação aos valores que estão sendo discutidos, nos cadastros de registro de inadimplência e, caso já tenha sido inscrito, que seja retirado, enquanto a matéria está *sub judice*, até por entender que o Código de Defesa do Consumidor, expressamente VEDA tal procedimento, bem como, a suspensão dos descontos referentes aos empréstimos na conta corrente por ser a mesma conta-salário, uma vez que os valores passarão a ser depositados em juízo.

Fica, no entanto, condicionada a presente tutela ao depósito em juízo dos valores das parcelas vencidas, estas, caso existam, até o quinto dia útil de cada mês subsequente ao do vencimento da prestação depositada, em atraso, de acordo com os valores que a parte autora entendam (sic) devidos, constante do parecer técnico de fls. 21/40, devidamente atualizados pelo INPC (ÍNDICE NACIONAL DE PREÇOS AO CONSUMIDOR), ora definido como índice provisório de correção monetária.”

No que concerne à interpretação, além da aplicação das normas e princípios que regem as relações consumo, realça-se o teor normativo do Art. 47 do CDC, consoante o qual “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.”

No que se refere aos princípios do Código de Defesa do Consumidor, na opinião de Nunes (2007, pp. 123-137) além dos da dignidade, proteção à vida saúde e segurança, destacam-se os seguintes: proteção e necessidade (Art. 1º, CDC); transparência, previsto no Art. 4º do CDC e que “se traduz na obrigação do fornecedor de dar ao consumidor a oportunidade de conhecer os produtos e serviços que são oferecidos”; harmonia das relações de consumo, previsto no Art. 4º do CDC e que “nasce dos princípios constitucionais da isonomia, da solidariedade e dos princípios gerais da atividade econômica”; vulnerabilidade técnica ou econômica; liberdade de escolha; intervenção do Estado; boa-fé objetiva, a qual estabelece “parâmetros de honestidade e lealdade”; equilíbrio contratual entre as partes; igualdade nas contratações; dever de informar; proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva; proibição de práticas abusivas; proibição de cláusulas abusivas; princípio da conservação do contrato de consumo; modificação das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais; direito de revisão das cláusulas contratuais; prevenção e reparação de danos materiais e morais; acesso à Justiça; adequada e eficaz prestação de serviços públicos; responsabilidade solidária para reparação de danos causados ao consumidor.

Nesse cenário, as regras e princípios consumeiristas são aplicados, como já visto, nos contratos de mútuo bancário, cuja natureza é inarredavelmente de relação de consumo.

Contudo, além da observação acima, em se tratando de Idoso, os contratos bancários devem ser interpretados tanto à luz do Código de Defesa do Consumidor, com destaque para a interpretação mais favorável prevista no Art. 47, quanto do Estatuto do Idoso.

As decisões jurisprudenciais pátrias são pacíficas quanto à aplicação conjunta e sistemática entre o CDC e outros diplomas legais. Marques (2006, p.66) transcreve os seguintes entendimentos tribunalícios:

O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/1964), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva (STJ – Resp 80.036-SP – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – j. 12.02.1996 – DJ 25.03.1996)

Relação de consumo – Principiologia referente aos contratos de consumo. Ao analisar o contrato, com suas diversidades, e que se constitui alvo especial do chamado direito do consumidor, está o juiz nesse alinhamento bem longe da principiologia clássica do contrato, onde se presumia que as partes eram livres para contratar, e que eram iguais, sem qualquer distinção de informação, conhecimento e poder de cada uma. A atuação do magistrado, frente a uma relação de consumo, pode e deve ser mais dinâmica, pretendendo assegurar a igualdade das partes ao menos no plano jurídico (TJRS – 21ª Câmara – Ap. Cív. 197278518 – rel. Dês. Francisco José Moesch – j. 17.06.1998)

Sendo o mutuário indivíduo maior de 60 (sessenta) anos, além da aplicação das normas do CDC, devem ser respeitados a preservação de sua saúde física e mental, bem como, seu aperfeiçoamento moral intelectual, espiritual e social, tudo visando condições de liberdade e dignidade, conforme previsão no texto do Art. 2º do Estatuto do Idoso.

Hão de ser observados, outrossim, a efetivação do direito à vida, à saúde, à cidadania, à liberdade, à dignidade e o respeito à convivência familiar, previsões legais estas repousantes no bojo do Art. 3º do CDC.

4.2.5 Da hipervulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor idoso

Em se tratando de contrato bancário com idoso, a igualdade contratual a ser buscada pelo microssistema do CDC em conjunto com o Estatuto do Idoso passa e

perpassa pela necessidade de reconhecimento do idoso-consumidor enquanto parte mais fraca da relação de consumo.

Em conformidade com o inciso VIII do Art. 6º do CDC, constitui direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

Marques (2006, p 320) entende que a vulnerabilidade é “filha” do princípio da igualdade, dizendo, ainda, que:

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

(...)

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

(...)

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

(...)

Nesta quinta edição tenho chamado a atenção para a importância da aparência, da comunicação e da informação, neste nosso mundo de consumo cada vez mais visual, rápido e de risco.

O princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo faz parte da política nacional de relações de consumo, cujo objetivo é “...o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde, e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua

qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.” (art.4.º, Lei 8.078/90 - CDC).

Marques (2006, p.328) chega a afirmar que a vulnerabilidade seria a chave da justiça no CDC; e, em outra obra (2005, p.191) transcreve interessante decisão sobre o tema:

Idosa – Atendente que devolve outro cartão magnético – Saques indevidos na conta – Responsabilidade objetiva do fornecedor que lucra com o risco do método de auto-atendimento. Ação de cobrança cumulada com danos materiais e morais – Indenizatória – Fornecimento de serviços eletrônicos – Cartão magnético – Senha – Incidência do Código de Defesa do Consumidor – Inversão do ônus da prova – hipossuficiência. Configurada relação de consumo, já que a instituição bancária, por ser fornecedor de serviços, detém responsabilidade objetiva quanto aos danos que causa (art. 14 do CDC). Via de conseqüência, é ônus do banco demonstrar que os saques foram efetivados pela autora ou por alguém a seu mando ou, ainda, que teria esta agido com negligência no cuidado com os serviços eletrônicos que fornece, o que não logrou demonstrar. Atividade de risco do banco pelos danos materiais e morais. Apelo provido (TJRS – 19ª CC – rel. Des. Guinther Spode – j. 25.05.2004).

Dessarte, em se tratando de idoso-consumidor, primeiro por sua condição de consumidor deve-se-lhe aplicar as normas que regem as relações de consumo e, no caso concreto, há de se verificar o grau de sua vulnerabilidade, reconhecendo-se-lhe a hipossuficiência e invertendo-se o ônus da prova, tudo com o escopo de realização final da justiça.

A condição de idoso, por outro lado, deve fomentar uma preocupação extra do Estado-juiz no sentido de propiciar-lhe um tratamento especial, visando à igualdade constitucional; daí a necessidade de se analisá-lo enquanto indivíduo hipervulnerável, conclusão que se chega através da análise sistemática do Estatuto do Idoso e Código de Defesa do Consumidor sob a ótica constitucional.

Deve-se partir da premissa de que, como bem apregoa o Art. 8º do Estatuto do Idoso, “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito

social”. Recordar-se que os direitos sociais encontram albergue em texto constitucional.

Marques (2006, p. 563) profere as seguintes palavras, a respeito do tema vulnerabilidade dos idosos:

Efetivamente, o art. 230 da Constituição Federal brasileira identifica também a necessidade de ‘amparar as pessoas idosas (...) defendendo sua dignidade e bem-estar’. O grupo de pessoas maiores de 60 anos é definido pela Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, como sendo de “idosos”. Apesar de o CDC não mencionar expressamente os idosos, o art. 39, IV, menciona expressamente a “fraqueza” relacionada à idade, da mesma forma que o art. 37 mencionava as crianças como um consumidor especial. A jurisprudência brasileira já identificou que a igualdade teórica de direitos e de chances entre consumidores “jovens” e consumidores “idosos” não estaria sendo realmente alcançada na contratação e na execução dos contratos de consumo, daí a preocupação em proteger de forma especial este grupo vulnerável. Efetivamente, e por diversas razões, há que se aceitar que o grupo dos idosos possui uma vulnerabilidade especial, seja pela sua vulnerabilidade técnica exagerada em relação a novas tecnologias (*home banking*, relações com máquina, uso necessário da internet etc.); sua vulnerabilidade fática quanto à rapidez das contratações, sua saúde debilitada; a solidão de seu dia-a-dia, que transforma um vendedor de porta-em-porta, um operador de *telemarketing*, talvez na única pessoa com a qual tenham contato e empatia naquele dia; sem falar em sua vulnerabilidade econômica e jurídica, hoje, quando se pensa em um teto de aposentadoria único no Brasil de míseros 400 dólares para o resto da vida.

