



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Hipervulnerabilidade

A proteção ao consumidor com deficiência

Dandara Alexsandra Rodrigues Basto de Albuquerque

Orientadora: Larissa Maria de Moraes Leal

Recife, 2018

Dandara Alessandra Rodrigues Basto de Albuquerque

Hipervulnerabilidade

A proteção ao consumidor com deficiência

**Monografia apresentada como
Trabalho de Conclusão do Curso de
Bacharelado em Direito pela UFPE.**

**Área de Conhecimento: Direito civil;
Direito do Consumidor; Direito
Processual Civil.**

Recife, 2018

À Roberta Santos,

Que me ensina todos os dias sobre justiça,

Que sempre me dá tanto da enorme força que possui.

Resumo

O presente trabalho pretende avaliar quais as disposições legislativas que objetivam oferecer proteção ao consumidor com deficiência, em especial diante da observância da ratificação da Convenção de Nova Iorque e de seu protocolo facultativo, integralizados no ordenamento jurídico pátrio com força de emenda constitucional, bem como da promulgação da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.

Através do estudo das normativas em epígrafe em face do código de defesa do consumidor foi possível constatar certa timidez no que se refere a temática do consumidor com deficiência, mesmo diante do significativo número de pessoas com deficiência que devem, até mesmo por força das normativas estudadas, ser incluídas em todos os aspectos da vida cotidiana.

Por considerar que o mercado de consumo, em constante ampliação, está presente na maioria – se não em todos – os contextos sociais, o presente trabalho buscou, por meio da aplicação do conceito de hipervulnerabilidade, estabelecer uma possibilidade de mecanismo protecionista a fim de tornar o mercado de consumo apto a incluir este grupo de pessoas sem que haja ofensa aos seus direitos garantidos constitucionalmente.

Sumário

1) INTRODUÇÃO.....	6
2) DIREITO DO CONSUMIDOR: A PROTEÇÃO AO VULNERÁVEL	8
3) CONVENÇÃO DE NOVA YORK E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA NOVA COMPREENSÃO EMANCIPATÓRIA.....	15
4) A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DA HIPERVULNERABILIDADE AO CONSUMIDOR COM DEFICIÊNCIA	23
5) CONCLUSÃO	39
Bibliografia	41

1) INTRODUÇÃO

É de notório conhecimento o fato de que as pessoas com deficiência sempre encararam diversas dificuldades, não apenas decorrentes de limitações físicas ou mentais, mas acima de tudo em razão do preconceito social que a elas é imposto.

No ordenamento jurídico brasileiro, as normas voltadas à proteção desse grupo sempre foram instituídas com fulcro em ideia de adaptar as pessoas com deficiência ao meio em que viviam, desconsiderando que o ambiente, a depender de sua configuração, também pode ser um aspecto limitador.

Objetivando modificar tal estrutura, almejando uma compreensão mais humanista, voltada ao respeito à dignidade humana, que o Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu protocolo facultativo, em Nova Iorque, e, por derradeiro, formulou a Lei Brasileira de inclusão da pessoa com deficiência.

As alterações legislativas ensejaram, tardiamente, debates entre os civilistas. Há os que se posicionam a favor, argumentando que o novo regramento é inovador, de maneira que resultaria em uma mudança ideológica da sociedade, e aqueles que acreditam que a legislação trouxe um verdadeiro retrocesso à proteção da pessoa com deficiência, em manifesto desrespeito a alguns princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, a isonomia.

Envolta de ótimas intenções e banhada de questões favoráveis ao politicamente correto, algumas problemáticas no plano fático decorrem da legislação. Embora o maior debate tenha dito respeito a pretensa modificação do antiquíssimo instituto da capacidade civil e seus reflexos, é imperioso observar, também, aqueles aspectos em que a legislação permaneceu silente.

Sendo assim, o presente trabalho busca analisar as inovações legislativas sob o enfoque do direito do consumidor, através da utilização conceito de hipervulnerabilidade e de sua aplicação. Para tanto, será desenvolvido um estudo qualitativo, amparado bibliográfica e documentalmente. Pretendendo apresentar a opinião doutrinária e

jurisprudencial acerca da temática, sem olvidar das disposições legais, através do método dedutivo.

2) DIREITO DO CONSUMIDOR: A PROTEÇÃO AO VULNERÁVEL

Os Atos de Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, em seu artigo 48, estabeleceu que o Congresso Nacional, dentro de 120 (cento e vinte) dias da promulgação da Constituição Federal, elaboraria um Código de Defesa do Consumidor. E assim, foi instituído, pela Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990, com manifesto objetivo protecionista.

A norma é tida como principiológica, o que, por óbvio, traz reflexos no que tange a sua aplicação no direito. Conforme estabelece Luiz Antonio Rizzato Nunes, a legislação consumerista, em razão desse aspecto, prevalece sobre as normas especiais anteriores colidentes, pela valoração superior dada aos princípios.¹

No presente momento é de suma importância a análise de três princípios a fim de possibilitar a compreensão do tema a ser exposto: Protecionismo, Vulnerabilidade e Hipossuficiência.

Todos podem ser facilmente depreendidos dos artigos inaugurais da codificação. As normas que estabelecem a proteção e defesa do consumidor são vinculadas à ordem pública e ao interesse social, tendo, o Estado, portanto, obrigação de estabelecer sua defesa, visto que esta deverá ser norteadora da ordem econômica e financeira.

Em seguida, é relevante trazer os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência. A primeira, trata-se do próprio reconhecimento de que o consumidor constitui a parte mais frágil da relação jurídica de consumo, independente de qualquer fator extrínseco, o simples fato de ser consumidor pode ser traduzido como uma fragilidade.²

Isto é, no momento em que o sujeito se enquadra no conceito trazido no artigo 2º do CDC, sendo pessoa física ou jurídica que adquira ou utilize produto

1RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 91.

² NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Curso de Direito do consumidor. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 178/179.

ou serviço na qualidade de destinatário final, em face do sujeito descrito no artigo 3º³, é definida a sua qualidade de vulnerável diante daquela relação.

Reside na vulnerabilidade a principal explicação do protecionismo destinado ao consumidor, com fito de minimizar os impactos que o poder mercadológico infringiria, a medida em que equaciona a relação, garantindo o respeito ao princípio da isonomia.

Conforme analisa João Batista de Almeida, a tutela das relações de consumo não surge de maneira aleatória ou espontânea, mas sim como uma constatação fática da condição de inferioridade do consumidor diante de uma relação com um agente que detém maior poder econômico, o fornecedor. O consumidor, como aquele que não detém o controle sobre os bens de produção, precisa se submeter ao poder dos fornecedores. Tal submissão, somada a obsolescência dos regramentos tradicionais ao tratar do tema, resulta na justificativa para que o estado intervenha no referido âmbito, visando estabelecer equilíbrio na relação.⁴

Ao tratar da vulnerabilidade, Rizzato Nunes afirma que esta condição característica do consumidor é decorrente de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico/fático.

“O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E para a fabricação e distribuição de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido. É por isso que, quando se fala em “escolha” do consumidor, ela já nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são, por evidente, os da obtenção de lucro. O segundo aspecto, o econômico, diz respeito à maior capacidade econômica que, por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. É fato que haverá consumidores

3 Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

⁴ ALMEIDA, João Batista de. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 17/18.

individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral.”⁵

Cláudia Lima Marques afirma que há também a vulnerabilidade jurídica, relacionada, principalmente, com a compreensão contratual, uma vez que presumidamente os consumidores não possuem conhecimento jurídico técnico.⁶ Cumprindo acrescentar que referida ausência de conhecimento não está restrita ao âmbito jurídico, alcançando contextos contábeis, econômicos e outros ligados a práxis mercadológica.

Georgios Alexandridis, seguindo o raciocínio da ilustre Professora, trata sucintamente da vulnerabilidade informacional, que, embora relacionada à técnica, deve assumir caráter autônomo. Isto se deve principalmente a era digital, que atribuiu caráter amplificado a compreensão de acesso a informação, e, na medida em que esta é determinante para a decisão de compra, exige que seja despendido um controle de qualidade nas informações transmitidas.⁷

Lado outro, a concepção da hipossuficiência se atém a critérios subjetivos, devendo ser analisados casuisticamente. Conforme explanou Rizzato Nunes, existem situações nas quais o consumidor, por exemplo, terá condições econômicas mais vantajosas que a de seu fornecedor, ou mesmo acesso a maior quantitativo de informações. Tal análise casuística apenas será realizada no âmbito da hipossuficiência, e não da vulnerabilidade, uma vez que esta é preceito absoluto.

Para o presente trabalho é de fundamental importância a ideia de vulnerabilidade informacional. O CDC estabelece como direito básico do consumidor a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que representem”. (artigo 6º, III, CDC)

5 NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Curso de direito do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2012

6 MARQUES, Claudia Lima e outros. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.90

7 ALEXANDRIDIS, Georgios. Todo consumidor é vulnerável no mercado de consumo. Disponível em: <<https://georgiosalexandridis.jusbrasil.com.br/artigos/112128602>>. Acesso em 24 de janeiro de 2018.

