

Vulnerabilidade e fragilidade no envelhecimento: a abordagem do Direito francês

Vulnerability and fragility in aging: the approach of the French Law

Vulnérabilité et la fragilité du vieillissement: l'approche de la Loi Française

Yann Favier

RESUMO: O envelhecimento é seguidamente associado à vulnerabilidade ou à fragilidade, às vezes às duas coisas, sem que se saiba verdadeiramente o que estes termos abarcam. Isso ocorre especialmente no Direito francês, que prefere insistir na necessidade de proteção do que destacar o estado da pessoa considerada “frágil”, “idosa”, “vulnerável”. Todavia, o Direito francês não ignora a vulnerabilidade ou a fragilidade decorrentes da idade, mas as concebe no sentido de uma relação social singular com possíveis implicações jurídicas, e não como status.

Palavras-chave: Vulnerabilidade; Fragilidade; Envelhecimento; Direito Francês.

RÉSUMÉ: *Le vieillissement est souvent associé à la vulnérabilité ou à la fragilité, parfois aux deux sans qu'on sache véritablement ce que recouvrent ces termes. C'est particulièrement vrai en droit français qui préfère d'avantage insister sur le besoin de protection que sur l'état de la personne considérée comme "fragile", "âgée", "vulnérable". Pour autant, si le droit français n'ignore pas la vulnérabilité ou la fragilité en raison de l'âge, c'est comme un rapport social singulier pouvant comporter des conséquences juridiques et non comme un statut.*

Mots-clés: *Vulnérabilité; Fragilité; Vieillesse; Droit français.*

Introdução

Na esfera das relações de Direito Privado, a noção de vulnerabilidade não é propriamente jurídica. Se, por um lado, a vulnerabilidade não está *instituída* como tal em Direito Privado, por outro, ela é, mesmo assim, *aplicada* ao Direito Privado. No Direito, a vulnerabilidade aparece numa relação de força quando se faz necessário compensar uma desigualdade considerada: ou como “natural”, resultante de um fato considerado objetivo (a idade ou o estado de saúde), ou como resultante de uma situação voluntariamente instituída entre pessoas privadas (numa relação de obrigações). Como o Direito recorre a *noções a priori* – as “qualificações” jurídicas – ele assimila com dificuldade essa noção, pois é muito difícil definir *a priori* a vulnerabilidade. Falar-se-á mais facilmente de fatores de vulnerabilidade e de situações de vulnerabilidade, sem que estes termos ajudem a definir o seu sentido. Disso decorre uma dificuldade de qualificação geral e, portanto, a impossibilidade de definir uma categoria jurídica autônoma em torno de algo que não passa de uma noção indeterminada, embora não desprovida de utilidade. Sintoma nas relações entre pessoas privadas, a vulnerabilidade poderia, contudo, pertencer essencialmente a um discurso jurídico (e não a uma categoria). Ela parece, no entanto, conquistar uma autonomia fora da esfera das relações de ordem privada, a partir do momento em que o interesse social é posto em xeque, como revela, por exemplo, o estudo do Direito Penal.

A vulnerabilidade: uma relação social antes de ser uma relação de idade

As nuances da consideração da vulnerabilidade em particular dependem, assim, mais claramente, da natureza jurídica das relações particulares instituídas entre pessoas privadas que de uma instituição jurídica determinada: relações contratuais - entre consumidores e fornecedores ou entre empregadores e empregados (a subordinação implica e provoca certa vulnerabilidade), familiares - entre pais e filhos (à vulnerabilidade corresponde uma autoridade e uma responsabilidade parentais), conjugais - entre membros de um casal (a vulnerabilidade sofrida, pela idade ou pela doença, ou provocada, nos casos de violência familiar). De modo mais surpreendente, é

também o caso da proteção das pessoas maiores de idade, anterior ou posterior à Lei de 05 de março de 2007, que não define a pessoa protegida como vulnerável, mas como beneficiária de um conjunto de regras jurídicas que organizam sua representação ou sua assistência, pelo contrato ou pela decisão judicial. Qualquer suplemento é apenas uma aplicação dos princípios gerais de validade dos atos jurídicos, como aquele, ainda mais antigo que o Código Civil, segundo o qual alguém não pode produzir um ato jurídico válido se não tiver sanidade mental. A promoção dos direitos ditos pessoais para a proteção das pessoas de maior idade, aliás, nada mudou: trata-se de uma simples aplicação das regras de representação e de assistência em decisões de especial importância material ou simbólica para a pessoa protegida.

