

A “ESSENCIALIDADE” DA TUTELA DA PESSOA OBESA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

THE “ESSENTIAL” OF PROTECTION OF OBESE PEOPLE ON RELATIONS OF CONSUMPTION

Rosalice Fidalgo Pinheiro¹
Alessandra Barancelli²

Resumo: O presente artigo tem como objeto a tutela da pessoa obesa nas relações de consumo. Considerando-se que a obesidade é o mal do século XXI, essa doença tem atingido grande parte da população em uma multiplicidade de países, apontando para novos problemas nas grandes cidades. O caso noticiado da pessoa “obesa fica presa em roleta de ônibus” sinaliza um paradoxo, que o presente trabalho se propõe a enfrentar: a pessoa obesa não se encaixa no padrão de vulnerabilidade, desenhado pelo Código de Defesa do Consumidor, necessitando de uma tutela jurídica específica. Contudo, ao mesmo tempo em que é desconsiderada, é eleita como o novo mercado consumidor de alimentos *diet*, *light* e remédios milagrosos para perda de peso. Passa-se, então, a cogitar da pessoa obesa como uma categoria diferenciada de consumidor, reclamando uma tutela específica nas relações de consumo. Semelhante indagação parte da categoria de sujeito de direito e seu papel ideológico, ainda contido nas entrelinhas da passagem de uma subjetividade abstrata para uma subjetividade concreta. Para resolver essa inquietude, resgata-se o significado de um debate que predomina na doutrina e jurisprudência brasileiras, entre finalistas e maximalistas, acerca do conceito de consumidor. E com vistas a dissipar aquele paradoxo, o direito fundamental à saúde da pessoa obesa impõe-se nas relações de consumo, tecendo o contrato como um “ponto de encontro de direitos fundamentais”, enquanto o paradigma da essencialidade convida a pessoa obesa a ocupar o lugar de consumidor diferenciado.

Palavras-chave: obesidade; consumo; vulnerabilidade; direito fundamental à saúde; paradigma da essencialidade.

Abstract: This article has as object the protection of obese people in the relations of consumption. Considering that obesity is the evil of the XXI century, this disease has reached much of the population in a number of countries, pointing to new problems in large cities. The reported case of person "who is stuck in obese roulette bus" signals a paradox that this study is to address: the obese person does not fit the pattern of vulnerability, designed by the Consumer Defense Code, requiring a specific legal authority. However, while it is disregarded, is elected as the new consumer market for diet foods, light and magic potion for weight loss. Pass it, then think of the obese person as a different category of consumers, claiming a specific authority in the relations of consumption. Similar question from the category of being right and its ideological role, still contained between the lines of the passage of an abstract subjectivity to a concrete subjectivity. To address this concern, rescues the meaning of a debate that predominates in the Brazilian doctrine and jurisprudence, among finalists and maximalist, about the concept of consumer. And to dispel this paradox, the fundamental law to health of the person it is obese in the relations of consumption, weaving the contract as a meeting point of fundamental laws "as the paradigm of essentiality calls the obese person to occupy the place of consumer differentiated.

Key-words: obesity; consumption; vulnerability; fundamental law to health; paradigm of essentiality.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A obesidade é considerada o mal do século XXI, uma doença poligênica³ que atinge milhões de pessoas, cujas causas remontam ao modo capitalista de

¹ Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais junto ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil do Programa de Mestrado da UniBrasil. Professora titular de Direito Civil do Centro Universitário Curitiba. Instituição: UniBrasil. Email: rosallice@gmail.com.

² Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas do Brasil-Unibrasil; Licenciatura em Educação Física pela PUC-PR. Especialista em Atividade Física e Saúde. Fundadora do Projeto Controle de Peso e Qualidade de Vida do SEPSPUC PUC-PR. Pesquisa e desenvolvimento, no tratamento e prevenção da Obesidade. Instituição: UniBrasil. Email: a.barancelli@uol.com.br.

³ Pode-se ligar a origem da obesidade com a própria genética, com o meio ambiente, “a obesidade é uma doença poligênica, e seus determinantes genéticos são complexos, podendo os genes envolvidos

produção, que levou ao sedentarismo e a maior ingestão de alimentos industrializados, com alto valor energético. Grande parcela da população mundial sofre dessa doença, sabendo-se que não comporta cura específica. No Brasil, a prevalência da obesidade representa, hoje, em números, cerca de 95,5 milhões de pessoas, das quais 40,6% são pessoas com excesso de peso⁴ e 10,5 milhões são obesas.⁵

Diante desse quadro, revela-se um paradoxo: não há proteção jurídica suficiente para esse grupo de pessoas. A Lei n.º. 8.078/90 escapa a qualquer tutela específica para o consumidor obeso, eis que ele não se encaixa no padrão de vulnerabilidade, desenhado pelo Código de Defesa do Consumidor, necessitando de uma tutela jurídica especial. Contudo, ao mesmo tempo em que é desconsiderada, torna-se o público eleito para fornecimento de alguns produtos e serviços: alimentos *diet*, *light* e remédios milagrosos para perda de peso costumam mais caro e são lançados no mercado, por vezes, sob o manejo de uma publicidade enganosa.

Isto revela que a categoria de consumidor, ainda repousa sob o papel ideológico, desempenhando pelo sujeito de direito, na Modernidade. Trata-se do significado de uma subjetividade abstrata, presente nas entrelinhas de uma subjetividade concreta. Indaga-se, então, quem é consumidor. Entrar nesta categoria significa ter acesso ao “foro privilegiado” de sujeito de direito, que tem à sua disposição instrumentos de tutela, destinados a converter sua vulnerabilidade em igualdade.

Com vistas a dissipar esse paradoxo, o direito fundamental à saúde da pessoa obesa impõe-se nas relações de consumo, tecendo o contrato como um “ponto de encontro de direitos fundamentais”.⁶ E o paradigma da essencialidade convida a pessoa obesa a ocupar o lugar de consumidor diferenciado.

Ao se introduzir a pessoa no centro da contratação, a essencialidade revela suas notas como instrumento de tutela do consumidor obeso, para explicitar diferenças entre os próprios consumidores, escapando da vulnerabilidade como

afetar a ingestão de alimentos e/ou o consumo de energia,” pois podem variar as influências genéticas conforme as condições ambientais como os da sociedade ocidental. (GOLDMAN, Lee; BENNETT, J. Claude. **Tratado de medicina interna**. 21.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001. v. 2. p.1288-1289)

“ A influência genética mais comumente manifestada para a obesidade é a poligênica, conferindo a certos indivíduos uma susceptibilidade resultante de fatores genéticos que podem inter-relacionar-se de forma bastante complexa, o que torna difícil a individualização destes genes em estudos populacionais.(...) O mapa gênico da obesidade humana continua se desenvolvendo rapidamente a cada ano, a medida em que mais genes e regiões cromossômicas são relacionadas a obesidade humana. Em sua versão mais recente, este mapa gênico relatou mais de 430 genes, marcadores e regiões cromossômicas associadas com fenótipos de obesidade humana. (Snyder ET AL 2004). Todos os cromossomos humanos, a exceção do Y, já tiveram loci ligados ao fenótipo da obesidade.” (REVISTA ABESO. São Paulo. **Etiologia da obesidade**. Ed. n.30, ano VII, mai./2007. Disponível em: <<http://www.abeso.org.br/artigoshtm> > Acesso em 10/ago./2009)