Assim, o reconhecimento da vulnerabilidade e hipossuficiência do idoso perpassa pela defesa do direito à vida, sendo dever da sociedade em geral não só protegê-lo, mas também “prevenir a ameaça” a seus direitos.

O Estado e a sociedade necessitam, portanto, estar atentos ao tratamento dispensado aos idosos pelas instituições bancárias, sendo que o reconhecimento de sua fragilidade no mercado de consumos deve ser analisado através de uma interpretação aberta, devido principalmente à sua especial condição.

4.2.6 Das práticas e cláusulas abusivas

Conforme Nunes (2002, p. 510) “a idéia de abusividade tem relação com a doutrina do abuso de direito. A constatação de que o titular de um direito subjetivo pode dele abusar no seu exercício acabou levando o legislador a tipificar certas ações como abusivas.”

No direito positivo brasileiro as práticas abusivas em detrimento do consumidor restam reguladas no art. 39 do CDC⁶⁹, destacando-se o inciso IV, o qual veda ao fornecedor de produtos ou serviços “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.”

Lamentavelmente, o desrespeito aos direitos do consumidor, em especial o idoso, resta constatado aos quatro cantos, fruto, sobretudo, da prática nefasta de

⁶⁹ CDC, Art. 39:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV - prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO;

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços;

XI - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.

XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

contratos de adesão bancários que se aproveitam da vulnerabilidade advinda da condição de idoso.

A prática conhecida como venda casada e que encontra reproche no inciso I do Art. 39 do CDC é imposta pelos bancos que desobedecendo à proposta lançada através das condições gerais do contrato – *propaganda, folders etc.* – dependendo da condição financeira do idoso condiciona de forma subreptícia a contratação de seguros, títulos de capitalização, enfim produtos existentes no cabedal bancário.

Sobre o tema, Marques (2006, p. 564) enumera decisão do TJRS:

Venda casada – Exigência de contratar pecúlio e seguro de vida para conceder empréstimo. Ação anulatória e revisional – Contratos de empréstimo, pecúlio e seguro – Venda casada. As atividades que envolvem crédito constituem relação de consumo. Art. 3º, 2º, do CDC. Juros remuneratórios fixados em 12% ao ano. A exigência de contratar pecúlio e seguro de vida para a concessão de empréstimo, usualmente denominada “venda casada”, é prática expressamente vedada pelo art. 39, I, da Lei 8.078/1990. Compensação dos valores pagos. Apelos improvidos (TJRS – Ap. Civ. 70005954235 – rel. Dês. Ana Maria Nedel Scalzilli – j. 16.10.2003).

No que concerne à recusa de atendimento, há de se reprimir qualquer tentativa de negar a concessão de serviços ligados ao mútuo. Destaca-se que o envio de produto ao consumidor idoso sem solicitação prévia desseque o ordenamento jurídico frente à agressividade do mercado.

A utilização da fraqueza ou ignorância do consumidor idoso em decorrência não só de sua idade, mas de sua saúde, conhecimento e condição social é prática comum no dia-a-dia bancário, sobretudo nas cidades interioranas onde o idoso é dotado de uma boa-fé tão comum àqueles centros. A prática ora mencionada constitui-se em verdadeira covardia devendo ser afastada não só pelo Poder Judiciário, mas também por toda a sociedade.

A proibição de vantagem manifestamente excessiva é quebrada pela prática do anatocismo e pelas incompreensíveis taxas cobradas, bem como, pelo seguro bancário ao empréstimo.

O seguro bancário ao empréstimo com idosos foi aplicado até recentemente. Hoje, sua cobrança é proibida pelo INSS. O seguro consiste no ressarcimento ao Banco das parcelas vincendas em caso de morte do idoso.

Situações como a negociação de dados de idosos para fins ilícitos e a venda de produtos a idosos com solicitação, pelo agente, de solicitação de assinatura de documentos e mandatos para fins ilícitos também merecem o rechaço imediato do Poder Judiciário e da sociedade civil.

Além das práticas abusivas, o sistema do CDC elenca o rol de cláusulas contratuais abusivas. Em cada caso, o rol é exemplificativo; e, no que diz respeito às cláusulas abusivas, estas não de ser aplicadas tanto no contrato preliminar, quanto na contratação e execução do contrato.

As cláusulas abusivas, restam reguladas pela legislação consumerista no bojo do Art. 51 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor, pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º. A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º. (Vetado).

§ 4º. É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou que de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

A Portaria SDE Nº 5, de 27 de agosto de 2002, "Complementa o elenco de cláusulas abusivas constante do art. 51 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990", rezando, em seu art. 1º:

Art. 1º Considerar abusiva, nos contratos de fornecimento de produtos e serviços, a cláusula que:

I - autorize o envio do nome do consumidor, e/ou seus garantidores, a bancos de dados e cadastros de consumidores, sem comprovada notificação prévia;

II - imponha ao consumidor, nos contratos de adesão, a obrigação de manifestar-se contra a transferência, onerosa ou não, para terceiros, dos dados cadastrais confiados ao fornecedor;

III - autorize o fornecedor a investigar a vida privada do consumidor;

IV - imponha em contratos de seguro-saúde, firmados anteriormente à Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, limite temporal para internação hospitalar;

V - prescreva, em contrato de plano de saúde ou seguro-saúde, a não cobertura de doenças de notificação compulsória.

A Portaria SDE Nº 4, de 13 de março de 1998, destaca a nulidade de pleno direito as cláusulas contratuais que permitam ao fornecedor emitir títulos de crédito

em branco ou livremente circuláveis por meio de endosso na apresentação de toda e qualquer obrigação assumida pelo consumidor; e, estabeleçam a devolução de prestações pagas, sem que os valores sejam corrigidos monetariamente, dentre outras.

A Portaria SDE Nº 3, de 19 de março de 1999, "Adita cláusulas ao artigo 51 da Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor – CDC", resolvendo, dentre outras providências, entender pela nulidade das cláusulas contratuais que "estabeleçam prazos de carência para cancelamento do contrato de cartão de crédito"; "estabeleçam que o consumidor reconheça que o contrato acompanhado do extrato demonstrativo da conta corrente bancária constituem título executivo extrajudicial, para os fins do artigo 585, II, do Código de Processo Civil; "estipulem o reconhecimento, pelo consumidor, de que os valores lançados no extrato da conta corrente ou na fatura do cartão de crédito constituem dívida líquida, certa e exigível"; "estabeleçam a cobrança de juros capitalizados mensalmente"; "exijam a assinatura de duplicatas, letras de câmbio, notas promissórias ou quaisquer outros títulos de crédito em branco."

A Portaria SDE Nº 3, de 15.03.2001, "elencas cláusulas consideradas abusivas ao Direito do Consumidor". Além de outras, são nulas de pleno direito a cláusula contratual que "estipule presunção de conhecimento por parte do consumidor de fatos novos não previstos em contrato"; "estabeleça restrições ao direito do consumidor de questionar nas esferas administrativa e judicial possíveis lesões decorrentes de contrato por ele assinado"; "imponha a perda de parte significativa das prestações já quitadas em situações de venda a crédito, em caso de desistência por justa causa ou impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo consumidor"; "estipule a utilização expressa ou não, de juros capitalizados nos contratos civis"; "autorize o envio do nome do consumidor e/ou seus garantes a cadastros de consumidores (SPC, SERASA, etc.), enquanto houver discussão em juízo relativa à relação de consumo"; "considere, nos contratos bancários, financeiros e de cartões de crédito, o silêncio do consumidor, pessoa física, como aceitação tácita dos valores cobrados, das informações prestadas nos extratos ou aceitação de modificações de índices ou de quaisquer alterações contratuais"; "permita à

instituição bancária retirar da conta corrente do consumidor ou cobrar restituição deste dos valores usados por terceiros, que de forma ilícita estejam de posse de seus cartões bancários ou cheques, após comunicação de roubo, furto ou desaparecimento suspeito ou requisição de bloqueio ou final de conta.”

