UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAEL VIEIRA DE AZEVEDO

A TUTELA JURÍDICA DO CONSUMIDOR COM DEFICIÊNCIA E OS DEVERES DE GARANTIA DE ACESSIBILIDADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Recife
2019

RAFAEL VIEIRA DE AZEVEDO

A TUTELA JURÍDICA DO CONSUMIDOR COM DEFICIÊNCIA E OS DEVERES DE GARANTIA DE ACESSIBILIDADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como parte dos requisitos parciais para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Transformações do Direito Privado.

Linha de pesquisa: Transformação das relações jurídicas privadas.

Orientador: Roberto Paulino de Albuquerque Júnior.

Recife
2019

Catalogação na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

A994t Azevedo, Rafael Vieira de.
A tutela jurídica do consumidor com deficiência e os deveres de garantia de acessibilidade nos contratos de consumo / Rafael Vieira de Azevedo. – Recife, 2019.
179 f.

Orientador: Roberto Paulino de Albuquerque Junior.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.

Inclui referências.

1. Direito do Consumidor. 2. Pessoa com Deficiência. 3. Consumidor. 4. Acessibilidade. I. Albuquerque Junior, Roberto Paulino de (Orientador). II. Título.

343.81071 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2019-35)

RAFAEL VIEIRA DE AZEVEDO

A TUTELA JURÍDICA DO CONSUMIDOR COM DEFICIÊNCIA E OS DEVERES DE GARANTIA DE ACESSIBILIDADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como parte dos requisitos parciais para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovada em: 21/11/2019.

BANCA EXAMINADORA

_____

Profº. Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Junior (Orientador)

Universidade Federal de Pernambuco

_____

Profª. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal (Examinadora Interna)

Universidade Federal de Pernambuco

_____

Profº. Dr. Venceslau Tavares da Costa Filho (Examinador Interno)

Universidade Federal de Pernambuco

_____

Professor Mateus Costa Pereira (Examinador Externo)

Universidade Católica de Pernambuco

_____

Professor Rodrigo Toscano de Brito (Examinador Externo)

Universidade Federal da Paraíba

_____

Professor Dante Pontes de Brito (Examinador Externo)

Universidade Federal do Piauí

A Deus, por sua infinita bondade e misericórdia. Ao meu pai Luciano, minha mãe Paumarisa, minha irmã Rebeca e minha esposa Danielly pelo apoio em todo o tempo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo maior presente, a salvação através de Jesus, que em sua infinita bondade e misericórdia me sustentou e esteve comigo em todas as situações.

Ao meu pai Luciano, inspiração maior desse trabalho, que me ensinou que o caminho da honra e da honestidade é sempre o melhor e que, mais do que ninguém, sonhou junto comigo a conclusão de meu doutoramento.

A minha mãe Paumarisa, cujo amor, força e perseverança sempre me serviram de exemplo. Não há no mundo pessoa mais forte e mais amável, que ama seu esposo e sua família na exata medida que Jesus ordenou.

A minha irmã Rebeca, cujos inúmeros sacrifícios pessoais permitiram que eu pudesse escrever esta Tese e minha sobrinha Luiza que enche minha vida de alegria.

A minha esposa Danielly, pelo apoio, pela força, e pelo amor que sempre se fizeram presentes em minha vida e sem o qual nada teria conquistado.

Ao professor Dr. Roberto Paulino de Albuquerque Junior, pela paciência e dedicação na orientação a este trabalho, e, principalmente, pela preciosa amizade desenvolvida ao longo dessa jornada.

Aos amigos e familiares que de modo direito ou indireto fizeram parte desta conquista, não podendo nominá-los, sob pena incorrer em injustiça caso me omita em relação a algum deles.

RESUMO

O principal objetivo deste trabalho foi analisar o impacto do regramento de proteção às pessoas com deficiência e seu papel na garantia de acessibilidade dessas pessoas ao mercado de consumo em igualdade de condições com os demais consumidores. Foi utilizado o método analítico-dedutivo, pelo qual se analisou de forma sistemática os dispositivos da CRFB/1988, da CDPD, do CDC, do EPD e demais diplomas legislativos atinentes ao tema proposto. Portanto, a pesquisa tem um conteúdo quantitativo e qualitativo, na medida em que buscou não só enumerar os deveres impostos ao fornecedor atinentes a garantia do acesso da pessoa com deficiência ao mercado de consumo, como analisa-los segundo os princípios e regras atinentes a proteção da pessoa com deficiência e do consumidor. A Convenção de Nova York é um dos principais objetos de estudo, com destaque para os debates e o contexto que envolveram sua elaboração e a forma como foi internalizada no Brasil. Destaca-se que o direito brasileiro recepcionou a Convenção integralmente, com hierarquia de norma constitucional, inclusive os dispositivos que concedem plena capacidade de agir a todas as pessoas com deficiência, ao contrário de outros países signatários. O Estatuto da Pessoa com Deficiência também é objeto de análise, assim como de diversas críticas ao longo do trabalho, por ter se distanciado do modelo da Convenção de Nova York em vários dispositivos e por ter sido omisso em matérias imprescindíveis para garantia dos direitos previstos na Convenção (regras de transição, prescrição e decadência, diversos modelos e graus de decisão apoiada conforme as necessidades da pessoa, dentre outras). É enfrentado o problema da autonomia das pessoas com deficiência para tomar as próprias decisões, no contexto do direito do consumidor brasileiro, que tem como característica intrínseca a mitigação da autonomia da vontade dos contratantes em prol da defesa do consumidor, inclusive com a proibição de práticas de mercado tidas como abusivas, não sendo admitidas, sequer, com a permissão expressa do consumidor. Como resultado, a hipótese inicialmente levantada foi confirmada ao final da pesquisa, concluindo que o regramento de proteção às pessoas com deficiência ampliou os deveres inerentes a todas as relações de consumo bem como criou novos deveres de cooperação na tomada de decisão, de não discriminação e de adaptação razoável.

Palavras-chave: Deficiência. Consumidor. Deveres. Adaptação razoável. Acessibilidade. Apoio na tomada de decisão.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the impact cause by the laws addressed to protect the rights of persons with disabilities and its role in ensuring that they have access to the goods and services on equal terms with other consumers. The analytical-deductive method was used to analyze systematically the provisions of the Brazilian Constitution, the Convention on The Rights of Persons with Disability, the Brazilian consumer law, the brazilian legislative act entitled “estatuto da pessoa com deficiência” and other pieces of legislation related to the proposed theme. Therefore, the survey has a quantitative and qualitative content, as it sought not only to enumerate the obligations imposed on the supplier regarding the guarantee of the access of the disabled person to goods and services as a consumer, but also to analyze them according to the principles and rules related to the protection of disabled persons and consumers. The New York Convention is one of the main objects of study, highlighting the debates and the context that involved its elaboration and the way it was internalized in Brazil. It is noteworthy that Brazilian law has fully accepted the Convention, with a hierarchy of constitutional norms, including provisions that grant full capacity to act to all persons with disabilities, unlike other signatory countries. The Statute of Persons with Disabilities is also the object of analysis, as well as of several criticisms throughout the work, for having departed from the New York Convention model in several ways and for being omitted in matters essential to guarantee the rights provided in the Convention (rules of transition, prescription and decay, various models and degrees of decision supported according to the needs of the person, among others). The problem of the autonomy of persons with disabilities to make their own decisions is faced, in the context of Brazilian consumer law, which has as its intrinsic feature the mitigation of the autonomy of the will of contractors in favor of consumer protection, including the prohibition of practices regarded as abusive and not even allowed with the express permission of the consumer. As a result, it’s proposed that the laws addressed to protect the rights of persons with disabilities in Brazilian law broadened the duties inherent in all consumer relations as well as created new duties for decision-making cooperation, non-discrimination and of reasonable accommodation.

Keywords: Disability. Consumer. Duties. Reasonable Accommodation. Accessibility. Support in decision making.

RESUMEN

El objetivo principal de este trabajo fue analizar el impacto de la regla de protección para las personas con discapacidad y su papel para garantizar la accesibilidad de estas personas al mercado de consumo en igualdad de condiciones con otros consumidores. Se utilizó el método analítico-deductivo, que analizó sistemáticamente las disposiciones de la Constitucion brasileña, La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el código de protección al consumidor brasileño, la Ley brasileña titulada “estatuto da pessoa com deficiência” y otros actos legislativos relacionados con el tema propuesto. Por lo tanto, la investigación tiene un contenido cuantitativo y cualitativo, ya que buscó no solo enumerar las obligaciones impuestas al proveedor con respecto a la garantía del acceso de la persona con discapacidad al mercado de consumo, sino también analizarlas de acuerdo con los principios y normas relacionadas con la protección. Persona con discapacidad y el consumidor. La Convención de Nueva York es uno de los principales objetos de estudio, destacando los debates y el contexto que involucró su elaboración y la forma en que se internalizó en Brasil. Cabe destacar que la ley brasileña ha aceptado plenamente la Convención, con una jerarquía de normas constitucionales, incluidas disposiciones que otorgan plena capacidad para actuar a todas las personas con discapacidad, a diferencia de otros países signatarios. El Estatuto de las personas con discapacidad también es objeto de análisis, así como varias críticas a lo largo del trabajo, por haberse alejado del modelo de la Convención de Nueva York de varias maneras y por haber sido omitido en asuntos esenciales para garantizar los derechos previstos en el Convención (reglas de transición, prescripción y descomposición, diversos modelos y grados de decisión respaldados según las necesidades de la persona, entre otros). El problema de la autonomía de las personas con discapacidad para tomar sus propias decisiones se enfrenta, en el contexto de la legislación brasileña del consumidor, que tiene como característica intrínseca la mitigación de la autonomía de la voluntad de los contratistas a favor de la protección del consumidor, incluida la prohibición de prácticas. considerado como abusivo y ni siquiera permitido con el permiso expreso del consumidor. Como resultado, la hipótesis planteada inicialmente se confirmó al final de la investigación, concluyendo que la regla de protección para las personas con discapacidad amplió los deberes inherentes a todas las relaciones con los consumidores y creó nuevos deberes para la cooperación en la toma de decisiones, la no discriminación y de acomodación razonable.

Palabras clave: Discapacidad. Consumidor. Deberes adaptación razonable. Accesibilidad apoyo en la toma de decisiones.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....11

2 A CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO.....18

2.1 Principais características e abordagem do modelo social.....18
2.2 O artigo 12 da convenção e o direito a capacidade plena.....29
2.3 Da capacidade enquanto competência humana e o apoio na tomada de decisão.....45

3 DO TRATAMENTO DO CONSUMIDOR COM DEFICIÊNCIA.....57

3.1 Premissas metodológicas para qualificação do consumidor como hipervulnerável.....57

3.2 A pessoa com deficiência e o direito de participação plena e efetiva na sociedade de consumo.....71

3.3 O “status” jurídico do consumidor com deficiência.....83

4 DA AMPLIAÇÃO DOS DEVERES DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....96

4.1 Dos deveres de transparência.....96

4.2 Dos deveres de boa-fé.....108

4.3 Dos deveres de equilíbrio (equidade) e confiança.....117

5 OS DEVERES DE ACESSIBILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....130

5.1 Dos deveres de cooperação na tomada de decisão.....130

5.2 Dos deveres de não discriminação.....141

5.3 Dos deveres de adaptação razoável.....151

6 CONCLUSÃO.....162

REFERÊNCIAS 166

1 INTRODUÇÃO

A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (adiante denominada CDPD), inaugurou no sistema jurídico brasileiro um novo regime de tutela dos direitos da pessoa com deficiência. Isso se observa ao analisar diversos dispositivos na citada norma constitucional (tratado internacional de direitos humanos aprovado nos termos do § 3º, do art. 5º, da CRFB/1988), que conferem às pessoas com deficiência, direitos não antes previstos no ordenamento jurídico pátrio, a saber: a capacidade civil plena para praticar atos jurídicos *lato sensu* (artigo 12.1, 12.2 e 12.3 da CDPD); participação direta em processos judiciais, inclusive como testemunhas, independentemente da deficiência (artigo 13 da CDPD); o direito de casar e conservar a sua fertilidade (artigo 23.1 da CDPD)[1]; dentre outros.

A participação da pessoa com deficiência nas relações jurídicas de consumo também foi objeto específico de diversos dispositivos da CDPD a exemplo dos artigos 9.2.b e 12.5. No primeiro, é garantido que os Estados partes devem assegurar que as entidades privadas que oferecem instalações e serviços abertos ao público ou de uso público levem em consideração todos os aspectos relativos à acessibilidade para pessoas com deficiência. No segundo, é previsto que as pessoas com deficiência devem ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro.

[1] O § 6º do art. 10 da lei 9.263/96 permitia a esterilização do absolutamente incapaz mediante autorização judicial, dentre eles, pela redação anterior do art. 3º do CC/02, as pessoas com deficiência mental, intelectual e sensorial (estes somente aqueles incapazes –faticamente – de exprimir vontade), sem fazer qualquer menção ao consentimento da pessoa que sofreria o procedimento. Com a CDPD, tal dispositivo já não se aplicava a pessoa com deficiência, pois, apesar da redação que tinha artigo 3º do CC/02 antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), o artigo 12 da CDPD já garantia a toda pessoa com deficiência a plena capacidade, afastando, aliado ao art. 23.1, a incidência do mencionado dispositivo em relação a elas.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (adiante denominado EPD), elaborado com o fito de regulamentar diversos dispositivos da CDPD, criou um novo tipo de apoio a pessoa com deficiência, a saber, a tomada de decisão apoiada (art. 1783-A, CC/02). Contudo, o apoio a pessoa com deficiência não é dever apenas do curador ou dos apoiadores, mas sim, de cada Estado signatário da CDPD e da sociedade como um todo (art. 8º, EPD)[2].

Pessoa com deficiência é aquela que possui impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, a qual, em interação com diversas barreiras, impede sua participação plena e efetiva na sociedade (art. 2º do EPD; artigo 1 da CDPD). Nesse contexto, a proteção da pessoa com deficiência nas relações de consumo implica em um maior grau de imposição e exigência de deveres aos fornecedores, sejam contratuais ou extracontratuais, para que sejam transpostas as diversas barreiras sociais opostas à inclusão da pessoa com deficiência.

Para dar tratamento igualitário a pessoa com deficiência, não se desincumbirá o fornecedor de produtos e/ou serviços do seu dever de informar, se apresenta a informação em linguagem não acessível à pessoa com deficiência, ainda que o seja ao seu apoiador (art. 31, CDC). Também serão ineficazes as cláusulas contratuais que não forem redigidas em linguagem acessível a pessoa com deficiência (art. 46, CDC).

Diante desse contexto, é possível enxergar à luz da legislação consumerista e da de proteção à pessoa com deficiência, a ampliação, bem como, o surgimento de

[2] Art. 8.º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

novos deveres nas relações de consumo, não oriundos apenas da boa-fé objetiva ou institutos correlatos, mas também do princípio da acessibilidade (artigo 3, f, da CDPD), garantindo a pessoa com deficiência, a não discriminação no acesso aos bens e serviços do mercado de consumo.

O problema de pesquisa é centrado nas mudanças que a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveram na tutela jurídica do consumidor com deficiência. Foi abordado o tema levando em consideração o tratamento legal dado a esse consumidor, a ampliação e o surgimento de novos de deveres nos contratos de consumo decorrentes do princípio da acessibilidade (artigo 3, f, CDPD).

Estes problemas perpassam as seguintes perguntas de pesquisa: Qual o impacto da incidência das normas de proteção a pessoa com deficiência nas relações de consumo? O consumidor com deficiência pode ser qualificado como hipervulnerável?

A estrutura da tese é composta de quatro capítulos, nos quais são abordados e atingidos os objetivos específicos da pesquisa. A metodologia da pesquisa, as fontes utilizadas, e demais aspectos materiais e formais da tese são explicitados mais a frente.

Identificado o problema de pesquisa no tópico anterior, é possível que se delimite o objeto de pesquisa. Após a delimitação do objeto, passaremos a abordar a justificativa da pesquisa, seus objetivos gerais e específicos, seu marco teórico e a metodologia aplicada em sua execução.

O objeto da pesquisa é a tutela jurídica da pessoa com deficiência nas relações de consumo. Neste desiderato, abrange o objeto de estudo: a autonomia da pessoa com deficiência para tomar as próprias decisões e sua inclusão no mercado de

consumo; a qualificação do consumidor com deficiência como hipervulnerável e os efeitos jurídicos oriundos dessa situação jurídica; a ampliação dos deveres das relações de consumo (transparência, boa-fé, equidade e confiança) e; o surgimento de novos deveres decorrentes da interação das normas que disciplinam o direito do consumidor e a proteção à pessoa com deficiência.

A pesquisa buscou a confirmação ou não da seguinte hipótese: a incidência das normas de proteção a pessoa com deficiência ampliou os deveres impostos pela legislação consumerista nos contratos de consumo, assim como, provocou o surgimento de novos deveres.

No capítulo primeiro é tratado o tema da capacidade civil da pessoa com deficiência, que ainda é tormentoso na doutrina brasileira. Nesse, é abordado como tema central o modelo social da pessoa com deficiência e alguns de seus antecedentes históricos, o artigo 12 da Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência, sua redação, e as discussões havidas na ONU quando de sua elaboração. É abordado ao final do capítulo o apoio na tomada de decisão e os meios pelos quais as pessoas com deficiência intelectual e psíquica, inclusive nos casos mais graves, podem exercer sua autonomia e capacidade de agir tomando as próprias decisões em todos os aspectos da vida.

No capítulo segundo é analisado o tratamento legal dispensado ao consumidor com deficiência, abordando a temática da hipervulnerabilidade, das barreiras presentes na sociedade de consumo que impedem a participação da pessoa com deficiência no mercado de consumo em igualdade de condições com as demais pessoas. Ao fim, a luz de um modelo fraco de eficácia indireta dos direitos fundamentais, se propõe uma qualificação jurídica própria para o consumidor com

deficiência, sob o prisma da eficácia das normas da CDPD sobre o direito do consumidor.

O capítulo terceiro trata da primeira parte da hipótese de pesquisa, qual seja, a ampliação dos deveres das relações de consumo já consagrados na doutrina de Cláudia Lima Marques, em razão da incidência das normas de proteção a pessoa com deficiência. Foram abordados, de forma não exaustiva, os deveres de transparência, boa-fé, equidade e confiança, propondo-se uma significativa ampliação desses deveres para abarcar as normas de proteção a pessoa com deficiência, principalmente as referentes a acessibilidade.

No capítulo quarto é abordada a segunda parte da hipótese de pesquisa, onde se propôs o surgimento de três novas classes de deveres nas relações de consumo com pessoas com deficiência, a saber, os deveres de cooperação na tomada de decisão, de não discriminação e de adaptação razoável.

A importância social da presente pesquisa consiste em investigar como os preceitos da CDPD e o EPD alteram o tratamento do consumidor com deficiência que corresponde a parcela significativa da sociedade. A investigação dos deveres surgidos nas relações de consumo assume grande importância não só para a proteção, mas para viabilizar a inclusão da pessoa com deficiência nas relações de consumo em igualdade de condições com as demais pessoas, conforme preconiza a Convenção de Nova York.