⁴ Obesidade: Ismael LAGO define que “a obesidade é o termo médico para o aumento de adiposidade (gordura) no organismo, e pode ser classificada como pequena, média e grande”. Existe também a classificação de obesidade mórbida, explicada quando a gordura total do organismo ultrapassa 50% do peso ideal. É assim designada devido a alta taxa de mortalidade que causa. (LAGO, Ismael. **Emagrecer**: uma postura de vida. São Paulo: Escritório Editorial, 1995. p.12)

⁵ IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <www.ibge.gov.br/estatistica/populacao/default_censo_2000.shtm> Acesso em 2/ mai./2008.

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3.ed. São Paulo: RT, 1999. v. 1. p.256-257.

mera pressuposição indiscriminada e delineando seus contornos mediante a ponderação das circunstâncias do caso concreto.⁷

Semelhantes ideias são delineadas ao longo de quatro itens, nos quais se divide o presente trabalho: inicialmente, problematiza-se a categoria do sujeito de direito, idealizada pelo Direito Privado Moderno, mostrando-se que o seu papel ideológico continua presente na passagem de uma subjetividade abstrata para uma subjetividade concreta. Em um segundo momento, indaga-se a pessoa obesa como uma nova categoria de consumidor, em face de um debate entre finalistas e maximalistas, que toma conta da doutrina e jurisprudência brasileiras. Em seguida, atenta-se para os parâmetros da obesidade, com vistas a tecer os direitos fundamentais na relação de consumo, destacando-se, para tanto, o direito à saúde. Por fim, deposita-se no paradigma da essencialidade uma tutela diferenciada para a pessoa obesa, capaz de operar a passagem de consumidor a consumidores.

1 DA SUBJETIVIDADE ABSTRATA À SUBJETIVIDADE CONCRETA: OBESIDADE, CONSUMO E CIDADANIA

Pessoa “obesa fica presa em roleta de ônibus”: com esse título noticiava-se, no Rio de Janeiro, caso no qual uma pessoa ficou presa em roleta de ônibus por mais de quarenta minutos, em face de sua obesidade. Além de ter sido alvo de chacotas por parte do condutor e fiscal do veículo, esta passageira sofreu ferimentos físicos ao ser retirada da roleta, o que ainda lhe rendeu vergonha, dor e humilhação.⁸

Tal fato não é raro nas grandes cidades, e coloca em causa a tutela jurídica da pessoa obesa. Nota-se verdadeira lacuna nos diplomas legislativos que regem a matéria, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à relação jurídica, acima descrita. Trata-se de indagar quem é consumidor. Entrar nesta categoria significa ter acesso ao “foro privilegiado” de sujeito de direito, que tem à sua disposição instrumentos de tutela, destinados a converter sua vulnerabilidade em igualdade. Isto nos leva a traçar um breve percurso deste sujeito, que se estende do Direito Privado Moderno ao Direito Privado contemporâneo, traduzido na passagem de uma subjetividade abstrata para uma subjetividade concreta.

A correspondência lógica entre pessoa e sujeito de direito expressa a “passagem para uma forma superior de sociedade”.⁹ No transcurso do século XVIII para o século XIX, os códigos e constituições proclamaram que todo homem é pessoa. Trata-se de colocar fim ao contexto de particularismo jurídico, vivido pelo medievo, no qual se aplicava a cada classe de indivíduos um estatuto, e submeter a todos a uma única lei, editada pelo Estado: sob o invólucro da igualdade formal, adquire-se o *status* de sujeito de direito.

Contudo, Michel Miaille indaga o porquê dessa correspondência lógica, asseverando que a identidade homem-sujeito de direito não pode ser apenas descrita; antes, deve ser explicada: as desigualdades jurídicas, que geraram servos e escravos no passado, não estavam diretamente ligadas às relações econômicas, mas às relações sociais necessárias ao seu funcionamento. Com efeito, não é

⁷ Cf. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.474-475.

⁸ VICTOR, Dório. **Obesa fica presa em roleta de ônibus, no Rio**. 21/05/2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/noticias/0,,pio39833-5606,00.html>> Acesso em 22/mai./2008.

⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p.37.

natural que todos sejam sujeitos de direito,¹⁰ mas “absolutamente indispensável para o modo de produção capitalista”.¹¹

Na modernidade, a categoria do sujeito de direito, levantada pela bandeira da igualdade jurídica, liga-se à estrutura social do sistema capitalista, fundamentado na realização de trocas generalizadas.¹² Revestidos do *status* de pessoa, os homens, sociais e economicamente desiguais, figuram nas relações de troca, como entes abstratos e titulares de direitos virtuais, delineando uma igualdade formal.

Esse significado, impresso à cidadania, revelou-se como a pedra de toque da codificação brasileira de 1916. Mas, revestir todos os homens do *status* de sujeito de direito representava, a um só tempo, transpor as barreiras da escravidão e gerar novas desigualdades. Não muito depois de sua promulgação, assiste-se à edição de leis especiais que passam a disciplinar áreas reservadas ao Código, delineando a fragmentação do Direito Privado: inaugura-se a “era da descodificação”.

O Estado de Direito Liberal, neste momento, conhece rupturas. De mero expectador da vida em sociedade, é chamado a intervir da esfera econômica, por meio do legislador. Entram em cena leis especiais, que introduzem novos princípios, rompendo a unidade do Direito Privado em torno da codificação, e restando-lhe uma tarefa residual, na disciplina das relações jurídicas:

Assim concebidas, tais leis extracodificadas corroboravam o papel constitucional do Código no que concerne às relações privadas, como lecionava a dogmática tradicional, permitindo que situações não previstas pudessem ser reguladas excepcionalmente pelo Estado. Daí porque ter-se também designado como ‘de emergência’ esse conjunto de leis, locução que, de modo eloqüente, a um só tempo exprimia a circunstância histórica justificadora da intervenção legislativa e preservava a integridade do sistema em torno do Código Civil: a *legislação de emergência* pretendia-se episódica, casuística, fugaz, não sendo capaz de abalar os alicerces da dogmática do direito civil.¹³

Na busca por igualdade substancial, impõe-se “uma lei para cada indivíduo”,¹⁴ não se tutelando mais o cidadão neutro e indiferenciado, mas grupos sociais específicos e categorias de interesses. De uma subjetividade abstrata, representada pelas codificações, passa-se a uma subjetividade concreta, representada pelos estatutos jurídicos.