Por oportuno, realça-se o dever de informação, pelo fornecedor de produtos de serviços, ao consumidor. A previsão repousa no Art. 52 do CDC.⁷⁰

Nesse cenário, os critérios a serem utilizados para se decidir quanto às abusividades dos contratos bancários com idosos são variáveis em consonância com o caso concreto e os dispositivos legais que regem a matéria.

De início, uma vez identificada a qualidade de idoso, deve-se verificar sua vulnerabilidade ou até mesmo hipervulnerabilidade, vez ser possível através de critérios subjetivos e aplicação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, que o idoso possua maior ou menor grau de vulnerabilidade.

O norte na análise do caso concreto deve passar pela análise da proposta ou contrato, existindo ele ou não. Há de se verificar a existência de prática abusiva, configurando-a. Urge, outrossim, a identificação de cláusula abusiva.

⁷⁰ Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

§ 1º. As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação no seu termo não poderão ser superiores a 2% do valor da prestação

§ 2º. É assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

§ 3º. (Vetado).”

A condição social e de saúde do idoso, em respeito ao direito à vida, à sua condição de pessoa e à sua dignidade não podem ser olvidados pelo intérprete. O Estatuto do Idoso tornou mais sensível à aplicação do CDC quando o consumidor possuir idade superior a 60 (sessenta) anos.

Em qualquer caso, a natureza alimentar da pensão do idoso deve ter influência primordial para fins de identificação e análise das abusividades praticadas ou inseridas no texto dos contratos.

O Arts. 46 a 49 do CDC, não de ser realçados:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Art. 48. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do artigo 84 e parágrafos.

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 (sete) dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados. (BONAVIDES, 1998a, p. 56)

No que concerne às Instruções Normativas baixadas pelo INSS, sua eficácia jurídica é limitada frente à existência de robusta legislação aplicável ao consumidor idoso, ou seja, o CDC e o Estatuto do Idoso.

Abusiva, também, eventual prática do Banco em retirar valores de outra conta bancária para cobrir valores em aberto de empréstimos. Da mesma forma, abusiva a cobrança da TAC (taxa de abertura de crédito).

Cabe, ainda, aqui o realce necessário para um fato cada vez mais comum na prática bancária e que consiste no cancelamento unilateral de contrato de crédito de cheque especial pelo simples motivo de o cliente estar litigando com a instituição bancária. Tal prática pode gerar enormes prejuízos dependendo do fato de o cliente encontrar-se ou não utilizando o limite do cheque especial.

Ademais disso, cautela é necessária em eventual declaração de conhecimento de cláusulas contratuais, sobretudo, diante da vulnerabilidade do consumidor idoso.

A possibilidade de novação resta afastada pelo teor da súmula 286 do STJ, em 14/05/2004, já firmara uma nova realidade ao assestar que “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.”

Aliás, a Súmula acima mencionada vem a lembrar as palavras de Rizzardo, (2000, p. 68):

Acontece que normalmente os mútuos vêm formalizados em contratos de adesão, com cláusulas já prevendo as taxas de juros. Ao adimplir as dívidas, não aceita o credor o recebimento de quantia inferior à decorrente do contrato. Ao devedor resta unicamente o pagamento nos excessos contidos nas cláusulas ou incidir na mora. E justamente para evitar as decorrências da mora não lhe sobra outra alternativa senão pagar.

Já em seu Art. 42, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor afirma, em seu parágrafo único, que “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.”

Importa registrar que existe decisão relacionando a devolução em dobro com a má-fé do fornecedor de serviços.⁷¹

São relevantes, ainda, questionamentos relativos ao tamanho da letra no contrato, existência mesmo de contrato escrito quando a contratação é realizada em terminal eletrônico, a possibilidade de busca e apreensão de bem dado em garantia, exigência de pagamento pessoal na agência no caso de não recebimento pelo credor do montante descontado em folha, legalidade da existência de resíduo ao fim do contrato, morte do devedor antes do final da avença, formas de rescisão contratual, validade de instrumentos legais de hierarquia inferior a exemplo de instruções normativas e resoluções, danos morais aos mutuários e avalistas.

Em todos os casos aqui relacionados, o Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicado em sua totalidade e o Estatuto do Idoso aplicado de forma a conferir maior eficácia aos preceitos da legislação do consumidor.

⁷¹ Veja entendimento a seguir:

153084166 – CONTRATOS BANCÁRIOS – LIMITAÇÃO DE JUROS – CUMULAÇÃO DE JUROS MORATÓRIOS E REMUNERATÓRIOS – RESTITUIÇÃO EM DOBRO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – PACTA SUNT SERVANDA – CDC – CAPITALIZAÇÃO – 1. É inaplicável o limite da taxa de juros remuneratórios aos contratos de mútuo celebrados com as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, salvo nas hipóteses excepcionadas pela legislação específica e pela jurisprudência. 2. Prevendo o contrato, é possível a cumulação dos juros remuneratórios com moratórios. 3. É indevida a repetição do indébito em dobro (art. 42, parágrafo único, do CDC) se não há prova de que o credor agiu com má-fé. 4. "Os contratos bancários estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor" (Súmula 297 do STJ). 5. A revisão de contratos bancários é possível, sem ofensa ao princípio do pacta sunt servanda, porque isto se constitui em direito básico inserido no artigo 6º, inciso V, do Código do Consumidor que, com sua vigência, passou a coibir cláusulas contratuais abusivas ou que importem em excessiva onerosidade, possibilitando modificação ou revisão. 6. É vedada a capitalização dos juros nos contratos de empréstimos bancários celebrados antes da MP 1963-17/200, com exceção dos títulos de crédito rural, industrial e comercial. A verossimilhança da alegação de anatocismo se apresenta com os simples extratos do débito demonstrando que, na composição da dívida do mês seguinte, foi somada a parcela relativa a juros cobrados no mês anterior. 7. Caracterizada a sucumbência recíproca entre as partes, a melhor forma de distribuir os ônus é compensá-los na proporção da vitória e derrota de cada litigante. Ambas as apelações não providas. (TJPR – AC 0363157-0 – 15ª C.Cív. – Rel. Des. Hamilton Mussi Correa – J. 01.11.2006) JCDC.42 JCDC.42.PUN JCDC.6 JCDC.6.V⁷¹

4.2.7 Dos juros bancários

O estudo dos juros bancários sempre foi problema sério tanto na doutrina quanto jurisprudência pátrias. E, referido estudo sempre se ateve principalmente a dois tópicos: a porcentagem dos juros bancários e a sua forma de cobrança, por juros simples ou juros compostos.

Do ponto de vista eminentemente social, a cobrança excessiva de juros possui reflexos danosos na sociedade, dentre outros motivos, por endividar sobremaneira a sociedade e, por via transversa, no campo individual ocasionar problemas de saúde e, com relação à sociedade em si, engessar a circulação de riquezas.

A cobrança excessiva de juros, no que concerne à população idosa, ainda é mais agravada, tudo no exato diapasão de que o idoso, pela idade, tem sua capacidade de resistência diminuta, fruto do passar dos anos e de décadas de às vezes exaustivo trabalho.

Ocorre que não é só isso. O idoso necessita alimentar-se bem, ter lazer e comprar remédios; e, os juros abusivos acabam por minar-lhe a capacidade de vida digna, ao diminuírem seus ganhos financeiros, em geral, minguados. Afinal, os poucos ganhos possuem natureza alimentar, sendo também destinados à compra de medicamentos.

Basicamente os juros são legais ou convencionais, os primeiros decorrentes da lei e, os segundos, decorrentes do acordo entre partes (contratos). Ainda, podem ser eles remuneratórios, cuja função é remunerar o capital e moratórios, quando utilizados a título de cláusula penal pelo inadimplemento.