De modo muito revelador, observa-se, na parte do Código Civil relativa aos maiores protegidos, o emprego de perífrases e noções vagas, para fazer referência às pessoas protegidas ou a proteger, tais como “alteração” das faculdades pessoais, pessoas “sem condições” de manifestar sua vontade, ou de formulações negativas, como a pessoa que “não pode” firmar um ato que lhe cause “prejuízo” (mas, neste caso, unicamente para graduar a nulidade dos atos jurídicos). Para definir a pessoa a proteger, o Código Civil a descreve como “toda a pessoa que estiver impossibilitada de defender, sozinha, os seus interesses devido a uma alteração, constatada medicamente, de suas faculdades mentais ou de suas faculdades corporais que possam impedir a expressão de sua vontade” (425, Código Civil): cabe ao médico definir a vulnerabilidade, e não ao jurista! Aliás, “a medida é proporcional e individualizada em função do grau de alteração das faculdades pessoais do interessado” (433, Código Civil), grau de alteração esse que é determinado somente pelos laudos médicos. A vulnerabilidade é um fato que se constata. Acerca do espírito do Direito francês das incapacidades, um célebre jurista escreveu em 1920: “A deficiência pela idade, o enfraquecimento ou a perda das faculdades intelectuais são causas físicas de incapacidades; a lei se limita a constatá-las e a determinar sua extensão”¹.

¹ Planiol, M. (1920). *Traité élémentaire de droit civil*. (18^{ème} éd.). T.1, *LGDJ*, 1613.

A vulnerabilidade e a idade

Omitindo-se por detrás do fato da vulnerabilidade – medicalmente constatado ou não –, o Direito Civil contemporâneo apenas continua seguindo os grandes princípios do Direito francês oriundos da Revolução Francesa, marcados tanto pela doutrina filosófica e jurídica da autonomia da vontade quanto pela obstinada recusa de instituir status pessoais que diferenciem os cidadãos maiores ou emancipados. Por estas razões, é difícil criar, como existe em certos Direitos², um estatuto das pessoas idosas, mesmo que certos autores acreditem identificar a criação de um “Direito Gerontológico”³, do mesmo modo que outros autores puderam observar um “Direito dos Menores” no corpus de textos que rege a idade avançada ou jovem. No caso das pessoas idosas (das quais teríamos grande dificuldade de dar uma definição jurídica), se, por um lado, a expressão “Direito Gerontológico”, empregada em outros países, aparece progressivamente na França, é, por outro lado, no campo da assistência e da ação sociais que surgem, no Direito, estabelecimentos especializados (EHPAD) e dispositivos como a alocação personalizada de autonomia (APA).

Neste âmbito, o Direito da Assistência e da Ação Sociais faz alusão à vulnerabilidade, principalmente decorrente da idade, seguindo diversos critérios “objetivos”, dentre os quais encontramos, sobretudo, o critério da idade (art. L 113-1 CASF: “Qualquer pessoa em idade de sessenta e cinco anos privada de recursos suficientes pode dispor do benefício de uma assistência a domicílio ou de uma moradia em núcleo familiar ou em instituição: as pessoas com mais de sessenta anos podem obter os mesmos benefícios quando forem reconhecidas como inaptas para o trabalho”) ou o benefício da insuficiência de recursos (ver, por exemplo, CASF, art. L 115-3, aplicável à situação de “toda e qualquer pessoa ou família com dificuldades particulares, principalmente em relação ao patrimônio, à insuficiência de recursos ou às condições de subsistência, que terá direito a uma assistência da sociedade para dispor do fornecimento de água, energia ou eletricidade”). Nenhuma definição das pessoas em situação de vulnerabilidade social, física ou psicológica, no entanto, parece ser extraída

² Principalmente no Brasil: Ariston Barion Pérès, A.P. et Fossier, T. (2005, Outubro). *Vulnérabilité ou affaiblissement: quel statut civil pour la personne âgée? Les exemples français et brésilien. Droit de la famille, 10.*

³ Ferre-Andre, S. (2009). *Introduction au droit gérontologique*. Deffrénois 2009, doct. 38880, p. 121.

da leitura das regras especiais que regem o Direito à Assistência e à Ação Social, pela impossibilidade de se criar “categorias” de usuários ou beneficiários.