Diversos outros dispositivos, a serem tratados oportunamente, trazem a informação como preceito fundamental, são exemplos: o dever de informar acerca dos produtos que acarretem riscos a saúde ou segurança (art. 8), o dever estipulado no momento da oferta (art. 31), ou mesmo na própria publicidade (art. 37).

Todavia, importante destaque merece o fato de que os deveres de informação não se referem apenas ao aspecto quantitativo, de forma que o consumidor tenha acesso ao máximo de informações possíveis. É pertinente que as informações sejam qualitativamente satisfatórias, isto, pois a informação também é meio capaz de garantir a isonomia tão buscada para a figura do consumidor. Não apenas a falta de informação fragiliza o consumidor, mas também, sê-la abundante, porém, controlada, guardando, inclusive, certo grau de desnecessidade, com o objetivo de confundir ou mesmo manipular o consumidor, é prática que deve ser combatida.⁸

É imperioso compreender, ainda, que o dever de informação não parte apenas do fornecedor em relação ao consumidor, mas também deve ser observado no âmbito da Política Nacional de Relações de Consumo, na medida em que os consumidores e fornecedores tem direito de conhecer seus direitos e deveres, objetivando a melhora do mercado de consumo, conforme estabelece o Artigo 4º, IV, CDC.⁹

Ante o exposto, é manifesta a importância da informação como maneira de criar um mercado de consumo isonômico e saudável às partes dele integrantes, de maneira que atenuie a assimetria característica.

Não há como olvidar, ao tratar acerca dos deveres de informação, dos debates relacionados a publicidade no campo do direito do consumidor, uma

8 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo. Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pág. 34.

9 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: IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

vez que esta é a principal forma de o fornecedor inserir e fazer circular os produtos e serviços no mercado.

É possível tratar da proibição acerca da publicidade enganosa ou abusiva, sendo a primeira caracterizada pela falsidade, parcial ou integral, a respeito do produto, que seja capaz de induzir o consumidor a erro, ao passo que a segunda utiliza situações de caráter subjetivo, por exemplo, o aproveitamento da deficiência de julgamentos e experiência de crianças.¹⁰

Recentemente foram veiculadas nas traseiras dos ônibus de transporte público da região metropolitana do Recife os dizeres “Tchutchu, eu te perdoo. Volta pra mim. Te amo”. A mensagem repercutiu nas redes sociais, até que semanas depois a empresa “ROTA mídia exterior” assumiu a autoria, colando acima do anúncio anterior a mensagem “Se até Tchutchu virou assunto, imagine a sua marca. Anuncie em ônibus.”

A repercussão do caso em tela é um exemplo, dentre tantos outros possíveis, que traduz a força que uma propaganda, quando bem veiculada, pode alcançar, não apenas em dimensões quantitativas, mas também no que se refere ao poder de convencimento a fim de que o consumidor adquira determinado produto.

Com o decurso temporal entre a instituição do código de defesa do consumidor e os dias atuais, nova realidade foi imposta ao direito e ao controle da publicidade. Isto, pois a propaganda não mais assume apenas a figuração tradicional, como entre os intervalos da programação televisiva, ou em *outdoors* espalhados na rua. A internet é apontada como a grande responsável por esta transformação, porém, esta não se encontra a margem dos ditames legais, uma vez que estes limitam a publicidade pelo simples fato de sê-la.

10 Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

O artigo 36 do CDC explicita que a publicidade deve ser veiculada de maneira que o consumidor fácil e imediatamente a identifique como tal, sendo a tradução do princípio da identificação da mensagem publicitária, que, segundo Lucia Magalhães Dias, trata-se de decorrência do dever de transparência e lealdade que devem acompanhar as relações consumeristas.¹¹

Cumpra observar, ainda, que embora a internet tenha trazido muitas modificações no plano fático, a Lei 12.965/2014, que instituiu o Marco Civil da Internet, traz em seus fundamentos a defesa do consumidor. Assim, por óbvio, a publicidade, ainda que virtual, deve respeitar aos mesmos regramentos daquela tida como tradicional.

Todavia, a tecnologia também caminha ao lado das agências de marketing, de maneira a apenas oferecer ao consumidor aquele produto que ele provavelmente manifestará interesse. O uso da chamada computação cognitiva facilitou bastante este processo.

Estes sistemas possibilitam que grande quantidade de dados inclusos na rede, como postagens em redes sociais, históricos de navegação, “curtidas”, buscas em sites de pesquisa e tantos outros, sejam interpretados, de maneira que sejam devolvidos aos profissionais de marketing apenas o necessário para personalizar o atendimento ao cliente, baseado em seu interesse.¹²

O contorno revolucionário pode assumir feições assustadoras ante a inexistência de controle legislativo pormenorizado. Isto, pois com a publicidade direcionada, na qual o consumidor sequer autoriza de forma expressa que seus dados sejam utilizados para este fim, é criado um facilitador para a abusividade e invisibilidade publicitária.

Por exemplo, é comum que ao acessar redes sociais, como é o caso do *facebook*, o sujeito se depare com publicidades relacionadas a produtos que ele de fato tem buscado, sejam *smarthphones*, computadores, utensílios domésticos ou viagens. É como se a máquina adivinhasse seus anseios.

11 DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 65 a 67.

12 SIQUEIRA, Rodrigo. O uso da computação cognitiva pelos profissionais de marketing. Disponível em: < <https://www.ibm.com/blogs/watson-customer-engagement/br-pt/2017/05/04/o-uso-da-computacao-cognitiva-pelos-profissionais-de-marketing/> > Acesso em 29 de janeiro de 2018

Como bem descreve Camilla Melo e Silva na obra “Comércio eletrônico de produtos e serviços: uma análise das principais práticas abusivas em prejuízo dos consumidores no mundo virtual”, em razão da imaterialidade, atemporalidade e desterritorialidade, acentua-se a fragilidade do consumidor, é o que denomina de vulnerabilidade econômica. Esta, exige, portanto, um reforço nos deveres de informação e segurança.¹³

Existem consumidores, por sua vez, que, em razão de características que lhe são inerentes, arcam com condições ainda mais debilitantes frente a realidade narrada acima, é o caso das pessoas com deficiência.

¹³ LIMA, Camilla de Mello e. Comércio eletrônico de produtos e serviços: uma análise das principais práticas abusivas em prejuízo dos consumidores. Salvador: editora paginae, 2014. Pág. 98/99

3) CONVENÇÃO DE NOVA YORK E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA NOVA COMPREENSÃO EMANCIPATÓRIA

A pessoa com deficiência foi tratada sob as mais diversas óticas no decorrer da história. Existem registros de sua eliminação, como ocorreu com os astecas, na América Central, que juntavam as pessoas com deficiência aos animais para expô-los à população, ou mesmo a condenação à morte dos nascidos com alguma deficiência perceptível, como ocorreu na Grécia antiga e em Roma.¹⁴ A prática da exclusão foi comum durante longo período, ordinariamente esse grupo ficava restrito as suas residências ou mesmo em instituições especificamente destinadas aos seus cuidados.¹⁵

Na Europa da Idade Média, existem registros de acolhimento das pessoas com deficiência pela Igreja Católica e mesmo pelos senhores feudais, baseado, no entanto, no sentimento de pena por aquele grupo. Isto é, embora superando a chamada fase de eliminação, ainda dominava uma compreensão assistencialista a um grupo considerado inferior.¹⁶

Com o transcurso temporal, em especial com a Idade Contemporânea, houve a assunção de um tratamento crescentemente inclusivo e igualitário entre as pessoas com deficiência e os demais cidadãos, surgindo novos regramentos que estabeleceram direitos e deveres a pessoa com deficiência, com fito de alcançar sua integração e inserção na sociedade.¹⁷

Através desta breve análise histórica, é possível compreender que o referido grupo sempre enfrentou percalços para além de suas condições, o que, por vezes, comprometeu preceitos básicos de sua existência, tal como a própria dignidade humana. Até que a sociedade passou a buscar maneiras de despendar tratamento mais inclusivo às pessoas com deficiência.

¹⁴ SILVA, Otto Marques da. *Epopéia Ignorada – A História da Pessoa Deficiente no Mundo de Ontem e de Hoje* - São Paulo: CEDAS, 1987.p.27.

¹⁵ SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. 4. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2002.

¹⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

¹⁷ PESSOTTI, Isaias. *Deficiência mental: da Superstição à Ciência*. São Paulo:Queiroz/EDUSP, 1984.