Já os juros remuneratórios podem ser simples ou compostos. A utilização de juros compostos nos contratos de mútuo bancário gera fenômeno conhecido por anatocismo, em que os juros são corrigidos sobre juros anteriores, numa prática conhecida pela máxima de “cobrança de juros sobre juros”.

Schonblum (2005, p. 278) obtempera que:

Existem duas maneiras de se calcular o valor dos juros: através do regime de capitalização simples e através do regime de capitalização composta. A primeira é popularmente conhecida por juro simples e o (sic) outra por juros composto.

Conceitualmente, a capitalização simples é aquela na qual a taxa de juros incide somente sobre o capital inicial, enquanto que, de modo diverso, na composta, a taxa de juros incide sobre o capital inicial e, também, sobre os juros acumulados até o período imediatamente anterior. Assim, é possível estabelecer que nos juros simples, a taxa varia linearmente em função do tempo e, nos juros compostos, varia exponencialmente em função do tempo.

Até o advento da Emenda Constitucional nº 40 havia dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais quanto à autoaplicabilidade do §3º do Art. 192 da Constituição Federal de 1988, hoje revogado, mas cujo texto era o seguinte:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

§ 3º. As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

No que concerne à nova redação do Art. 192 da CF/88, assim dispôs a EC nº 40/2003:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as

cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (Redação dada ao caput pela Emenda Constitucional nº 40, de 29.05.2003, DOU 30.05.2003)

Nos Tribunais Superiores, o tema ainda não se encontra pacificado. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, na Apelação Cível nº 2000.51.04.001024-5⁷², decidiu, por exemplo, que é "legítima a cobrança de juros moratórios com base na taxa *selic*, face à inoccorrência de violação a qualquer garantia constitucional do sistema tributário nacional."

Com relação aos empréstimos realizados junto a pensionistas do INSS, a matéria resta regulada na Instrução Normativa INSS/DC nº 121, de 1º de julho de 2005, já anteriormente referenciada.

A revogação da antiga redação do Art. 192 da CF/88 pela EC nº 40 remeteu a matéria referente a juros legais para o Art. 406 do Código Civil Brasileiro em vigor, a saber:

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

A redação do Art. 406 do Código Civil Brasileiro, conforme se verifica pela análise dos entendimentos tribunalícios encontra-se distante de interpretação

⁷² Ementa na íntegra:

1400620201 – TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – TAXA SELIC – 1. "legítima a cobrança de juros moratórios com base na taxa *selic*, face à inoccorrência de violação a qualquer garantia constitucional do sistema tributário nacional. " (inac - 3. Órgão especial. DJ 24/08/2005), p. 71). 2. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o art. 192, parágrafo 3º, da Constituição Federal (revogado pela Emenda Constitucional nº 40/2003), era de eficácia limitada, e, portanto, de aplicabilidade mediata ou reduzida. 3. Apelação improvida. (TRF 2ª R. – AC 2000.51.04.001024-5 – 3ª T.Esp. – Rel. Des. Fed. Paulo Barata – DJU 08.02.2007 – p. 84) JCF.192 JCF.192.3

pacífica. Existe, por exemplo, corrente que defende a aplicação de juros legais de 1% ao mês com fulcro no §1º do Art. 161 do CTN.

Schonblum (2005, p.293) explica que:

O Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF) realizou uma 'jornada de direito civil' no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior (STJ) e, analisando o preceito legal concluiu, de modo diverso, que ' a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês, justificando-se da seguinte forma: ' A utilização da taxa SELIC como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3º da Constituição Federal , se resultarem juros reais superiores a 12% (doze por cento) ao ano.

Não obstante a jornada acima tenha ocorrido em período anterior à EC nº 40/2003, já existe no repertório jurisprudencial pátrio decisão defendendo a aplicabilidade do CTN, art. 161, § 1º:

109023845 - APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - JUROS CONTRATUAIS - 6,62% AO MÊS - INADMISSIBILIDADE - JUROS CONSTITUCIONAIS - AUTO-APLICABILIDADE - IMPOSSIBILIDADE - 01 - Os juros contratuais de 6,62% (seis vírgula sessenta e dois por cento) ao mês, fere a função social do contrato, devendo ser reduzida a taxa mensal para 1% (um por cento). Inteligência do art. 2.035 e seu parágrafo único, do Código Civil de 2.002, combinado com o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional. 02. - Os juros reais previstos no revogado § 3º, do art. 192, da Constituição Federal, a sua aplicação dependia de Lei Complementar. Inteligência da Súmula nº 648, do Supremo Tribunal Federal. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TAPR - AC 0242217-9 - (232603) - Maringá - 11ª C.Cív. - Rel. Des. Toshiharu Yokomizo - DJPR 01.04.2005) JNCódigo Civil Brasileiro.2035 JNCódigo Civil Brasileiro.2035.PUN JCTN.161 JCTN.161.1 JCF.192 JCF.192.3

Decisões recentes pregam o consenso sobre o anatocismo, proibindo-o, mas discordam quanto à limitação ou não dos juros:

Contrato – cartão de crédito – dívida – ação revisional – juros – limitação. O acórdão dispõe sobre a não-aplicação da limitação de juros de 12% para as administradoras de cartão de crédito. “Civil e processual. Cartão de crédito. Dívida. Ação revisional. Juros. Limitação. Comissões. I – As administradoras de cartão de crédito inserem-se entre as instituições financeiras regidas pela Lei nº 4.595/1964. II – Não se aplica a limitação de juros de 12% ao ano prevista na Lei de Usura aos contratos de cartão de crédito. III – Ausência de prequestionamento impeditiva do exame do recurso especial em toda a pretensão deduzida pela parte. IV – Recurso especial não conhecido.” (STJ – REsp 471.752/RS – (2002/0124790-2) – 4ª T. – Rel. p/ o Ac. Min. Aldir Passarinho Junior – DJU 1 13.08.2007) (Julgamento: 1.1.1900 Publicação: 13.8.2007)

1400620201 – TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – TAXA SELIC – 1. “legítima a cobrança de juros moratórios com base na taxa selic, face à inocorrência de violação a qualquer garantia constitucional do sistema tributário nacional. ” (inac - 3. Órgão especial. DJ 24/08/2005), p. 71). 2. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o art. 192, parágrafo 3º, da Constituição Federal (revogado pela Emenda Constitucional nº 40/2003), era de eficácia limitada, e, portanto, de aplicabilidade mediata ou reduzida. 3. Apelação improvida. (TRF 2ª R. – AC 2000.51.04.001024-5 – 3ª T.Esp. – Rel. Des. Fed. Paulo Barata – DJU 08.02.2007 – p. 84) JCF.192 JCF.192.3

105037182 – AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – JUROS REMUNERATÓRIOS – 3º DO ART. 192 DA MAGNA CARTA (REDAÇÃO ORIGINÁRIA) – SÚMULA 648 DO STF – INOVAÇÃO – REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E DE PROVA – SÚMULAS 279 E 454 DO STF – É pacífica a jurisprudência desta Casa de Justiça de que “a norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de Lei Complementar” (Súmula 648 do STF). Ressalva do ponto de vista do Relator. De outro lado, o tema relativo à inexistência de ajuste quanto à limitação dos juros não foi objeto de debate perante o Tribunal de origem, tampouco suscitado nas contra-razões ao apelo extremo. O que caracteriza inovação insuscetível de ser apreciada em sede de agravo regimental. Precedente: AI 493.214-AGR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Não bastasse, depreende-se que a solução da causa exigiria o reexame de cláusulas contratuais e do conjunto probatório dos autos. Incidência das Súmulas 279 e 454 do STF. Agravo Regimental a que se nega provimento. (STF – RE-AgR 459388 – PR – 1ª T. – Rel. Min. Carlos Britto – DJU 04.08.2006 – p. 47) JCF.192 JCF.192.3

CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO – CONTA CORRENTE. Capitalização dos juros. Inadmissibilidade. “Não se admite a capitalização de juros em contratos bancários para os quais não exista previsão legal específica, como acontece com os contratos de abertura de crédito em conta corrente.” (Ac un da 3ª T do TRF da 4ª R – Ac 2000.04.01.057805-5/SC – Rel. Juiz Teori Albino Zavascki – j. 29.06.00 – Apte.: Caixa econômica Federal – CEF; Apdos.: Com. E Rep. Grtter Ltda e outro – DJU-e 2 25.10.00, p.429 – ementa oficial).