O Direito francês reconhece apenas indiretamente a noção de vulnerabilidade, principalmente aplicada à idade. De modo geral, a vulnerabilidade se apresenta numa relação de forças quando parece necessário compensar uma desigualdade considerada ou “natural” e resultante de um fato considerado objetivo (a idade ou o estado de saúde), ou resultante de uma situação voluntariamente instituída entre pessoas privadas (uma relação de obrigações), mas alterada por um elemento relativo à pessoa (sua idade, seu estado de saúde) ou à relação particular com um cocontratante (relação entre leigo e profissional, por exemplo).

Vulnerabilidade e fragilidade

Ao mesmo tempo em que a noção de “fragilidade” entrou progressivamente no vocabulário geriátrico devido à identificação de uma população de pessoas idosas que apresentavam um maior risco de mortalidade e um excesso de morbidez com incapacidade secundária⁴, o Direito francês não reconhece essa noção aplicada à pessoa.

O conceito de fragilidade *lhe* é desconhecido, assim como o de vulnerabilidade (com exceção do Direito Penal), mas estas duas noções são empregadas em dispositivos muito variados de proteção judicial das pessoas e de política social, penal e (embora insuficientemente) nos direitos fundamentais. Sendo um processo, a velhice não pertence a uma categoria jurídica. A fragilidade que às vezes *lhe* está associada é principalmente levada em conta através de normas de proteção ao consentimento ou de normas de proteção à pessoa e à sua integridade física e moral. Neste aspecto, poderíamos formular a hipótese de um Direito sintomático, no sentido de que ele revelaria o estado do idoso através dos dispositivos que aplica: o idoso pode consentir ou não à sua entrada em uma instituição, pode assinar ou não o documento de venda de sua moradia etc. É útil na medida em que expressa uma necessária adaptação do direito ao fato, reforçando os princípios de efetividade dos direitos, exigindo a participação dos

⁴ Moustapha, D. et al. (2004/2). La fragilité du sujet âgé: actualité – perspectives. In: *Gérontologie et société*, 109, pp. 31-45.

interessados em sua própria proteção, reafirmando a primazia dos direitos fundamentais sobre as necessidades e os usos sociais ou as vontades familiares.

A abordagem penal

Pertencente a uma esfera mista privada e pública, o Direito Penal aborda a vulnerabilidade de maneira menos difusa. Não se trata mais de relações privadas baseadas no dogma da autonomia da vontade e da liberdade individual, e, sim, de defesa social: o Direito se aproxima aqui das políticas públicas, sua expressão se consolida em torno de uma “política penal” desenvolvida por seus promotores que são os procuradores da República e o Ministro da Justiça. A noção encontra-se desenvolvida em torno de algumas infrações, entre as quais:

- O abuso fraudulento do estado de ignorância ou da situação de fraqueza de um menor ou de uma pessoa particularmente vulnerável (artigo 223-15-2 do Código Penal);
- O abuso de fraqueza ou de ignorância de uma pessoa por ocasião de uma venda a domicílio (artigo L. 122-8 do Código do Consumidor);
- O abuso de pessoas vulneráveis ou dependentes para a obtenção do fornecimento de serviços não retribuídos ou em troca de uma retribuição manifestamente incompatível com a importância do trabalho prestado, ou para submetê-las a condições de trabalho ou moradia incompatíveis com a dignidade humana (artigos 225-13 e 225-14 do Código Penal).