Na esteira desse movimento, a Constituição torna-se o centro do Direito Privado, enunciando princípios que os microssistemas cuidam de desenvolver. Desfazem-se as barreiras entre o público e o privado, torna-se um erro, nas palavras de Gustavo Tepedino, “pretender adaptar a Constituição ao Código Civil,

¹⁰ Nesse sentido Michel MIAILLE. **Introdução crítica ao direito**. 2.ed. Lisboa: Moraes, 1989.

¹¹ MIAILLE, op. cit, p.118.

¹² MIAILLE, op. cit, p.118.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.1-22. p.4-5.

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998. p.53.

sendo indispensável proceder em sentido inverso, de modo a reler e forjar todo o tecido infraconstitucional sob o manto inovador e vinculante do texto maior”.¹⁵

Sob a égide de um Estado Democrático de Direito, o Código de Defesa do Consumidor tem lugar entre nós. O Estado parte em defesa da parte débil e a leitura constitucional preside as relações de consumo: na tutela inserida nos artigos 5º, XXXII e 170, V, protege-se, para além do consumidor, a pessoa humana.¹⁶ Adentrar na categoria de consumidor torna-se condição de existência para exercício de uma cidadania: a que se perfaz no mercado de consumo, ficando de fora aqueles que não se encaixam neste “foro privilegiado” de sujeito de direito.

Voltando-se as atenções para a pessoa “obesa (que) fica presa em roleta de ônibus”, pode se indagar, se este segmento da sociedade adentrou na categoria de consumidor. Ocorre que o caso descrito sinaliza um paradoxo que adiante se explica.

Na atividade de fornecimento de produtos e serviços nas relações de consumo, verifica-se que os bancos de veículos automotores não comportam as conseqüências da obesidade, eis que não suportam o peso excessivo, reduzem o espaço do passageiro posterior e desgastam-se com maior facilidade, ainda que se trate de veículos maiores. Ao realizar uma pesquisa com as marcas de tênis mais conhecidas, a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor constatou que nenhuma delas considerou a pessoa obesa. Não há compatibilidade da maioria das marcas com todos os biótipos, não se esclarecendo qual peso real é absorvido pelo impacto.¹⁷ Os medicamentos em geral não informam a dosagem específica para pessoas obesas, sendo necessário, por vezes, prescrever a quantidade em dobro para o tratamento de doenças. Teatros, cinemas, ônibus e escolas não destinam lugares e cadeiras específicas para pessoas obesas, tornando-se extremamente desconfortável, para indivíduos com excesso de peso deslocar-se ou ocupar um lugar nestes espaços.

Compõem-se um quadro no qual se revela um paradoxo: a pessoa obesa é excluída das relações de consumo. Não se encaixa no padrão de vulnerabilidade, desenhado pelo Código de Defesa do Consumidor, necessitando de uma tutela jurídica específica. Contudo, ao mesmo tempo em que é desconsiderada, torna-se o público eleito para fornecimento de alguns produtos e serviços: alimentos *diet*, *light* e remédios milagrosos para perda de peso custam mais caro e são lançados no mercado, por vezes, sob o manejo de uma publicidade enganosa. Isto revela que por trás da categoria de consumidor, ainda repousa o papel ideológico desempenhando pelo sujeito de direito na Modernidade. Trata-se de dizer: o significado da subjetividade abstrata continua presente nas entrelinhas de uma subjetividade concreta.

Na esteira dessas considerações, passa-se a elucidar o conceito de consumidor, recepcionado pela ordem jurídica brasileira, eis que como aduz Luiz Edson Fachin: “(...) tudo ainda se reduz a ingressar nesse foro privilegiado do sujeito de direito: aquele que tem bens, patrimônio sob si, compra, vende, pode

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *In*: _____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.199-215. p.206

¹⁶ TEPEDINO, As relações..., p.211.

¹⁷ **REVISTA PRO TESTE**. São Paulo: ABDC, 2008. p.9-10.

testar, e até contrai núpcias. Para esses, o mundo do direito articulado sob as vestes da teoria geral do direito civil; para os demais, o limbo.”¹⁸

2 AS RELAÇÕES DE CONSUMO E A PESSOA OBESA

Sinalizando a insuficiência da teoria contratual clássica, no sentido de conter a tutela de grupos mais vulneráveis da sociedade, o Código Defesa do Consumidor ingressa no cenário jurídico nacional, destinando-se a tutelar o consumidor. Com vistas a identificá-lo, passa-se à definição de relação de consumo e dos elementos que a compõem: é uma “relação jurídica por excelência, pressupondo sempre três elementos, quais sejam, dois pólos de interesses (consumidor e fornecedor) e a coisa objeto desses interesses – que representa o terceiro elemento, e, consoante ao CDC, abrange produtos e serviços”.¹⁹

O fornecedor é definido pelo artigo 3º do CDC, abrangendo a pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, de direito público ou privado, e que se caracteriza por colocar no mercado de consumo produtos ou serviços, com habitualidade e remuneração. Com semelhante conceito, constitui-se uma cadeia de solidariedade, que se estende do fabricante ao comerciante, e não descuida da pessoa física profissional, rompendo com o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, em sua clássica acepção.

A definição de fornecedor não é suficiente para caracterizar a relação de consumo. Para tanto, o conceito de consumidor é determinante. O artigo 2º do CDC define o consumidor em sentido estrito e o consumidor por equiparação. Enquanto este se define na esteira da ruptura do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, como o terceiro vítima nas relações consumo²⁰, aquele efetivamente contrata produtos e serviços, na qualidade de destinatário final. No entanto, surge uma indagação: quem é destinatário final? Na doutrina brasileira assiste-se ao debate entre maximalistas e finalistas com o propósito de desvendar seu sentido.

Arruda Alvim, ao comentar o art. 2º em seu § único do CDC aduz que consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, e cuja aquisição insere-se nos quadros de um ciclo de produção, tendo em vista a atividade produtiva *lato sensu*.²¹ Trata-se da teoria maximalista, segundo a qual o Código de Defesa do Consumidor existe para regular as relações de mercado, o que significa que a um tempo, um mesmo indivíduo pode desempenhar o papel de fornecedor, e a outro, o papel de consumidor.

¹⁸ Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. *Revista da Faculdade de Direito*, ano 27, n.27, Curitiba: 1992/93. p.49-60. p.56.

¹⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito apud EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2004. p.45.

²⁰ “(...) incluem-se como consumidores, consumidores *stricto sensu* do art. 2º (quem “utiliza um serviço”), consumidores equiparados do parágrafo único do art. 2º (coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relação de serviço), do art. 17 (todas as vítimas dos fatos do serviço, por exemplo, os passageiros na rua quando avião cai por defeito do serviço) e do art. 29 (todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas comerciais de oferta, contratos de adesão, publicidade, cobrança de dívidas, bancos de dados, sempre que vulneráveis in concreto) (...) e, no processo, sobre legitimação destes terceiros para agir individual e coletivamente.” (MARQUES, op. cit., p.367.)

²¹ ALVIM, Arruda et al. *Código do consumidor comentado e legislação correlata*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p.11.