Podem ser apontados como marcos da inclusão das pessoas com deficiência na sociedade a Proclamação da Declaração dos Direitos Universais do Homem (1948), em contexto internacional, e o próprio advento da Constituição Federal vigente (1988), em âmbito nacional. Contudo, recentemente, o debate ganhou significativo avanço com a ratificação da Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência de Nova Iorque e seu Protocolo Facultativo pelo Brasil. Foi, inclusive, a primeira Convenção a ser ratificada nos moldes do Art. 5º, §3¹⁸ da Constituição Federal, através do Decreto legislativo nº 186/2008 e promulgada por meio do Decreto nº 6.949/2009, possuindo, portanto, equivalência à Emenda Constitucional.

A referida ratificação busca modificar a visão no que tange a pessoa com deficiência, dando-lhe um viés mais humanístico. Notável é a substituição do chamado modelo médico pelo modelo social, ou seja, não mais se define que a deficiência é a causa limitadora, pois limitador é o meio onde a pessoa com deficiência encontra-se inserida.

A convenção, em busca da integração das pessoas com deficiência, por meio de ações coletivas e políticas públicas eficazes, impôs obrigações aos países signatários, dentre elas a realização ou promoção de pesquisas e desenvolvimento, bem como disponibilidade e o emprego de novas tecnologias adequadas a pessoas com deficiência, impondo adoção de medidas imediatas, efetivas e apropriadas para conscientização da sociedade sobre as condições das pessoas com deficiência, fomentando o respeito aos direitos e à dignidade destas e, ainda, medidas de eliminação de barreiras e obstáculos à acessibilidade.

Ficou determinada a adoção de medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias à realização daqueles direitos reconhecidos pela Convenção, ensejando assim a discussão, no Brasil, que culminou na Lei 13.146/2015, o chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência.

¹⁸ “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada casa do Congresso nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais.”

Após aprovação do texto base por 188 votos a favor e 174 contrários na Câmara dos Deputados, e aprovação unânime no Senado Federal, a Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015 foi sancionada pela Presidente Dilma Rousseff.

A lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência, ou o Estatuto da pessoa com deficiência, como ficou conhecido, teve *vacatio legis* de 180 dias, entrando em vigor em 2 de janeiro de 2016.

O diploma ficou conhecido por suas diversas alterações de caráter inclusivo. Seus 127 artigos trazem alterações significativas, buscando o atendimento ao princípio da dignidade humana.

Visou garantir, por exemplo, acesso à educação, com a eliminação de taxas adicionais em matrículas e mensalidades escolares para alunos com deficiência, sendo a cobrança crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, conforme preceitua a alteração trazida pelo Art. 98. Da mesma forma, torna crime a prática, indução ou incitação de discriminação da pessoa em razão de sua deficiência, conforme prescreve o Art. 88, dentre outras.

Todavia, o debate se aprofundou de maneira significativa no que tange ao instituto da capacidade civil. Pois, de maneira expressa houve a modificação da estrutura dos artigos inaugurais da codificação civil.

Sob a nova ótica foram excluídos do rol dos absolutamente incapazes aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não tenham necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, assim como passou a considerar aqueles que, por causa transitória ou permanente, não possam exprimir sua vontade como relativamente incapazes, não mais como absolutamente incapacitados para os atos da vida civil. No tocante aos relativamente incapazes, excluíram-se do rol do inciso II aqueles que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, assim como os considerados excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

As alterações foram expressamente declaradas no artigo 114 da Lei 13.146/2015. São ainda, decorrências lógicas dos seus artigos 6^o¹⁹ e 84^o²⁰, que

¹⁹ Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I- casar-se e constituir união estável; II- exercer direitos sexuais e reprodutivos; III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e ter acesso a informações adequadas sobre

expressamente afirmam que a pessoa com deficiência possui capacidade civil plena e terá ainda o exercício desta capacidade legal em condições de igualdade com todas as pessoas, não deixando qualquer espaço que pudesse ensejar interpretação que a pessoa com deficiência possuiria apenas a capacidade de gozo, característica de todo ser humano, ou ainda que a capacidade civil a ela atribuída fosse apenas relativa.

Ocorre que, embora o debate tenha surgido a partir das expressas alterações dos artigos iniciais do Código Civil, já era possível depreender referida mudança desde a ratificação da Convenção de Nova Iorque, isto, pois seu 12^o²¹ artigo já garantia as pessoas com deficiência a *“capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”*.

Considerando que a ratificação da Convenção de Nova York e de seu protocolo facultativo tem força de Emenda Constitucional, em razão do modo pelo qual foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro, não há razão que fundamente a ideia de que foi a Lei 13.146 que tornou a pessoa com deficiência plenamente capaz.

Considerando os ditames legais, não é possível presumir, no entanto, que o Estatuto da Inclusão pretendeu, ao reproduzir o disposto na Convenção de Nova Iorque, desconsiderar as individualidades da pessoa com deficiência. Pelo contrário, almeja que as diferenças sejam respeitadas e que alterações sejam realizadas no meio a fim de que as pessoas com deficiência possam ser incluídas na convivência social em todos os seus âmbitos.

São essas limitações individuais que devem ser consideradas nas vivências da pessoa com deficiência, inclusive nas relações consumeristas.

reprodução e planejamento familiar; IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V- exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidade com as demais pessoas.

²⁰ Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

²¹ Art. 12.2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

Retomando, portanto, ao cerne do presente trabalho, é importante observar que, ainda que diante da massiva utilização da publicidade, muitas vezes, como visto anteriormente, assumindo feições abusivas, não houve inovação no que se refere especificamente a publicidade e ao consumidor com deficiência na convenção de Nova Iorque, tampouco no Estatuto da Pessoa com deficiência.

O Decreto 6.949/09, em seu artigo 5º, ao estabelecer a igualdade sem qualquer forma discriminatória, reconhece também que medidas específicas, quando necessárias para o alcance da efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.²²

Ademais, acrescenta o artigo 9º, do mesmo instrumento normativo, que como forma de possibilitar que as pessoas com deficiência vivam de maneira independente, participando plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados devem tomar medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência, o acesso à informação, em igualdade de oportunidade com as demais pessoas.

Cabendo anotar que a referida igualdade de oportunidades impõe a adoção de medidas necessárias ao seu alcance efetivo, conforme preceitua o artigo 5º, anteriormente mencionado.

Ao tratar da liberdade de expressão e de opinião, a convenção de Nova Iorque impõe o fornecimento, sem qualquer custo adicional, de todas as informações destinadas ao público em geral, em formatos acessíveis e tecnologias apropriadas aos diferentes tipos de deficiência (art. 21, 'a').

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, por sua vez, embora na maioria dos artigos apresente-se como repetição do disposto na convenção, trouxe em seu artigo 69 a temática do direito do consumidor:

Art. 69. O poder público deve assegurar a disponibilidade de informações corretas e claras sobre os diferentes produtos e serviços ofertados, por quaisquer meios de comunicação empregados,

22 Artigo 5 Igualdade e não-discriminação. 1.Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei. 4.Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.

inclusive em ambiente virtual, contendo a especificação correta de quantidade, qualidade, características, composição e preço, bem como sobre os eventuais riscos à saúde e à segurança do consumidor com deficiência, em caso de utilização, aplicando-se, no que couber, os arts. 30 a 41 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Os dispositivos mencionados referem-se ao disposto no código de defesa do consumidor acerca da oferta, da publicidade e das práticas abusivas, já havendo tal previsão no texto normativo do CDC, resultando em certa desnecessidade de sua repetição, embora, para alguns, como é o caso de Cristiano Chaves de Farias, caracterize um “reforço da ideia”.²³

Em seu parágrafo primeiro, por sua vez, estabelece que os canais devem ofertar os recursos de acessibilidade de acordo com a compatibilidade do meio de transmissão.

§1º Os canais de comercialização virtual e os anúncios publicitários veiculados na imprensa escrita, na internet, no rádio, na televisão e nos demais veículos de comunicação abertos ou por assinatura devem disponibilizar, conforme a compatibilidade do meio, os recursos de acessibilidade de que trata o art. 67 desta Lei, a expensas do fornecedor do produto ou do serviço, sem prejuízo da observância do disposto nos arts. 36 a 38 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Novamente, a previsão legal cinge-se a referência ao CDC, pouco inovando, além do óbvio, ao afirmar que a disponibilização deve ocorrer de maneira compatível com o meio utilizado para os anúncios, e que as custas devem ser suportadas pelo fornecedor.

Último aspecto se dá ao dever de o fornecedor disponibilizar, ainda, mediante solicitação, exemplares de bulas, prospectos, textos ou qualquer outro tipo de material de divulgação em formato acessível, conforme previsão do §2º. Todavia, o referido dispositivo tem sofrido críticas, em razão dos custos, que inevitavelmente seriam repassados aos consumidores, ao arripio do disposto no parágrafo anterior.