Quanto à limitação dos juros, portanto, a matéria não se encontra apaziguada. Entretanto, no que concerne à prática do anatocismo, existem entendimentos tribunais suficientes a afastá-lo.

Nesse cenário, ainda que a instituição bancária faça prevalecer a taxa de juros pactuada, defende-se aqui o cálculo destes na forma de juros simples, o que encontra correspondência com o microsistema legal do CDC.

Ademais disso, há também a possibilidade de abrandamento da taxa de juros pactuada se esta atentar contra os princípios contratuais do direito consumerista.

4.3 Responsabilidade civil das instituições bancárias

Partindo do pressuposto de que a relação bancária com o idoso é efetivamente uma relação de consumo apta a ensejar a aplicação do microsistema legal do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que a responsabilidade civil de referidas instituições é objetiva.

Venosa (*apud* SPOSATI, 2004, p. 17) explica que:

A legislação do consumidor é exemplo recente de responsabilidade objetiva no ordenamento, dentro do que estamos expondo. Podemos afirmar, como faz Sérgio Cavalieri Filho (2000: 28), que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) introduz uma nova área de responsabilidade no direito brasileiro, a responsabilidade nas relações de consumo, 'tão vasta que não haveria nenhum exagero em dizer estar hoje a responsabilidade civil dividida em duas partes: a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo'. Pode-se mesmo dizer que o próprio direito contratual encontra um divisor de águas no Código de Defesa do Consumidor: após a edição dessa lei, a interpretação dos contratos, não importando se dentro ou fora do âmbito consumerista, sofre verdadeira revolução no direito brasileiro. A noção de parte vulnerável ou vulnerabilidade no contrato assume uma posição de destaque nos exames dos contratos em geral. Muitos dos novos princípios contratuais e de responsabilidade inseridos no Código de 2002 já figuravam como princípios expressos ou implícitos no Código de Defesa do Consumidor.

Dessarte, no Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço é tratada no arts. 12 a 17; e, a responsabilidade por vício do produto e do serviço nos arts. 18 a 25.

Realça-se que de acordo com o previsto no art. 23 do CDC “a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.”

É que a responsabilidade objetiva está relacionada diretamente com o risco do negócio, não sendo, assim, necessária a comprovação da culpa do fornecedor para configurá-la; basta o nexo de causalidade entre o fato e o dano verificado. Tem sido assim, por exemplo, nas interpretações tribunais sobre a impossibilidade de inscrição do nome do devedor em órgãos de proteção ao crédito enquanto houver discussão judicial da dívida.

Interessante registrar que com relação à inscrição do nome do devedor em cadastros de proteção ao crédito, crescente têm sido as decisões que ordenam o depósito, ao menos do valor principal da dívida, em juízo, sendo que nalguns casos, o próprio autor requer mencionado depósito judicial:

1400611295 – PROCESSUAL CIVIL – PETIÇÃO INICIAL – CAUSA DE PEDIR APTA À APRECIÇÃO DO MÉRITO – SENTENÇA TERMINATIVA NULA – A pretensão deduzida em juízo é revisional, com pedido de tutela antecipada para depósito das prestações vencidas e vincendas. Por conseguinte, o valor ofertado para depósito diz respeito com o pedido de tutela antecipada, que deve ser apreciado com a análise dos requisitos ensejadores para sua concessão. Não há falar em pedido juridicamente impossível quando o juiz verifica que o valor ofertado pelo autor é inferior ao efetivamente devido. Ceifado, *ab initio*, o pedido do autor, em rever prestações de contrato de mútuo de acordo com as respectivas variações salariais e o saldo devedor, há de se reconhecer a procedência das razões recursais, porquanto presente na peça vestibular pedido e causa de pedir aptos a justificar a anulação do *decisum* ora em análise. Recurso provido. Sentença anulada. (TRF 2ª R. – AC 2003.51.02.002994-8 – 6ª T.Esp. – Rel. Des. Fed. Fernando Marques – DJU 10.11.2006 – p. 278)

Pacífica-se, outrossim, o entendimento quanto à configuração de danos morais no caso de saques indevidos. Os Tribunais reconhecem a responsabilidade objetiva das instituições financeiras em indenizar, bastando a comprovação do nexo causal.⁷³

Em resumo, pode-se afirmar que a responsabilidade das instituições bancárias frente ao consumidor é objetiva, sendo agravada no caso de consumidor idoso, realidade que pode e deve ser praticada pelos operadores do Direito.

É que, sendo idoso, já se mencionou alhures que a sua vulnerabilidade é por patente. No caso de consumidor idoso, há de se defender uma punição ainda maior para o agente causador do dano, seja este material, moral ou ainda em ambas as modalidades.

O ideal, portanto, seria que o Poder Judiciário fosse mais incisivo nas condenações envolvendo consumidores idosos, haja vista, principalmente, sua peculiar condição. Punição mais severa implica em inibição de práticas abusivas futuras contra os consumidores de terceira idade.

⁷³ Dos Tribunais, traz-se à colação:

1400622310 – RESPONSABILIDADE CIVIL – CEF – SAQUES EM CADERNETA DE POUPANÇA – ART. 14 LEI Nº 8078/90 – DANOS MATERIAIS E MORAIS – Inicialmente, é de se reconhecer que a relação jurídica material, deduzida na exordial, enquadra-se como relação de consumo, nos termos do § 2º, do artigo 3º, da Lei 8.078/90, e do verbete nº 297, da Súmula do STJ, e ADIN no. 2591, DJ, 16/6/06, sendo a responsabilidade do fornecedor de cunho objetivo. Nessa ordem de idéias, cabe ao consumidor demonstrar que sofreu um prejuízo (dano injusto), em decorrência de uma conduta imputável ao fornecedor, e que entre ambos existe um nexo etiológico. (...) Nos termos do art. 14 da Lei nº 8078/90 a responsabilidade contratual do banco é objetiva. Assim a responsabilidade objetiva da instituição apenas poderia ser desconsiderada se ficasse caracterizada uma das hipóteses do art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), incogitando-se in casu, de eventual culpa da parte autora, que não restou demonstrada nos autos. Por ser o consumidor considerado vulnerável pela Lei consumerista, e, ante a dificuldade extrema de produzir prova de suas alegações, o ônus da prova deve ser invertido, com fulcro no art. 6º, VIII do CDC, ficando a cargo do fornecedor provar que foi a própria autora, ou alguém por ela autorizado, que fez o saque inquinado de ilegítimo. (...) (TRF 2ª R. – AC 2001.51.10.005086-6 – 8ª T.Esp. – Rel. Des. Fed. Poul Erik Dyrlund – DJU 19.01.2007 – p. 231) JCDC.14 JCDC.3 JCDC.3.2 JCDC.14.3 JCDC.6 JCDC.6.VIII JCDC.38

4.4 Da necessidade de trâmite processual célere. Da efetividade da justiça

A Constituição da República Federativa do Brasil, recentemente, completou seus dezenove anos de idade. Nela, repousa a mais abalizada lista de direitos da pessoa que, positivados, conhecidos são por direitos fundamentais da pessoa humana.

De seu texto, extrai-se que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direitos; bem como, resta positivada a possibilidade de reparação por danos materiais e morais, inclusive oriundos do mesmo fato, conforme dispõe a Súmula 37 do STJ.

A entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 abriu ao povo brasileiro a possibilidade ampla de apresentação, em juízo, de suas pretensões judiciais. O direito de ação, afinal, é direito fundamental.

Guerra Filho (1999, p. 48) ao discorrer sobre processo constitucional relembra que “dentre os ‘princípios fundamentais gerais’, enunciados no Art. 1º da Constituição de 88, merece destaque especial aquele que impõe o respeito à dignidade da pessoa humana”.

Para o autor por último referenciado (idem), “os direitos fundamentais, portanto, estariam consagrados objetivamente em ‘princípios constitucionais especiais’. Nesse cenário, do princípio da dignidade da pessoa humana adviria o princípio da proporcionalidade.