O objetivo geral é estudar e identificar as mudanças que o novo regramento de proteção a pessoa com deficiência causou na tutela jurídica das relações de consumo. Os objetivos específicos são:

a) Abordar as transformações provocadas pela CDPD e pelo EPD na tutela jurídica da pessoa com deficiência, e seus reflexos nas relações de consumo;
b) Analisar a qualificação jurídica do consumidor com deficiência;
c) Propor a ampliação dos deveres das relações de consumo devido a incidência das normas de proteção a pessoa com deficiência
d) Propor o surgimento de deveres decorrentes da interação das normas de proteção à pessoa com deficiência com as de proteção ao consumidor, principalmente aqueles qualificados como hipervulneráveis;

Foi utilizado o método analítico-dedutivo, por meio do qual se analisou de forma sistemática os dispositivos da CRFB/1988, da CDPD, do CDC, do EPD e demais diplomas legislativos atinentes ao tema proposto. Portanto, a pesquisa tem um conteúdo quantitativo e qualitativo, na medida em que buscou não só enumerar os deveres impostos ao fornecedor atinentes a garantia do acesso da pessoa com deficiência ao mercado de consumo, como analisa-los segundo os princípios e regras atinentes a proteção da pessoa com deficiência e do consumidor.

Em relação ao objeto de estudo, a pesquisa foi exploratória, descritiva e explicativa, com aproximação deste através de análise tanto das normas positivas como de casos na jurisprudência pátria e estrangeira. Não se pretende, contudo, elaborar um trabalho de direito comparado, entretanto é vasta a pesquisa no direito estrangeiro de casos e soluções compatíveis com o direito brasileiro, tendo em vista ser a Convenção de Nova York aplicada em inúmeros países.

No que concerne à fonte de coleta de dados, a pesquisa foi bibliográfica documental, não só de obras de direito privado (consumidor, civil, etc), mas também

de direitos humanos e de direito constitucional. Além dessas, foram utilizadas bibliografias selecionadas de acordo com a análise de conteúdo e observação sistemática, não só da área jurídica, como também da área médica, da sociologia, da psicologia, da fonoaudiologia entre outras ciências, para levantamento de dados.

2 A CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO.

2.1 Principais características e abordagem do modelo social.

É possível situar o nascimento do modelo social - ou pelo menos no momento em que surgem os primeiros sintomas - no final da década dos anos sessenta do século XX, nos Estados Unidos e na Inglaterra[3]. Historicamente, a capacidade jurídica e a deficiência em geral foram abordadas a partir de um entendimento enraizado no modelo médico e na perspectiva do assistencialismo[4]. As medidas de proteção a pessoa com deficiência tinham como foco o indivíduo e determinavam que, para proteger aqueles que não tinham, em razão de impedimentos de natureza mental, intelectual e, muitas vezes até sensorial, as habilidades suficientes e necessárias para tomar decisões, era necessário nomear alguém para decidir em seu lugar, ou para assisti-lo.

Para entender o significado da compreensão contemporânea de deficiência é importante lembrar que até muito recentemente "Deficiência" era visto quase exclusivamente como um problema clínico do indivíduo ou "tragédia pessoal" na cultura ocidental[5]. No entanto, há uma riqueza de evidências antropológicas e sociológicas que sugerem que as respostas da sociedade a pessoas com deficiências ou impedimentos de longo prazo varia consideravelmente ao longo do tempo, cultura

---

[3] PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad**: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid/ES: CINCA, 2008, p. 107.

[4] GÓMEZ, Patrícia Cuenca *et all*. The impact of article 12 of the conventionon the rights of persons with disabilities on qatar´s private law. *In:* **The Age of Human Rights Journal**, 9 (December 2017) pp. 81-104, ISSN: 2340-9592, p. 83.

[5] GÓMEZ, Patrícia Cuenca *et all*. The impact of article 12 of the conventionon the rights of persons with disabilities on qatar´s private law. *Cit.*

e lugar[6]. Tomando como exemplo os Estados Unidos da América, são contundentes as observações feitas por Kathy Martinez[7]:

> No início do século XX, como em muitos outros países, muitas pessoas com deficiência nos EUA morriam devido à falta de tratamento médico, eram enviados para asilos ou instituições similares, ou viviam escondidos nas casas de suas famílias. Quase todos os estados tinham leis que proibiam ou tornavam muito difícil para as pessoas com deficiência fazerem parte da vida pública (algumas permaneceram em vigor até o início dos anos 90). No artigo "Uma pequena história que vale a pena conhecer", Timothy Cook cita exemplos de linguagem encontrados nas leis dos estados americanos relativas a pessoas com deficiência:
>
> Uma lei do Texas exigia a segregação para evitar a "pesada carga econômica e moral da sociedade que surge da existência a longo prazo dessas pessoas desafortunadas". Na Pensilvânia, as pessoas com deficiência eram oficialmente chamadas de "seres anti-sociais"; em Washington, "não aptas para o convívio com outras crianças"; em Vermont, "uma imperfeição da raça humana"; em Wisconsin, "um perigo para a raça"; e no Kansas, "uma desgraça para si e para o povo". Em Indiana, fomos obrigados a "nos separar do mundo"; Um relatório do governo de Utah disse que "um defeito causa danos à nossa cidadania mil vezes mais do que qualquer praga"; e em Dakota do Sul, nós simplesmente não tínhamos "os direitos e liberdades das pessoas comuns".
>
> A Suprema Corte dos Estados Unidos, em uma intervenção do Juiz Oliver Wendal Holmes apoiando a constitucionalidade de uma lei da Virginia que autorizava a esterilização involuntária de pessoas com deficiência, ratificava a visão das pessoas com deficiência como uma "ameaça". O juiz Holmes comparou com "melhores cidadãos" do país (pessoas sem deficiência) aqueles que "minam a força do Estado" (pessoas com deficiência), e para evitar "serem inundados com incompetência", disse ele, "É melhor para todo o mundo que, em vez de esperar executar os descendentes degenerados por crimes, ou deixá-los morrer de fome por sua imbecilidade, a sociedade possa impedir que aqueles que são manifestamente ineptos continuem sua espécie"[8].

---

[6] BARNES, Colin. A Legacy of Oppression: A History of Disability in Western Culture. In: BARTON, Len; OLIVER, Mike. **Disability Studies**: Past Present and Future, Leeds: The Disability Press, 1997, pp. 3-24, p. 4.

[7] MARTINEZ, Kathy. El movimiento de vida independiente en Estados Unidos. *In*: GARCÍA ALONSO, J.V. (Coord).**El movimiento de Vida Independiente:** experiencias internacionales. Fundación Luis Vives, Madrid 2003, p. 137-138.

[8] Tradução livre, no original: A principios del siglo XX, al igual que en muchos otros países, muchas personas con discapacidad en los EE.UU. morían debido a la falta de tratamiento médico, se les mandaba a asilos o instituciones, o vivían escondidas en las casas de sus familias. Casi todos los Estados tenían leyes que prohibían o ponían muy difícil a las personas con discapacidad ser partede la vida pública (algunas permanecieron vigentes hasta principios de los años 90). En el artículo “Una

Colin Barnes, professor emérito da Universidade de Leeds, considerado um dos idealizadores do modelo social[9], possui relevante trabalho sobre o contexto histórico, cultural e ideológico antes do surgimento do modelo social. Segundo Barnes, a base filosófica e cultural, sobre a qual a abordagem individualista e negativa a deficiência se baseia, permanece enraizada firmemente nos fundamentos da cultura ocidental[10]. Enquanto a grande maioria das pessoas com deficiência foram integrados na comunidade antes da revolução industrial, há evidências substanciais de que a opressão e o preconceito eram generalizados, mesmo em países desenvolvidos, situação que começa a mudar no início do século XX[1112].

Desde a política de "eutanásia" em massa para pessoas com deficiência, definidas como "comedores inúteis", introduzida pelo então governo nazista da Alemanha entre as décadas de 1930 e 40, o ocidente experimentou um 'amolecimento' geral de atitudes nos círculos políticos de países ricos como o Reino Unido, Estados

---

pequeña historia digna de conocerse", TimothyCook cita ejemplos de lenguaje encontrado en leyes del Estado relativas a laspersonas con discapacidad:

Una ley de Tejas obligaba a la segregación para evitar a la sociedad la"pesada losa económica y moral que surge de la existencia a largo plazo deestas desafortunadas personas". En Pensilvania, a las personas condiscapacidad se las denominaba oficialmente "seres anti-sociales"; enWashington, "no aptas para el compañerismo con otros niños"; en Vermont,"una imperfección de la raza humana"; en Wisconsin, "un peligro para laraza"; y en Kansas, "una desgracia para ellos mismos y para la gente". EnIndiana, se nos exigió que nos "segregáramos del mundo"; un informe delgobierno de Utahdecía que "un defecto daña nuestra ciudadanía mil vecesmás que cualquier plaga"; y en Dakota del Sur, simplemente no teníamos "losderechos y las libertades de la gente normal".

La Corte Suprema de los Estados Unidos, en una intervención de Justice Oliver Wendal Holmes apoyando la constitucionalidad de una ley en Virginia que autorizaba la esterilización involuntaria de las personas com discapacidad, ratificaba la visión de las personas con discapacidad como uma "amenaza". Justice Holmes yuxtapuso a los "mejores ciudadanos" del país (personas sin discapacidad) con aquéllos que "minaban la fuerza del estado"(personas con discapacidad), y para evitar "ser inundados con la incompetencia" afirmó: "Es mejor para todo el mundo que, en vez de esperara ejecutar por delitos a la degenerada descendencia, o a dejarlos morir de hambre por su imbecilidad, la sociedad pueda evitar que aquéllos que son manifiestamente ineptos continúen su espécie.".

[9] DINIZ, Débora. **Deficiência e Políticas Sociais – entrevista com Colin Barnes.** Disponível em: < http://www.espanholacessivel.ufc.br/entrevista.pdf>, Acesso em: 06 de junho de 2019.

[10] BARNES, Colin. Disability Studies and the Academy - past, present and future. *In*: **Ars Vivendi Journal,** No.4 (March 2013): 3-12, p. 1.

[11] BARNES, Colin. Disability Studies and the Academy - past, present and future. *Cit*. p. 2.

[12] As referências do autor são consideráveis e denotam a realidade de países desenvolvidos como Suécia, Estados Unidos, Inglaterra, dentre outros.

Unidos da América(EUA) e países da Europa continental[13]. Isso levou a uma expansão dos serviços comunitários, prestados por agências estatais e voluntários e uma proliferação de ajudantes profissionais apoiados pela tradicional compreensão da deficiência[14].

Barnes destaca também que essas mudanças políticas ocorreram graças a diversos fatores que incluem uma obrigação moral sentida pelos políticos e pela população em geral em direção ao grande número de civis e militares feridos durante as duas grandes guerras. Após a segunda guerra, houve também um crescimento sem precedentes no número de pessoas com deficiência e idosos, impulsionados também pelos avanços médicos. Tudo isso contribuiu para a politização da deficiência por pessoas com deficiência e suas organizações na segunda metade do século passado em países tão diversos como a Suécia, o Reino Unido, os EUA e Japão[15].

Nos Estados Unidos, durante os anos 20, 30 e 40 foram fundadas algumas instituições de caridade, cujo objetivo original era obter a cura para a poliomielite, paralisia e paralisia cerebral[16]. Além disso, essas organizações forneciam suporte econômico para pessoas com deficiência ou suas famílias para a compra de equipamentos, como cadeiras de rodas, muletas e respiradores. Essas organizações são: *Rotary International, Rehabilitation International, Easter Seals, The March of Dimes y United Cerebral Palsy*[17].

Ao mesmo tempo, organizações de pessoas com deficiência estavam surgindo de uma só vez, como *The National Federation of the Blind, The National Federation of Physical Handicapped* e *The National Mental Health Foundation*[18]. Esta última

[13] BARNES, Colin. Disability Studies and the Academy - past, present and future. *cit*.
[14] BARNES, Colin. Disability Studies and the Academy - past, present and future. *cit.*
[15] BARNES, Colin. Disability Studies and the Academy - past, present and future. *cit.*.
[16] MARTINEZ, Kathy. El movimiento de vida independiente en Estados Unidos. *cit.* p. 139.
[17] MARTINEZ, Kathy. El movimiento de vida independiente en Estados Unidos. *cit.*
[18] MARTINEZ, Kathy. El movimiento de vida independiente en Estados Unidos. *cit.*

foi um dos primeiros grupos (constituído principalmente por trabalhadores da saúde mental), que apoiaram o conceito de desinstitucionalização[19].

Por volta dos anos 50, a universidade de Illinois iniciou um programa para que estudantes com deficiência pudessem frequentar a universidade, tornando mais acessíveis as salas de aula e demais ambientes acadêmicos. Em 1962, 4 estudantes com deficiência grave foram transferidos de uma enfermaria localizada em uma área isolada do campus, para uma casa adaptada mais próxima do campus[20].

Em 1962, começou o primeiro programa de residentes na Universidade da Califórnia em Berkeley, no qual os alunos em cadeira de rodas podiam realmente morar nos campi. Este programa de residência foi inicialmente localizado na ala do campus onde o hospital estava localizado e um dos primeiros alunos a ser aceito neste programa foi Ed Roberts, a quem a universidade admitiu com relutância depois de uma onda de propaganda que o pintou como "o paralítico indefeso vai à escola". Os historiadores da deficiência apontam com precisão para este evento como a base fundamental do Movimento da Vida Independente, e após ele passaram-se quase 20 anos até que os alunos com deficiência fossem transferidos para os quartos regulares[21].

Característica do modelo médico, as pessoas com deficiência eram consideradas como indivíduos que se desviam de um “padrão” e, de acordo com essa abordagem, as restrições que sofrem em relação ao seu envolvimento na sociedade são devidas a suas deficiências. Desse ponto de vista, a abordagem médica da deficiência enfoca a “padronização”, a cura ou a reabilitação de pessoas com

[19] MARTINEZ, Kathy. El movimiento de vida independiente en Estados Unidos. *cit.*
[20] DEJONG, Gerben. Independent Living: From Social Movement to Analytic Paradigm. Philadelphia/ USA: **Arch Phys Med Rehabil**, Oct;60(10), p. 435-46, 1979, p. 436.
[21] MARTINEZ, Kathy. El movimiento de vida independiente en Estados Unidos. *cit.*

deficiências, a fim de integrá-las na sociedade, bem como ajudar indivíduos incapazes de alcançar essa integração[22].

Com isso, não se está dizendo que as medidas características do modelo médico (curatela) não eram consideradas como protetivas. Sem dúvidas o objetivo e fundamento da curatela é a proteção dos vulneráveis, contudo, conforme será demonstrado no decorrer deste capítulo, o equívoco da aplicação da curatela não está em sua finalidade, mas sim em sua abordagem.

Desde o final dos anos sessenta, essa consideração ortodoxa começou a ser atacadas por campanhas políticas através da Europa e Estados Unidos. Pessoas com deficiência – principalmente aquelas que viviam em instituições – tomaram a iniciativa e pressionaram por mudanças políticas[23].

Ativistas e organizações de pessoas com deficiência reuniram-se para manifestar oposição ao status de "cidadãos de segunda classe", pugnaram por um novo enfoque, o impacto das barreiras sociais e ambientais, como o transporte, edifícios inacessíveis, atitudes e estereótipos discriminatórios, fatores culturais negativos que, segundo eles, descapacitam as pessoas com deficiência. Desta forma, a participação política das pessoas com deficiência e suas organizações abriram uma nova frente na área de direitos civis e legislação anti-discriminação[24].

A ênfase nos direitos, dentre as políticas sobre deficiência, surgiu nos Estados Unidos, de modo que, os pilares da sociedade americana – capitalismo de mercado, independência, liberdade política e econômica – foram reproduzidos no foco do

[22] GÓMEZ, Patrícia Cuenca *et all*. The impact of article 12 of the conventionon the rights of persons with disabilities on qatar´s private law. *cit.*
[23] PALÁCIOS, Agostina. **El modelo social de discapacidad.** *cit.*
[24] PALÁCIOS, Agostina. **El modelo social de discapacidad.** *cit.*

movimento de vida independente. Isso acentuou, entre outras questões, os direitos civis, apoio mútuo, desmedicalização e desinstitucionalização[25].

Assim, o "movimento da vida independente" se opôs ao domínio profissional e à prestação burocrática de serviços sociais e sua escassez, ao mesmo tempo em que demandavam oportunidades para que pessoas com deficiência desenvolvessem seus próprios serviços no mercado. De um modo mais geral, as abordagens do modelo de vida independente advogavam por serviços de reabilitação com base em seus próprios objetivos, métodos de distribuição e direção[26].

Ao contrário dos Estados Unidos, a ênfase do movimento de vida independente no Reino Unido, assim como nos demais países do continente europeu foi o estado de bem-estar social, que teria um papel primordial para atender as necessidades das pessoas com deficiência. No âmbito europeu, a intervenção do estado de bem-estar é considerada essencial para superar as desvantagens e as elevadas barreiras enfrentadas pelas pessoas com deficiência. Assim, no Reino Unido, as organizações de pessoas com deficiência inicialmente lutaram contra sua categorização tradicional como um grupo vulnerável que precisa de proteção, bem como pelo direito de definir suas próprias necessidades e serviços prioritários[27].

Nesse contexto, o enfrentamento de concepções consolidadas sobre deficiência não veio de dentro das universidades e faculdades, mas das próprias pessoas com deficiência[28]. Nesse ponto, não só os norte-americanos, mas também ativistas britânicos foram especialmente importantes, pois produziram uma

[25] PALÁCIOS, Agostina. **El modelo social de discapacidad.** *cit.*
[26] PALÁCIOS, Agostina. **El modelo social de discapacidad.** *cit.*
[27] PALÁCIOS, Agostina. **El modelo social de discapacidad.** *cit.*
[28] BARNES, Colin. Disability Studies and the Academy - past, present and future. *cit.*, p. 4.

interpretação da deficiência que gerou uma nova abordagem prática e teórica do problema, comumente referido como o "modelo social de deficiência"[29].

Com a mudança de paradigma do modelo médico para o social, a deficiência foi reclassificada como uma questão de direitos humanos sob a lei internacional e as reformas nesta área destinavam-se a proporcionar oportunidades iguais às pessoas com deficiência e a expor a sua segregação, institucionalização e exclusão como formas típicas de discriminação baseada na deficiência[30].

A exemplo dos Estados Unidos, a evolução da legislação para pessoas com deficiência, como a Lei dos Americanos com Deficiência[31], levou a ainda mais mudanças nos parâmetros legais, de uma perspectiva do bem-estar para a dos direitos civis. Esta nova dimensão foi bem recebida como um marco importante no caminho para o reconhecimento dos direitos humanos das pessoas com deficiência[32].