Na esteira dessas considerações, Antônio Carlos Efiging critica a corrente finalista, afirmando que ela “restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não-profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.”²² Contudo, assevera, que a “jurisprudência será construída em casos onde o consumidor é realmente a parte mais fraca da relação de consumo.”²³

Esboça-se o sentido de destinatário final para os maximalistas: é o destinatário fático do produto ou serviço. Por outras palavras, aquele que encerra a cadeia de fornecimento, não importando se o produto ou serviço servirá ou não como insumo de outra atividade profissional. Deste modo, a pessoa jurídica e a pessoa física profissional ingressam no “foro privilegiado” de consumidor, beneficiando o taxista que compra automóvel para ser utilizado como táxi, ou a pessoa jurídica que contrai financiamento perante uma instituição financeira para incrementar sua atividade produtiva. Porém, nos termos de um maximalismo puro, ainda se beneficia a pessoa jurídica de grande porte que contrata uma pequena empresa para lhe prestar serviços, invocando para si, a tutela desenhada pelo diploma consumerista e desequilibrando a relação jurídica em sentido contrário.

Com vistas a desfazer esse quadro, os finalistas valem-se de um conceito subjetivo de consumidor. José Geraldo Brito Filomeno descreve-o como alguém que compra para gastar em uso próprio, restando como “qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contratada, para utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação da vontade, isto é, sem forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir.”²⁴

Na linha de frente dessa teoria, inscreve-se Cláudia Lima Marques, para quem o CDC, em seu art. 2º, possui uma característica restritiva, ao delinear a “aquisição ou utilização do bem como destinatário final”.²⁵ Trata-se de dizer: “(...) baseia-se inicialmente, na proteção do não-profissional que contrata ou se relaciona com um profissional, comerciante, empresário, industrial ou profissional liberal”²⁶, vindo a conceituar o consumidor *stricto sensu*, com um sentido subjetivo, e excluindo-se os contratos entre dois profissionais, no qual há a finalidade de lucro.²⁷

Por conseguinte, interpreta-se o conceito de consumidor com contornos finalísticos: é o destinatário final fático e econômico. Aquele que além de encerrar a cadeia de produção, ainda utiliza o produto para si e para sua família, excluindo-o da participação como insumo do fornecimento de outro produto ou serviço. Isto traz, contudo, um inconveniente: a pessoa física profissional ou pessoa jurídica de pequeno porte é excluída do “foro privilegiado” de consumidor.

Com vistas a desfazer os inconvenientes de um finalismo puro, Cláudia Lima Marques, vale-se das experiências belga, francesa e alemã, ao recepcionarem

²² EFING, Op. cit, p.55.

²³ “(...) considera que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos onde o consumidor é realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais consumidores reclamam mais benesses do que o Direito Comercial já lhes concede.” (EFING, Op. cit, p.55)

²⁴ FILOMENO, op. cit., p.27.

²⁵ FILOMENO, op. cit., p.27.

²⁶ MARQUES, op. cit., p.302-303.

²⁷ MARQUES, op. cit., p.303.

a pessoa jurídica como consumidora. Para tanto, condiciona o sentido do destinatário final fático e econômico aos seguintes requisitos: (i) não detenha a pessoa jurídica intuito de lucro; (ii) se houver o intuito de lucro, o produto ou serviço utilizado não pode ter qualquer conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica desenvolvida, e esteja demonstrada sua vulnerabilidade ou hipossuficiência perante o fornecedor.²⁸

O debate entre maximalistas e finalistas foi transposto para a jurisprudência brasileira. No STJ seus termos foram tecidos pelo Conflito de Competência n. 41,056, sob a relatoria da Min. Nancy Andrichi: a discussão sobre se uma farmácia seria consumidora em face dos serviços prestados pela Visa, foi resolvida em favor da teoria maximalista:

Processo civil. Conflito de competência. Contrato. Foro de eleição. Relação de consumo. Contratação de serviço de crédito por sociedade empresária. Destinação final caracterizada.

- Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente – por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda – o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros.

- O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa.²⁹

Não obstante, o predomínio dessa teoria no STJ, há um dado importante a ser considerado: a vulnerabilidade. Desenha-se um maximalismo atenuado que exclui a tutela do CDC, se verificado o expressivo porte financeiro ou econômico da pessoa jurídica considerada consumidora, do contrato celebrado entre as partes ou de outra circunstância capaz de afastar a hipossuficiência econômica, jurídica ou técnica.³⁰

Nesses termos, rompe-se com a presunção legal de vulnerabilidade, inscrita pelo artigo 4º, I, do CDC, fazendo-se da vulnerabilidade concreta o critério que abre os limites da teoria finalista, e, ao mesmo tempo, fecha a amplitude da teoria maximalista, restaurando o equilíbrio da relação de consumo. E ainda importa indagar: há consumidores mais vulneráveis do que outros? Nesta variação insere-se a pessoa obesa?

A vulnerabilidade é inerente à definição de consumidor, dividindo-se em técnica, jurídica e fática. Enquanto a primeira refere-se ao desconhecimento técnico sobre o produto ou serviço adquirido, a segunda liga-se à falta de conhecimentos jurídicos, de contabilidade ou economia, e a terceira encontra-se na superioridade socioeconômica do fornecedor.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência**, n. 41.056-SP, rel. Ministro Aldir Passarinho Junior. R.P./Acórdão: Ministra Nancy Andrichi, p.10.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência**, n. 41.056-SP, rel. Ministro Aldir Passarinho Junior. R.P./Acórdão: Ministra Nancy Andrichi, p.3.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência**, n. 41.056-SP, rel. Ministro Aldir Passarinho Junior. R.P./Acórdão: Ministra Nancy Andrichi, p.11-12.

A fragilidade de uma pessoa obesa é mais acentuada, o que pode caracterizar-se como hipossuficiência. Neste caso, sua tutela se faz presente no CDC, em face de ofertas e publicidades enganosas ou abusivas, dirigidas a este grupo específico de consumidores. Contudo, a vulnerabilidade da pessoa obesa escapa à tutela quando se trata de elegê-la como um consumidor diferenciado, impondo-se obrigações específicas aos fornecedores na relação de consumo, tal como, a destinação de bancos adequados às suas necessidades em transportes coletivos. Para tanto, é necessário delimitar aos parâmetros da obesidade, que se ligam ao direito fundamental à saúde, bem essencial a ser protegido nas relações de consumo.

3 TECENDO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO DE CONSUMO: O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DA PESSOA OBESE

A obesidade tem se destacado como um mal do século XXI. Fruto de uma sociedade tecnológica, que preza o conforto e a praticidade, o excesso de peso contradiz os padrões de saúde e de beleza. Contudo, é uma doença, que se caracteriza pelo fato de uma pessoa ter seu peso acima do nível considerado ideal para suas características físicas. Isto significa que indivíduos aparentemente magros, podem ser obesos, pois a pouca massa muscular de seu corpo é acompanhada por altos índices de gordura bem distribuídos.