Contudo, o que se verifica é que a efetividade da Constituição encontra-se prejudicada por verdadeira crise no Poder Judiciário, problema este hoje agravado ao extremo, sobretudo, pela falta de estrutura. Exemplos existem no dia-a-dia forense: excesso de processos, juízes insuficientes para dar cabo a tantas

demandas, falta de preparo de atendentes nas Varas, tudo, tudo contribui para a morosidade da justiça, o que relembra as palavras de Barbosa (2003, p. 34):

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escripto das partes e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juizes tardinheiros são culpados, que a lassidão commum vae tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.

O sistema está doente. Instrumentos como súmula vinculante de nada adiantarão se não houver uma reforma administrativa completa, sobretudo, de gestão junto ao Poder Judiciário como um todo. De tudo, o mais grave é o fato de que a população começa a descrer no Poder Judiciário, e os reflexos daí advindos ultrapassam as raias sociais, já que no plano internacional a existência de um Poder Judiciário inoperante reflete nos investimentos de origem exterior em nosso país.

Sobre o assunto, Rocha (1995, p.123) explica que:

(...) a Constituição impõe uma grande missão à magistratura que é, como vimos, transformar, mediante a efetivação de suas normas, uma sociedade que apresenta um dos mais vergonhosos índices sociais do mundo em uma sociedade livre, justa, solidária e menos desigual.

Entretanto, de nada adiantaria um direito sem a correspondente garantia para assegurá-lo. A Carta das Unidas e a Declaração Universal do Direito do Homem serviram de norte à Constituição da República Federativa do Brasil para fins de positivação constitucional de direitos fundamentais, sendo sempre bom, entrementes, lembrar que, conforme o teor normativo do parágrafo segundo do Art. 5º da Constituição Federal de 1988, os direitos e garantias nela expressos “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.”

No afã de garantir sua eficácia e os mandamentos constitucionais, o Código de Defesa do Consumidor, em seu Título III trata da defesa do consumidor em juízo, prevendo os seguintes relevantes tópicos: defesa individual ou coletiva dos interesses e direitos do consumidor; legitimação concorrente do Ministério Público, da União, Estados e Municípios e do Distrito Federal, bem como, de entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, associações legalmente constituídas há mais de um ano; previsão legal de utilização de todas as ações admissíveis para defesa de direitos e interesses protegidos pelo CDC.

Em se tratando de consumidor idoso, o Estatuto do Idoso, ao tratar em seu Título V da matéria concernente ao acesso à justiça, prevê: a utilização do rito sumário do Código de Processo Civil; prioridade de tramitação de processos e procedimentos em que figure como parte pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos; participação ativa do Ministério Público com possibilidade de instauração de inquérito civil, promoção e acompanhamento de ação de alimentos e interdição, figuração enquanto substituto processual de idoso em condição de risco, zelar pelos direitos e garantias legais aplicáveis ao idoso. (BRASIL, 1983)

Convém realçar o possível entendimento de que o direito subjetivo do idoso pode existir até mesmo contra sua vontade nos caso em há previsão legal para atuação do Ministério Público ou autoridades em geral⁷⁴.

Em resumo, positivação sobre o tema existe. Hoje, o consumidor idoso tem a seu dispor, notadamente, dois dos mais importantes diplomas jurídicos em vigor no

⁷⁴ Por oportunas, as palavras de Miguel Reale (2006, p. 252) que, com as devidas modificações podem ser aplicadas aos idosos:

“Observa-se, por exemplo, que muitas vezes o direito subjetivo existe e continua existindo a despeito da vontade do titular ou contra essa mesma vontade. Imagine-se que o credor de uma importância não se disponha a cobrá-la. O Direito positivo lhe dá a ação para efetivar o seu direito. O credor, entretanto, por um motivo qualquer, de amizade, ou por mero espírito altruístico, não exerce o seu direito, tampouco se preocupa com ele. Há, portanto, uma carência de vontade, mas isto não implica na extinção do direito subjetivo. Para todos os efeitos, o credor continua sendo o titular de um direito subjetivo.

Outras vezes, o direito subjetivo existe contra a vontade do agente.(...) O direito às férias é um direito subjetivo inerente ao trabalho, de tal maneira que existe para o operário, até mesmo quando ele concorda em abrir mão delas. Eis aí um caso em que o direito subjetivo existe ou subsiste a despeito da vontade ou contra a vontade de seu titular.”

ordenamento jurídico brasileiro: o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, instrumentos estes que devem ser aplicados em conjunto através do reconhecimento da vulnerabilidade especial do idoso.

Urge, pois, que os operadores do direito e a sociedade, juntos, ajam em prol de protagonizar os atos judiciais necessários com o fito de validar a aplicação prática das regras e princípios que regulam, em conjunto, as relações bancárias de consumo entre idosos e instituições que se qualifiquem enquanto Bancos.

CONCLUSÃO

A humanidade depara-se, atualmente, com o crescimento geométrico da população idosa, ao mesmo tempo em que vê a tímida, porém crescente, participação desta na vida social, seja no trabalho ou em atividades que possuem por escopo o aumento da longevidade, beneficiada com o incremento da indústria farmacêutica e com as descobertas da medicina sobre qualidade de vida.

A população idosa aumenta ao mesmo tempo em que cai a taxa de natalidade, levando-se a crer que daqui a algumas décadas o Brasil alçará o posto já ocupado por algumas nações européias de primeiro mundo, onde a população idosa já é maioria.

No plano infralegal, basicamente dois diplomas regem o tema idoso: a) Lei 8.842, de 4 de janeiro de 1994, a qual dispõe sobre a política nacional do idoso e, b) Estatuto do Idoso ou Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.

No Brasil, por determinação legal – Lei 10.741/2003 – considera-se idoso o indivíduo com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Nele repousam regras referentes à dignidade e respeito que devem nortear o trato social com os indivíduos idosos. No âmbito constitucional, a matéria resta regulada principalmente nos Arts. 229 e 230 da Carta da República de 1988, sendo que em qualquer caso a dignidade do idoso deve sobressair-se às regras jurídicas inferiores, posto que em se tratando de idoso, mais sensível se torna a análise de direitos como o da saúde e à vida, por exemplo.

O princípio constitucional da dignidade humana resta consagrado pelo legislador infralegal no Art.3º da Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso – onde se lê que “O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana,

sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.” (BRASIL, 2004)

De igual modo, o art. 8º do Estatuto do Idoso, prevê que “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social”.

A contratação de mútuo bancário com idosos e a possibilidade de desconto em folha das parcelas trouxe nova realidade para os operadores jurídicos brasileiros, sejam eles advogados, juízes, doutrinadores, promotores de justiça ou defensores públicos. Nunca se viu na história do Brasil o exercício de propaganda tão massiva visando o alcance pelas instituições bancárias da população idosa para fins de oferta e contratação de produtos e serviços. A proposta das instituições que procedem ao empréstimo de dinheiro objetiva o ganho no volume de contratos negociados; e, a sede de ganhos também se verifica com as tentativas de venda casada de produtos e serviços.

Não se pode culpar o instituto do contrato enquanto grande vilão da problemática sugerida, já que o contrato é instrumento assaz eficaz de circulação de riquezas, senão o mais eficaz. O importante é a aplicação crescente do fenômeno conhecido por dirigismo contratual onde o caráter público possibilita ao Estado ingerência paulatina e crescente nas relações privadas no intuito de fazer com que a sociedade funcione de forma mais equilibrada. Pode-se dizer que o equilíbrio contratual alcançado através do respeito aos princípios fundamentais seja a síntese da dialética apresentada.

A problemática complica-se se analisadas as diferenças sociais existentes no Brasil. Há o idoso que mora com a família e é independente, existe o que necessita de cuidados, há o que sustenta a família e é explorado pelos familiares, há o

“rualizado”, sendo extenso e indeterminado o rol de tipos existentes que na verdade refletem os dramas individuais de cada cidadão idoso.

Ademais disso, o idoso que reside no interior dos Estados do Brasil, mormente da região Norte e Nordeste é bem mais vulnerável do que o idoso das capitais, sendo que em ambos os casos a vulnerabilidade técnica ou econômica resta bem configurada.