A abordagem do modelo social é sensivelmente diferente do modelo médico. No primeiro, a deficiência é muito mais do que uma condição pessoal do indivíduo, ela é, antes de tudo, um fato social, ocasionado pela interação entre os impedimentos de longo prazo do indivíduo (de natureza física, mental, intelectual e sensorial) e diversas barreiras presentes na sociedade (barreiras ambientais, sociais, atitudinais, etc).

O modelo social baseia-se na premissa de que a deficiência é uma construção e um modo de opressão social, e o resultado de uma sociedade que não considera ou tem as pessoas com deficiência como parte da comunidade. Da mesma forma, visa à autonomia da pessoa com deficiência de decidir sobre sua própria vida e, para tanto,

---

[29] BARNES, Colin. Disability Studies and the Academy - past, present and future. *cit.*

[30] QUINN, G., DEGENER, T.. **A Survey of International, Comparative and Regional Disability Law Reform**, 2002, não paginado. Disponível em: < https://dredf.org/news/publications/disability-rights-law-and-policy/a-survey-of-international-comparative-and-regional-disability-law-reform/>, Acesso em 17 de julho de 2019.

[31] *"Americans with disabilities act*."

[32] QUINN, G., DEGENER, T.. **A Survey of International, Comparative and Regional Disability Law Reform**. *cit.*

está focada na eliminação de qualquer tipo de barreira, a fim de proporcionar uma adequada equalização de oportunidades[33].

Uma abordagem de modelo médico a respeito da capacidade de agir da pessoa com deficiência irá investigar as limitações desta, quanto a suas habilidades de tomar decisões, e nomeará um assistente ou representante para supri-las. Uma abordagem de modelo social para definir a capacidade jurídica, inclusive a de agir, não se concentra nos atributos ou limitações relativas ao indivíduo, mas nas barreiras sociais, econômicas e jurídicas que uma pessoa enfrenta ao formular e executar decisões individuais, e nos apoios e acomodações que eles precisam, dadas as particularidades de sua habilidade em tomar decisões[34].

Em consonância com a adoção do modelo social em relação à abordagem da capacidade jurídica, a CDPD defende que a abordagem assistencialista e a perspectiva do direito privado devem ser substituídas pela abordagem baseada nos direitos humanos[35]. Essa mudança tem duas implicações estreitamente relacionadas.

A primeira é que a capacidade jurídica das pessoas com deficiência deve ser abordada principalmente sob a perspectiva desses valores, princípios e objetivos centrais do discurso dos direitos humanos[36]. Assim, como o princípio da proteção teve um papel tão proeminente no sistema tradicional, o valor da autonomia torna-se particularmente importante dentro deste novo modelo, ou seja, é fundamental que todas as pessoas, incluindo pessoas com deficiência, tenham o direito de escolher

---

[33] BARIFFI, José Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos.** 2014. 646 f. Tese (Doutorado) – Universidad Carlos III de Madrid – Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Getafe, mar. 2014, p. 31.

[34] BACH, Micheal; KERZNER, Lana. "**A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity"**. "Paper" preparado para a comissão de direito de Ontário, outubro de 2010. Disponível em: <http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-kerzner.pdf>., acesso em 10 de junho de 2019, p. 18.

[35] GÓMEZ, Patrícia Cuenca *et all*. The impact of article 12 of the conventionon the rights of persons with disabilities on Qatar´s private law. *cit.* p. 84.

[36] GÓMEZ, Patrícia Cuenca *et all*. The impact of article 12 of the conventionon the rights of persons with disabilities on Qatar´s private law. *cit.*

livremente seus objetivos, tomar as medidas mais adequadas para o seu cumprimento e cometer os seus próprios erros[37].

Em segundo lugar, de acordo com a CDPD, possui capacidade de agir plena não é apenas uma condição para realizar validamente negócios jurídicos, mas é vital para garantir o exercício de todos os direitos humanos. A este respeito, o artigo 12 torna-se o núcleo da mudança fomentada pela CDPD em relação à abordagem da deficiência: as pessoas com deficiência devem ser vistas como sujeitos, como detentores de direitos humanos plenos e ativos, e não como objetos de proteção, assistência e cuidado[38].

Entretanto, essa visão não é compartilhada por boa parte da doutrina brasileira, que insiste em defender que ainda seria possível a interdição de pessoa tendo a deficiência como causa, ainda que como relativamente incapaz. No próximo tópico propor-se-á que a redação do art. 12 da CDPD é clara e contundente ao conceder capacidade de direito e capacidade de agir para todas as pessoas com deficiência e a mudança do regramento, que não mais considera apenas o discernimento, antes, foca na habilidade de tomar decisões.

A professora Amita Dhanda[39], em robusto estudo de direito comparado da legislação, doutrina e jurisprudência de diversas nações, identificou que há três abordagens características do modelo médico adotadas tanto em países desenvolvidos como em desenvolvimento. Estas são a atribuição de status, o teste funcional e o teste de resultado.

---

[37] GÓMEZ, Patrícia Cuenca *et all*. The impact of article 12 of the conventionon the rights of persons with disabilities on Qatar´s private law. *cit.*
[38] GÓMEZ, Patrícia Cuenca *et all*. The impact of article 12 of the conventionon the rights of persons with disabilities on Qatar´s private law. *cit.*
[39] Professor of Law, membra da *National Academy of Legal Studies and Research*, Hyderabad, Índia.

Pela primeira, uma vez estabelecido que qualquer indivíduo é uma pessoa com deficiência, a lei presume falta de capacidade de agir. Portanto, se tem formulações pelas quais a lei declara que uma pessoa com deficiência psicossocial, intelectual ou física não pode executar uma tarefa legal específica. Por exemplo, a previsão de que uma pessoa com deficiência psicossocial não pode adotar uma criança ou a impede que uma pessoa cega faça uma operação em uma conta bancária sem ser assistida[40].

Na segunda, temos a "melhor" das abordagens do modelo médico. No teste funcional, a incapacidade é tratada como condição limiar. No entanto, o fato da deficiência apenas, ao contrário do teste anterior, não resulta em uma constatação de incompetência. Em vez disso, a pessoa com deficiência é considerada incapaz se, em razão da deficiência, ele ou ela é incapaz de executar uma função específica. Por exemplo, este teste negaria a capacidade de agir a quem, devido a déficits cognitivos, é incapaz de compreender a natureza de um contrato ou para entender que um ato é errado ou contrário à lei[41].

Por fim, no teste de resultado, a atribuição da incapacidade é feita com base na decisão tomada pela pessoa com deficiência. Um exemplo muito citado deste teste é quando uma pessoa com uma deficiência psicossocial que depois de procurar voluntariamente o tratamento psiquiátrico mais tarde decide interrompê-lo. Em tais casos, a competência da pessoa para decidir por descontinuar o tratamento é questionada, enquanto a decisão da pessoa de procurar tratamento, *a priori*, não é[42].

Conforme já abordado em trabalho anterior[43], o direito brasileiro havia adotado a atribuição de status no CC/16 e o teste funcional no CC/02, que de certa forma

---

[40] DHANDA, Amita. **Legal Capacity in the Disability Rights Convention**: *cit.*
[41] DHANDA, Amita. **Legal Capacity in the Disability Rights Convention**: *cit.*
[42] DHANDA, Amita. **Legal Capacity in the Disability Rights Convention**: *cit.*
[43]AZEVEDO, Rafael Vieira de. **A capacidade civil da pessoa com deficiência no direito brasileiro**: reflexões acerca da Convenção de Nova York, e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

permanece presente, dada a manutenção da curatela de pessoa com deficiência em nosso ordenamento, via estatuto da pessoa com deficiência. A legislação infraconstitucional, ao que parece, adotou um modelo misto, no qual é previsto medidas de curatela em situações excepcionais. Entretanto, como se verá nas linhas seguintes, este não foi o modelo adotado na Convenção de Nova York, conforme será demonstrado a seguir, o que põe em xeque a constitucionalidade da manutenção da curatela após a internalização da CDPD com força, status e eficácia de norma constitucional.

2.2 O artigo 12 da Convenção e o direito a capacidade plena.

O artigo 12 da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência foi um dos mais polêmicos e sem dúvida o mais debatido no âmbito das seções da ONU. A questão relativa a abrangência do termo "capacidade legal"[44] constante do mencionado dispositivo da convenção, foi debatida à exaustão na quinta e sexta sessões da Convenção de Nova York na ONU[45]. No relatório da quinta sessão (a época o artigo 12 era o artigo 9), foi destacado que[46]:

> Não houve um acordo geral sobre a redação do caput do parágrafo 2, incluindo o significado do termo "capacidade legal". Algumas delegações expressaram sua preocupação com o termo e expressaram a opinião de que, se fosse usado, deveria ser traduzido para as línguas nativas e interpretado de acordo. Foi acordado que, antes da sexta sessão do Comitê Ad Hoc, delegações individuais precisariam considerar a redação atual, com base na proposta do facilitador, e que o Comitê Ad Hoc precisaria considerar se manteria a frase "ou o capacidade de agir ", que não foi usada em artigos comparáveis em outras convenções, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

[44] No original em inglês "legal capacity".
[45] PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad.** *cit.* p. 437.

[46] ONU. **Report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its fifth session**, New York, 24 January-4 February 2005, p. 7.

> 19. Notou-se que a frase “na medida do possível” referia-se à extensão em que os recursos estavam disponíveis e não à capacidade das pessoas com deficiência.
>
> 20. O texto do caput que as delegações devem considerar antes da sexta sessão do Comitê Ad Hoc diz:
>
> “2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência têm [capacidade legal] em igualdade de oportunidades com as demais pessoas em todos os campos e garantirão, na medida do possível, que, quando for necessário o apoio para exercer [essa capacidade] [a capacidade de agir]:[47]

No relatório da mesma quinta sessão foi destacado, em nota de rodapé, que em árabe, chinês e russo, o termo “capacidade legal” refere-se à “capacidade legal para direitos”, ao invés de “capacidade legal para agir”[48]. Portanto demonstrou-se necessário o esclarecimento do significado do termo “capacidade legal”, no antigo artigo 9, que foi deslocado para o atual artigo 12.

Algumas delegações consideravam que capacidade jurídica só implicava a capacidade de gozo ou de direito, e outras compreendiam o termo de forma mais extensa, abarcando tanto a capacidade de gozo ou de direito como a capacidade de agir[49]. Delegações como Costa Rica, México, Chile, Brasil e Cuba, entre outras,

---

[47] Tradução livre. No original: “There was no general agreement on the wording of the chapeau of paragraph 2, including the meaning of the term “legal capacity”. Some delegations expressed their concern in regard to the term and expressed the view that, if it were to be used, it should be translated into native languages and interpreted accordingly. It was agreed that, prior to the sixth session of the Ad Hoc Committee, individual delegations would need to consider the current wording, based on the facilitator’s proposal, and that the Ad Hoc Committee would need to consider whether to retain the phrase “or the capacity to act”, which was not used in comparable articles in other conventions, such as the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.
19. It was noted that the phrase “to the extent possible” referred to the extent to which resources were available and not to the capacity of persons with disabilities.
20. The text of the chapeau that delegations should consider prior to the sixth session of the Ad Hoc Committee reads:
“2. States parties shall recognize that persons with disabilities have [legal capacity]b on an equal basis with others in all fields and shall ensure, to the extent possible, that where support is required to exercise [that capacity] [the capacity to act]:”.

[48] ONU. **Report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its fifth session**. *Cit.*

[49] BARIFFI, Francisco J. *et al* (coord). **Estudio teórico para la aplicación del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas Con Discapacidad:** Presentación

insistiram que não era possível, no contexto da convenção, outorgar o reconhecimento de capacidade jurídica plena a todos os diferentes tipos de deficiência[50]. Enquanto que delegações como a do Canadá que defendeu que a Convenção não deveria ter exceções, senão somente incluir um princípio geral de igual capacidade jurídica, sem exceções, mas reconhecendo que há pessoas que necessitam apoio para exercer essa capacidade, intervindo no mesmo sentido a delegação da Tailândia, expressando, ambas, seu apoio ao modelo social[51].

Em resposta aos questionamentos da quinta sessão, o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos apresentou um informe na sexta sessão. Neste, o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos analisou esta questão desde três perspectivas: a do direito internacional, a do direito comparado (concretamente no sentido outorgado pelo direito francês e pelo direito espanhol), e do *common law*[52].

Em relação ao direito internacional, o comitê analisou o segundo parágrafo do artigo 15 da convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher, que contém o termo capacidade legal[53]. Concluiu-se que a redação do artigo 15.2 da convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher confirma que o termo “capacidade jurídica” deve ser lido entendendo-se que inclui a capacidade agir[54]. Essa interpretação é importante pois se o mesmo termo foi utilizado em um outro tratado temático sobre direitos humanos (referente a mulher),

---

ante el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas com Discapacidad. Buenos Aires/Argentina: RedCDPD, 2011, p. 17.

[50] PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad.** *cit.* p. 440.

[51] PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad.** *cit.*

[52] Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, (Sixth Session),

[53] Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, (Sixth Session).

[54] Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, (Sixth Session)

incluindo a capacidade de agir, não há razões para se entender que em um tratado igualmente temático subsequente lhe dê um significado mais restrito[55].

A segunda parte do documento elaborado pelo Alto Comissariado abordou o estudo do direito comparado, analisando o ordenamento jurídico francês e o espanhol. Em relação ao primeiro, arguiu que a personalidade jurídica constitui uma preocupação para aquisição da capacidade jurídica e neste conceito são identificados dois aspectos: a capacidade de gozo e a de exercício[56]. Nele a capacidade de gozo pertence a todas as pessoas e não pode ser restringida ou excluída, enquanto a capacidade de agir, por outro lado, pressupõe a existência de certos elementos adicionais e pode ser excluída ou limitada em algumas circunstâncias[57]. Entretanto, em relação ao termo "capacidade jurídica", o informe arguiu que o direito francês inclui nele tanto a capacidade de gozo como a capacidade de agir[58].

Em relação ao direito espanhol, o documento elaborado pelo Alto Comissariado expressa que a capacidade jurídica pode ser definida como a aptidão e idoneidade de um sujeito para ser titular de direitos, obrigações e relações jurídicas em geral[59]. Destaca, entretanto, que no direito espanhol a capacidade jurídica não pode ser confundida e não abrangeria a capacidade agir, que alude à aptidão da pessoa para realizar atos jurídicos de maneira direta e válida[60].

---

[55] Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, (Sixth Session)
[56] Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, (Sixth Session)
[57] Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, (Sixth Session)
[58] Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, (Sixth Session)
[59] Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, (Sixth Session)
[60] Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, (Sixth Session)

Com relação à análise do termo capacidade jurídica nos sistemas de “common law”, enfatizou-se que, em jurisdições baseadas nesse sistema, personalidade jurídica se refere de maneira abstrata à capacidade geral de uma pessoa estar sujeita a obrigações legais[61]. Portanto, concluiu o informe, que todos os seres humanos têm personalidade jurídica como indivíduos nestes sistemas e a referência "capacidade legal" neles, inclui tanto a capacidade de gozar quanto de agir[62].

O informe concluiu ao final que os dois termos, capacidade de fato e de agir, tem significados distintos no direito comparado, sendo que alguns países admitiam a restrição da segunda a determinadas circunstâncias, como a aquisição da maior idade, ou outras a depender do ato (capacidade matrimonial, capacidade exercer os direitos de propriedade, capacidade processual, capacidade contratual, capacidade para ser imputável por prática de ato ilícito, etc.)[63]. Tal era a situação do direito brasileiro, que admitia a restrição da capacidade nas hipóteses fixadas na antiga redação do art. 3º e 4º do CC/02.

Ficou evidente que as escolhas de redação da Convenção deveriam ser claras e não deixar dúvidas sobre o modelo adotado, pois, o conceito de capacidade legal sofre variações no direito comparado, muitas vezes abrangendo a capacidade de agir, outras apenas a capacidade de gozar direitos.

Na sétima sessão, o presidente da sessão encaminhou uma “carta” a todas as delegações, e, a respeito do artigo 12, defendia o seguinte[64]:

---

[61] Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, (Sixth Session)
[62] Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, (Sixth Session)
[63] Background conference document about Legal Capacity, prepared by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, (Sixth Session)
[64] ONU, Letter dated 7 October 2005 from the Chairman to all members of the Committee. *In:* **Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities**, Seventh session, New York, 16-27 January 2006, p. 7-8.

52. A questão principal aqui era a capacidade jurídica de todas as pessoas com deficiência. Esta questão em particular exige claramente uma análise mais aprofundada pelas delegações, e deixei os colchetes refletindo isso.
53. Eu pediria a todas as delegações que fossem para a próxima sessão preparadas para resolver essa questão. Temos de ter em conta os diferentes sistemas jurídicos, mas espero que as delegações possam ser tão flexíveis quanto possível, tendo em conta que a tutela ou a substituição de decisões por pessoas com deficiência levou a muitas injustiças no passado. Espero que seja possível resolver esta questão distinguindo entre (a) a posse da capacidade legal por todas as pessoas, e (b) o exercício dessa capacidade, que pode exigir a prestação de assistência em algumas circunstâncias. Noto que a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres no artigo 15 (2), por exemplo, usa o termo "capacidade legal" e no mesmo parágrafo se refere ao "exercício" dessa capacidade; não se refere à "capacidade de agir". Por conseguinte, sugiro que se mantenha o termo "capacidade jurídica", tal como utilizado nessa Convenção, o que significaria eliminar a linguagem do último conjunto de parêntesis do caput para o n.º 2.
54. Relativamente ao parágrafo 2 (b), deve recordar-se que não houve acordo sobre a necessidade de uma linguagem específica, à luz do disposto na alínea a) do n.º 2 sobre a tomada de decisão assistida (ibid., N.º 22).). O parágrafo 2 (a) prevê claramente um amplo espectro de "assistência", dependendo das circunstâncias de cada caso, o que, na opinião de algumas delegações, pode tornar o parágrafo 2 (b) redundante. Por conseguinte, peço aos colegas que considerem se o ponto 2, alínea b), não pode ser suprimido e, entretanto, coloquei parêntesis em torno do texto, o que reflete um desacordo quanto à necessidade de o fazer[65].

[65] Tradução livre. No original: "52.The main issue here was the legal capacity of all persons with disabilities. This particular issue clearly requires further consideration by delegations, and I have left square brackets reflecting this.
53. I would ask all delegations to come to the next session prepared to resolve this issue. We need to take into account the different legal systems, but I hope that delegations can be as flexible as possible, bearing in mind that guardianship or substitute decision-making for persons with disabilities has led to many injustices in the past. I hope it will be possible to resolve this matter by distinguishing between (a) the possession of legal capacity by all persons, and (b) the exercise of that capacity, which may require the provision of assistance in some circumstances. I note that the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women in article 15 (2), for example, uses the term "legal capacity" and in the same paragraph refers to "exercising" that capacity; it does not refer to "capacity to act". I therefore suggest that we stick to the term "legal capacity" as used in that Convention, which would mean deleting the language in the last set of square brackets in the chapeau to paragraph 2.
54. As regards paragraph 2 (b), you will recall that there was no agreement on the necessity for specific language on this in the light of the provisions of paragraph 2 (a) on assisted decision-making (ibid., para. 22). Paragraph 2 (a) clearly envisages a wide spectrum of "assistance" depending on the circumstances of each case, which in the view of some delegations may make paragraph 2 (b) redundant. I would therefore ask colleagues to consider whether paragraph 2 (b) might not be deleted, and in the meantime I have placed square brackets around it, reflecting disagreement over the necessity for it.".