A mesma noção é também empregada como uma circunstância agravante nas infrações cometidas contra a integridade da pessoa “cuja vulnerabilidade particular, decorrente da idade, de uma doença, de uma enfermidade, de uma deficiência física ou psíquica ou de um estado de gravidez, seja aparente ou conhecida pelo autor da infração” (Violências: Código Penal, art. 222-8; Estupro: Código Penal, art. 222-24; violências sexuais: Código Penal, art. 222-29).

Como a lei penal se presta à interpretação estrita, a jurisprudência é regularmente levada a especificar o campo da vulnerabilidade legal, às vezes de maneira

bastante restritiva. Num acórdão de 08 de junho de 2010⁵, a câmara criminal da *Cour de Cassation* afirmou, por exemplo, que a simples circunstância de que a vítima de um estupro tenha setenta anos de idade no momento dos fatos não é suficiente para caracterizar a sua particular vulnerabilidade, circunstância agravante prevista pelo artigo 222-24 do Código Penal. Quando a câmara criminal teve de se pronunciar sobre a qualificação de abuso de fraqueza no Direito do Consumidor, ela recusou a ideia de que “a vulnerabilidade [seja] revelada pelas circunstâncias da causa”. Ela julgou, ao contrário, que “o delito de abuso de fraqueza [...], para ser caracterizado, supõe a existência de um estado de fraqueza ou de ignorância da vítima, anterior à solicitação e independente das circunstâncias nas quais foi colocada para firmar o compromisso”, enquanto em outro terreno (dons manuais contra falsas promessas de casamento), ela julgou que o abuso de fraqueza deve ser apreciado em relação ao estado de particular vulnerabilidade no momento em que é cometido o ato gravemente prejudicial à pessoa.⁶

Tais especificações sobre a apreciação da vulnerabilidade, seu caráter relativo, sua consideração no tempo e os critérios de idade não são usados em matéria civil, marcando assim o campo específico do Direito Penal. Poder-se-ia aqui estabelecer uma relação entre a consideração da vulnerabilidade nas políticas públicas e seu reconhecimento na esfera penal: trata-se em ambos os casos de uma ação penal (na acepção própria em matéria penal). Nesse sentido, é relevante constatar que o especial fortalecimento dos poderes do Ministério Público em matéria de proteção das pessoas maiores de idade, oriundo da Lei de 05 de março de 2007, relativa à proteção das pessoas maiores de idade, coincide com a emergência desse termo no discurso jurídico.

Conclusão: o emprego crescente do termo vulnerabilidade no discurso jurídico

Mais do que técnico, o emprego do termo vulnerabilidade parece provir de uma política. Como existe uma política familiar que se apoia, sobretudo, em instrumentos jurídicos (o direito das prestações familiares, a assistência e a ação sociais familiares etc.), a política em favor das pessoas vulneráveis, principalmente devido à idade ou à deficiência, ou mesmo a proteção dos consumidores, se serve de dispositivos jurídicos

⁵ Cass. Crim., 08 junho de 2010, n.º 10-82.039 (n.º 3492 F-P+F).

⁶ Cass. Crim., 26 de maio de 2009, n.º 08-85.601.

variados que não formam verdadeiramente uma unidade conceitual. Todavia, como mostra a literatura publicada nos últimos dez anos⁷, essa noção é frequentemente mencionada pelos juristas, não somente na matéria penal do Direito Penal ou no Direito da Assistência Social. Um ano não transcorre sem que uma manifestação científica ou uma tese⁸ faça referência a uma “problemática de vulnerabilidade”, ou para descrever um campo mais vasto que aquele dos maiores incapazes, significando, assim, o caráter relativo de sua “incapacidade” de direito (qualquer pessoa é vulnerável em maior ou menor grau conforme as circunstâncias), ou para descrever novos campos de investigações transversais, geralmente provenientes de políticas públicas: políticas em favor de deficientes vulneráveis, vítimas de violências familiares, consumidores etc. No âmbito das “pessoas maiores de idade incapazes”, a tendência à criação de um Direito das pessoas vulneráveis afirmou-se ao mesmo tempo em que se desenvolvia uma reflexão crítica em torno de uma reforma, esperada há muito tempo (durante cerca de 10 anos!), da Lei de 03 de janeiro de 1968, relativa à proteção das pessoas maiores de idade. Tratava-se então de recusar a noção demasiadamente globalizante de “incapacidade”, especialmente em matéria pessoal, em proveito da noção mais neutra de pessoa vulnerável⁹. A Lei de 05 de março de 2007, no entanto, não escolheu este termo, embora seja constantemente mencionado nos debates parlamentares.