“Trata-se de dispositivo que, embora bem intencionado, parece atentar contra a razoabilidade e proporcionalidade. Imagine-se um fornecedor de medicamento obrigado a disponibilizar uma bula pelo

23 FARIAS, Cristiano Chaves de. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. P.199

sistema braille. Não seria mais fácil que um terceiro lesse, ao cego, todos os itens constantes da bula. A propósito, se nem aqueles que não possuem qualquer déficit visual se dispõem a esta árdua tarefa, que dizer de um cego. Demais disso, é de pressupor que qualquer medicamento passe, antes, pelo filtro de um médico, fator que reduz consideravelmente a necessidade de acesso à sua bula. Alguém dirá, talvez com razão, que o custo dessa inovação é ínfimo, frente aos astronômicos lucros obtidos pelos grandes laboratórios. Mas e aqueles que fornecem a medicação genérica? E tantos outros que são tímidos, disponibilizando, por exemplo, medicações de cunho vegetal, oriundas da flora nacional? O problema se agrava ao se constatar que não apenas bulas devem se submeter a tal imposição, mas, também, qualquer material de caráter publicitário. Panfletos distribuídos em semáforos, por exemplo, devem contar com tecnologia braille, desde que solicitados previamente pelo cego. Pareceu-nos demasiado, máxime quando o elevado custo dessa iniciativa acabará, por certo, sendo transferida ao consumidor, em que pese a disposição contida no § 1º o acima.”²⁴

Por derradeiro, no que tange a temática do consumidor, o artigo 100 do novel estatuto, previu a inserção do parágrafo único no artigo 6º do CDC, passando a estabelecer que as informações adequadas e claras sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem devem ser acessíveis à pessoa com deficiência, em observância ao disposto em regulamento.

Também como corolário do direito do consumidor a informação, o mesmo artigo inseriu no artigo 43 do CDC o parágrafo 6º, estabelecendo que as informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre o consumidor, bem como suas respectivas fontes, também deverão ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive à pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.

Portanto, nota-se que a legislação que pretendeu reger os direitos da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que modificou toda a temática da capacidade, pretendendo uma maior inclusão da pessoa com deficiência em todos os meios, enfatizando a importância das adaptações necessárias, pouco inovou na temática consumerista. Quando não sendo silente acerca do tema, como foi o caso da Convenção de Nova Iorque,

24 FARIAS, Cristiano Chaves de. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. P.199

restringiu-se a repetição da legislação vigente, como fez o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

É possível concluir do exposto até o presente momento que, ao passo que pretendeu emancipar a figura da pessoa com deficiência dos preconceitos impostos socialmente, por meio de uma legislação libertadora, negligenciou no tocante a proteção das fragilidades inerentes a estas.

4) A NECESSÁRIA APLICAÇÃO DA HIPERVULNERABILIDADE AO CONSUMIDOR COM DEFICIÊNCIA

O estudo da hipervulnerabilidade não constitui tema inédito no âmbito do direito do consumidor, é conceito estudado por alguns autores, que comumente aplicam-no a grupo composto por idosos, crianças, analfabetos, enfermos e quaisquer pessoas sensíveis ao consumo de determinadas espécies de produto.

Sem embargo, é de conhecimento comum que o mercado vem mudando sua configuração com o passar dos anos, e, em virtude disso, já há quem afirme que os moldes tradicionais de proteção consumerista encontram-se obsoletos.

Em julho de 2017, na Segunda Reunião do Grupo de Experts em Direito do Consumidor (IGE), que ocorreu em Genebra, mereceu destaque a preocupação dos participantes com a era do consumo digital e a categoria de consumidores hipervulneráveis, temas pertinentes ao presente estudo.

Ao tratar especificamente da economia de plataformas digitais ou economia compartilhada, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico destacou que as noções tradicionais de consumidor e fornecedor não mais são suficientes para os modelos atuais de mercado, o que, *per si*, demonstra a obsolescência dos meios protetivos tradicionais.

No que tange aos consumidores hipervulneráveis, mais uma vez, foi enfatizado que o conceito deve ser considerado sobre várias dimensões, como sociodemográfica, comportamental, situacional e mercadológica.

Por óbvio, não se trata da primeira ocasião em que foi reconhecida a modificação do campo de atuação do direito do consumidor, em 2015, por exemplo, houve aprovação de atualização das Diretrizes para a proteção do consumir realizada na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas

(ONU). O Brasil atuou através da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça.²⁵

A referida documentação, ao tratar internacionalmente da proteção do consumidor, recomenda aos governos e empresas a adoção de políticas e legislações eficazes, inclusive prestando orientações acerca do comércio eletrônico, estabelecendo a igualdade entre os consumidores *online* e *offline*.

No entanto, é notório que a referida paridade é de difícil consecução, especialmente, pois os métodos utilizados no ambiente virtual são diversos dos meios tradicionalmente estabelecidos.

A informação precisa não mais é auferida da simples análise de informações em rótulo, como ocorreu no caso da advertência ao glúten nos alimentos, ou na veracidade das informações estampadas em *outdoors*, por exemplo.

A modificação na configuração da publicidade é algo que a própria condição humana impõe. De acordo com Joe Cappo, quando o sujeito lida com alguns milhares de mensagens publicitárias no decorrer de sua vida, desenvolve uma espécie de filtro mental praticamente impenetrável, de maneira que a publicidade não mais atinge o efeito desejado, burlando a sua capacidade de influenciar e motivar o consumidor em suas escolhas.²⁶

Como forma de superar esse mecanismo mental as marcas tem investido em formas alternativas. É o caso da utilização de computação cognitiva, anteriormente suscitada, ou da estratégia de “*advergames*”. Esta consiste na utilização de jogos, principalmente eletrônicos, para divulgação e promoção de produtos e serviços.

Por meio desta estratégia o consumidor jogador interage com a marca no ambiente virtual, proporcionando um maior impacto no consumidor moderno, rompendo as barreiras eventualmente impostas pela mente humana, e retornando ao estágio de plenitude no que se refere a sua capacidade de

25 Portal Brasil. ONU aprova novas diretrizes para proteção a consumidores. Publicado em 23 de dezembro de 2015, atualizado em 11 de janeiro de 2016. Disponível em: <>. Acesso em 19 de fevereiro de 2018.

26 CAPPO, Joe, 2004. O Futuro da Propaganda: nova mídia, novos clientes, novos consumidores na era pós-televisão. Tradução de Henrique A. R. Monteiro. 1. ed. São Paulo: Cultrix.

efetiva influência no consumo, na medida em que exige do destinatário uma atenção integral a este tipo de publicidade.

“Essa possibilidade de experimentar, vivenciar a marca, aliada à interatividade e imersão proporcionada pelos jogos digitais, faz com que os *adverg*games tenham maior impacto no consumidor moderno do que as formas tradicionais de comunicação. Além disso, devido aos roteiros não lineares e às mecânicas diversas dos jogos, o consumidor fica exposto muito mais tempo à propaganda do que ficaria em uma mídia tradicional, sem perder a paciência e a atenção. Nas mídias tradicionais, o consumidor pode praticar diversas atividades simultaneamente, dividindo sua atenção. Raramente isso acontece com os games, uma vez que o jogador necessita de concentração total diante dos desafios oferecidos pelo jogo.”²⁷

Neste diapasão, percebe-se que a publicidade, buscando a modernização e o rompimento de limites impostos pelo tempo, tem sido transmutada em uma figura quase imperceptível aos olhares desatentos, de maneira que o consumidor assume feição de crescente vulnerabilidade, a medida que é bombardeado por publicidade nos mais diversos âmbitos de sua vida, inclusive, ou principalmente, em seus momentos de lazer, de maneira que a publicidade manifestamente ludibria o dever de se identificar como tal ao consumidor.

A situação torna-se ainda mais crítica diante de consumidores que reconhecidamente integra categoria de excepcionalidade, como é o caso dos hipervulneráveis.

Primeiramente, é importante retomar que não se trata de uma avaliação casuística, como ocorre com a hipossuficiência. Isto, pois, resultaria em decisões por vezes discrepantes, de proteção não uniforme a sujeitos que exigem, por suas condições, tratamento igualitário.

O mais correto parece a avaliação ante condição de vulnerabilidade potencializada. O que se justifica, uma vez que, o que deve ser buscado é uma maior proteção materialmente estabelecida, advinda de qualidades intrínsecas ao sujeito e não meras consequências processuais ao seu favorecimento.

27 MEDEIROS, J. F. Adverggames: A publicidade em jogos digitais como forma de atrair o consumidor. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. VIII Brazilian symposium on games and digital entertainment. Rio de Janeiro. 08/10 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.sbgames.org/papers/sbgames09/culture/short/cults3_09.pdf>. Acesso em 19/02/18.