Na mesma sessão, em atenção à proposta do presidente, foi feito um "rascunho" do que viria a ser a Convenção de Nova York, constante do anexo II do relatório dessa, com duas propostas de redação para o que viria a ser artigo 12, quais sejam[66]:

> Artigo 12
> Igual reconhecimento perante a lei
>
> 1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de serem reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
>
> [2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência têm [capacidade jurídica] em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os campos e assegurarão que, quando for necessário o apoio para exercer essa capacidade:
>
> (a) A assistência prestada é proporcional ao grau de apoio requerido e adaptado às circunstâncias da pessoa, que tal apoio não prejudica os direitos legais da pessoa, respeita a vontade e as preferências da pessoa e está livre de conflito de interesse e influência indevida. Esse apoio será sujeito a revisão regular e independente;
>
> b) Sempre que os Estados Partes estabeleçam um procedimento, que deverá ser estabelecido por lei, para a designação de um representante pessoal como uma questão de último recurso, tal lei deverá prever as garantias adequadas, incluindo a revisão regular da nomeação e das decisões tomadas pelo representante pessoal por um tribunal competente, imparcial e independente. A nomeação e a conduta do representante pessoal devem ser guiadas por princípios compatíveis com a presente Convenção e com o direito internacional dos direitos humanos.]
>
> ou: alternativamente:
>
> [2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade jurídica em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
>
> 2 bis. Os Estados Partes tomarão as medidas legislativas e outras medidas apropriadas para proporcionar o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que possam necessitar no exercício de sua capacidade legal.
>
> 2 ter. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas legislativas ou outras que se relacionem com o exercício da

[66] ONU. **Report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its Seventh session,** New York, 16 January-3 February 2006, Annex II, p. 13-14.

capacidade legal proporcionem salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos de acordo com o direito internacional dos direitos humanos. Tais salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam livres de conflito de interesses e influência indevida, sejam proporcionais e adaptadas às circunstâncias da pessoa, sejam aplicadas pelo menor tempo possível e estão sujeitas a revisão judicial imparcial e independente periódica. As salvaguardas devem ser proporcionais ao grau em que tais medidas afetam os direitos e interesses das pessoas.]

3. Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar o igual direito das pessoas com deficiência de possuir ou herdar propriedade, controlar seus próprios assuntos financeiros e ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e deve assegurar que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente privadas de suas propriedades[67].

---

[67] Tradução livre. No original: "Article 12
Equal recognition before the law

1. States Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.

[2. States Parties shall recognize that persons with disabilities have [legal capacity] on an equal basis with others in all fields and shall ensure that where support is required to exercise that capacity:

(a) The assistance provided is proportional to the degree of support required and tailored to the person's circumstances, that such support does not undermine the legal rights of the person, respects the will and preferences of the person and is free from conflict of interest and undue influence. Such support shall be subject to regular and independent review;

(b) Where States Parties provide for a procedure, which shall be established by law, for the appointment of personal representation as a matter of last resort, such a law shall provide appropriate safeguards, including regular review of the appointment of and decisions made by the personal representative by a competent, impartial and independent tribunal. The appointment and conduct of the personal representative shall be guided by principles consistent with the present Convention and international human rights law.]

or: alternative:

[2. States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity1 on an equal basis with others in all aspects of life.

2 bis. States Parties shall take appropriate legislative and other measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity.

2 ter. States Parties shall ensure that all legislative or other measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to periodic impartial and independent judicial review. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the persons' rights and interests.]

3. States Parties shall take all appropriate and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access

No caso foi debatida a possibilidade de nomeação de um representante para tomar as decisões pela pessoa com deficiência como último recurso, nos casos mais graves. Veja-se que a primeira proposta continha a figura do representante e que a segunda proposta não incluía essa possibilidade[68]. Aqueles que defendiam o modelo de apoio à decisão, bem como a maioria das organizações não-governamentais, apoiaram a segunda proposta argumentando que a primeira (através do parágrafo 2b) deu origem à figura da curatela (tutela no caso espanhol), típico do sistema de substituição de vontade na tomada de decisão[69].

Nesse ponto, a intervenção de Robert Martin, pessoa com deficiência intelectual, representante de duas organizações não-governamentais, a "International Disability Caucus" e da "Inclusion International", em nome dessas duas instituições, é precisa e relevante para se compreender a redação do artigo 12 que prevaleceu ao final, a qual se transcreve a seguir[70]:

> Intervenção relativa ao artigo 12º
>
> Senhor presidente
>
> Eu falo em nome do International Disability Caucus e Inclusion International sobre o Artigo 12 o Reconhecimento Igual como Pessoa perante a Lei. Eu sou uma pessoa com deficiência intelectual que por muitos anos não recebeu esse reconhecimento. Como resultado, fui colocado nos cuidados institucionais quando era muito jovem.
>
> Lembro-me de morar em um lugar onde fui tratado tão mal que muitas vezes fugi e me escondi debaixo de uma sebe até que o Encarregado

to bank loans, mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property.".

[68] BARIFFI, Francisco J. *et al* (coord). **Estudio teórico para la aplicación del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas Con Discapacidad.** *cit.* p. 84

[69] BARIFFI, Francisco J. *et al* (coord). **Estudio teórico para la aplicación del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas Con Discapacidad.** *Cit.*

[70] ONU, Article 12 - Equal recognition as a person before the law. **Comments, proposals and amendments submitted electronically on the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its Seventh session,** New York, 16 January-3 February 2006, não paginado.

do Bem-Estar me encontrou. Ele continuou me levando de volta, mesmo sabendo que eu estava sendo abusado. Finalmente eu fui retirado de lá, mas nada aconteceu com as pessoas que abusaram de mim. Quarenta anos depois, ainda estou zangado com isso. Eu conto essa história para que você entenda como realmente tem sido para mim e meus amigos.

As próprias leis que foram postas em prática para nos proteger foram usadas para abusar de nós, nossos direitos nos foram negados e qualquer dignidade que pudéssemos ter foi tirada de nós.

Senhor Presidente, sei que o tempo da retórica acabou, mas nunca devemos esquecer por que estamos realmente aqui. Esta Convenção não é apenas sobre nossos direitos, é também sobre nossas vidas. Eu vejo o perigo de sermos apanhados nas palavras e nas negociações e esquecermos porque estamos realmente fazendo esse trabalho.

Eu represento muitas pessoas que não podem vir a este lugar para dar a sua opinião. Eles não podem sequer ter voz em suas vidas diárias. Alguém é indicado para fazer isso. Alguém é nomeado como seu representante legal ou seu tutor, mesmo que não seja mais uma criança.

Em nome desses amigos, tenho uma mensagem muito simples para este Comitê.

O tempo para a nomeação de representação pessoal como uma questão de último recurso acabou. O mundo está seguindo em frente e estamos vendo uma mudança de paradigma para a tomada de decisão apoiada. Esta Convenção estará disponível nos próximos 20 anos e precisa refletir a prática moderna, em vez de se basear em conceitos ultrapassados de proteção. No passado, esse tipo de lei não nos afastou das instituições; em vez disso, foi muitas vezes a razão pela qual muitos de nós foram colocados e mantidos em uma instituição contra nossa vontade.

Foi essa assim chamada proteção que levou a muita miséria para mim e meus amigos. Peço respeitosamente que, se a designação de representação pessoal for uma questão de último recurso, é provável que seja retida, então que este Comitê leve mais tempo para discutir conosco como a tomada de decisão apoiada pode ser usada.

Isso (tomada de decisão apoiada) pode se aplicar a todas as pessoas que precisam de assistência, sem exceções. Acredito que ninguém jamais deve ter sua capacidade jurídica ou capacidade de agir retirada.

Faz parte da sua personalidade; é parte do que os fazem ser as pessoas únicas que são. Portanto, nenhuma pessoa ou estado deve ter o direito de tirar isso de um ser humano.
Robert Martin[71]

[71] Tradução livre, no original: “Intervention on Article 12

Durante o transcurso dos debates correspondentes na oitava sessão, pode-se notar uma preferência pela segunda das opções dadas na sétima sessão[72]. No entanto, no momento da aprovação do texto, as delegações da China, Rússia e países árabes registraram seu desacordo em relação ao significado atribuído ao termo

---

Mr Chairman

I speak on behalf of the International Disability Caucus and Inclusion International on Article 12 the Equal Recognition as a Person before the Law. I am a person with an intellectual disability who for many years did not receive this recognition. As a result I was placed in institutional care when I was very young.

I remember living in one place where I was treated so badly that I often ran away and hid under a hedge until the Welfare Officer found me. He kept taking me back even though he knew I was being abused. Finally I was moved on but nothing happened to the people who abused me. Forty years later I am still angry about that. I tell this story so that you will understand how it has really been for me and my friends.

The very laws that were put in place to protect us were in effect used to abuse us, our rights were denied to us and any dignity that we may have had was taken away from us.

Mr Chairman, I know that the time for rhetoric is over, but we must never forget why we are really here. This Convention is not just about our rights, it is also about our lives. I see a danger that we will get caught up in the words and the negotiating and forget why we are really doing this work.

I represent many people who cannot come to this place to have their say. They cannot even have a say in their daily lives. Someone else is appointed to do this. Someone is appointed as their legal representative or their guardian even though they are no longer a child.

On behalf of these friends I have a very simple message to this Committee.

The time for the appointment of personal representation as a matter of last resort is over. The world is moving on and we are seeing a paradigm shift to supported decision making. This Convention will be around for the next 20 years and needs to reflect modern practice rather than be based on outdated concepts of protection. In the past this type of law has not kept us out of institutions, instead it has often been the reason why many of us have been placed and then kept in an institution against our will.

It has been this so called protection that has lead to so much misery for me and my friends. I respectfully ask that if the appointment of personal representation as a matter of last resort is likely to be retained, then this Committee takes more time to discuss with us how supported decision making can be used instead.

This can apply for all people who need assistance, without any exceptions. I believe no-one must ever have their legal capacity or the capacity to act taken from them.

It is part of their personhood; it is part of what makes them the unique person they are. Therefore no person or state should have the right to take this away from a fellow human being.

Robert Martin

[72] A/AC.265/2006/4, Informe provisional del Comité Especial encargado cit. (Octava Sesión)

"capacidade legal"[73]. Incapaz de chegar a um acordo sobre os prazos para a aprovação da Convenção, o Comitê chegou a um consenso sobre a incorporação de uma nota de rodapé que restringe o significado do termo mencionado para as delegações supracitadas[74].

Ao fim, antes do texto ser encaminhado à assembleia geral, a União europeia – em conjunto com as delegações de Noruega, Canadá, Estados Unidos, Mónaco, Andorra, Austrália, Israel, São Marinho, Bosnia-Herzegovina, Macedônia, Sérvia, Romênia, Suíça, Armênia, Islândia, Bulgária, Moldávia e Croácia – apresentou uma carta dirigida ao presidente do comitê, expondo seu entendimento de que o conceito de "capacidade legal" tem o mesmo significado em todas as línguas, e, tendo isso por fundamento, estariam preparados para chegar a um consenso[75].

Finalmente, graças aos esforços do Presidente do Comitê, bem como ao trabalho das organizações não-governamentais e à boa vontade das Delegações, chegou-se a um consenso sobre a eliminação da nota de rodapé antes da aprovação pela Assembleia Geral[76]. Assim, com a eliminação da nota de rodapé, que tinha por fim destacar a capacidade de agir para a Rússia, China e Países Árabes, fica clara a opção do legislador da Convenção que o termo “capacidade legal” abrange tanto a capacidade de gozo quanto a capacidade de agir[77].

A redação aprovada e incorporada ao direito brasileiro deixa claro que o exercício da capacidade (capacidade de agir) está incluso no conceito, na medida que

---

[73] PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad.** *cit.* p. 461.
[74] PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad.** *cit.*
[75] ONU, **Letter dated 5 December 2006 from the Permanent Representative of Finland to the United Nations addressed to the Chairman**, não paginado.
[76] PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad.** *cit.* p. 462.
[77] O detalhamento analítico das várias espécies de capacidade de agir foi objeto de outro trabalho, a saber, AZEVEDO, Rafael Vieira de. **A capacidade civil da pessoa com deficiência no direito brasileiro**: reflexões acerca da Convenção de Nova York, e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

também estabelece que as pessoas que necessitem, receberão o apoio necessário para tal, *verbis*:

> Artigo 12
>
> Reconhecimento igual perante a lei
>
> 1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
>
> 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.
>
> 3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
>
> 4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.
>
> 5.Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

A compreensão do termo capacidade legal, previsto no artigo 12, da forma mais ampla, incluindo assim a capacidade de agir, não só a capacidade adquirir direitos, é defendida amplamente pela doutrina de direito comparado. Micheal Bach e Lana

Kerzner defendem categoricamente essa interpretação[78]: “é um consenso geral nessas Convenções, [que o termo capacidade legal] se refere a capacidade das pessoas de ter direitos e a capacidade de agir em igualdade de condições com os demais sem discriminação em razão de gênero ou deficiência”[79]. Da mesma forma o “International Disability Alliance”, aduz que[80] “Capacidade Legal é composta por dois componentes: a capacidade de ter direitos e a capacidade de agir e exercer o direito, incluindo a capacidade de ingressar com demandas judiciais baseadas nesses direitos” e continua reafirmando que[81] “Esses dois elementos são integrantes do conceito de capacidade legal, portanto, o reconhecimento de capacidade legal de qualquer grupo ou indivíduo demanda o reconhecimento desses dois elementos”[82]. O “International Disability Alliance”[83] ressalta ainda, sem meias palavras, que restringir capacidade de pessoas com deficiência com base em análise funcional é uma conduta discriminatória[84]:

[78] Tradução livre, no original: “It is generally understood in these Conventions [the term legal capacity] as referring to people’s capacity to have rights, and to have the capacity to act on those rights on an equal basis with others without discrimination on the basis of gender or disability”.
[79] BACH, Micheal; KERZNER, Lana. “**A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity”**. “Paper” preparado para a comissão de direito de Ontário, outubro de 2010. Disponível em: <http://www.lco-cdo.org/disabilities/bach-kerzner.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2019, p. 16.
[80] Tradução livre, no original: “Legal capacity consists of two integral components: the capacity to hold a right and the capacity to act and exercise the right, including legal capacity to sue, based on such rights.”.
[81] Tradução livre, no original: “Both these elements are integral to the concept of legal capacity hence recognition to the legal capacity of any group or individual mandates recognition of both these elements”.
[82] INTERNATIONAL DISABILITY ALLIANCE. **Legal Opinion on Article 12 of CRPD.** Disponível em: < http://www.internationaldisabilityalliance.org/resources/legal-opinion-article-12-crpd>, acesso em: 05 de junho de 2019, p. 1.
[83] A “International Disability Alliance” é uma organização internacional que tem como membros outras organizações de defesa dos direitos das pessoas com deficiência. Nas américas são 230 organizações em 43 países, na Europa são 390 organizações em 50 países, nos países árabes são 63 organizações em 16 países, na África são 227 organizações em 52 países, na Ásia e Oceania são 251 organizações em 48 países, mais informações: < http://www.internationaldisabilityalliance.org/content/ida-members>.
[84] INTERNATIONAL DISABILITY ALLIANCE. **IDA on Functional Capacity:** Correspondence from the International Disability Alliance to Professor Ronald McCallum, UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Julho, 2010. Disponível em: <http://www.internationaldisabilityalliance.org/resources/ida-has-submitted-june-2010-document-functional-capacity-crpd-committee>, Acesso em: 09 de junho de 2019, p. 1.

> É incorreto dizer que a pessoa pode ter capacidade legal mas não a capacidade funcional. **O teste funcional de capacidade jurídica constitui discriminação em razão da deficiência.** [sic].
>
> O direito a capacidade jurídica inclui a capacidade de agir, a saber, a capacidade de praticar atos jurídicos que dão efeitos jurídicos as decisões do sujeito ao invés de apenas ser sujeito de direitos e obrigações. Está estabelecido que a capacidade de agir não só é parte da capacidade legal garantida no Artigo 12, mas é sua parte que mais a define: o direito de tomar decisões. Enquanto a capacidade de agir é sujeita a regulação legal, esta não pode de forma alguma discriminar com base na deficiência, como por exemplo impondo a "capacidade funcional" como uma qualificação necessária para que se tenha o direito de tomar as próprias decisões[85].

No mesmo sentido é o entendimento de Robert D. Dinerstein[86]: "está claro das deliberações que originaram o art. 12, o uso do termo "capacidade legal" inclui não simplesmente a capacidade de ter direitos (ou capacidade passiva) mas também a capacidade de agir ou de exercício".

Ao contrário de outros países como Canadá, que internalizou a Convenção de Nova York, ressalvando que continuaria a utilizar modelos de substituição de decisão (curatela) embora fosse priorizar os modelos de apoio, não incorporando, assim, totalmente o texto do art. 12 da CDPD[87], no Brasil, o texto foi incorporado sem

---

[85] Tradução livre, no original: "It is incorrect to say that a person may have legal capacity but not "functional capacity". **Functional testing for legal capacity constitutes disability-based discrimination.**

The right to legal capacity includes the capacity to act, i.e. the capacity to perform legally regulated acts that give effect to one's decisions, rather than only to be the nominal subject of rights and obligations. It has already been established that the capacity to act is not only part of the legal capacity guaranteed in Article 12, it is the most defining part: the right to make decisions. While the capacity to act is subject to legal regulation, such regulation cannot in any way discriminate based on disability, such as by imposing "functional capacity" as a qualification for the right to make one's own decisions.".

[86] *Professor of law*, diretor do *clinical program* (1988-96 and 2008-present), e do *Disability Rights Law Clinic* (2005-present) na *American University Washington College of Law*. É especialista nos campos da *clinical education and disability law*, especialmente a *mental disabilities law* (incluindo questões como consentimento/decisão, capacidade e guarda de maiores e menores), *the Americans with Disabilities Act, Civil Rights of Institutionalized Persons Act*, com experiência na advocacia representando clientes com deficiência mental, com atuação no campo dos direitos humanos das pessoas com deficiência.

[87] CENTRE FOR HUMAN RIGHTS AND LEGAL PLURALISM AT MCGILL UNIVERSITY. **Canada's compliance with Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities.** Submission to the United Nations committee on the rights of persons with disabilities, 17th Session, March 20 – April 12, 2017, p. 4.

reservas, conforme se verifica no art. 1º do decreto nº 6.949/2009, que traduziu o conteúdo da Convenção e o incorporou ao direito brasileiro: “art. 1º A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, apensos por cópia ao presente Decreto, serão executados e cumpridos tão inteiramente como neles se contém.”.