O dirigismo contratual, enquanto freio da livre iniciativa prevista na CF/88, Art. 170, deve ser aplicado a princípios como o da autonomia da vontade, consensualismo, relatividade dos contratos, força vinculante, revisão contratual, boa-fé contratual, função social do contrato, proporcionalidade e razoabilidade, dentre outros.

Os contratos de adesão com idosos devem ser identificados e as suas cláusulas interpretadas à luz do CDC e Estatuto do Idoso, com prevalência daquele, que se constitui em um microsistema legal.

Vale ressaltar que o julgamento da ADIN nº 2591, no STF, findou por afastar dissipar as discussões sobre a inaplicabilidade do CDC às relações de consumo, posto o posicionamento da Corte Maior sobre a aplicabilidade do Estatuto Consumista em tais casos.

O Estatuto do Idoso assegura a vulnerabilidade especial do Idoso brasileiro ao dar relevo a seus direitos fundamentais.

Os instrumentos de contrato de mútuo, portanto, devem ser interpretados pela via constitucional e da interpretação conjunta do Estatuto do Idoso e do Código de Defesa do Consumidor, sendo que o princípio constitucional da dignidade e demais

princípios fundamentais devem reger as relações privadas entre as instituições e os idosos.

O exercício hermenêutico acima sugerido deve ser aplicado a todas as relações contratuais entre consumidores idosos e instituições bancárias, no que se refere a conflitos verificados ou possíveis de verificação, a exemplo, de termos contratuais, tamanho das letras, publicidade enganosa, afastamento de novação, juros bancários, produto ou serviço defeituoso, responsabilidade civil objetiva, cobranças abusiva de dívidas, inscrição indevida do consumidor idoso em órgãos de proteção ao crédito, cláusulas ou práticas abusivas, dentre outras hipóteses.

Sobremaneira, não se deve olvidar que as quantias recebidas pelos idosos a título de empréstimos possuem natureza de verba alimentar e que verificada situação de risco é perfeitamente possível a interferência do Ministério Público, inclusive enquanto substituto processual.

Nesse cenário, o advento do Estatuto do Idoso veio a somar forças às normas principiológicas e regras que fazem o Código de Defesa do Consumidor no sentido de criar verdadeira categoria especial de consumidor que, devido à idade, merece tratamento ainda mais especial que a do consumidor mais jovem. O Estatuto do Idoso fortifica a identificação de cláusulas abusivas, caracterizando com maior veemência a vulnerabilidade e requerendo maior agilidade do judiciário em decorrência da idade da parte processual. Existe, pois, uma vulnerabilidade especial em se tratando de consumidor idoso.

Os instrumentos legais para efetivação dos direitos do consumidor idoso já existem, sendo necessário o fomento da conscientização da sociedade brasileira e dos órgãos públicos sobre o assunto, a exemplo da possibilidade de criação pelo Poder Público de varas especializadas e exclusivas do idoso.

Enfim, a eterna busca pelo alcance da Justiça social almejada somente será possível através da implementação dos direitos dos idosos presentes nos

instrumentos legais mencionados e da conscientização da sociedade para o assunto, o que espera aconteça com o passar dos anos, sobretudo, devido ao aumento crescente da parcela idosa da população nacional.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Constitución de La Nación Argentina**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. (Texto integral). São Paulo: Martin Claret, 2003.

BETING, Joelmir. **Notícias**. <http://www.joelmirbetinq.com.br/noticias.asp>, acesso em 06/07/2007.

BIAGI, Cláudia Perotto. **A Garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filósofos do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **O Tempo da Memória**. De Senectude e outros escritos autobiográficos. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5 ed., Brasília: UNB, 2000. (v.1).

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed., 6ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998a.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed, 2ª. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998b.

_____. **Do País Constitucional ao País Neocolonial**. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. **Código de Direito Canônico**. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil.

São Paulo: Loyola, 1983.

BRASIL. **Estatuto do Idoso e legislação correlata**. São Paulo: RT, 2004.

CÂMARA dos Deputados. <http://www2.camara.gov.br/internet/homeagencia/materias.html>, Agência Câmara, acesso em 15/11/2007.

CÂMARA Municipal de Belo Horizonte. www.cmbh.mg.gov.br, acesso em 09/07/2007.

CANÔAS, Cilene Swain. **A Condição Humana do Velho**. São Paulo: Cortez, 1985.

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

CARLUCCI, Aída kemelmajer de. Las personas ancianas en la jurisprudencia argentina. ¿Hacia Un Derecho de La Ancianidad? **Revista Chilena de Derecho**, nº 1, 2006. v. 33.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As Grandes Obras Políticas – De Maquiavel a nossos dias**. 8 ed., 4ª. Impressão. Rio de Janeiro: Agir, 2002.

CÍCERO, Marco Túlio. **Saber Envelhecer e A Amizade**. Tradução de Paulo Neves, Porto Alegre: L & PM, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. **Direitos Humanos no Brasil: O Passado e Futuro**. <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparatobr.html>. Acesso em 15. nov.2007.

_____. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

COSER, José Reinaldo. **A Ilegalidade da Fixação das Taxas de juros pelo CMN**. Campinas: Mizuno, 2000.

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

CRETELLA JÚNIOR. **Curso de Direito Romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro. 23.a. ed., Rio de Janeiro: Forense 2000.

DANTAS JÚNIOR, Anchieta. Crédito Consignado Suspenso. **Diário do Nordeste**, p.1, Caderno de Negócios, 20.10.2007.

DINIZ, Maria Helen . **Código Civil Anotado**. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

FELIPE, J. Franklin Almeida. **Contratos Bancários em Juízo**. 2 ed., São Paulo: Forense, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso Fundamental de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007.

FIÚZA, César. **Direito Civil**: Curso Completo. 9 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2006

FRANÇA, Lúcia Helena; STEPANSKY, Daizy Valmorbida. Educação Permanente para Trabalhadores Idosos – o Retorno à Rede Social. **Boletim Técnico**. SENAC: Rio de Janeiro, v.31, n.2, maio/agosto 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12 ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado pelos autores do anteprojeto. 5 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

IHERING, Rudolf Von, **A Finalidade do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, (vol. 1)

_____. **A Finalidade do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, (vol. 2)

_____. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ISIDORO, Ursulino dos Santos. **Da ADIN 2.591, de 07/06/2006 (STF), das**

abusividades dos bancos e das nulidades de todos os contratos de créditos bancários e execuções. São Paulo: Ícone, 2007

JÚRIS SÍNTESE IOB com legislação atualizada e consolidada até 06.08.2007. Nº 66. Jul/Ago 2007. CD ROM, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEMBO, Cláudio. **A Pessoa e seus Direitos.** São Paulo: Manole, 2007.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe comentado por Napoleão Bonaparte.** São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 2 ed., São Paulo: RT, 2006.

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

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Direito dos Idosos.** São Paulo: LTR, 1997.

_____. **Comentários ao Estatuto do Idoso.** São Paulo: LTR 2004.

MATTOS, Ricardo Mendes; FERREIRA, Ricardo Franklin. **O idoso em situação de rua:** Sísifo revisitado. http://pepsic.bvs-psi.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2005000100004&lng=en&nrm=iso . Acesso em 20 jun. 2007.

MELO, Orfelina Vieira. **O Idoso Cidadão.** 2 ed., Rio de Janeiro: AM edições, 1996.

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

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA.
http://www.mj.gov.br/sedh/ct/cndi/Regimento_Conferencia.doc), acesso em 25 nov.2007.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.
http://www.previdencia.gov.br/pg_secundarias/paginas_perfis/emprestimo_consigna

[do_01.asp](#) . Acesso em 20 nov. 2007.

MIRÀNDOLA, Pico Della. **A Dignidade do Homem**. São Paulo: Escala, 2006.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e legislação constitucional**. São Paulo: RT, 2006.

NETHERLANDS. **The Constitution of the Kingdom of the Netherlands**. Ministry of Home Affairs. October, 1989.