Constantemente, a obesidade é associada à gula,³¹ porém, pouco se sabe a respeito de suas causas. Lee Goldman e J. Claude Bennett apontam que elas podem ser muitas e diversas, a ponto de coexistir em um único indivíduo, apontando para um elemento comum: a “deposição excessiva dos lipídios, porque a ingestão energética ultrapassa o consumo de energia”.³²

O fator genético é constantemente apontado como uma dessas causas, já que “a obesidade é uma doença poligênica, e seus determinantes genéticos são complexos, podendo os genes envolvidos afetar a ingestão de alimentos e/ou o consumo de energia”.³³ Estima-se que crianças, cujos pais não sejam obesos, têm apenas 10% de chances de se tornarem obesas; e se um dos pais for obeso, a chance aumenta para 40%, podendo chegar a 80%, se ambos os pais forem obesos.³⁴

Ligado a um fator ambiental está Nahas, ao delinear um modelo ecológico da inter-relação de fatores na obesidade, afirmando que o “ambiente inclui aspectos físicos e sociais, onde a biologia refere-se a aspectos inerentes ao indivíduo (herdados), e o comportamento reflete a combinação de fatores cognitivos, emocionais e hábitos.”³⁵

Para além dos fatores expostos acima, não se descartam fatores raciais, sociais, e gerais, capazes de desencadear ganho de peso em excesso como: padrões alimentares, o ambiente alimentar, alimentos em conservas, a imagem corporal, e

³¹ “Até pouco tempo acreditava-se que a principal causa de obesidade seria a ingestão excessiva. Se a obesidade fosse uma desordem unitária, e a gula e a preguiça fossem os únicos fatores associados com o aumento de gordura corporal, a solução seria apenas cortar a alimentação.” (KATCH, Frank; McARDLE, William D. **Nutrição, exercício e saúde**. 4.ed. Rio de Janeiro: Medsi. p.363-364)

³² GOLDMAN; BENNETT, op. cit., p.1285.

³³ GOLDMAN; BENNETT, op. cit., p.1285.

³⁴ GOLDMAN; BENNETT, op. cit., p.1285.

³⁵ NAHAS, Markus V. **Obesidade, controle de peso e atividade física**. Londrina: Midiagraf, 1999. p.28.

diferenças bioquímicas relacionadas com a taxa de metabolismo basal, nível espontâneo de atividade física ou “inquietação” e temperatura corporal basal, que por sua vez, são causas específicas.³⁶

Dentre os tipos de obesidade, ela pode se caracterizar pelo excesso de gordura no organismo excedente a 50% do peso ideal: é a obesidade mórbida. Não obstante, diversas doenças estão frequentemente associadas ao excesso de peso: a diabetes melito, hipertensão, apnéia do sono, doenças cardiovasculares, circulatórias, gastrintestinais, ortopédicas, e ainda, problemas psicológicos, que contribuem para o aumento do índice de mortalidade causados por essa doença.³⁷

Por conseguinte, a obesidade traz constantemente consigo o signo da discriminação. Lee Goldman e J. Claude Bennett chamam a atenção para esse fato: “o ônus psicológico da obesidade grave é grande, sendo comum o obeso ter uma certa imagem depreciativa e de dificuldades nas suas relações sociais.”³⁸ E relatam que “os indivíduos obesos são freqüentemente discriminados nos contextos educacional e profissional, gerando como conseqüência grande ansiedade, raiva e dúvidas em relação a si próprio.”³⁹

Em conformidade com a OMS (Organização Mundial de Saúde), a obesidade já não é problema exclusivo dos países ricos, atingindo altos índices nos países em desenvolvimento.⁴⁰ Segundo o National Center for Health Statistics, nos Estados Unidos, mais de 1/3 dos adultos, ou seja, mais de 72 milhões de pessoas são obesas, sendo 33,3% homens e 35,3% mulheres.⁴¹ Segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), no Brasil, em pesquisa realizada em 2002/2003, o percentual de excesso de peso é 10 vezes maior que os desnutridos, se comparados com os índices de 1974/1975 e 1989. De 95,5 milhões de pessoas de 20 anos ou mais, 4% é considerada desnutrida, 40,6% sofrem com excesso de peso e 10,5 milhões de pessoas são consideradas obesas.⁴² Segundo dados da Sociedade Brasileira de Cirurgia Bariátrica (SBCB), cerca de 40 mil pessoas no Rio de Janeiro, sofrem de obesidade mórbida e correm o risco de morte por causa dos problemas provocados por esta doença.

Trata-se, portanto, de um problema social, que demanda políticas públicas para sua solução. Requer-se do Estado o incentivo a hábitos alimentares saudáveis e prática desportiva,⁴³ bem como a regulamentação dos padrões de atendimento às necessidades das pessoas obesas nas relações entre particulares. Dentro desta perspectiva, há necessidade de definir os papéis e obrigações do Estado, na elaboração de políticas públicas, cuja função e desempenho possam ser monitoradas pela sociedade civil.⁴⁴

³⁶ KATCH; McARDLE, op. cit., p.364.

³⁷ GOLDMAN; BENNETT, op. cit., p.1288-1289.

³⁸ GOLDMAN; BENNETT, op. cit., p.1288.

³⁹ GOLDMAN; BENNETT, op. cit., p.1288-1289.

⁴⁰ OMS – Organização Mundial de Saúde. Obesity and overweight. Disponível em: <<http://www.who.int/dietphysicalactivity/publications/facts/obesity/en>> Acesso em 12/mai./2008.

⁴¹ NATIONAL Center for Health Statistics. Nuevo estudio de los CDC no observa aumento significativo de la obesidad en adultos, pero los niveles se mantienen altos. Disponível em: <www.nationalcenterforhealthstatistics.shtm> Acesso em 28/mai./2007.

⁴² IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <www.ibge.gov.br/estatistica/populacao/default_censo_2000.shtm> Acesso em 21/mai./2008.

⁴³ IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <www.ibge.gov.br/estatistica/populacao/default_censo_2000.shtm> Acesso em 21/mai./2008.

⁴⁴ VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. *Saúde Soc.*, São Paulo, v.12, n.1., p.1-14, jan./jun./2003.