Assim, no direito brasileiro, foi excluída toda e qualquer possibilidade de se restringir a capacidade de agir da pessoa com base unicamente na deficiência com a aprovação da Convenção e seu protocolo facultativo por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008 e incorporação de seu texto pelo decreto nº 6949/2009. Este fato foi enfatizando, sem dúvida, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Portanto, é incontroversamente equivocada a doutrina nacional e a jurisprudência que, sob o pretexto de aplicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, declara esta como relativamente incapaz com fulcro no inciso III do art. 4º do CC/02.

Além de todas as razões já expostas, outros dois fundamentos evidenciam esse equívoco: todas as menções a deficiência foram retiradas do art. 3º e 4º do CC/02; o inciso III do art. 4º não tem condição de possibilidade de aplicação, visto que uma pessoa que não pode expressar vontade, não tem condições fáticas de atuar em conjunto com o assistente, portanto, deve ser representada.

Veja-se que em todos os pontos do art. 12 da Convenção é indubitável que as pessoas com deficiência, quais sejam, aquelas que possuem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (art. 1º, da CDPD), possuem plena capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas. Com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) que excluiu dos arts. 3º e 4º do CC/02

qualquer menção a pessoa com deficiência no rol dos incapazes (relativa ou absolutamente), ficou ainda mais claro que a deficiência não é mais causa possível a fundamentar restrição de capacidade, ainda que de forma relativa.

Some-se a tudo isso o artigo 32 do tratado de Viena[88], que dispõe que a interpretação das normas constantes nos tratados internacionais deverá ser conforme as circunstâncias de sua elaboração e conclusão. Sendo assim, não é possível qualquer interpretação que limite a capacidade civil das pessoas com deficiência, em razão da deficiência, exceto nos casos aplicáveis a todas as demais pessoas.

2.3 Da capacidade enquanto competência humana e o apoio na tomada de decisão.

A capacidade jurídica é a ferramenta pela qual a pessoa se afirma no mundo da vida, pode ser usada como uma espada para nos permitir tomar decisões e tê-las respeitadas por outras pessoas e, da mesma forma, pode ser usada como um escudo para afastar intervenções indevidas. Ela protege o "*forum internum*" ou a integridade do espaço em que a pessoa concebe o bem para si e sua expressão no "*forum externum*" - no mundo da vida onde nos expressamos[89].

Apoiar pessoas com deficiência cognitiva a tomar decisões requer conhecimento sobre e habilidades para a comunicação com pessoas com diferentes níveis de deficiência cognitiva, autoconhecimento e reflexão, resolução de conflitos e alcance de estratégias potenciais para adaptar o apoio à tomada de decisão à necessidade de cada indivíduo. Envolve frequentemente, também, tensões e dilemas como a gestão de diferenciais de poder (entre uma medida e outra), o risco de

[88] Tratado internacional que dispõe sobre normas de interpretação dos tratados internacionais, ou seja, dispõe de regras de sobre direito, também chamadas meta-regras.
[89] QUINN, Gerard. **Rethinking Personhood**: New Directions in Legal Capacity Law & Policy. University of British Columbia: Vancouver, Canada, 2011, *cit.*

influência indevida e lidar com as tensões inerentes entre habilitar direitos e gestão de riscos. As pessoas que fornecem o apoio necessitam de oportunidades para explorar, em um ambiente seguro, esses dilemas e as maneiras pelas quais eles podem ser abordados[90].

É essencial para definir as medidas de apoio a colaboração entre os diferentes apoiadores envolvidos na vida de uma pessoa com deficiência cognitiva além de estratégias para identificar outros que possam ser potencialmente envolvidos no apoio à tomada de decisões. Exige, também, compreensão dos diferentes papéis, contextos e desafios que confrontam diferentes tipos de apoiadores[91].

Para as pessoas com deficiência mental e intelectual que causam pouco comprometimento em sua capacidade de tomar decisões e externa-las para terceiros, a opção pelo apoio ao invés da representação não encontra maiores dificuldades. A ponte entre uma pessoa assistida, no modelo de curatela de relativamente incapazes, e uma pessoa que necessita apenas de apoio, mas que conserva sua capacidade, é relativamente fácil de visualizar. Entretanto, para os casos em que as pessoas com deficiência possuem impedimentos de natureza profunda, de modo que, quando muito, apenas um grupo seleto de pessoas consiga compreender suas manifestações de vontade, seria possível um modelo de apoio na tomada de decisão? Caso possível, quais os critérios para se selecionar o modelo de apoio adequado para estes casos?

Essa questão ocupa um ponto central do modelo social, principalmente, pelo fato de que ela é o centro das controvérsias em torno da decisão apoiada: Como conceder autonomia e capacidade de agir plena para as pessoas com deficiência com impedimentos mais graves.

---

[90] BIGBY, C., WHITESIDE, M., & DOUGLAS, M. **Supporting People with Cognitive Disabilities in Decision Making**. *cit.*

[91] BIGBY, C., WHITESIDE, M., & DOUGLAS, M. **Supporting People with Cognitive Disabilities in Decision Making**. *cit.*

A CDPD promove a tomada de decisão apoiada como o meio pelo qual pessoas com deficiência podem exercer sua capacidade jurídica na maior extensão possível. Nesse aspecto, a premissa sob a qual se funda a descrença na possibilidade das pessoas serem apoiadas nos casos mais graves, é a de que a habilidade de uma pessoa tomar e comunicar decisões é caracterizada tão somente por um rol de competências cognitivas, a exemplo da compreensão de noções abstratas de causalidade, que são tidas como independentes de fatores ambientais, assim como do apoio de amigos e familiares, o que é completamente rejeitado pelo modelo social adotado na CDPD [92].

Ao invés de serem acolhidas, a dependência maior dessas pessoas é tratada como um problema e para que lhes seja reconhecido o direito humano de ter uma vida independente, se espera deles que alcancem padrões de capacidade cognitiva, muitas vezes não exigidos do restante da população[93]. Esse enfoque apenas nas capacidades cognitivas do indivíduo não se coaduna com a realidade da independência humana[94].

Ao invés de focar no discernimento, o modelo social adotado na Convenção de Nova York traz a chamada *"capabilities approach*", sob a qual se propõe denominar em português de "abordagem com foco em competências[95]". Esse modelo teórico desenvolvido no contexto dos direitos humanos e das teorias de justiça por Amartya

[92] WATSON, Joanne. Assumptions of Decision-Making Capacity: The Role Supporter Attitudes Play in the Realisation of Article 12 for People with Severe or Profound Intellectual Disability. **Laws.** Editora MDPI: Basel/Suíça, fev. 2016, p. 58.
[93] KITTAY, Eva Feder. "At the margins of moral personhood." **Ethics,** The University of Chicago Press, v. 116, pp. 100–31, p. 105.
[94] CLOUGH, Beverley. "What about us? A case for legal recognition of interdependence in informal care relationships." **Journal of Social Welfare and Family Law**, n. 36, pp 129–48, 2014, p. 131.
[95] Se optou pela tradução para a palavra "competências", ao invés de "capacidades", para fins de evitar confusão com o conceito jurídico de capacidade jurídica já consolidado na realidade jurídica brasileira.

Sen[96] e Martha Nussbaum[97], advoga que as prioridades de uma sociedade justa devem ser as capacidades que os indivíduos tem de contribuir com várias funções importantes, em outras palavras, a sociedade deve à todas as pessoas um rol de competências de ser e agir[98]. Essas são competências funcionais, no sentido de fazer algo ou fazer que algo aconteça que seja importante para os indivíduos e para a comunidade[99].

Segundo esse modelo teórico, a função é uma conquista, enquanto que a competência é a habilidade de conquistar. Funções, em um sentido, estão mais relacionadas com padrões de vida, pois consistem em distintas condições de vida. Competências, ao contrário, são noções de liberdade, no sentido positivo: que oportunidades reais você tem em relação à vida que você pode levar[100].

Em estudo comparativo com a teoria de Rawls sobre justiça, Serene Khader[101] destaca que:

> A abordagens com foco em competências difere da abordagem de bens primários de Rawls, enfatizando que a distribuição de bens sociais é sempre um meio de promover capacidades. Bens como "direitos e liberdades, poderes e oportunidades, renda e riqueza e as bases do auto-respeito"[102] são significativos na medida em que proporcionam às pessoas oportunidades substanciais para florescer. A capacidade de participação política, por exemplo, difere do direito de voto. O direito ao voto implica simplesmente a liberdade de não ser coagido, que impediria a pessoa de votar. A capacidade de participação política significa, na verdade, poder votar, com acesso a transporte, informações adequadas, etc. As abordagens de capacidades sustentam que a primeira é apenas realmente significativa em termos da segunda.
>
> (...) Nesse sentido, a abordagem com foco em competências parte de uma concepção frouxamente kantiana de considerar cada pessoa como um fim e

[96] SEN, Amartya. Equality of what?. *In*: MCMURRIN, S., ed. **The Tanner Lectures on Human Values**, Salt Lake City: University of Utah Press, 1980.
[97] NUSSBAUM, Martha C., Capabilities and Human Rights, 66 Fordham L. Rev. 273,1997. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol66/iss2/2>, Acesso em: 23 de julho de 2019.
[98] KHADER, Serene "Cognitive Disability, Capabilities, and Justice". **Essays in Philosophy**: Vol. 9: Iss. 1, Article 11, 2008, p. 3.
[99] BACH, Micheal; KERZNER, Lana. "**A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity"**. *cit.* p. 21.
[100] SEN, Amartya. The Standard of Living. *In*: HAWTHORN, Geoffrey (ed.). **The Standard of Living**. Cambridge: Cambridge University Press, 1987, p. 48.
[101] KHADER, Serene "Cognitive Disability, Capabilities, and Justice". *cit.* p. 4.
[102] RAWLS, John. A Theory of Justice. Cambridge: Harvard University Press. 1971, p. 62, *apud* KHADER, Serene "Cognitive Disability, Capabilities, and Justice". *cit.* p. 4.

> como possuidora de uma dignidade irredutível que exige respeito. Não valorizam os bens sociais por si mesmos, mas pelo que eles fazem pelas pessoas. Isto implica a noção de a que todas as pessoas são devidas igualmente às bases sociais de certas habilidades de ser e fazer[103].

Competência no sentido desenvolvido por Amartya Sen, possui um aspecto substancial (direito subjetivo) e outro processual (meios que viabilizem seu gozo e exercício), além de estar diretamente relacionada com a noção de oportunidade, em dois sentidos, (i) se uma pessoa é realmente capaz, de fato, de fazer coisas que ela valoriza, e (ii) se ela possui os meios, instrumentos ou permissões para perseguir o que ela gostaria de fazer (sua capacidade real de realizar essa busca pode depender de muitas circunstâncias contingentes)[104].

A perspectiva da competência nos permite levar em conta a variabilidade paramétrica na relação entre os meios, por um lado, e as oportunidades reais, por outro. Diferenças na competência de exercer funções podem surgir mesmo com o mesmo conjunto de meios (ex. bens primários) por uma variedade de razões, tais como: (1) heterogeneidades físicas ou mentais entre pessoas (relacionadas, por exemplo, com deficiência, ou propensão à doença); (2) variações nos recursos não pessoais (tais como a natureza dos cuidados de saúde pública, ou a coesão social e a utilidade da comunidade); (3) diversidades ambientais (tais como condições climáticas, ou ameaças variadas de doenças epidêmicas ou do crime local); ou (4)

---

[103] Tradução livre, no original: “Capabilities approaches differ from Rawls’ primary goods approach by emphasizing that the distribution of social goods is always a means to promoting capabilities. Goods like “rights and liberties, powers and opportunities, income and wealth, and the bases of self-respect” (Rawls 1972,62) are meaningful in so far as they provide persons with substantive opportunities to flourish. The capability of political participation, for example, differs from the right to vote. The right to vote simply implies freedom from coercion that would prevent one from voting. The capability of political participation means actually being able to vote, with access to transportation, adequate information, etc. Capabilities approaches maintain that the former is only really significant in terms of the latter.
(...) In this sense, capabilities approaches follow from a loosely Kantian conception of each person as an end possessed of an irreducibledignity that demands respect. Capabilities approaches assert that we do not value social goods fortheir own sake but because of what they do for people. This entails the notion that all persons areowed equally the social bases of certain abilities to be and do.”.

[104] SEN, Amartya. Human Rights and Capabilities. **Journal of Human Development**, Vol. 6, No. 2, July 2005, p. 153.

posições relativamente diferentes em relação a outras (bem ilustrado pela discussão de Adam Smith, na Riqueza das Nações, do fato de que a roupa e outros recursos de que se precisa "para aparecer em público sem vergonha" dependem do que outras pessoas usam normalmente, o que, por sua vez, pode ser mais caro em sociedades ricas do que nas mais pobres)[105].

Assim, na abordagem com foco nas competências, não se deve garantir apenas o direito a capacidade e ao seu exercício (substancial), mas também os meios pelos quais as pessoas possam fazê-lo (processo). De nada adianta, por exemplo, conceder capacidade de agir relativa a pessoas que não tem condições de externar vontade, se não há meios capazes delas externarem vontade (por razões evidentes).

Assim, a leitura a se fazer da capacidade, na perspectiva de que esta é uma das competências inerentes a todo o ser humano, ou seja, um direito da personalidade, leva em conta não apenas o discernimento, mas todas as habilidades que a pessoa reúne para tomar decisões e externar sua vontade, assim como as suas limitações. Além disso, essas habilidades e limitações devem ser avaliadas dentro do contexto social, ambiental e cultural em que a pessoa está envolvida e quais os recursos que ela necessita ter acesso para exercer as habilidades e mitigar as limitações.

Há, entretanto, que se reconhecer que há pessoas que não apresentam qualquer habilidade de tomar decisões de forma autônoma, ou que sequer poderão expressar a sua vontade, seja por causa transitória ou permanente. Esse fato pode se dar por inúmeras circunstâncias, mas é importante que se fixe que, no modelo social, é preciso que esses impedimentos sejam intransponíveis e devem se aplicar igualmente a todas as demais pessoas, independentemente de qualquer deficiência.

---

[105] SEN, Amartya. Human Rights and Capabilities. **Journal of Human Development.** *cit.* p. 154.

Reitere-se, o modelo de análise funcional, com base apenas no critério discernimento, não é considerado adequado.

Nesse ponto, alguns autores se ocuparam de propor critérios baseados nessa nova abordagem da deficiência segundo o modelo social, não só para se estabelecer as medidas de apoio e adaptação razoável aplicáveis, mas também para identificar casos em que os impedimentos seriam considerados intransponíveis. Reitere-se, a deficiência não é nem pode ser um dos critérios.

Por todos, propõe-se a adoção da proposta de Micheal Bach e Lana Kerzner, para os quais a habilidade de tomada de decisão possui dois requisitos básicos, sendo o seu limite mínimo de configuração: a competência para se comunicar de forma cognoscível pelo menos à uma pessoa (geralmente o apoiador); ser capaz de dizer "quem" é, sua história de vida, valores, objetivos, necessidades e desafios, e usar essa coerência narrativa da vida para ajudar a direcionar as decisões que dão efeito às suas intenções[106]. Em outras palavras, agir de forma que pelo menos uma outra pessoa que tenha conhecimento pessoal do indivíduo possa razoavelmente atribuir-lhe ações, vontade e / ou intenções pessoais, memória, coerência através do tempo. Não sendo atendido esse limite mínimo, será o caso de interdição por incapacidade absoluta.

Na proposta dos referidos autores, que aqui se adota, a capacidade de agir é uma competência (no sentido de Amartya Sen) e teria então três componentes principais: a) habilidades de tomada de decisão que atendam ao limite mínimo conforme definido acima; b) suporte necessário à tomada de decisões; e c) adaptação

[106] BACH, Micheal; KERZNER, Lana. “**A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity”**. *cit.* p. 65-66.

razoável por parte de outros no processo de tomada de decisão (ou seja, nos bens e serviços)[107].

Nessa perspectiva, como ficam os casos mais graves, em que os impedimentos de ordem intelectual ou psíquica levam, muitas vezes, a pôr a vida das pessoas em risco? Para responder a essa pergunta, propõe-se a adoção de três níveis de apoio na tomada de decisão, que tem como uma das principais características a sua continuidade, a sua finalidade (potencializar as habilidades decisórias das pessoas apoiadas) e o fato de poderem ser aplicados simultaneamente a mesma pessoa, a depender do tipo de decisão, quais sejam[108]:

- Decisão independente: nesse primeiro nível, a pessoa tem a habilidade de tomar decisões por conta própria e assim é reconhecida, entretanto, necessita de adaptações razoáveis para assisti-la no processo de tomada de decisão, por exemplo, garantir que a informação relativa a decisão a ser tomada seja disponibilizada em um formato que a pessoa consiga compreender, dar a pessoa tempo de sobra para tomar a decisão e permitir o uso de apoios informais, por exemplo, que a pessoa possa consultar aqueles mais próximos a ela, antes de decidir.
- Decisão apoiada: nele o indivíduo é provido de auxílio na tomada de decisão em qualquer e todas as áreas que desejar, podendo tomar diversas formas, como por exemplo o "círculo de apoio" – um certo número de indivíduos de confiança da pessoa, escolhidos por ela, para ajudá-la no processo. Os apoiadores devem ser pessoas que conhecem

[107] BACH, Micheal; KERZNER, Lana. "**A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity"**. *cit.* p. 71.
[108] FLYNN, Eilionóir, ARSTEIN-KERSLAKE, Anna. Legislating Personhood: Realising the Right to Support in Exercising Legal Capacity. **Melbourne Legal Studies Research Paper Nº. 732.** The University of Melbourne: Autralia, 2014, p. 41-42. Disponível em: <http://ssrn.com>. Acesso em 03 de julho de 2019.

bem o(a) apoiado(a) e possam ajudar a interpretar a manifestação de vontade da pessoa e comunica-la a terceiros. Os estados partes da CDPD devem prover diferentes modalidades de apoio, além de permitir a formalização de acordos de decisão apoiada e garantir que as decisões tomadas por meio desse mecanismo sejam respeitadas por todos.

- Decisão facilitada: deve ser aplicada em último caso, quando não há nenhum “círculo de apoio” ou nenhuma outra pessoa que possa interpretar a vontade e as preferências da pessoa. Nesse caso, será apontado um representante para tomar as decisões em nome do indivíduo, mas o faz com a vontade e as preferências da pessoa no centro do processo da tomada de decisão e de maneira tal que melhor promova o aumento da autonomia e da capacidade de decisão da pessoa apoiada. O papel do representante é imaginar a vontade e as preferências da pessoa e tomar a decisão com base nisso. Isso distingue a tomada de decisão facilitada da curatela tradicional que favorece uma determinação objetiva dos "melhores interesses" da pessoa, em vez de priorizar a vontade e a preferência do indivíduo.

Adequando a proposta a realidade legislativa brasileira, temos que o apoio do nível de decisão facilitada corresponde a curatela da pessoa com deficiência, prevista nos arts. 84 a 87 da CDPD. Os demais níveis de apoio mencionados devem ser adequados ao negócio jurídico de tomada de decisão apoiada previstos no art. 1.783-A do CC/02.