A vulnerabilidade é genérica. Ora, o Direito requer noções precisas, instituídas e, por fim, estatutárias. A expressão “pessoas protegidas” (que subentende a existência de uma medida judicial ou de um dispositivo contratual), que encontramos atualmente no novo título XI do Livro 1º do Código Civil, remete a uma noção que pareceu mais apropriada, ao mesmo tempo em que desaparecia, pelo menos aparentemente, a noção global de incapaz jurídico, reservada à discussão sobre a manutenção dos atos jurídicos firmados por uma pessoa protegida ou em vias de sê-lo.

Quanto à fragilidade, ela diz mais respeito a um fator de risco associado ou não a um sintoma que desencadeará isoladamente uma necessidade de proteção à qual direitos civis estarão associados (proteção jurídica) e/ou sociais (prestações).

⁷ Cohet-Cordey, F. (Dir.). (2000). *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble (France): Presses universitaires de Grenoble.

⁸ Ver principalmente: Dutheil-Warolin, L. (2004). *La notion de vulnérabilité de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*. Tese de doutorado. Faculté de droit et de sciences économiques, Université de Limoges (Dir. J. Leroy); Lhuillier, F. (2007). *Le droit des adultes vulnérables mais capables*, Tese de doutorado em Direito. Faculté de Droit, Université Jean Moulin Lyon 3 (Dir. J. Rubellin-Devichi).

⁹ Ver a este respeito: Fossier, T. (2003). Démocratie sanitaire et personnes vulnérables. *La semaine juridique (JCP)*, 21, p. 931.

Da ausência de definição precisa das noções de vulnerabilidade e de fragilidade, resulta uma dificuldade de qualificação geral e, portanto, a impossibilidade de definir uma categoria jurídica autônoma em torno de conceitos, por certo indeterminados, mas não desprovidos de utilidade social, especialmente na abordagem jurídica do envelhecimento.

References

- Planiol M. (1920). *Traité élémentaire de droit civil*. (8^{ème} éd.). T.1, LGDJ, 1613.
- Ariston Barion Pérès, A.-P. et Fossier, T. (2005). Vulnérabilité ou affaiblissement: quel statut civil pour les personnes âgées ? Les exemples français et Brésilien. *Droit de la famille*, 10. Etude 20.
- Ferre-Andre, S. (2009). Introduction au droit gérontologique. Defrénois, doct. 38880, 121.
- Moustapha, D. *et al.* (2004/2). La fragilité du sujet âgé: actualité – perspectives. *In: Gérontologie et société*, 109, 31-45.
- Cour de cassation: Cass. Crim. 8 juin 2010, n.º 10-82.039 (n.º 3492 F-P+F).
- Cour de cassation: Cass. Crim., 26 mai 2009, n.º 08-85.601.
- Cohet-Cordey, F. (Dir.). *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble (France) : Presses universitaires de Grenoble.
- Dutheil-Warolin, L. (2004). *La notion de vulnérabilité de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*. Thèse de doctorat. Faculté de droit et de sciences économiques, Université de Limoges (France). (Dir. J. Leroy).
- Lhuillier, F. (2007). *Le droit des adultes vulnérables mais capables*. Thèse de doctorat en Droit. Faculté de Droit, Université Jean Moulin, Lyon 3 (Dir. J. Rubellin-Devichi).
- Fossier, T. (2003). Démocratie sanitaire et personnes vulnérables. *La semaine juridique (JCP)*, 21, p. 931.

Recebido em 02/12/2012

Aceito em 12/12/2012

Yann Favier - Maître de conférences, CDPPOC, Faculté de droit de Chambéry -
Université de Savoie (France).

E-mail: yann.favier@univ-savoie.fr