O advogado Julio Mengue, com fito de exemplificar a diferenciação entre ambos os institutos oferece o seguinte caso hipotético:

“Suponha que uma pessoa interessada em aderir a um plano de televisão realize um orçamento junto a uma empresa que forneça estes serviços, da qual se obriga em disponibilizar tal serviço por um valor de 90,00 (noventa reais). Entretanto a empresa não disponibiliza ao consumidor um papel com a descrição do pacote adquirido, valores, etc. Após dois dias, ao receber o aparelho é cobrado do consumidor um valor maior do que foi inicialmente ofertado, neste exemplo suponhamos que lhe cobraram 150,00 reais, pois inclui além dos canais, o aparelho. O consumidor desconhecendo que é obrigação do fornecedor disponibilizar o orçamento por escrito e detalhado (art.) cujo possui validade de até 10 dias (art. 40, § 1º), sentindo-se lesado decide cancelar o serviço e é surpreendido com uma multa por rescindir o contrato. O consumidor, então, busca auxílio no órgão administrativo ou judicial para solicitar o cancelamento, alegando o que foi exposto, mas observe que ele não possui documentos (provas) do que ele está alegando por se encontrar diante de uma situação de desconhecimento, logo, processualmente, ele está hipossuficiente, pois não há meios de produzir prova ante a grande desvantagem entre ele e a empresa e, por esta razão, o juiz poderá (faculdade) conceder-lhe o ônus da inversão da prova, ou seja, caberá ao fornecedor comprovar que os fatos alegados não são verdadeiros. Ante ao que foi exposto temos que ambos são institutos fáticos e relacionam-se em campos jurídicos distintos e ensejam consequências jurídicas distintas sendo respectivamente a vulnerabilidade no campo do direito material de presunção absoluta resultando a incidência da aplicação das normas do , tendo por outro lado a hipossuficiência, no âmbito processual, de presunção relativa, obtendo como consequência inversão do ônus da prova em favor do consumidor.”²⁸

Como consequência principal, é possível concluir que o instituto de direito material produz uma presunção absoluta, ao passo que a hipossuficiência, tipicamente de direito processual, cria presunção de cunho relativo. Ou seja, o consumidor será sempre vulnerável, embora, nem sempre faça jus ao status de hipossuficiente.

Bem observa Sérgio Cavalieri Filho que este tratamento diferenciado não deve ser traduzido como privilégio ou vantagem indevida, mas sim no reconhecimento de prerrogativas legais objetivando a igualdade real.²⁹

28 MENGUE, Julio. Diferença entre hipossuficiência e vulnerabilidade nas relações de consumo e suas consequências no mundo jurídico. Jusbrasil. Disponível em: <<https://juridicocps.jusbrasil.com.br/artigos/133068185/diferenca-entre-hipossuficiencia-e-vulnerabilidade-nas-relacoes-de-consumo-e-suas-consequencias-no-mundo-juridico>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2018.

²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de direito do consumidor. 2. Ed. São Paulo: atlas, 2010. P. 43

É certo que diante de determinada especificidade, como é o caso da pessoa com deficiência, o sujeito encontra-se em disparidade ainda maior com o fornecedor se comparada ao corpo genérico de consumidores, não traduzindo a seguinte afirmação, porém, que este consumidor específico seja incapaz, ou esteja em condição de inferioridade na sociedade.

No mesmo sentido do acima exposto, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso Especial nº 586.316/MG, acerca da necessária advertência sobre os riscos do glúten aos doentes celíacos afirma, in litteris:

“18. Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna. 19. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. 20. O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos.”

O recurso, conhecido por unanimidade, em 17 de abril de 2007, torna evidente que a identificação de uma hipervulnerabilidade não condiz com desrespeito ou inferiorização do sujeito, mas sim com o reconhecimento de suas individualidades e fornecimento de proteção devida e eficiente.

O relator Ministro Herman Benjamin aduz, ainda, nos termos de seu voto, seguido pelos Senhores Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Humberto Martins e Eliana Calmon, ao tratar da igualdade material, que deve ser legalmente assegurada que:

“O que se espera dos agentes econômicos é que, da mesma maneira que produzem sandálias e roupas de tamanhos diferentes, produtos eletrodomésticos das mais variadas cores e formas, serviços multifacetários, tudo em atenção à diversidade das necessidades e gosto dos consumidores, também atentem para as peculiaridades de saúde e segurança desses mesmos consumidores, como manifestação concreta da função social da propriedade e da ordem econômica ou, se quiserem, uma expressão mais em voga, de responsabilidade social. Se os riscos de um produto ou serviço são gritantes e massificados, a opção da Administração é frequentemente controlar, com mão de ferro, sua circulação, como ocorre com os medicamentos e agrotóxicos. Já para outros bens que apresentem riscos mais localizados, a solução do legislador e do administrador é flexibilizar o controle de comercialização, mas, em contrapartida,

exigir maior rigor nas informações prestadas, sobretudo na rotulagem. Vê-se, então, que o dever de informar (e de bem rotular), ao contrário da linha lógica seguida pelo v. Acórdão, ganha destaque quando se está diante de grupos, e não da generalidade de consumidores, precisamente como opção de intervenção na ordem econômica menos onerosa para o fornecedor.”

Em sede de embargos de divergência, julgado pela Corte Especial do STJ, com decisão proferida em 20 de setembro de 2017, acatou-se a tese da hipervulnerabilidade defendida no acórdão paradigma.³⁰

Especificamente no que tange à pessoa com deficiência, tem-se registros de julgados que utilizam o conceito de hipervulnerabilidade, a fim de conceder maior proteção a estas pessoas. É o caso do REsp 201102175967, no qual a Quarta Turma do STJ utilizou a ideia de hipervulnerabilidade em face de consumidor com deficiência visual, ao tratar da confecção de contratos bancários em Braille, em decisão proferida em 10 de maio de 2016, já sob a égide do EPCD.

EMEN: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSUMIDOR. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA VISUAL. HIPERVULNERÁVEL. CONTRATOS BANCÁRIOS. CONFECÇÃO NO MÉTODO BRAILLE. NECESSIDADE. DEVER DE INFORMAÇÃO PLENA E ADEQUADA. EFEITOS DA SENTENÇA. TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS STRICTO SENSU. SENTENÇA QUE PRODUZ EFEITOS EM RELAÇÃO A TODOS OS CONSUMIDORES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA VISUAL QUE ESTABELECEM OU VENHAM A FIRMAR RELAÇÃO CONTRATUAL COM A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEMANDADA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL. INDIVISIBILIDADE DO DIREITO TUTELADO. DANO MORAL COLETIVO. INOCORRÊNCIA. (...)4. O método Braille é oficial e obrigatório no território nacional para uso na escrita e leitura dos deficientes visuais e a sua não utilização, durante todo o ajuste bancário, impede o referido consumidor hipervulnerável de exercer, em igualdade de condições, os direitos básicos, consubstanciando, além de intolerável discriminação e evidente violação aos deveres de informação adequada, vulneração à dignidade humana da pessoa deficiente. 5 (...) (RESP 201102175967. RESP 1349188. Quarta Turma _ STJ. Relator Luiz Felipe Salomão. Julgado em 10/05/2016. Publicado em 22/06/2016)

Imperioso observar, no entanto, que o reconhecimento da hipervulnerabilidade de determinados grupos não se trata de novidade trazida pelos novos regramentos referentes à pessoa com deficiência, tampouco deve restringir-se a construção jurisprudencial. O próprio código de Defesa do

³⁰ JURISPRUDÊNCIA UNIFICADA. Processo EREsp 201500354240. Embargos de divergência em REsp 1515895.

Consumidor sem olvidar da condição específica de alguns dos integrantes do mercado de consumo, manifesta a referida preocupação no artigo 39, IV, que estabelece como abusiva a prevalência do fornecedor sobre a fraqueza ou ignorância do consumidor, considerando a sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, visando impor-lhe seus produtos e serviços.

A situação de hipervulnerabilidade foi definida por Cristiano Heineck como uma situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade do consumidor, em razão de características pessoais aparentes ou conhecidas pelo fornecedor.³¹

Alguns doutrinadores apontam, inclusive, que um dos grandes desafios para a manutenção de efetividade pelo Código de Defesa do Consumidor consiste exatamente na construção jurisprudencial capaz de reconhecer as diferenças entre grupos de consumidores vulneráveis e hipervulneráveis.³²

Como solução da situação, Cláudia Lima Marques caminha pelo trilho do necessário “diálogo das fontes”, ou seja, imprescindível é a interpretação do Código consumerista com as demais normativas presentes no ordenamento, sejam elas internas ou internacionais. Tal situação decorre de uma das características do microssistema do direito do consumidor, apontada por Martins-Costa como um sistema de “auto-referência relativa”, ou seja, um sistema que é “inacabado” quando considerada a complexidade social na qual encontra-se inserido.³³

É o que acontece comumente com o direito do consumidor idoso, no qual a igualdade almejada pelo CDC exige sua aplicação conjunta com o Estatuto do Idoso, reconhecendo aquele consumidor como parte fragilizada na relação de consumo, sendo o segundo regramento utilizado como subsídio para a realização da justiça.