Contrariamente ao aspecto médico ou manicomial outrora havido na procedimentalização da interdição, a avaliação de deficiência deve ser realizada em metodologia biopsicossocial, por equipe multiprofissional e interdisciplinar, levando em consideração os impedimentos nas funções e estrutura do corpo, fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a limitação no desempenho das atividades e a restrição de participação (art. 2.º, parágrafo único, do EPD)[109].

A abordagem por competências tem como foco não apenas o contexto social, ambiental, político e econômico, mas enfatiza a necessidade situar essas considerações em relação a cada indivíduo em particular[110]. Embora possam experimentar situações semelhantes, cada pessoa experimenta diferentes barreiras e circunstâncias pessoais, de modo que o modelo social deve abarcar também essas individualidades. No que concerne a deficiência, a métrica da igualdade baseia-se em neutralizar o impacto dos impedimentos em situações individualizadas e em nutrir as competências que cada indivíduo tem a fim de permitir o seu crescimento humano[111].

Assim, nos casos mais graves – em que as pessoas estão em estado semelhante ao coma/vegetativo, ou não podem de forma alguma exprimir vontade – se aplicará o apoio no nível da decisão facilitada, no qual, embora seja inevitável recorrer a bases de valores objetivas (como o superior interesse), este deve ser sempre residual, de modo que a vontade e as preferências da pessoa devem ser buscadas sempre que possível[112]. O mesmo se dá quando a vontade e as

---

[109] MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 104/2016, p. 203 – 255, Mar – Abr, 2016, p. 212.

[110] CLOUGH, Beverley. **Exploring the Potential of Relational Approaches to Mental Capacity Law**. Tese (PhD. em Bioethics and Medical Jurisprudence) – Faculty of Humanities, University Of Manchester. Manchester/RU, p. 308, 2015, p. 42.

[111] BRODERICK, Andrea. Equality of What? The Capability Approach and the Right to Education for Persons with Disabilities. **Social Inclusion** (ISSN: 2183–2803), Volume 6, Issue 1, Pages 29–39, 2018, p. 31.

[112] FLYNN, Eilionóir, ARSTEIN-KERSLAKE, Anna. Legislating Personhood: Realising the Right to Support in Exercising Legal Capacity. *cit.* p. 49.

preferencias do apoiado forem de encontro a direitos indisponíveis ou quando estes, em estado de crise aguda, vierem a praticar atos que ponham em risco sua integridade (física, psíquica, etc). Nesses casos, o papel do apoiador é ajudar a pessoa a sair do estado de crise, praticando todos os atos necessários para preservá-la, até que ela retorne ao estado natural em que possa manifestar vontade[113].

Nesses termos, sendo a pessoa com deficiência capaz, caso não seja fornecido o apoio necessário para o exercício de sua capacidade de agir, quais os efeitos que se pode prever desse ato nas relações de consumo? Há alguma sanção direcionada ao fornecedor que contratar com consumidor com deficiência sem que esta tenha sido devidamente apoiada?

Noutro trabalho, defendeu-se que o ato praticado pela pessoa com deficiência sem que esta tenha sido regularmente apoiada estaria sujeito a pena de ineficácia relativa[114]. No contexto das relações de consumo, propõe-se a aplicação do art. 46 do CDC, que dispõe que não obrigarão os consumidores as cláusulas das quais estes não tiverem tido a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

O art. 46 do CDC é porta de entrada perfeita para incidência do art. 12 da CDPD, além dos dispositivos que se referem a acessibilidade e adaptações razoáveis (ex. art. 9). Não ter tido a oportunidade de ser apoiada ou não ter tido acesso a adaptações razoáveis (que serão melhor detalhadas no último capítulo), implica que

---

[113] FLYNN, Eilionóir, ARSTEIN-KERSLAKE, Anna. Legislating Personhood: Realising the Right to Support in Exercising Legal Capacity. *cit.* p. 50.

[114] Conferir: AZEVEDO, Rafael Vieira de. **A capacidade civil da pessoa com deficiência no direito brasileiro**: reflexões acerca da Convenção de Nova York, e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

a pessoa ou não teve oportunidade te tomar o devido conhecimento do conteúdo ou que este não estava em formato que esta pudesse compreender.

3 DO TRATAMENTO DO CONSUMIDOR COM DEFICIÊNCIA.

3.1 Premissas metodológicas para qualificação do consumidor como hipervulnerável.

O direito do consumidor é individual, coletivo e difuso, de modo que a amplitude do referencial dos interesses envolvidos nas relações de consumo deve transcender as antigas dicotomias público versus privado e coletivo versus individual[115]. Tão pouco a simples soma de interesses individuais resultará em um resultado ou uma síntese adequada à determinação dos interesses envolvidos nas relações de consumo[116]. É a complexidade dos tempos pós-modernos que impõe um grau maior de sofisticação no olhar para tais interesses[117].

A doutrina pátria costuma se referir a vulnerabilidade como uma norma princípio do direito do consumidor, caracterizada pelo reconhecimento de um estado da pessoa inerente de risco ou um sinal de confrontação de interesses identificado no mercado, que pode ser permanente, provisória, individual ou coletiva que fragiliza o sujeito de direitos, desequilibrando a relação[118]. Na qualidade de norma de estrutura reflexiva[119], o princípio incide de forma indireta, sempre por intermédio de regras, que possuem estruturas menos complexas voltadas para a aplicação ao caso concreto.

No processo de concretização, há situações de fato que demandam regras diferenciadas para se manter a conformidade e coerência do sistema, pois, a proporcionalidade, além de um princípio, é uma condição de possibilidade de

---

[115]LEAL, Larissa Maria de Moraes. A reparação integral por meio de ação civil pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo. **Revista de processo.** vol. 239/2015, p. 263-275, 2015, p. 267.

[116] LEAL, Larissa Maria de Moraes. A reparação integral por meio de ação civil pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo. *cit.*

[117] LEAL, Larissa Maria de Moraes. A reparação integral por meio de ação civil pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo. *cit.*

[118] MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5ed, São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2016, não paginado.

[119] NEVES, Marcelo**. Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 129.

subsistência de qualquer sistema lógico[120]. Nesse sentido a doutrina enuncia uma qualificação especial de consumidor que apresenta condições diferenciadas que reclamam, pelo primado da proporcionalidade, a aplicação de regras adequadas a sua realidade, qual seja, a de hipervulnerável.

Se o consumidor em geral é vulnerável e está protegido pelo CDC sob diversos aspectos previstos em textos normativos específicos, determinadas categorias de consumidores, por estarem em situação de um maior potencial de risco de lesão que aqueles em condições "ordinárias", podem ser consideradas como hipervulneráveis[121].

A presunção de vulnerabilidade do consumidor é doutrina consolidada na realidade jurídica brasileira, tipificando entre as espécies de vulnerabilidade a técnica, a jurídica e a fática[122]. A primeira se dá em face da hipótese na qual o consumidor não possui conhecimentos especializados sobre o produto ou serviço que adquire ou utiliza em determinada relação de consumo, enquanto que o fornecedor, por sua vez, presume-se que· tenha conhecimento aprofundado sobre o produto ou serviço que ofereça[123].

A segunda, também denominada de científica, se dá na hipótese da falta de conhecimentos, pelo consumidor, dos direitos e deveres inerentes à relação de consumo que estabelece, assim como a ausência da compreensão sobre as consequências jurídicas dos contratos que celebra. A terceira é espécie ampla, que abrange, genericamente, diversas situações concretas de reconhecimento da

---

120 NEVES, Marcelo**. Entre Hidra e Hércules**. *cit.*
121 PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 113, p. 81-109, 2017, p. 82.
122 MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 129.
123 MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** *cit.*

debilidade do consumidor (a exemplo da vulnerabilidade econômica), estando inserta nela, a situação da vulnerabilidade agravada, também denominada hipervulnerabilidade[124].

A expressão hipervulnerabilidade, cunhada pelo Min. Antônio Herman Benjamim, no REsp 586.316/MG, terminou se consolidando na doutrina, tornando o referido julgamento verdadeiro paradigma para o estudo desse instituto no Brasil. Vejamos a ementa do referido julgado:

> DIREITO DO CONSUMIDOR. ADMINISTRATIVO. NORMAS DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA.
> DIREITO À INFORMAÇÃO. DEVER POSITIVO DO FORNECEDOR DE INFORMAR, ADEQUADA E CLARAMENTE, SOBRE RISCOS DE PRODUTOS E SERVIÇOS. DISTINÇÃO ENTRE INFORMAÇÃO-CONTEÚDO E INFORMAÇÃO-ADVERTÊNCIA. ROTULAGEM. PROTEÇÃO DE CONSUMIDORES HIPERVULNERÁVEIS. CAMPO DE APLICAÇÃO DA LEI DO GLÚTEN (LEI 8.543/92 AB-ROGADA PELA LEI 10.674/2003) E EVENTUAL ANTINOMIA COM O ART. 31 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. JUSTO RECEIO DA IMPETRANTE DE OFENSA À SUA LIVRE INICIATIVA E À COMERCIALIZAÇÃO DE SEUS PRODUTOS. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS POR DEIXAR DE ADVERTIR SOBRE OS RISCOS DO GLÚTEN AOS DOENTES CELÍACOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.
> 1. Mandado de Segurança Preventivo fundado em justo receio de sofrer ameaça na comercialização de produtos alimentícios fabricados por empresas que integram a Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação, ABIA, ora impetrante, e ajuizado em face da instauração de procedimentos administrativos pelo PROCON-MG, em resposta ao descumprimento do dever de advertir sobre os riscos que o glúten, presente na composição de certos alimentos industrializados, apresenta à saúde e à segurança de uma categoria de consumidores os portadores de doença celíaca.
> 2. A superveniência da Lei 10.674/2003, que ab-rogou a Lei 8.543/92, não esvazia o objeto do *mandamus*, pois, a despeito de disciplinar a matéria em maior amplitude, não invalida a necessidade de, por força do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor, CDC, complementar a expressão contém glúten com a advertência dos riscos que causa à saúde e segurança dos portadores da doença celíaca. É concreto o justo receio das empresas de alimentos em sofrer efetiva lesão no seu alegado direito líquido e certo de livremente exercer suas atividades e comercializar os produtos que fabricam.
> 3. As normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de ordem pública e interesse social. São, portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão *ex ante* e no atacado.

[124] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** *cit.*

4. O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios.
5. O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5°, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC.
6. No âmbito da proteção à vida e saúde do consumidor, o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança.
7. Entre os direitos básicos do consumidor, previstos no CDC, inclui-se exatamente a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (art. 6°, III).
8. Informação adequada, nos termos do art. 6°, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas, redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor.
9. Nas práticas comerciais, instrumento que por excelência viabiliza a circulação de bens de consumo, a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores (art. 31 do CDC).
10. A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa.
11. A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= como se usa o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento), e d) informação-advertência (= riscos do produto ou serviço).
12. A obrigação de informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do *caveat emptor* como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão.
13. Inexistência de antinomia entre a Lei 10.674/2003, que surgiu para proteger a saúde (imediatamente) e a vida (mediatamente) dos portadores da doença celíaca, e o art. 31 do CDC, que prevê sejam os consumidores informados sobre o "conteúdo" e alertados sobre os "riscos" dos produtos ou serviços à saúde e à segurança.
14. Complementaridade entre os dois textos legais. Distinção, na análise das duas leis, que se deve fazer entre obrigação geral de informação e obrigação especial de informação, bem como entre informação-conteúdo e informação-advertência.
15. O CDC estatui uma obrigação geral de informação (= comum, ordinária ou primária), enquanto outras leis, específicas para certos setores (como a Lei 10.674/03), dispõem sobre obrigação especial de informação (= secundária, derivada ou tópica). Esta, por ter um caráter mínimo, não isenta os profissionais de cumprirem aquela.
16. Embora toda advertência seja informação, nem toda informação é advertência. Quem informa nem sempre adverte.
17. No campo da saúde e da segurança do consumidor (e com maior razão quanto a alimentos e medicamentos), em que as normas de proteção devem

> ser interpretadas com maior rigor, por conta dos bens jurídicos em questão, seria um despropósito falar em dever de informar baseado no *homo medius* ou na generalidade dos consumidores, o que levaria a informação a não atingir quem mais dela precisa, pois os que padecem de enfermidades ou de necessidades especiais são freqüentemente a minoria no amplo universo dos consumidores.
> 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.
> 21. Existência de lacuna na Lei 10.674/2003, que tratou apenas da informação-conteúdo, o que leva à aplicação do art. 31 do CDC, em processo de integração jurídica, de forma a obrigar o fornecedor a estabelecer e divulgar, clara e inequivocamente, a conexão entre a presença de glúten e os doentes celíacos.
> 22. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.
>
> (STJ, REsp 586316 / MG, Relator: Ministro Herman Benjamin, Órgão julgador: T2 - segunda turma, Data de julgamento: 17/04/2007, Fonte: DJe 19/03/2009).

Nos termos fixados no referido acórdão, os hipervulneráveis são aqueles que mais sofrem com a massificação das relações de consumo, por serem grupos minoritários sujeitos a um grau de vulnerabilidade diferenciado dos demais. Enquanto a vulnerabilidade “geral” do art. 4º, inciso I do CDC, se presume e é inerente a todos os consumidores, a hipervulnerabilidade seria inerente e “especial” à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade)[125].

Adalberto Pasqualloto e Flaviana Rampazzo Soares enunciam que enquanto a vulnerabilidade é um princípio, a hipervulnerabilidade poderia funcionar como uma regra[126]. Entretanto, para o modelo teórico-metodológico adotado neste trabalho, a diferença entre vulnerabilidade e hipervulnerabilidade não reside no plano normativo,

---

[125] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor.** 7ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 362.
[126] PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *cit.* p. 85.

ao contrário, neste, a segunda está inclusa no suporte fático da primeira, que é reflexivo.

Afigura-se mais apropriada a noção sistêmica da observação de primeira e segunda ordem para que se compreenda a localização da distinção entre princípios e regras no plano da argumentação jurídica. A observação de primeira ordem consiste na observância cotidiana do direito, da pura aplicação rotineira de normas jurídicas, de modo que não é questionado o sentido nem questionada a validade das normas a serem seguidas, aplicadas ou usadas no respectivo contexto. Na observação de segunda ordem, os envolvidos na comunicação jurídica galgam outro plano, a partir do qual discutem sobre as normas a serem aplicadas, a sua validade, o seu sentido, as condições de cumprimento, etc., possibilitando que se rediscutam permanentemente as normas a aplicar e as condições de seu cumprimento, aumentando, assim, o grau de irritabilidade do sistema[127].

Os princípios, assim, são normas no plano reflexivo, possibilitando o balizamento e a construção ou reconstrução de regras. Estas, como razões imediatas para normas de decisão, são condições da aplicação dos princípios à solução dos casos[128].

Os princípios são estruturas reflexivas (mais abrangentes de reflexividade) que ostentam o caráter de normas jurídicas gerais, com base nas quais se desenvolve uma observação de segunda ordem dos casos constitucionais a decidir e das normas de decisão. São eles a válvula de escape que permite aplicar dinamicidade a um

[127] NEVES, Marcelo**. Entre Hidra e Hércules**. *cit.* p. 99-100.
[128] NEVES, Marcelo**. Entre Hidra e Hércules**. *cit.* p. 103.

sistema jurídico de regras numa sociedade complexa com os mais diversos e, muitas vezes, antagônicos valores[129].

As regras, também normas jurídicas gerais, têm em si expectativas normativas que se dirigem imediatamente à solução do caso, estando, portanto, na observação de primeira ordem da estática jurídica. Portanto, os princípios são razões mediatas de decisões de questões jurídicas, pois, entre os princípios e as razões, sempre haverá uma regra, seja ela atribuível diretamente a texto produzido pelo processo legislativo (inclusive constituinte e reformador), seja ela atribuída (indiretamente) a um texto normativo mediante o órgão encarregado da concretização jurídica, isto é, mediante construção jurisprudencial[130].

Em razão de os princípios estarem mais distantes do caso a decidir e possuírem uma relação mais flexível entre antecedente e consequente, são mais adequados a enfrentar a diversidade de expectativas normativas da sociedade em relação ao sistema jurídico[131]. Contudo, por apresentarem-se subcomplexos perante o caso a ser decidido, as regras jurídicas são mais adequadas para oferecer fundamento imediato do caso a decidir[132]. Finalizadas as considerações sobre a diferença entre regras e princípios, passemos então a análise da natureza da hipervulnerabilidade.

A hipervulnerabilidade é entendida neste trabalho não como norma, mas como uma situação de fato, que possui aptidão para compor suficientemente o suporte fático de outras regras jurídicas. Essas, por sua vez, quando não decorrem diretamente do princípio da vulnerabilidade, tem sua eficácia ampliada por ele, em razão de uma demanda de proporcionalidade que é intrínseca a aplicação de toda norma jurídica.

---

[129] NEVES, Marcelo**. Entre Hidra e Hércules**. *cit.* p. 130.
[130] NEVES, Marcelo**. Entre Hidra e Hércules**. *cit.* p. 84.
[131] NEVES, Marcelo**. Entre Hidra e Hércules**. *cit.* p. 118.
[132] NEVES, Marcelo**. Entre Hidra e Hércules**. *cit.*

Bruno Miragem ressalta que decorre do princípio da vulnerabilidade uma presunção absoluta de fraqueza ou debilidade do consumidor, que poderá, todavia, variar quanto ao modo que se apresenta em relação a cada consumidor, em face de suas características pessoais e suas condições econômicas, sociais ou intelectuais[133]. Ressalta ainda que certas qualidades pessoais do consumidor podem dar causa a uma soma de fatores de reconhecimento da vulnerabilidade, que originaria a vulnerabilidade agravada[134].

Os próprios Adalberto Pasqualloto e Flaviana Soares defendem que não é possível indicar genericamente situações que se enquadrem em hipervulnerabilidade, sendo fundamental que a análise seja feita casuisticamente independente de se tratarem de interesses individuais ou metaindividuais[135]. Assim, conforme os autores citados, não é possível definir, *a priori*, o número de situações de fato que podem gerar a hipervulnerabilidade, ou sequer, que determinada situação, por si só, gere esse agravamento. Entretanto, em relação a vulnerabilidade, todo aquele que se enquadrar como consumidor será, indubitavelmente, protegido pelas regras oriundas do princípio da vulnerabilidade.

As regras são estruturas subcomplexas, voltadas para aplicação direta ao caso e, por isso, não admitem certo grau de complexidade na estrutura de seu suporte fático. A situação de análise casuística e impossibilidade de definição, *a priori*, das hipóteses de incidência, se enquadra perfeitamente na complexidade de uma norma reflexiva, com são os princípios.