Nesse contexto, entra em cena a saúde como um direito fundamental. Amparado no plano internacional por diversos documentos, dos quais o Brasil se fez signatário, esse direito humano ingressou no direito interno, encontrando previsão expressa na Constituição da República de 1988, em seu artigo 6º, e artigos 196 a 200. Nesta ordem jurídico-constitucional, a saúde reveste-se da qualificação de direito fundamental social. Sua relevância para a vida e dignidade humana traz a medida de sua tutela, conferindo-lhe *status* de norma de hierarquia superior, e cláusula pétrea submetida à aplicabilidade imediata designada pelo artigo 5º, § 1º, da Constituição da República de 1988.⁴⁵

No plano de sua eficácia, cogita-se de uma dupla dimensão do direito fundamental à saúde: negativa e positiva. Em sua primeira dimensão, revela-se como um direito de defesa, passível de ser oposto ao Estado e aos particulares. Eis que se trata de bem jurídico fundamental, encontrando-se protegido contra agressões que possam ser provocadas pelo Estado ou por terceiros. A estes, impõe-se o dever de não afetar a saúde das pessoas, sob pena de se configurar como inconstitucional.⁴⁶ Em sua dimensão positiva, a saúde é um direito prestacional. Possibilita ao particular, com base nas normas constitucionais que a acolhem, requerer ao poder público uma prestação material, como medicamentos, tratamento médico, intervenção cirúrgica e outros.⁴⁷

O direito fundamental à saúde da pessoa obesa impõe-se nas relações de consumo, tecendo o contrato como um “ponto de encontro de direitos fundamentais”.⁴⁸ Ao elevar a defesa do consumidor a um direito fundamental, o artigo 5º, XXXII, da Constituição da República, identificou o consumidor como um sujeito de direitos especiais:

Quando a Constituição de 1988 identificou os consumidores como agentes econômicos mais vulneráveis e que deveriam ser protegidos pelo Estado (art. 5º, XXXII, da CF/88), quando ordenou ao legislador que esta proteção do sujeito refletisse na elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, a proteger este sujeito de direitos especial, acabou moldando uma nova visão mais social e teleológica do contrato como instrumento de realização das expectativas legítimas deste sujeito de direitos fundamentais, o consumidor.⁴⁹

Semelhante amparo encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, inscrito no artigo 1º, III, da C.R. pois para além do consumidor, protege-se a pessoa humana.⁵⁰ Essa identificação constitucional levou à afirmação de seus direitos, de tal modo que seus direitos fundamentais traduziram-se em “normas fundamentais” que influenciam o Direito Privado, com o papel social de conter abusos e proteger o sujeito que contrata.⁵¹

Com efeito, Cláudia Lima Marques assevera que o contrato, para além de instrumentalizar operações econômicas, revela-se como um instrumento realizador

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, n.10, jan./2002, Salvador, p.3.

⁴⁶ SARLET, op. cit., p.10.

⁴⁷ SARLET, op. cit., p.12.

⁴⁸ MARQUES, op. cit., p.256-257.

⁴⁹ MARQUES, op. cit., p.256-257.

⁵⁰ TEPEDINO, As relações..., p.211.

⁵¹ MARQUES, op. cit., p.257.

e de defesa do consumidor como sujeito de direitos fundamentais.⁵² Educação, saúde e moradia compõem o rol de direitos básicos do consumidor, descritos no art. 6º, da “microcodificação tutelar”, condicionando a leitura das normas consumeristas: os contratos de consumo devem ser interpretados conforme a Constituição da República e com a finalidade de proteger o consumidor.

Resta, então, o direito fundamental à saúde da pessoa obesa como um amplo direito à saúde, cujos parâmetros são definidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Eis que ao se ocupar do substrato daquele princípio, Maria Celina Bodin de Moraes identifica um amplo “direito à saúde”, que não se restringe ao bem-estar psicofísico, mas abrange o bem-estar social, sintetizando-se na tutela da integridade psicofísica.⁵³

Nesses termos, o direito fundamental à saúde da pessoa obesa influencia decisivamente as relações de consumo, obrigando o fornecedor a colocar no mercado produtos e serviços que atendam às necessidades desses consumidores especiais. Desenha-se a essencialidade do bem saúde, nas relações de consumo, pois como pondera Ingo Sarlet, a fundamentalidade desse direito, “em sentido material, encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que – dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana – parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários.” Há nisto, notas de essencialidade, capaz de definir a pessoa obesa como consumidora diferenciada, não obstante sua exclusão, operada por um “foro privilegiado” de sujeito de direito.

4 DE CONSUMIDOR A CONSUMIDORES: A “ESSENCIALIDADE” DA TUTELA DA PESSOA OBESA

Teresa Negreiros transpõe para o contrato o paradigma da essencialidade, com vistas a qualificar o objeto contratual e, assim, delinear um regime jurídico que se traduza na primazia dos valores existenciais sobre os valores patrimoniais.⁵⁴

A essencialidade do bem é delineada como diretriz constitucional para tributação de produtos e serviços. Para tanto, o constituinte fixou nos artigos 153, § 3º, I, e 155, § 2º, III, a seletividade do tributo em função da essencialidade do bem; o legislador infraconstitucional determinou, no artigo 15, do Código Tributário Nacional, a isenção de impostos sobre bens destinados ao “mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica.”

Destarte, a essencialidade de produtos para fins de tributação está associada a um padrão mínimo de vida, exigido pela dignidade da pessoa humana.⁵⁵ Por conseguinte, impõe-se ao Estado e à sociedade a responsabilidade pela satisfação das necessidades humanas. Considerando-se a unidade do ordenamento jurídico, a diretriz da essencialidade deve encontrar acolhida no direito contratual,⁵⁶ especialmente, na qualificação de seu objeto. Para tanto, parte-se de uma crítica à classificação dos bens, estabelecida pelo Código Civil: na destinação dos bens predomina uma ótica patrimonial, que desconsidera a

⁵² MARQUES, op. cit., p.258.

⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.111.

⁵⁴ NEGREIROS, op. cit., p.327 e sgs.

⁵⁵ NEGREIROS, op. cit., p.402.

⁵⁶ NEGREIROS, op. cit., p.412.

dimensão existencial, delineada pela Constituição da República de 1988, funcionalizando-os em favor da dignidade da pessoa humana.

Na perspectiva civil-constitucional, com apoio na cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, é possível delinear um parâmetro existencial para teoria dos bens. É o que se faz por meio do critério da essencialidade: os bens devem ser classificados segundo a utilidade que eles representam para a pessoa que deles se serve. Salienta, Teresa Negreiros, que

O paradigma da essencialidade consubstancia um modelo de pesquisa contratual, segundo o qual o regime do contrato deve ser diferenciado em correspondência com a classificação do bem contratado. Esta classificação divide os bens em essenciais, úteis e supérfluos, levando em conta a destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado.⁵⁷

Em atenção a essas ideias, a classificação dos contratos e o regime que lhe seja aplicável devem considerar a destinação do objeto de contratação. Deve-se distinguir entre aqueles nos quais estão presentes interesses extrapatrimoniais, e os que se destinam à satisfação de interesses exclusivamente patrimoniais.⁵⁸

Diante da insuficiência da civilística clássica, procura-se oferecer como solução a tutela da pessoa no contrato. Busca-se uma composição de princípios que possa servir de fundamento às decisões reveladas pela jurisprudência brasileira, na qual “as necessidades humanas fundamentais, a pessoa e sua dignidade possam ser o critério e a medida dos contornos jurídicos dos bens e dos respectivos contratos.”⁵⁹

Ao se introduzir a pessoa no centro da contratação, a essencialidade revela suas notas como instrumento de tutela do consumidor. Em um primeiro momento, com vistas a explicitar a vulnerabilidade daqueles que não se encaixam no paradigma de destinatário final, tecido pela doutrina e jurisprudência consumerista, a partir do artigo 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Em um segundo momento, para explicitar diferenças entre os próprios consumidores, escapando da vulnerabilidade como mera pressuposição indiscriminada e delineando seus contornos mediante a ponderação das circunstâncias do caso concreto.⁶⁰

Nesses termos, o paradigma da essencialidade convida a pessoa obesa a ocupar o lugar de consumidor diferenciado. Se a obesidade é uma doença, a ponto de ser tratada como um problema de saúde pública,⁶¹ estão traçados os contornos de sua vulnerabilidade, que se rendem à essencialidade do bem, saúde, e se multiplicam em relação a outros consumidores.