31 SCHMITT, Cristiano Heineck. Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014, p. 217.

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

33 MARTINS-COSTA, Judith. A Boa fé no Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 275.

No julgamento da Apelação Cível nº 70025289943³⁴ pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rosalice F. Pinheiro destaca que, ao analisar a vulnerabilidade do consumidor idoso, dois são os aspectos principais a serem analisados:

“a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação a atuação negocial dos fornecedores; b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca em uma relação de dependência em relação aos seus fornecedores.”³⁵

De fato, o reconhecimento desta vulnerabilidade potencializada pode ser traduzido na insuficiência do princípio disposto no inciso primeiro do 4º artigo do CDC, pois, não é o mero tratamento desigual entre consumidores e fornecedores que afirmam a igualdade material entre os sujeitos, mas é necessário que exista uma proteção qualificada entre os consumidores.

Como consequência da aplicação da hipervulnerabilidade surge um dissenso doutrinário, a ser aqui tratado apenas por um viés informativo, visto que foge ao objetivo do presente trabalho que busca centrar-se na pessoa com deficiência, para a qual a aplicação das opiniões alcançam um mesmo resultado: imposição de tratamento específico. Questiona-se a qual grupo de pessoas que merecem uma aplicação diferenciada do direito. Parcela da doutrina³⁶ defende a aplicação da hipervulnerabilidade apenas aqueles

34 Apelação cível. Consumidor. Serviços de telefonia móvel. Falha na prestação dos serviços. Cobranças abusivas. Vulnerabilidade agravada do consumidor idoso. Consideração. Rescisão do contrato determinada. Devolução de valores. Danos morais. Não configuração. Considerando a verossimilhança das alegações do autor, no sentido de que o serviço de telefonia móvel contratado para utilização no exterior mostrou-se defeituoso, culminando com cobranças abusivas, bem como tendo em vista a vulnerabilidade agravada do consumidor idoso, é de se julgar procedente o pedido de rescisão de contrato, sem o pagamento de multa, tornando-se inexigíveis os valores a título de ligações internacionais, determinando-se, outrossim, a devolução do valor pago pelo aparelho celular. Danos morais não configurados, na medida em que os incômodos vivenciados pelo autor não feriram sua dignidade a ponto de gerar direito a indenização. Apelo parcialmente provido. (TJRS Apelação Cível, Nona Câmara Cível, no 70025289943, Comarca de São Leopoldo, Aniballe Tiso apelante, TIM Celular S.A e Global Celulares TIM apelados)

35 PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. DETROZ, Derlayne. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. Revista Luso-brasileira de direito do consumo. Vol. II. Nº 4. Dezembro de 2012. P. 138

36 NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais**. Direito do Consumidor – V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 431-461.

sujeitos definidos constitucionalmente, inclusas aqui as pessoas com deficiência, conforme prevê o artigo 227, §1º, inciso II e o artigo 244, §2º do texto constitucional. Ao passo que outra parcela da doutrina³⁷ afirma que existe a possibilidade de que referida proteção seja estendida a indivíduos não descritos constitucionalmente, considerando que o próprio CDC prevê situações que potencializam a vulnerabilidade do consumidor, através do disposto no artigo 39, inciso IV.

Ao considerar a utilização de novas técnicas mercadológicas, que impõem um crescente quantitativo de métodos publicitários, objetivando cada vez mais a dissimulação de seu objetivo principal: a influência ao consumo. Bem como a existência de pessoas com deficiência, que, motivadas por suas especificidades, exigem do mercado de consumo parâmetros diferenciado. É notável que, no plano fático, somados os aspectos em comento, o resultado é desastroso: a facilitação para práticas abusivas pelo fornecedor.

Deve ser enfatizado que as pessoas com deficiência são pessoas, e desta forma merecem ser tratadas pelo mercado de consumo. Tornando indispensável que o comércio, por exemplo, esteja preparado para tratar esse grupo como consumidores potenciais, pois assim o são, adotando desde as práticas de acessibilidade legalmente previstas, isto é, o campo de interação física, mas acima de tudo por meio da interação social.³⁸

O Censo demográfico realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) constatou o quantitativo de 45.606.048 milhões de pessoas que declaram possuir ao menos um tipo de deficiência permanente³⁹, numerário que traduz parcela significativa do mercado.

Ao passo que os fornecedores percebem a dimensão do mercado direcionado as pessoas com deficiência, devem também observar as especificidades geradas e exigidas por este grupo, com fito de não

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

38 MANFREDINI, Adile Maria Delfino. BARBOSA, Marco Antonio. Diferença e igualdade: o consumidor pessoa com deficiência. Revista Direitos e garantias Fundamentais. Vitória. V.17. nº1. Jan/jun. 2016. P. 91 a 110

39 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <> Acesso em 20 de fevereiro de 2018

potencializar danos eventualmente causados, devendo-lhe ser atribuída, portanto, uma maior proteção.

Esclarecedor o exemplo trazido por Adile Manfredini e Marco A. Barbosa em seu artigo diferença e igualdade: o consumidor pessoa com deficiência:

“A pessoa com deficiência ao adquirir, por exemplo, uma cadeira de rodas motorizada, em equipamento eletrônico ou até mesmo contratar um serviço de transporte acessível, essencial para sua autonomia e mobilidade, tem a expectativa e a boa-fé de que aquele produto ou serviço terá a utilidade para a qual se destina, possibilitando o trabalho, o estudo, o lazer, entre outros. Entretanto, quando aquela expectativa não se realiza, pelo não funcionamento dos produtos, ou pela não realização do serviço ou pela realização de má qualidade, são gerados consideráveis prejuízos, constituindo barreira ao exercício pleno dos direitos das pessoas com deficiência. Agravada fica a situação para a realização de tarefas essenciais para suas vidas, necessitando de imediatas soluções para evitar constrangimentos e situações de segregação.”⁴⁰

Ora, não se trata de mero incomodo a ser causado ao consumidor, mas de fato uma barreira aos direitos fundamentais, especificamente a dignidade humana que lhe deve ser preservada. Em decorrência disto, as normas que tratam genericamente dos vícios do produto/serviço tornam-se insuficientes.

Considerando a Seção IV do Capítulo IV do código de defesa do consumidor, embora apresentem soluções, isto é, substituição do produto, restituição da quantia paga ou abatimento no valor, estabelecem prazos que podem variar de sete a cento e oitenta dias, que, por óbvio atinge o consumidor com deficiência de forma diversa, obstando a sua autonomia e independência:

“A situação agrava-se, no caso do consumidor com deficiência, que se vê tolhido dos seus afazeres habituais e essenciais à sua autonomia e locomoção em virtude do não uso do produto que adquiriu ou do serviço que contratou mas não foi realizado. Não há como flexibilizar prazos, tão pouco aguardar por perícias ou avaliações de serviços ou bens de que a pessoa com deficiência necessita para realizar suas tarefas, como trabalhar, estudar,

40 MANFREDINI, Adile Maria Delfino. BARBOSA, Marco Antonio. Diferença e igualdade: o consumidor pessoa com deficiência. Revista Direitos e garantias Fundamentais. Vitória. V.17. nº1. Jan/jun. 2016. P. 91 a 110

locomover-se, comunicar-se, higienizar-se e alimentar-se, entre outras.”⁴¹

Por meio de Nota Técnica nº 62/CGSC/CPCD/2010, datada de 15 de junho de 2010, o Departamento de Proteção e defesa do consumidor estipulou, ao tratar do serviço de telefonia móvel, que diante de serviços essenciais, sob perspectiva consumerista, entendido como “aquele cuja prestação é indispensável à dignidade, à saúde e à segurança dos consumidores”, o ressarcimento deve ser imediato.⁴²

E não só, uma vez que o mercado de consumo atua com maior influência em face do consumidor com deficiência. Porém, inexistem regramentos específicos que estipulem medidas assecuratórias, como a eventual diminuição do prazo de restituição ao *status quo* conforme mencionado no exemplo anterior. Fica, então, o consumidor com deficiência a míngua da morosa e discricionária prestação jurisdicional, que se utiliza de critérios vagos e abrangentes, como o princípio da dignidade humana.