---

[133] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** *cit.* p. 130-131.
[134] PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *cit.*
[135] PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *cit.* p. 86

Sendo a vulnerabilidade um princípio, seu conteúdo é hipercomplexo e admite o surgimento de novas regras sempre que surgirem novos casos que demandem a sua incidência, obedecendo-se ao primado da proporcionalidade. A hipervulnerabilidade é mais complexa do que a noção de vulnerabilidade, por envolver, além da presunção comum a todos os consumidores, circunstâncias peculiares para sua configuração[136], por isso, não pode ser uma regra. Se fosse um princípio, teríamos duas normas de conteúdo semelhante, mesma estrutura, que incidiriam indireta e concomitantemente em variadas hipóteses, gerando os mesmos efeitos. Um sistema lógico não comporta duas normas semelhantes, de mesma estrutura e função, principalmente quando a hipervulnerabilidade é, em si, uma vulnerabilidade, ou seja, o segundo conceito abarca o primeiro. Teríamos, assim, uma ambiguidade normativa, conclusão que deve ser refutada em razão do princípio lógico da identidade.

Caso, entretanto, consideremos a hipervulnerabilidade uma situação de fato, não haverá maiores problemas em seu enquadramento jurídico. Nessa hipótese, teríamos uma única norma, o princípio da vulnerabilidade, hipercomplexa, da qual decorreriam regras que dão tratamento distinto as inúmeras hipóteses de sua incidência, conforme o primado da proporcionalidade, que é condição de possibilidade de aplicação de toda e qualquer norma jurídica. Adotada esta hipótese, o tratamento diferenciado dado ao consumidor hipervulnerável tem fundamento na aplicação proporcional e isonômica de regras jurídicas oriundas do princípio da vulnerabilidade. Desse modo respeita-se o primado lógico da identidade, evita-se a ambiguidade e evita-se a contradição.

[136] Além de ser, por exemplo, consumidor, deve haver outras circunstâncias de agravamento da vulnerabilidade, que desfavoreçam o indivíduo em relação aos demais consumidores.

Assim, a hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor[137]. O prefixo hiper (do grego hypér), designativo de alto grau ou aquilo que excede a medida normal, acrescido da palavra vulnerável, quer significar que alguns consumidores possuem vulnerabilidade maior do que a medida normal[138]. É, assim, um estado subjetivo multiforme e pluridimensional, e que, com base no princípio da igualdade e da equidade, podem ser incluídos outros “fracos”, como as minorias mais frágeis e doentes[139].

Para a aferição da hipervulnerabilidade podem ser utilizados critérios tanto de ordem qualitativa (situação de potencialização de dano conforme a idade, por exemplo) quanto de natureza quantitativa (maior probabilidade estatística de dano), de maneira isolada (quando presente uma condição de hipervulnerabilidade), ou quando há várias condições de hipervulnerabilidade atuando de modo conjunto (concomitante ou sucessivo), tal como um idoso com problemas financeiros e baixa instrução[140].

Entretanto, repise-se, é fundamental que a análise da hipervulnerabilidade seja feita casuisticamente, pois um exame que não considere circunstâncias fáticas concretas pode trazer resultado injusto. Como na situação: uma idosa pode ser uma pessoa muito experiente, capacitada, lúcida e com boa saúde, de maneira que não pode ser considerada hipervulnerável em situações quotidianas, como na aquisição de um veículo ou um eletrodoméstico. Os fatores de agravamento (postos no início

---

[137] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor.** *cit.* p. 360-361.
[138] NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de direito do consumidor**. vol. 76. p. 13-45. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2010, p. 18.
[139] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor.** *cit.* p. 362.
[140] PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *cit.* p. 84-85.

desse capítulo) não devem ser determinantes por si, embora indiquem uma maior potencialidade de ensejar uma configuração de hipervulnerabilidade a ser analisada concreta e casuisticamente[141].

Há grupos, entretanto, cuja hipervulnerabilidade deve ser presumida de modo absoluto, a exemplo das crianças, em razão da incompletude de seu desenvolvimento, como acertadamente defendem Larissa Leal e Raíssa Barbosa[142]. Propõe-se que as pessoas com deficiência também sejam consideradas presumidamente hipervulneráveis, pois, o conceito social de deficiência representa uma situação de vulnerabilidade social, não um impedimento de natureza biológica. Conforme esclarecido no capítulo primeiro, o impedimento, por si só, não configura a situação de deficiência, pois esta não se encontra mais centrada no indivíduo apenas, mas em todo o contexto de vulnerabilidade social em que este está inserido.

Nesse contexto, a hipervulnerabilidade representa a vulnerabilidade agravada e essa intensificação da suscetibilidade ao dano pode provir de distintas fontes, decorrentes de fatores de duração permanente ou temporária, a considerar condições individuais ou coletivas, com potencialidade de gerar a hipervulnerabilidade[143], tais como:

> Fatores biológicos
>
> a) idade (a hipervulnerabilidade pode estar presente tanto na criança e no adolescente, que são seres em formação física e intelectual, quanto no idoso, que pode ter déficit quanto a novas tecnologias ou mesmo pode ser mais suscetível de ser influenciado quanto a promessas de resultados que não podem ser alcançados ou cuja eficácia seja distorcida ou exacerbada);

---

[141] PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *cit.*

[142] LEAL, Larissa Maria de Moraes; BARBOSA, Raíssa Alencar de Sá. A publicidade infantil e a regulação da publicidade de alimentos de baixo teor nutricional. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Vol. IV, n. 14, Junho, 2014, p. 45.

[143] PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *cit.*

> b) integridade física (pode ocorrer situação de hipervulnerabilidade quando presentes determinadas limitações físicas que diminuam ou impeçam a possibilidade de uma escolha juridicamente justificável por parte do consumidor);
> c) integridade psíquica (é possível que a hipervulnerabilidade se consolide na ausência total ou parcial de condições psíquicas da pessoa do consumidor, que tornem a sua decisão viciada);
>
> Fatores sociais, culturais, educacionais, técnicos e econômicos
>
> d) condição financeira (uma pessoa em condição financeira instável pode estar mais sujeita a tomada de decisões equivocadas, que podem gerar, por exemplo, um endividamento maior do que aquele possível em condições normais de mercado);
>
> e) formação educacional (muitas vezes, a pessoa que não teve a oportunidade de ter uma formação de conhecimento regular, e que não tenha sido corretamente informada, não consegue prever as consequências de suas escolhas, havendo a possibilidade de se consolidar uma situação de hipervulnerabilidade, tal como ocorre com os analfabetos);
>
> Fatores vinculados ao próprio consumo
>
> f) circunstâncias da formação do vínculo de consumo (é possível que a hipervulnerabilidade se estabeleça em razão do próprio uso do produto, v.g., na hipótese de dependência ou de efeitos colaterais por uso de fármacos);
>
> g) época da formação do vínculo de consumo (se ocorreu, por exemplo, pela aquisição de produtos em época de escassez gerada por situação de calamidade ou de desastre, como, aproximando-se da ideia de lesão, caracterizada como defeito do negócio jurídico);
>
> Fator geográfico
>
> h) distância geográfica (esse aspecto é inusitado, pois a hipervulnerabilidade pode decorrer tanto da distância excessiva entre fornecedor e consumidor, que impede ou dificulta o seu adequado atendimento, quanto de uma proximidade pérfida, a praticamente forçar uma contratação) [144].

Há situações diversas em que está presente mais de um dos fatores de hipervulnerabilidade, o que reclama em si uma proteção ainda mais abrangente. A doutrina sinaliza vários tipos de consumidor com vulnerabilidade agravada (rol não

[144] PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *cit.*

exaustivo): em relação a idade, idosos[145], crianças e adolescentes[146]; em relação a integridade física e psíquica, os consumidores enfermos[147] e as pessoas com deficiência[148]; quanto aos fatores sociais têm-se o superendividado[149], o trabalhador desempregado[150], o analfabeto[151]e o migrante[152]; quanto as condições em que foi feita

[145] SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 75/2010, p. 214 – 246, Jul – Set, 2010, p. 234.; SCHMITT, Cristiano Heineck. A "hipervulnerabilidade" do consumidor idoso. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 70/2009, p. 139 – 171, Abr – Jun, 2009, p. 146; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Crédito consignado ao idoso e "diálogo das fontes": consequência da coordenação das normas do direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 88/2013, p. 83 – 99, Jul – Ago, 2013, p. 87; DOLL, Johannes, CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 107/2016, p. 309 – 341, Set – Out, 2016, p. 327; LIMBERGER, Têmis, MORAES, Carla Andreatta Sobbé. Direito à saúde: os contratos celebrados anteriormente à lei dos planos de saúde e ao estatuto do idoso. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 73/2010, p. 182 – 205, Jan – Mar, 2010, p. 185; GRAEFF, Bibiana. Direitos do consumidor idoso no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 86/2013, p. 65 – 74, Mar – Abr, 2013, p. 68; 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, n. 4, dezembro 2012, p. 149; BAGGIO, Andreza Cristina. Publicidade de medicamentos e a (hiper) vulnerabilidade do consumidor idoso. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 112/2017, p. 149 – 176, Jul – Ago, 2017, p. 156; COELHO, Mariana Carvalho Victor, AYALA, Patryck de Araujo. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso e sua tendência ao superendividamento no contexto de uma sociedade do hiperconsumo. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 121/2019, p. 247 – 275, Jan – Fev, 2019, p. 250.

[146] Por todos: MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** *cit.* p. 131; MARQUES, Claudia Lima. Criança e consumo: contribuição ao estudo da vulnerabilidade das crianças no mercado de consumo brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 14/2018, p. 101 – 129, Jan – Mar, 2018, p. 105; CHADDAD, Maria Cecília Cury. Constitucionalidade da restrição à publicidade de alimentos dirigida a crianças. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 120/2018, p. 41 – 75, Nov – Dez, 2018, p. 52; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. *Op. cit.*

[147] DOTTI, René Ariel, BERGSTEIN, Laís. O direito de o paciente ser ouvido: a responsabilidade civil e criminal do médico. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 111/2017, p. 75 – 97, Maio – Jun, 2017, p. 77; ENGELMANN, Wilson, BORGES, Gustavo Silveira. Responsabilidade civil médica pela utilização da nanotecnologia para modificação genética. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 93/2014, p. 65 – 99, Maio – Jun, 2014, p. 67; MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. *Op. cit.* p. 374.

[148] Quanto a este consumidor, seu tratamento será melhor abordado no tópico 2.3 do presente trabalho.

[149] CALIXTO, Marcelo Junqueira. A reforma do CDC no tocante ao consumidor superendividado: primeiras impressões. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 87/2013, p. 273 – 309, Maio – Jun, 2013, p. 277.

[150] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** *cit.* p. 382.

[151] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** *cit.* p. 368; MARQUES, Cláudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 95/2014, p. 99 – 145, Set – Out, 2014, p. 101; MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** *cit.* p. 130.

[152] BORGES, Gustavo, ALVES, Israel Rocha. A hipervulnerabilidade do consumidor migrante no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 120/2018, p. 341 – 362, Nov – Dez, 2018, p. 352; GARBINI, Vanessa Gischkow, SQUEFF, Tatiana de Almeida F. R. Cardoso. A vulnerabilidade agravada dos refugiados na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 119/2018, p. 19 – 47, Set – Out, 2018, p. 21.

a contratação, temos os consumidores de contratos cativos de longa duração[153], o contrato feito em situação de premente necessidade do consumidor[154] (que se assemelha ao instituto da lesão) e o por via eletrônica (internet)[155].

Há, entretanto, situações em que a doutrina diverge quanto a possibilidade de enquadramento de determinado grupo na categoria de consumidor hipervulnerável. Parte da doutrina entende haver uma hipervulnerabilidade da mulher consumidora, pois, dentre outros fatores, a elas seriam impostos duros e inalcançáveis *standards* de beleza e comportamento, numa distribuição inequitativa de papéis sociais e profissionais e que só poderão ser alcançados por sua submissão ao assédio de consumo da indústria cultural[156]. Foi observado ainda, em pesquisas empíricas noticiadas em relevante trabalho de Claudia Lima Marques, que as mulheres, assim como os idosos, compõem a maior parte dos casos de superendividamento[157]. Em sentido contrário, Adalberto Pasqualloto e Flaviana Rampazzo Soares defendem que na verificação de situações de hipervulnerabilidade nas relações de consumo, não se pode reputar eficaz considerar questões como gênero, etnia, classe social ou mesmo patrimônio, pois tais fatores, por si, não trazem hipervulnerabilidade nas relações de consumo, em que pese poderem constituir elementos relevantes para ensejar proteção específica normativa em outros setores[158].

---

[153] MARQUES, Cláudia Lima. **Curso de direito do consumidor.** *cit.* p. 375;
[154] CASTRO, Cássio Benvenutti de. A abusividade da tarifa dinâmica praticada pelo Uber. **Revista de Direito Privado**. vol. 98/2019, p. 129 – 160, Mar – Abr, 2019, p. 17;
[155] BRITO, Dante Ponte de. **Publicidade subliminar na internet:** identificação e responsabilização nas relações de consumo. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE, 2016, p. 96.
[156] VERBICARO, Dennis, ALCÂNTARA, Ana Beatriz Quintas Santiago de. A percepção do sexismo face à cultura do consumo e a hipervulnerabilidade da mulher no âmbito do assédio discriminatório de gênero. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, Vol. 11, Nº 1, jan./jun. 2017, p. 177.
[157] MARQUES, Cláudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em Porto Alegre. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 100/2015, p. 393 – 423, Jul – Ago, 2015, p. 102.
[158] PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *cit.* p. 84-85.

Por tudo o que foi até então exposto, podemos fixar como premissas metodológicas para estabelecimento do consumidor hipervulnerável as seguintes: quanto a natureza, são situações de fato; quanto as hipóteses de configuração, são necessariamente não exaustivas, dependendo da interação fática da situação jurídica de consumo com um dos fatores de agravamento da vulnerabilidade. Além dessas, cada um dos mencionados fatores reclamam uma resposta e tratamento específico por parte do direito do consumidor, com base nas necessidades específicas de cada espécie de consumidor em situação de vulnerabilidade agravada.

3.2 A pessoa com deficiência e o direito de participação plena e efetiva na sociedade de consumo.

A Convenção de Nova York trouxe uma mudança significativa na forma de se enxergar a pessoa com deficiência e a sua inclusão na sociedade. Nela, a deficiência não é uma condição da pessoa, ao contrário, é o resultado da interação entre os impedimentos (de ordem física, mental, intelectual ou sensorial) de uma pessoa e as diversas barreiras (legais, ambientais, físicas, atitudinais, etc), presentes na sociedade, que impedem sua participação plena e efetiva.

Apesar de não ser uma Convenção voltada especificamente para a não discriminação (como é, por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher), este é um conceito central no contexto da participação plena e efetiva da pessoa com deficiência. Assim, toda imposição de barreiras ou omissão em eliminá-las consistirá em uma limitação da acessibilidade e, consequentemente, ao exercício de um direito por parte das pessoas com deficiência e, por isso, poderá ser considerada uma conduta discriminatória a esta coletividade[159].

[159] LAZARTE, Renata Bregaglio. Alcances del mandato de no discriminación em la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *In*: In: SALMÓN, Elizabeth; BREGAGLIO, Renata.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência em seu art. 3º, inciso IV, define como barreiras qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros. Nas alíneas do mesmo inciso, classifica algumas barreiras, em rol exemplificativo, como:

a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;
b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;
c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;
d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;
e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;
f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias;

A não discriminação, a participação plena e efetiva na sociedade, o respeito pela diferença e a aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade

---

Nueve conceptos claves para entender la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. San Miguel/Peru: Pontifícia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 86.

e da condição humana, e a igualdade de oportunidades, são diferentes facetas de um só princípio, o da igualdade[160].

No Brasil o princípio (e direito) da igualdade abrange pelo menos três dimensões: a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucional, quanto proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural[161].

Na discriminação positiva a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definidamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar[162]. Da mesma forma, o traço diferenciado adotado pela lei, necessariamente deve residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, ou seja, elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para sujeitá-las a regimes diferentes[163].

As normas de proteção dos consumidores são reações “discriminatórias” ou discriminações positivas do direito para alcançar a igualdade contratual e a

---

[160] PALACIOS, Agustina. Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. In: SALMÓN, Elizabeth; BREGAGLIO, Renata. **Nueve conceptos claves para entender la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**. San Miguel/Peru: Pontifícia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 25-26.

[161] SARLET, Ingo Wolfgang, SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Igualdade Como Proibição de Discriminação e Direito à (e Dever de) Inclusão: o Acesso ao Ensino Superior e a Regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. **Revista de direito público.** Porto Alegre, Volume 14, n. 78, 2017, 197-226 nov-dez 2017, p. 207.

[162] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3ed, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23.

[163] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** *cit.*

reigualdade material das partes contratantes[164]. Deve o direito ter uma atitude mais protetiva, mais sensível contra discriminações negativas dos fornecedores em relação a sujeitos “hipervulneráveis”, mais impositiva de deveres de cuidado, de cooperação e de informação, impondo uma boa-fé qualificada diante destes consumidores “especiais”, ou seja, uma reação legislativa ainda mais “discriminatória positivamente”[165].

Um dos grandes desafios para implementar os preceitos da Convenção de Nova York se dá ao fato que, ao contrário de outras categorias (idosos, crianças, mulheres, etc), a de pessoas com deficiência é demasiadamente heterogênea[166]. Diferentes grupos de pessoas com deficiência encontram discriminação e opressão de formas e intensidades diferentes[167]. Assim, é ainda mais complicada fixação de medidas *a priori* de tratamento diferenciado do consumidor com deficiência, pois, os fatores de agravamento da vulnerabilidade dessa coletividade são, sem dúvida, muito mais diversificados do que os dos demais grupos considerados hipervulneráveis.

O modelo social da deficiência, como originalmente concebido por Barnes e Oliver, sustenta que todas as pessoas com deficiência, independentemente de suas deficiências tem em comum o fato de serem igualmente excluídos, discriminados e oprimidos. Portanto, o modelo teórico foi construído sob o fundamento de que todas as pessoas com deficiência devem se unir para erradicar tais práticas excludentes e discriminatórias[168].

---

[164] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** *cit.* p. 377.
[165] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** *cit.*
[166] LANG, Raymond. The United Nations Convention on the right and dignities for persons with disability: A panacea for ending disability discrimination? **ALTER, European Journal of Disability**. 266–285, 2009, p. 278-279.
[167] LANG, Raymond. The United Nations Convention on the right and dignities for persons with disability: A panacea for ending disability discrimination?. *cit.*
[168] LANG, Raymond. The United Nations Convention on the right and dignities for persons with disability: A panacea for ending disability discrimination?. *cit.*

Entretanto, tal posição teórica não reconhece que diferentes grupos de deficientes não compartilham a mesma agenda política, nem estão sujeitos a exclusão, discriminação e opressão da mesma maneira. Consequentemente, os teóricos da deficiência da "segunda geração"[169] começam a questionar a experiência universal e "homogénea" de discriminação e opressão e a afirmar que existe uma "hierarquia social de deficiência", em que alguns grupos têm mais credibilidade política do que outros. Isso desafia de maneira significativa a capacidade das políticas públicas de cada país que adotou a Convenção em representar as necessidades e pontos de vista dos mais heterogéneos grupos de pessoas com deficiências[170].