Como detentora de um amplo direito à saúde, a pessoa obesa requer sua integridade psicofísica tecida nas relações de consumo. Trata-se de perfazer o

⁵⁷ NEGREIROS, op. cit., p.334-335.

⁵⁸ NEGREIROS, op. cit., p.450.

⁵⁹ NEGREIROS, op. cit., p.473.

⁶⁰ Cf. NEGREIROS, op. cit., p.474-475.

⁶¹ Destaca João Lopes GUIMARÃES JUNIOR “se a obesidade é um dos graves problemas de saúde pública no Brasil, se possui caráter epidêmico, se está fora de controle, apresentando índices sempre crescentes, se atinge mais gravemente a população de baixa renda, é inevitável concluir que a legislação apontada não vem sendo satisfatoriamente cumprida.” (Obesidade e Proteção Jurídica da Saúde do Consumidor. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/portaldoconsumidor>> Acesso em 20/ago./2008. p.10)

direito fundamental à saúde do consumidor, que na acepção constitucional de um sujeito de direitos especiais, sinaliza para o contrato como “ponto de encontro de direitos fundamentais”.⁶² Isto significa a imposição desse direito não apenas ao Estado, mas aos particulares, ensejando-lhes obrigações.

Atentando-se para o fato que o paradigma da essencialidade desenha um jogo de princípios aplicáveis ao contrato, em face da utilidade de seu objeto para a pessoa, a boa-fé objetiva transmuta a relação de consumo em uma relação de cooperação. Por obra da teoria da qualidade, o regime da responsabilidade do fornecedor refere-se não apenas à adequação, mas, ainda, à segurança que se espera dos produtos e serviços. Isto impõe um dever anexo de conduta ao fornecedor, derivado da boa-fé objetiva: não colocar no mercado de consumo, bens que não ofereçam a qualidade e segurança que deles se espera.

Na esteira dessa fundamentação, a Assembléia Legislativa do Estado do Paraná aprovou a Lei n. 13.132, de 16 de abril de 2001,⁶³ que determina a reserva de assentos especiais que garantam conforto físico para pessoas obesas, na proporção de 3% dos lugares de salas de projeções, teatros e espaços culturais (art. 1º), e dois lugares em veículos de transporte coletivo (art. 2º). Ocorre que referida lei teve sua eficácia suspensa em face de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo governo do Estado do Paraná, alegando afronta ao princípio da razoabilidade, pois a destinação de dois lugares em veículos coletivos para obesos seria excessiva, e a exiguidade do prazo para adaptação às disposições da lei, por parte das empresas concessionárias de transporte coletivo.

Embora o STF tenha acolhido parcialmente tais alegações, asseverou que:

Trata-se de lei de iniciativa do Poder Legislativo paranaense, com o objetivo declarado de preservação da dignidade das pessoas portadoras de obesidade mórbida, garantindo-lhes um mínimo de conforto em sua acomodação em casas de espetáculo público e em veículos de transporte coletivo, setores em relação aos quais o Presidente da Assembléia Legislativa entende gozar o legislador estadual de franquia ampla para agir, no prol do atendimento de interesse público.

⁶² MARQUES, op. cit., p. 256-257.

⁶³ Lei n. 13.132 de 16 de abril de 2001:

“Súmula: Dispõe sobre reserva de assentos em salas de projeções, teatros, espaços culturais e transporte coletivo no Estado do Paraná.

A Assembléia Legislativa do Estado do Paraná aprovou e eu promulgo, nos termos do § 7º do Artigo 71 da Constituição Estadual, a seguinte Lei:

Art. 1º. As salas de projeções, teatros e os espaços culturais no Estado do Paraná que utilizam assentos para platéia, deverão reservar 3% (três por cento) desses lugares para utilização por pessoas obesas.

Art. 2º. As empresas concessionárias de transporte coletivo municipal e intermunicipal com sede no Estado do Paraná, deverão reservar no mínimo 02 (dois) lugares em cada veículo, para atendimento do disposto nesta lei.

Art. 3º. Os lugares reservados de que tratam os artigos anteriores, consistirão em assentos especiais, de forma a garantir o conforto físico compatível para as pessoas objeto desta lei.

Art. 4º. Os responsáveis pelos decretos abrangidos pelas obrigações impostas por esta lei terão o prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados de sua publicação, para adequarem-se aos preceitos nela contida.

Art. 5º. O Poder Executivo regulamentará a presente lei no prazo de 90 (noventa) dias, contados de sua publicação.

Art. 6º. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Palácio Dezenove de Dezembro, em 16 de abril de 2001.

Hermes Brandão

Presidente” (Publicado no Diário Oficial n.º. 5975 de 27 de Abril de 2001)

Merece os melhores encômios o legislador paranaense pela sensibilidade revelada em face do grave problema social representado pelos efeitos das limitações a que se acham expostos os beneficiários das normas sob apreciação, causadas pela peculiaridade de suas condições físicas, no que concerne à utilização de dois serviços dos mais essenciais ao habitante das cidades, como os contemplados no diploma legal em exame (transporte coletivo e espaços públicos destinados a entretenimento e eventos culturais), os quais, sem sombra de dúvida, estão a merecer adequação capaz de propiciar a sua fruição, com um mínimo de conforto, aos portadores de obesidade.⁶⁴

Por conseguinte, o fornecedor deve oferecer ao consumidor obeso, produtos e serviços que considerem suas especificidades. Trata-se, para além de elegê-los como alvo de campanhas publicitárias de um novo mercado consumidor, de oferecer produtos e serviços adequados às suas necessidades. Atendendo tais parâmetros, encontra-se renovada notícia, ao início desse trabalho, anunciada, revelando uma tutela específica para o consumidor obeso:

Empresa de ônibus indeniza obesa que não passou na roleta

A empresa de ônibus Viação Senhor do Bonfim foi condenada a pagar indenização de R\$ 3 mil por danos morais a uma passageira de 138 quilos, que sofre de obesidade mórbida. Mesmo pagando a passagem, ela era obrigada a embarcar pela porta da frente do coletivo e viajar em pé. Por causa do seu tamanho, ela não conseguia passar pela catraca. A decisão é do juiz Carlos Manuel Barros do Souto, do Juizado Especial Cível de Angra dos Reis (RJ).