Até mesmo a exigência de que a pessoa com deficiência se dirija ao judiciário a fim de que tenha garantido direito que é seu demonstra pouca razoabilidade e sensibilidade por parte da omissão legislativa, tendo em vista, principalmente, que a estas pessoas diversas barreiras são impostas além daquelas comumente suscitadas nos estudos jurídicos, inclusive, conforme leciona Roberto W. Nogueira, pois as adaptações a fim de atender as

41 MANFREDINI, Adile Maria Delfino. BARBOSA, Marco Antonio. Diferença e igualdade: o consumidor pessoa com deficiência. Revista Direitos e garantias Fundamentais. Vitória. V.17. nº1. Jan/jun. 2016. P. 91 a 110

42 “06. No que toca a defesa do consumidor, considerando-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não traz um conceito próprio de “serviço essencial”, é fundamental que se interprete a definição da Lei nº 7.783/89 à luz da Constituição Federal (art. 5, XXXII, e 170, V) e dos objetivos que regem a política nacional de relações de consumo, tais como o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos e a harmonia das relações de consumo (art. 4º, caput do CDC). O serviço essencial, sob essa perspectiva, pode ser entendido como aquele cuja prestação é indispensável à dignidade, à saúde e à segurança dos consumidores, conceito no qual se enquadram legalmente tanto o serviço telefônico fixo, como o móvel. (...) 14. Desse modo, em sendo a telefonia móvel essencial, não se pode admitir que o consumidor seja privado do acesso a ela em razão de vício de qualidade, seja na prestação do serviço em si, seja no produto que viabiliza a sua fruição. Por isso, é inconcebível a concessão do prazo de 30 (trinta) dias previstos no CDC, art. 18, §1º, para que o fornecedor sane vício em aparelho celular: consoante demonstrado, trata-se de ferramenta indispensável para satisfazer necessidades imediatas do consumidor e, em tal condição, produto essencial.” Ministério da Justiça. Nota Técnica nº 62/CGSC/CPCD/2010. Disponível em: <>. Acesso em 20 de janeiro de 2018.

necessidades das pessoas com deficiência por vezes se restringem as “rampas de acesso”.⁴³

Todavia, embora tenham sido significativas as modificações trazidas pelas mais recentes normativas acerca do direito da pessoa com deficiência, não parece ter sido dada a devida atenção a temática consumerista.

Houve mudanças ínfimas e superficiais, que reafirmam a isonomia que deve ser estabelecida ao consumidor com deficiência, porém, sem estabelecer meios ou critérios de como deve ser realizada a referida isonomia. É desperdiçada a oportunidade de inovar em um ramo que de forma manifesta cobra renovação, como é o caso do direito do consumidor.

De fato o estatuto prevê figuras protetivas. O instituto da curatela sofreu uma remodulação e o ordenamento jurídico brasileiro inseriu a Tomada de Decisão Apoiada. Tendo em vista que a última pode ser apontada como maneira passível de solução do problema exposto no presente trabalho, é imperioso realizar algumas observações acerca do tema.

Art. 1783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informação necessários para que possa exercer sua capacidade.

Com franca inspiração no direito estrangeiro, especificamente no modelo Italiano que instituiu no seu código civil a figura do *amministratore di sostegno*, no qual também subsiste a possibilidade da curatela, o Brasil instituiu a figura da tomada de decisão apoiada, consistente em um modelo jurídico que busca alcançar as pessoas inseridas em uma zona cinzenta na qual a dualidade capacidade/incapacidade não a qualifica de forma adequada.⁴⁴

⁴³ NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Formas de Discriminação: Acesso à justiça para pessoas com deficiência. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-nov-30/roberto-nogueira-acesso-justica-pessoas-deficiencia> > . Acesso em 07 de maio de 2018.

⁴⁴ “A adoção de medidas diferentes da curatela é algo que pode ser encontrado na experiência estrangeira. Apresentam-se ora através da criação de novos modelos que excluem a curatela do sistema, como no caso da austríaca *Sachwalterschaft* e da alemã *Betreuung*; ora com a criação de modelos alternativos que não excluem a curatela do sistema mas esperam provocar o seu desuso, como se deu com a criação do “administrador” belga e da figura do *amministratore di sostegno* italiana; e por vezes simplesmente como figura que conviverá com a curatela, como na *sauvegarde de justice* francesa[2]. No caso brasileiro optou-se pela

Os entusiastas da nova legislação acerca da pessoa com deficiência também apontam para a figura do *ombudsperson*, da Suécia, que se traduz em uma pessoa, integrante dos quadros da Administração Pública, que se aproxima da pessoa com deficiência, ganhando sua confiança, com fito de auxiliá-la em sua manifestação volitiva a respeito de diversos aspectos da vida.⁴⁵

Tal instituto protetivo em nenhum momento busca questionar, tampouco restringir a capacidade plena da pessoa com deficiência. Nelson Ronsenvald traz algumas características desse sistema ao diferenciá-lo da figura da curatela.

“Cuida-se de figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade da pessoa. Não se trata de um modelo limitador da capacidade de agir, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais da pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano. Enquanto a curatela e a incapacidade relativa parecem atender preferencialmente à sociedade (isolando os incapazes) e à família (impedindo que dilapide o seu patrimônio), em detrimento do próprio interdito, a tomada de decisão apoiada é uma medida promocional da autonomia que resguarda a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente os seus desejos e anseios vitais.”⁴⁶

Ao passo que na curatela uma limitação será imposta ao indivíduo com deficiência, na tomada de decisão apoiada o indivíduo, reconhecendo a necessidade de auxílio em alguns aspectos de sua existência, recorrerá a termo, no qual conste especificamente os limites ao referido apoio e demais informações, como o compromisso dos apoiadores, o prazo de vigência, dentre outros.

convivência entre a curatela e o novo regime, servindo inclusive as disposições gerais daquela para este, nos termos do artigo 1783-A, §11. Se na realidade brasileira a tomada de decisão apoiada levará ao desuso da curatela, é algo que somente o tempo dirá.” REQUIÃO, Maurício. Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo a curatela. Em Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regime-alternativo-curatela>> Acesso em 05 de agosto de 2017.

⁴⁵ RAMOS, Cleide. A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada. Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.P.55

⁴⁶ ROSENVALD, Nelson. Tratado de direito das famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. P. 755

A legislação almeja reafirmar a autonomia da pessoa com deficiência no momento em que só admite que o referido instituto protetivo seja solicitado pela mesma. Neste aspecto, em muito guarda semelhança com a figura da autocuratela. Esta também está presente no direito alienígena, sendo denominada por alguns de autotutela, ocorre na situação em que uma pessoa capaz, de forma preventiva, estabelece que, na eventual ocorrência de sua incapacidade, os meios pelos quais sua curatela deverá ser estabelecida, ou seja, quem deve ser seu curador, como deve ser realizada a fiscalização e a gestão de seu patrimônio e outros limites.

Entre as duas figuras uma distinção se mostra fundamental no contexto dos debates contemporâneos: na tomada de decisão apoiada o indivíduo guarda consigo a plena capacidade, e a instituição da medida protetiva em nada interfere nesta condição, ao passo que na autocuratela a pessoa estabelecerá as condições em que se realizaram sua curatela no momento em que não possua mais capacidade para os atos da vida civil.

Aliás, a manutenção da capacidade também é uma das principais distinções em referência à curatela parcial. Esta, ao ser decretada atenderá aqueles considerados relativamente incapazes, de forma que aos atos da vida civil dos quais estão limitados, dependerão da assistência de seus curadores, o que não ocorre na tomada de decisão apoiada, cuja finalidade em relação a terceiros será precipuamente a segurança jurídica, dando a certeza que o negócio necessite, afastando assim a possibilidade de posterior anulação, de forma que a mera ausência dos apoiadores, *per si*, não viabiliza a anulação do ato.

Destarte, a Tomada de Decisão apoiada assume enorme importância em um regramento no qual a curatela apenas deve ser atribuída em caráter excepcional. Os Tribunais tem reconhecido este importante instrumento da seguinte maneira:

“Curatela – Interditanda idosa, deficiente física, com sequelas de AVC – Ausência de incapacidade permanente ou transitória que afete a manifestação de vontade – Laudo Pericial que aponta pela habilidade prática dos atos da vida civil – Caso em que não se verifica incapacidade relativa, o que desautoriza o estabelecimento da curatela – Limitação de direitos da pessoa sobre sua própria gestão que, com a introdução das alterações realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, se tornou medida excepcionalíssima –

Hipótese em que outros meios jurídicos, como o mandato ou tomada de decisão apoiada, se mostram mais adequados à pretensão da filha sobre a genitora e gestão de seus negócios – Sentença mantida – Recurso improvido.”⁴⁷

Assim como no processo da curatela, a tomada de decisão apoiada se constituirá através da via judicial. O juiz, tal como no processo de curatela, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão o apoio, devidamente assistido por equipe multidisciplinar, antes de se pronunciar acerca do pedido de tomada de decisão apoiada, em razão da pessoalidade da medida, que exige que para cada caso sejam realizadas as devidas cautelas. É pela mesma razão que o Ministério Público atua ativamente, de modo que também deverá ser ouvido, intervindo na condição de *custus legis*.

A legislação traz a figura do Ministério Público com atuações específicas em duas situações: (i) Caso o negócio jurídico possa trazer risco ou prejuízo relevante ao apoiado e não haja consenso nas opiniões dos apoiadores, e (ii) quando o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou ainda inadimplir com suas obrigações. Na primeira hipótese, o juiz só poderá decidir a questão após a oitiva do Ministério Público, ao passo que na segunda situação a denúncia da ilicitude será realizada diretamente ao juiz ou ao Ministério Público por qualquer pessoa, inclusive pela apoiada. É importante salientar que a referida denúncia, em caso de procedência, ensejará na destituição do apoiador denunciado.