NUNES, Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana : doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Direito do Consumidor**. 2 ed., 4ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. **O Direito Geral de Personalidade e a solução do dissentimento**. Ensaio sobre um caso de constitucionalização do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

ONÓFRIO, Fernando Jacques. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PAVLOV, Ivan Petrovich. **Coleção os Grandes Pensadores**. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 2005.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2007

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito – Adaptado ao Novo Código Civil – Lei nº 10.406, de 10-1-2002**. 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de Crédito Bancário**. 5 ed., São Paulo: RT, 2000.
- RAMAYANA, Marcos. **Estatuto do Idoso Comentado**. Rio de Janeiro: Roma Victor Editora, 2004.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ROSAS, Roberto. **Direito Sumular**. 13 ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- ROSEMAN, Mark. **Os nazistas e a solução final**: a verdadeira história da Conferência de Wannsee. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2003.
- SALES, Lília Maia de Moraes (org.). ARAGÃO, Maria Gorete Pereira de *et al.* **Abordagem Constitucional dos Direitos Sociais**. Fortaleza: Gráfica LCR, 2001.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed., São Paulo: Lúmen Juris Editora, 2006.
- _____; GALDINO, Flávio (organizadores). **Direitos Fundamentais**: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SCHIRRMACHER, Frank. **A Revolução dos Idosos**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2005.
- SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhem. **O Novo Direito Empresarial**. Contratos Bancários. 2 ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.
- SERPA, José Hermílio Ribeiro. **A Política, o Estado, a Constituição e os Direitos Fundamentais** – um reexame fenomenológico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- SILVA, João Baptista da. **Processo Romano**: Instrumento da eficácia jurisdicional. Belo Horizonte: Líder, 2004.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas**

relações jurídico-privadas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SPOSATI, Aldaíza (org.). **Proteção Social da Cidadania.** São Paulo: Cortez Editora, 2004.

TARTUCE, Flávio. **A função social dos contratos:** do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O Contrato e sua Função Social.** 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo (org); BARBOSA, Ana Paula Costa *et al.* **Legitimação dos Direitos Humanos.** 2 ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VARELLA, Luiz Salem. **Taxa Selic:** inconstitucionalidade Lei n. 9.250/95: juros alcavala. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade.** Coimbra: Almedina, 2006.

VIEIRA, Jair Lot (supervisão). **Declaração Universal dos Direitos do Homem:** Carta das Nações Unidas: Declaração dos Direitos Humanos. 2 ed., São Paulo: Edipro, 2005.

ANEXO

ANEXO: A IN/INSS nº 121, de 1º de julho de 2005

A DIRETORIA COLEGIADA DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL-INSS, no exercício da competência que lhe é atribuída pelo inc. II do art. 7º do Anexo I do Decreto nº 5.257, de 27 de outubro de 2004, e com fundamento no § 1º, art. 6º, da Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer critérios para as consignações nos benefícios previdenciários e de disciplinar sua operacionalização no âmbito do INSS no sentido de ampliar o acesso ao crédito, simplificar o procedimento de tomada de empréstimo e possibilitar a redução dos juros praticados por instituições financeiras conveniadas,

RESOLVE:

Art. 1º Podem ser consignados e/ou retidos descontos na renda mensal dos benefícios de aposentadoria ou de pensão por morte, para pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil, somente após efetiva contratação pelo titular do benefício em favor da instituição financeira pagadora ou não do benefício, desde que:

I - o desconto, seu valor e o respectivo número de prestações a consignar sejam expressamente autorizados pelo próprio titular do benefício;

II - a operação financeira tenha sido realizada pela própria instituição financeira ou pela sociedade de arrendamento mercantil a ela vinculada;

III - a instituição financeira tenha celebrado convênio com o INSS para esse fim;

IV - o somatório dos descontos e/ou retenções consignados para pagamento de empréstimos, financiamentos ou operações de arrendamento mercantil não exceda, no momento da efetiva contratação, a trinta por cento do valor do benefício, deduzidas as consignações obrigatórias, excluindo-se o Complemento Positivo-CP, o Pagamento Alternativo de Benefício-PAB, e o décimo terceiro salário, correspondente à última competência emitida, constante no Histórico de Créditos - HISCRE/Sistema de Benefícios-SISBEN/Internet, observado o disposto no § 2º.

V - a taxa de juros aplicada às operações de empréstimos, financiamentos e arrendamento mercantil, inclusive as efetuadas por intermédio de cartão de crédito, não seja superior a 2,9% (dois vírgula nove por cento) ao mês. (Inciso incluído pela IN INSS/PR Nº 6, DE 31/05/2006)

§ 1º. O convênio a que se refere o inciso III somente será firmado e mantido com a instituição financeira ou sociedade de arrendamento mercantil que satisfaça, cumulativamente, as seguintes condições:

I - enquadre-se no conceito de instituição financeira, na forma da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e esteja devidamente autorizada a funcionar como tal pelo Banco Central do Brasil.

II - não esteja em débito na Fazenda Nacional, Estadual e Municipal, inclusive com o sistema de seguridade social e com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS, devendo manter sua regularidade comprovada por intermédio do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI/SICAF, e, também, não integrar o Cadastro Informativo de Créditos não Quitados - CADIN;

III - esteja apta à troca de informações via arquivo magnético, conforme especificações técnicas constantes do Protocolo de Relacionamento em meio magnético CNAB-Febraban.

§ 2º. Para os fins do inciso IV, o valor do benefício a ser considerado para aplicar o limite de trinta por cento é o apurado após as deduções das seguintes consignações obrigatórias:

I - contribuições devidas pelo segurado à Previdência Social;

II - pagamento de benefícios além do devido;

III - imposto de renda;

IV - pensão alimentícia judicial;

V - mensalidades de associações e demais entidades de aposentados legalmente reconhecidas, desde que autorizadas por seus filiados.

§ 3º A contratação de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil de que trata esta Instrução Normativa, firmada pelos titulares dos benefícios previdenciários, deverá observar os meios que atendam as normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, por meio do disposto na Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 1.559, de 22 de dezembro de 1988, com redação dada pela Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 3.258, de 28 de janeiro de 2005.

§ 4º. A instituição financeira ou sociedade de arrendamento mercantil concedente do empréstimo deverá conservar em seu poder, pelo prazo de cinco anos, a contar da data do término do empréstimo, a autorização firmada pelo titular do benefício, por escrito ou por meio eletrônico, para o empréstimo, financiamento ou operação de arrendamento mercantil ou constituição de Reserva de Margem Consignável - RMC.

§ 5º. As consignações/retenções de que tratam este artigo não se aplicam aos benefícios:

I - concedidos nas regras de acordos internacionais para segurados residentes no exterior;

II - pagos por intermédio da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT;

III - pagos a título de pensão alimentícia;

IV - assistenciais;

V - recebidos por meio de representante legal do segurado: dependente, tutelado ou curatelado;

VI - pagos por intermédio da empresa convenente;

VII - pagos por intermédio de cooperativas de créditos que não possuam contratos para pagamento e arrecadação de benefícios.

§ 6º Entende-se por autorização por meio eletrônico para a consignação/retenção/constituição de Reserva de Margem Consignável-RMC, nos benefícios previdenciários, aquela obtida a partir de comandos seguros gerados pela aposição de senha ou assinatura digital do titular do benefício em sistemas eletrônicos reconhecidos e validados pelo Banco Central ou pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 7º A autorização do titular do benefício para a consignação, retenção e reserva de margem consignada de empréstimo, financiamento ou operação de arrendamento mercantil não poderá ser feita por telefone, não sendo permitida como meio de comprovação de autorização expressa a gravação de voz. (Parágrafo incluído pela IN INSS/PRES Nº 01, DE 29/09/2005)

§ 8º Quando a instituição financeira ou sociedade de arrendamento mercantil utilizar o meio eletrônico para a autorização da consignação/retenção/constituição de Reserva de Margem Consignável-RMC, pelos titulares de benefícios, deverá, sem prejuízo de outras informações legais exigidas (art. 52 do Código de Defesa do Consumidor - CDC), dar ciência prévia, no mínimo, das seguintes informações: (Renumerado pela IN INSS/PRES Nº 01, DE 29/09/2005)

I - valor total financiado;

II - taxa efetiva mensal e anual de juros;

III - todos os acréscimos remuneratórios, moratórios e tributários, que eventualmente incidam sobre o valor financiado. (NOVA REDAÇÃO DADA PELA IN INSS/PR Nº 5 , DE 12/05/2006)

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)