Segundo Souto, a empresa deve colocar no mercado serviços adequados ao consumidor, sob pena de ser responsabilizado pelos danos causados. O juiz determinou que a empresa permita o acesso da mulher pela porta traseira, mediante o pagamento da passagem. A multa é de R\$ 1 mil para cada vez que o acesso for negado.

A passageira juntou ao processo atestado comprovando a sua doença. Já a empresa não conseguiu provar que os fatos não aconteciam. Para o juiz, a lei não foi cumprida porque a empresa não flexibilizou o atendimento à mulher.

‘Ainda que a ré não aceitasse declinar a exceção apenas pelo visual, bastaria que solicitasse da autora um documento médico. Se assim não procede e se mantém na inércia, falta com o dever correlato de cooperação, que nasce do princípio da boa-fé objetiva’, afirmou o juiz.

Barros do Souto disse ainda que os danos morais decorreram dos constrangimentos que a passageira teve que suportar diariamente ao entrar no coletivo pela porta da frente e de ser obrigada a ficar de pé.⁶⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pessoa obesa necessita de um tratamento diferenciado nas relações de consumo, não bastando que este consumidor seja presumidamente vulnerável, no atual modelo social em que os cidadãos estão sujeitos e suscetíveis aos produtos e serviços nas relações de consumo.

⁶⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** n.2.477-9, Paraná, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 19.12.2001. p.33-34.

⁶⁵ “Empresa de ônibus indeniza obesa que não passou na roleta”. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&LAB=REVISTAxWEB&PGM=WEBREVISTA01&PORTAL=1> Acesso em 30/dez./2008.

A discriminação da pessoa obesa no Brasil revela que, por falta de informação, existem problemas que não permitem garantir o direito à diferença, o que acarreta uma desigualdade social, negando-se a essas pessoas o direito à cidadania plena.

O Código de Defesa do Consumidor foi construído para proteger os diferentes, os vulneráveis, a parte mais fraca da relação de consumo. Além desse diploma específico, a Constituição da República é capaz de guiar o intérprete para que se concretizem seus direitos fundamentais. O consumidor obeso se insere nesta tutela constitucional, calcada no princípio da dignidade da pessoa humana.

A igualdade formal não é suficiente, não existe proteção efetiva nesse sentido, por isso, em muitos aspectos, a importância de registrar a pessoa obesa como hipossuficiente na relação de consumo, vem a encontrar guarida no ordenamento jurídico. Uma vez reconhecida a sua vulnerabilidade acentuada, a pessoa obesa pode ser considerada como um consumidor especial, pois merece um tratamento diferenciado.

A obesidade é uma doença que, na contemporaneidade, acarreta inúmeras restrições para esse grupo de pessoas, ao mesmo tempo em que o transforma em um novo mercado consumidor. Porém, considerá-las formalmente, como uma nova categoria de consumidor, não é capaz de desfazer esse paradoxo, antes, é necessário romper com o papel ideológico da categoria de sujeito de direito, ainda presente em um contexto de subjetividade concreta.

A obesidade é considerada o mal do século XXI, uma doença que preocupa tanto países desenvolvidos, como países em desenvolvimento, contrastando com a desnutrição. As estatísticas apontam para a prevalência da obesidade, o que significa que há necessidade de priorizar um tratamento diferenciado para essas pessoas nas relações de consumo, com vistas a alcançar a igualdade substancial.

Para tanto, saúde e essencialidade reúnem-se para tecer a tutela diferenciada da pessoa obesa. A primeira, impondo-se como um direito fundamental nas relações de consumo, que estabelece obrigações ao fornecedor em face de consumidores diferenciados. A segunda, mostrando-se como uma diretiva, de viés constitucional, capaz de considerar a vulnerabilidade de consumidores, em face de circunstâncias concretas.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência**, n.41.056-SP, rel. Ministro Aldir Passarinho Junior. R.P/Acórdão: Ministra Nancy Andrighi.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade** n.2.477-9, Paraná, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 19.12.2001.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2004.

Empresa de ônibus indeniza obesa que não passou na roleta. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITALIA&LAB=REVI STAxWEB&PGM=WEBREVISTA01&PORTAL=1> Acesso em 30/dez./2008.

FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. ano 27, n.27, Curitiba: 1.992/93. p.49-60.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7.ed. São Paulo: Forense, 2001.

GOLDMAN, Lee; BENNETT, J. Claude. **Tratado de medicina interna**. 21.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001. v.2.

GUIMARÃES JUNIOR, João Lopes. **Obesidade e proteção jurídica da saúde do consumidor**. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/portaldodoconsumidor>> Acesso em 20/ago./2008.

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <www.ibge.gov.br/estatistica/populacao/default_censo_2000.shtm> Acesso em 21/mai./2008.

KATCH, Frank; McARDLE, William D. **Nutrição, exercício e saúde**. 4.ed. Rio de Janeiro: Medsi.

LAGO, Ismael. **Emagrecer: uma postura de vida**. São Paulo: Escritório Editorial, 1995.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3.ed. São Paulo: RT, 1999.

MAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2.ed. Lisboa: Estampa, 1994.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. São Paulo: Renovar, 2003.

NAHAS, Markus V. **Obesidade, controle de peso e atividade física**. Londrina: Midiagraf, 1999.

NATIONAL Center for Health Statistics. **Nuevo estudio de los CDC no observa aumento significativo de la obesidad em adultos, pero los niveles se mantienen altos**. Disponível em: <www.nationalcenterforhealthstatistics.shtm> Acesso em 28/mai./2007.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OMS – Organização Mundial de Saúde. Obesity and overweight. Disponível em: <<http://www.who.int/dietphysicalactivity/publications/facts/obesity/en>> Acesso em 12/mai./2008.

OS OBESOS ganham bancos especiais em sete estações da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM). Disponível em: <<http://g1.globo.com/noticias/saopaulo/0,,mul7627825605,00.html>> Acesso em 20/set./2008.

PARANÁ. Lei n. 13.132 de 16 de abril de 2001. Publicado no **Diário Oficial** n.5975 de 27 de Abril de 2001.

REVISTA ABESO. São Paulo. **Etiologia da obesidade**. Ed. n.30, ano VII, mai./2007. Disponível em: <<http://www.abeso.org.br/artigoshtm> > Acesso em 10/ago.2009.

REVISTA PRO TESTE. São Paulo: ABDC, n.72, ago./2008. p.8-13.

ROPPO, Enzo. O contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n.10, jan./2002.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In: _____*. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.1-22.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. *In: _____*. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.199-215.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. **Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos**. Saúde Soc., São Paulo, v.12, n.1, p.1-14, jan./jun./2003.

VICTOR, Dório. **Obesa fica presa em roleta de ônibus, no Rio**. 21/mai./2007. Disponível em: <<http://g1.globo.com/noticias/0,,pio39833-5606,00.html>> Acesso em 22/mai./2008.

Recebido em: 31 de setembro 2010

Aceito em: 1º de janeiro de 2011