A decisão proferida no âmbito do processo da tomada de decisão apoiada terá validade perante terceiros nos limites impostos pelo termo de acordo inicialmente previsto, sendo possível, ainda, a solicitação, por terceiro que negocie com o apoiado, que os apoiadores contra-assinem o contrato/acordo, como maneira de garantir a segurança jurídica.

Uma vez que o processo de tomada de decisão apoiada é um procedimento que não tem por objetivo o comprometimento da autonomia privada da pessoa, poderá a pessoa apoiada, a qualquer tempo, solicitar o término do acordo firmado dentro do processo. Da mesma forma, poderá também o apoiador solicitar ao juiz sua exclusão do processo de tomada de

⁴⁷ APL 00062903320138260242 SP. 6ª Câmara de Direito Privado. Julgamento 02/06/2016. Publicado 02/02/2016. Relator Eduardo Sá Pinto Sandeville

decisão apoiada, fazendo, a lei, ressalva quanto a esta última situação, o desligamento ficará condicionado à manifestação judicial.

Tal instrumento pode ser utilizado no âmbito do direito do consumidor, considerando que se trata de aspecto negocial e, portanto, a interferência de um terceiro, autorizado para tanto, inclusive judicialmente, não afronta a dignidade da pessoa com deficiência.

Ademais, da sintética análise realizada no presente trabalho, é perceptível que sua função primordial é de informar e auxiliar a pessoa com deficiência na tomada de decisões, inclusive consumeristas, como que produto consumir, por exemplo.

Todavia, observe que o referido instituto depende do requerimento da parte, como maneira de assegurar sua liberdade de escolha, o que pode ser apontado como um aspecto positivo, porém, que torna a questão da hipervulnerabilidade da pessoa com deficiência, em especial quando não assistida, em face do mercado de consumo, o que retorna a falta de previsão estatutária e a insegurança jurídica que pode ser gerada em razão de decisões discrepantes do judiciário.

5) CONCLUSÃO

João Batista Almeida, ao realizar um paralelo com a ideia de fenômeno de massa tratado por Cappelletti, afirma que o consumo é tipicamente de massa, de maneira que seus efeitos são projetados a uma enorme quantidade de pessoas.⁴⁸

Contudo, o direito não deve permitir que o domínio pela massificação deixe de amparar aqueles a quem tem o dever de proteger. Sendo assim, o presente trabalho, através da pesquisa desejou traduzir a atual situação da pessoa com deficiência na sociedade de consumo.

Inicialmente caminhou pelos ditames da legislação consumerista, especificamente no que se refere às distinções entre vulnerabilidade e hipossuficiência, bem como nas questões atinentes a dinâmica informacional e publicitária, buscando chamar atenção para a mudança na configuração do mercado de consumo, sem olvidar da necessária manutenção dos regramentos protetivos ao consumidor.

Em seguida, teve por objetivo o apontamento das principais inovações acerca do direito das pessoas com deficiência, com fulcro nas pretensas inovações trazidas pela Convenção de Nova Iorque e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, enfatizando, neste ponto, os aspectos referentes as relações de consumo, concluindo pela sua timidez e simplicidade, uma vez que apenas houve inserção de texto legal no sentido de reafirmar o já disposto na redação original da codificação: a garantia de isonomia entre os consumidores.

Considerando as especificidades entre os consumidores, desperdiça, o estatuto, a possibilidade de inovação tão cobrada por parte dos atuantes do direito do consumidor ante as modificações no âmbito do mercado, a fim de fornecer maior proteção ao consumidor com deficiência, principalmente em razão da pretensa modificação de paradigma com a presunção de sua capacidade para todos os atos da vida civil.

⁴⁸ ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2003.

Observou que a nova configuração mercadológica tem tornado obsoleta até mesmo a legislação consumerista, não fazendo sentido, portanto, que a normativa, pretensamente inovadora, acerca das pessoas com deficiência atuem como mera reafirmação (repetição) daquilo que já estava incerto no ordenamento pátrio.

Ora, não se pode, inclusive em razão dos próprios ditames principiológicos dispostos na Convenção de Nova Iorque, internalizada ao nosso ordenamento jurídico com força constitucional, permitir que não seja garantido às pessoas com deficiência as condições que garantam sua igualdade diante das mais diversas condições sociais, inclusive no que se refere ao mercado de consumo.

Ante a omissão legislativa, torna-se essencial o reconhecimento genérico de sua vulnerabilidade potencializada, isto por que, conforme se depreende do presente estudo, as pessoas com deficiência não encontram meios legalmente estabelecidos que garantam sua isonomia nas relações de consumo, de maneira que restam ameaçados seus direitos mais importantes, como é o caso da dignidade humana.

O reconhecimento de sua hipervulnerabilidade, importante ressaltar, não deve ser traduzido, sob nenhuma hipótese no seu retorno a condição de incapaz, sendo plenamente coexistente a hipervulnerabilidade e a capacidade jurídica, estando tal entendimento amparado por compreensão judicial, como ocorreu no acórdão paradigma referente ao dever de informação nos rótulos de alimentos direcionados aos celíacos.

Pretendeu o presente trabalho justificar o reconhecimento das especificidades dos consumidores com deficiência, através do conceito de hipervulnerabilidade, como maneira de garantir o respeito integral aos seus direitos, possibilitando, assim, uma atuação plena e inclusiva na sociedade de consumo, principalmente por considerar tímido, quando não inexistente, o tratamento dispendido pela doutrina, em que pese o contexto social vivido.

Bibliografia

ALEXANDRIDIS, Georgios. **Todo consumidor é vulnerável no mercado de consumo.** Disponível em:

<<https://georgiosalexandridis.jusbrasil.com.br/artigos/112128602>>. Acesso em 24 de janeiro de 2018.

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo. **Manual de Direito do Consumidor.** 2ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAPPO, Joe, 2004. **O Futuro da Propaganda: nova mídia, novos clientes, novos consumidores na era pós-televisão.** Tradução de Henrique A. R. Monteiro. 1. ed. São Paulo: Cultrix.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor.** 2. Ed. São Paulo: atlas, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito.** São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 65 a 67.

FARIAS, Cristiano Chaves de. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo.** Salvador: Editora Juspodivm, 2016. P.199

LIMA, Camilla de Mello e. **Comércio eletrônico de produtos e serviços: uma análise das principais práticas abusivas em prejuízo dos consumidores.** Salvador: editora paginae, 2014. Pág. 98/99

MANFREDINI, Adile Maria Delfino. BARBOSA, Marco Antonio. **Diferença e igualdade: o consumidor pessoa com deficiência.** Revista Direitos e garantias Fundamentais. Vitória. V.17. nº1. Jan/jun. 2016.

MARQUES, Claudia Lima e outros. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa fé no Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

MEDEIROS, J. F. **Advergames: A publicidade em jogos digitais como forma de atrair o consumidor.** Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. VIII Brazilian symposium on games and digital entertainment. Rio de Janeiro. 08/10 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.sbgames.org/papers/sbgames09/culture/short/cults3_09.pdf>. Acesso em 19/02/18.

MENGUE, Julio. **Diferença entre hipossuficiência e vulnerabilidade nas relações de consumo e suas consequências no mundo jurídico.** Jusbrasil. Disponível em: <<https://jjuridicocps.jusbrasil.com.br/artigos/133068185/diferenca-entre-hipossuficiencia-e-vulnerabilidade-nas-relacoes-de-consumo-e-suas-consequencias-no-mundo-juridico>>. Acesso em 19 de fevereiro de 2018.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas Essenciais.** Direito do Consumidor – V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 431-461.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Formas de Discriminação: **Acesso à justiça para pessoas com deficiência.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-30/roberto-nogueira-acesso-justica-pessoas-deficiencia>> . Acesso em 07 de maio de 2018.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do consumidor.** 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PESSOTTI, Isaias. **Deficiência mental:** da Superstição à Ciência. São Paulo: Queroz/EDUSP, 1984.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. DETROZ, Derlayne. **A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro.** Revista Luso-brasileira de direito do consumo. Vol. II. Nº 4. Dezembro de 2012. P. 138

RAMOS, Cleide. **A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada.** Coordenação de Ana Paula Crosara de Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008. P.55

REQUIÃO, Maurício. **Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo a curatela.** Em Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regime-alternativo-curatela>> Acesso em 05 de agosto de 2017.

ROOSENVALD, Nelson. **Tratado de direito das famílias.** Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. P. 755

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão**: construindo uma sociedade para todos. 4. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2002.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 217.

SILVA, Otto Marques da. **Epopéia Ignorada** – A História da Pessoa Deficiente no Mundo de Ontem e de Hoje - São Paulo: CEDAS, 1987.p.27.

SIQUEIRA, Rodrigo. **O uso da computação cognitiva pelos profissionais de marketing**. Disponível em: < <https://www.ibm.com/blogs/watson-customer-engagement/br-pt/2017/05/04/o-uso-da-computacao-cognitiva-pelos-profissionais-de-marketing/>.> Acesso em 29 de janeiro de 2018