O britânico Raymond Lang destaca que um exemplo clássico desse fenômeno é a comunidade surda, em que certos membros argumentam que não são pessoas com deficiência, mas sim um grupo com uma identidade cultural um tanto distinta, caracterizado pelo desenvolvimento de sua própria linguagem[171]. O também britânico Mark Deal, em sua tese de doutorado em filosofia apresentada a City University, em Londres, afirma que alguns grupos de pessoas com deficiência foram alvo de estigmatização e exclusão por movimentos de defesa das pessoas com deficiência, tanto no Reino Unido como nos Estados Unidos, ou por não se identificarem ou por não serem identificados como pessoas com deficiência[172].

---

[169] Por todos: SHAKESPEARE, Tom. **Disability Rights and Wrongs Revisited**. 2ed. London: Routledge. 2013, [ebook kindle]; WATSON, N. Well, I know this is going to sound very strange to you, but i don't see myself as a disabled person: identity and disability. **Disability and Society**, 17, 509–527, 2002 *apud* LANG, Raymond. The United Nations Convention on the right and dignities for persons with disability: A panacea for ending disability discrimination?. *Cit.*; DEAL, Mark. **Attitudes of disabled people toward other disabled people and impairment groups**. Tese (doutorado em filosofia), City University, Londres/IN, 2006, p. 373.

[170] LANG, Raymond. The United Nations Convention on the right and dignities for persons with disability: A panacea for ending disability discrimination?. *cit.*

[171] LANG, Raymond. The United Nations Convention on the right and dignities for persons with disability: A panacea for ending disability discrimination?. *cit.*

[172] DEAL, Mark. **Attitudes of disabled people toward other disabled people and impairment groups**. *cit.* p. 377.

Embora não seja de conhecimento deste autor a existência de estudos empíricos com dados estatísticos precisos sobre esse tipo de fato social (discriminação de pessoas com deficiência por grupos de pessoas com deficiência) na realidade brasileira, é indubitável que a deficiência não é um fato social homogêneo. É notório que as pessoas com deficiência experimentam barreiras e dificuldades em comum, contudo, o mesmo pode se dizer quanto ao fato de que há muitas que são totalmente distintas, a depender do tipo, da forma e do nível de intensidade dos impedimentos e das barreiras externas que as acometem.

A respeito da diversidade das deficiências de ordem mental e intelectual, vozes na doutrina brasileira, mesmo antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência, repudiavam a padronização da interdição em dois modelos generalistas (absoluta ou relativamente incapaz) sem levar em consideração as diversas potencialidades das pessoas sujeitas a essas medidas protetivas[173]. Essa diversidade deve ser vista como inerente a espécie humana, cuja riqueza em muito ultrapassa as construções sociais ainda presentes na sociedade contemporânea.

Nesse contexto, a CDPD foi edificada sob os pilares da acessibilidade, da inclusão e da não discriminação. No art. 2 da CDPD, é positivado o conceito de "discriminação por motivo de deficiência", tido como qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. No estatuto da pessoa com deficiência, a proibição de discriminação é conceituada como toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha

[173]ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição civil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 165.

o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas (art. 4º, § 1º, EPD).

O conceito acima referido abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável, que, conforme será demonstrado no capítulo 4 desta tese, é um dos deveres de acessibilidade nas relações de consumo. Assim, considerando essa dimensão material do princípio da igualdade em relação às pessoas com deficiência aponta para a necessidade de ter em conta a situação de desigualdade factual em que se encontram socialmente[174]. Por conseguinte, esse princípio tem a ver, fundamentalmente, com o dever acima mencionado para promover ações afirmativas para eliminar ou compensar as desvantagens das pessoas com deficiência para que possam exercer real e eficazmente os seus direitos e participar plenamente nas várias áreas da vida social[175].

O mencionado artigo 2 da CDPD deve ser estudado em conjunto com o art. 5 da mesma Convenção, que dispõe 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. Dispõe ainda que os estados partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.

A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, a Convenção, ainda no art. 5, determina que os estados partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida. Igualmente, dispõe que as

---

[174] MARTÍNEZ, María Olga Sánchez; CAYÓN, José Ignacio Solar. **La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Madrid/ES: Dykinson, 2015, p. 52.
[175] MARTÍNEZ, María Olga Sánchez; CAYÓN, José Ignacio Solar. **La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. *cit.*

medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.

A Convenção de Nova York usa o ideal da não discriminação como um prisma para refratar direitos sociais e, a partir daí, conectá-los de maneira instrumental com o fim de atingir os resultados normalmente associados a direitos civis, na acepção norte-americana do termo[176] (poder de decisão, liberdade, suporte sob medida e mecanismos de responsabilização). Para a realidade brasileira, a não discriminação por motivo de deficiência, na qualidade de direito fundamental, incide nas relações privadas ampliando os deveres já existentes de terceiros para com as pessoas com deficiência, dentre eles, merece destaque o fornecedor de produtos ou serviços. Essa incidência se dá através da noção de acessibilidade, que é central no modelo social capitaneado pela Convenção de Nova York. O tema será aprofundado no capítulo 4.

A vedação a não discriminação prevista na CDPD se estende além das pessoas com deficiência, para proteger também as pessoas que, apesar de não ter deficiência, são tratadas como se tivessem[177], as geneticamente suscetíveis a desenvolver alguma deficiência e as pessoas que trabalhem com ou estejam associadas a pessoas com deficiência[178][179]. Essas pessoas são consideradas em situação equiparada a deficiência e a elas é aplicável a proteção das normas da Convenção de Nova York, no que couber.

---

[176] QUINN, Gerard, FLYNN, Eilionóir. “Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability.” **The American Journal of Comparative Law**, vol. 60, no. 1, 2012, pp. 23–48. Disponível em: JSTOR, <www.jstor.org/stable/23251947>, Acesso em: 16 de junho de 2019, p. 26.

[177] Caso das pessoas que, em razão de lesões estéticas, são objeto de preconceito equivalente ao sofrido por pessoas com deficiência, apesar do fato dessas lesões não causarem, de *per si*, impedimentos a sua participação plena e efetiva na sociedade, as barreiras atitudinais as colocam em situação análoga a de deficiência.

[178] Pais e mães de pessoas com deficiência que sofrem para serem incluídos no mercado de trabalho e dar conta de prestar o apoio necessário ao seu filho(a), pessoas que trabalham em contato com pessoas com HIV ou outras doenças que causam estigmatização e/ou deficiência.

[179] PALACIOS, Agustina, BARIFFE, Francisco José. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos**: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Madrid/ES: Cinca, 2007, p. 69-70.

Essa proteção reverbera nas relações de consumo em variadas hipóteses: pessoas com propensão genética a desenvolver deficiência podem ter intolerância a certas substâncias presentes em alimentos fornecidos no mercado; pais e mães de crianças com deficiência sofrem mais com a perda do tempo útil; pessoas com lesões estéticas podem sofrer com discriminação em estabelecimentos abertos ao público, como mercados e restaurantes.

A Convenção confere ainda proteção diferenciada ao idoso, a criança, ao adolescente e a mulher com deficiência. Quanto aos primeiros, não há sombra de dúvida na doutrina consumerista que são casos de reunião de ao menos dois fatores de agravamento de vulnerabilidade (deficiente + idoso, deficiente + criança, deficiente + adolescente). Em relação a última, determina a CDPD em seu art. 6 que os estados partes reconhecem que as mulheres e meninas com deficiência estão sujeitas a múltiplas formas de discriminação e, portanto, tomarão medidas para assegurar às mulheres e meninas com deficiência o pleno e igual exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais. Além disso, determina que os estados partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar o pleno desenvolvimento, o avanço e o empoderamento das mulheres, a fim de garantir-lhes o exercício e o gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais estabelecidos na Convenção. No mesmo sentido, o estatuto da pessoa com deficiência expressamente coloca a mulher com deficiência como pessoa especialmente vulnerável (art. 5º, parágrafo único, EPD).

Conforme dito alhures, não é pacífico na doutrina consumerista brasileira que questões de gênero sejam fatores de agravamento de vulnerabilidade. Contudo, em se tratando de mulher com deficiência, a lei e a Convenção reconheceram expressamente esse grupo como especialmente vulnerável. Essa vulnerabilidade é,

assim como a do consumidor, uma presunção absoluta prevista em lei. Dessa forma, não há como não reconhecer a mulher com deficiência como um grupo com um fator a mais de vulnerabilidade, visto que há três presunções absolutas de vulnerabilidade previstas em lei incidentes sobre esta coletividade (consumidor, mulher, deficiente).

Até aqui vimos que a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência na sociedade de consumo passa, necessariamente: pela eliminação das barreiras sociais; pela prática da discriminação positiva através de ações afirmativas que auxiliem a pessoa com deficiência em seus desafios diários; pela compreensão de sua imensurável heterogeneidade, o que demanda, necessariamente, uma análise casuística das medidas adequadas a cada pessoa.

Quanto a este terceiro ponto, vimos no terceiro tópico do capítulo primeiro que o apoio na tomada de decisão tem o potencial de facilitar que a pessoa com deficiência participe das relações de consumo, sem que seja necessário que o fornecedor assuma todo o ônus de provê-lhes os meios para tanto. É impossível definir *a priori* as necessidades específicas de cada pessoa, ou mesmo de cada grupo de pessoas com as mais diferentes deficiências, entretanto, há padrões *standards* de acessibilidade que podem e devem ser conhecidos e viabilizados pelos fornecedores. Assim, o foco do direito do consumidor, ao tratar dos direitos da pessoa com deficiência, deve ser nesses deveres *standards* de acessibilidade imputáveis ao fornecedor, que, juntamente com o apoio na tomada de decisão e as salvaguardas apropriadas a serem promovidas pelo poder público viabilizam a participação da pessoa com deficiência no mercado de consumo, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Como dito, deficiência representa um processo complexo, não um *status* único e estático, de modo que se refere à superação da interação da pessoa em seu

contexto (físico, social, cultural ou legislativo), e representa a medida do impacto negativo dos fatores desse ambiente em sua habilidade de participação como membro ativo da sociedade[180]. Implementar as proteções necessárias, ou até mesmo descobrir novas medidas mais adequadas, inclusive em relação ao desenvolvimento de tecnologia assistiva, depende de meios para desvendar as diferentes espécies e graus das barreiras enfrentadas pelas pessoas com deficiência nos mais variados aspectos de sua vida.

Nessa perspectiva foi redigido o art. 31 da CDPD, que determina que os Estados Partes coletarão dados apropriados, inclusive estatísticos e de pesquisas, para que possam formular e implementar políticas destinadas a pôr em prática a Convenção. Dispõe ainda que o processo de coleta e manutenção de tais dados deverá observar as salvaguardas estabelecidas por lei, inclusive pelas leis relativas à proteção de dados, a fim de assegurar a confidencialidade e o respeito pela privacidade das pessoas com deficiência, as normas internacionalmente aceitas para proteger os direitos humanos, as liberdades fundamentais e os princípios éticos na coleta de dados e utilização de estatísticas.

O artigo 31, inciso 2, na mesma linha, dispõe que as informações coletadas serão desagregadas, de maneira apropriada, e utilizadas para avaliar o cumprimento, por parte dos Estados Partes, de suas obrigações presentes na Convenção e para identificar e enfrentar as barreiras com as quais as pessoas com deficiência se deparam no exercício de seus direitos. O inciso 3 do mesmo dispositivo, estabelece a

[180] MADANS, Jennifer H. et al. Measuring disability and monitoring the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*:* the work of the Washington Group on Disability Statistics. **BMC Public Health**. 2011; 11 (Suppl 4): S4. Published online 2011 May 31. Disponível em: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3104217/>. Acesso em: 17 de junho de 2019, p. 4.

responsabilidade dos Estados Partes pela disseminação das referidas estatísticas e por assegurar que elas sejam acessíveis à todas as pessoas.

A esse respeito, o Washington Group on Disability Statistics[181] atestou que, no censo de 2010, o Brasil utilizou como método o sistema WG-6, que gerou uma porcentagem impressionante de que 23,9% da população brasileira, cerca de 45,6 milhões de pessoas foram classificadas como pessoas com deficiência. Sendo que, destas, a deficiência que mais prevaleceu foi a de visão, correspondendo a 18,8% dos 23,9% mencionados, provavelmente porque uma grande parcela dessa população não tinha acesso a óculos, tendo em vista que a presença desses elementos (tecnologia assistiva, etc.), aparentemente, não teria sido objeto de análise[182]. A existência de números precisos é imprescindível na elaboração de políticas públicas adequadas a realidade brasileira, visando a inclusão do consumidor com deficiência.

Portanto, além das questões referentes a relação entre consumidor e fornecedor, o poder público também assume imponente responsabilidade pela inclusão da pessoa com deficiência no mercado de consumo. Uma boa gestão de políticas públicas de inclusão é essencial para estimular os agentes econômicos a assumirem boas práticas de acessibilidade, que vai muito além da repressão as práticas abusivas ou a imposição de novos deveres, devendo haver, principalmente políticas de incentivo (vantagens fiscais, crédito facilitado, etc).

---

[181] The Washington Group on Disability Statistics is a voluntary working group made up of representatives of over 100 National Statistical Offices and international, non-governmental and disability organizations that was organized under the aegis of the United Nations Statistical Division. The purpose of the Washington Group is to deal with the challenge of disability definition and measurement in a way that is culturally neutral and reasonably standardized among the UN member states. The work, which began in 2001, took on added importance with the passage and ratification of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities since the Convention includes a provision for monitoring whether those with and without disabilities have equal opportunities to participate in society and this will require the identification of persons with disabilities in each nation. The International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) developed by the World Health Organization provided a framework for conceptualizing disability.

[182] MADANS, Jennifer H. et al. Measuring disability and monitoring the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *cit.* p. 10.

3.3 O “status” jurídico do consumidor com deficiência.

Por tudo que foi exposto no tópico anterior, pode-se notar que o escopo da Convenção da ONU e do Estatuto é o de proteger a pessoa com deficiência contra toda e qualquer forma de discriminação em razão de sua condição, pois o seu propósito é a inclusão e o exercício da cidadania. Nesse sentido, o consumidor com deficiência também deve ser tratado isonomicamente em relação aos demais consumidores, não podendo sofrer nenhuma discriminação para adquirir produtos ou serviços. Essa igualdade deve ser material, e não meramente formal, uma vez que, ao longo dos anos, as pessoas com deficiência vêm sofrendo discriminação, tornando-se socialmente vulneráveis[183].

As pessoas com deficiência são reconhecidas como consumidor hipervulnerável, tanto pela doutrina[184] como pela jurisprudência do STJ[185], juntamente com os idosos, as crianças e os adolescentes. Entretanto, a abordagem da vulnerabilidade da pessoa com deficiência deve ser diferente das demais, pois, conforme se alertou no tópico anterior, trata-se um uma coletividade com altíssimo grau de heterogeneidade, reclamando contextos de tratamento e proteção bastante diversificados.

---

[183] NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, ARAÚJO, Luiz Alberto David. Discriminação, consumo e deficiência: diálogo entre o direito brasileiro e as normas da união europeia. *cit.*

[184] PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *cit.*; MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** *cit.* p. 139-141; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, ARAÚJO, Luiz Alberto David. Discriminação, consumo e deficiência: diálogo entre o direito brasileiro e as normas da união europeia. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 115/2018, p. 71 – 97, Jan – Fev, 2018, p. 78; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, ARAÚJO, Luiz Alberto David. O estatuto da pessoa com deficiência e a tutela do consumidor: novos direitos?. **Revista de Direito do Consumidor,** vol. 105/2016, p. 103 – 121, Maio – Jun, 2016, p. 16; PASQUAL, Cristina Stringari, PASQUAL, Marco Antônio. O estatuto da pessoa com deficiência como instrumento de tutela da vulnerabilidade e o novo regramento da incapacidade civil. **Revista de Direito Imobiliário,** vol. 80/2016, p. 273 – 291, Jan – Jun, 2016, p. 282; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de direito do consumidor**. vol. 76. p. 13-45. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2010, p. 17.

[185] STJ, **REsp 1349188 / RJ**, Ministro Luis Felipe Salomão, T4 - QUARTA TURMA, Data de julgamento: 10/05/2016, Fonte: DJe 22/06/2016.

Atualmente, a tendência é de empoderamento cada vez maior do ser humano em matéria de proteção da vontade, tal como ocorreu recentemente com a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, embora o desafio seja o de harmonizar a necessidade de respeito à capacidade e à autodeterminação e o fundamental resguardo jurídico com o objetivo de proteger o consumidor[186].

Em relação ao consumidor com deficiência, essa missão se torna ainda mais árdua, tendo em vista que os valores do modelo social, adotado na Convenção de Nova York, são de conceder maior autonomia a vontade da pessoa com deficiência, como se viu no capítulo anterior. Em sentido contrário, o tratamento do consumidor hipervulnerável passa por uma maior intervenção na autonomia da vontade deste em relação aos demais.

Uma diferença primordial desse grupo de consumidores, em relação aos demais grupos hipervulneráveis se deve ao fato de que o tratamento do consumidor com deficiência, em todas as suas peculiaridades, perpassa, necessariamente, pela concretização de um dos princípios internalizados pela CDPD, qual seja, o da acessibilidade. Esse princípio atua sob todos os aspectos relacionados a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência na sociedade, de modo que, por óbvio, dele não escapa o direito do consumidor.

Sendo os artigos da CDPD normas de direito fundamental, que ingressaram no ordenamento jurídico como norma constitucional, sua incidência sobre o direito privado deve ser metodologicamente bem definida. Há diversos modelos teóricos que servem a aplicação das normas de direito fundamental às relações privadas, sob o quais discorrer-se-á para, logo após, abordar a questão do impacto das normas da

[186] PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. *cit.* p. 87.

CDPD no direito do consumidor e, consequentemente, o “status” jurídico atual do consumidor com deficiência.

O modelo de eficácia direta dos direitos fundamentais sobre as relações privadas é bastante difundido na doutrina brasileira[187]. Neste, as normas

[187] Em tese de Livre-Docência apresentada ao departamento de direito civil da Universidade de São Paulo, o Professor Otávio Luiz Rodrigues Junior (RODRIQUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia espistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais.** Tese de Livre-Docência apresentada ao departamento de direito civil da Universidade de São Paulo, 2017, p. 503-512) divide o modelo de eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, adotado por autores brasileiros em três: um modelo forte, um modelo fraco e um modelo sincrético. No modelo fraco seria aquele defendido por Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado – notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 12/2017, p. 63 – 88, Jul – Set, 2017, p. 16), para o qual: o fundamento da eficácia direta é o art. 5º, §1º, CF/1988; o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais “poderá ser tido como superado” tão somente no que diz respeito ao “reconhecimento da existência (isto é, do “se”) dessa vinculação, “quando se tratar de normas de direitos fundamentais que expressamente têm por destinatário (ao menos também) entidades privadas e os particulares em geral”; dúvidas sobre a vinculação dos particulares só terão cabimento em face “dos direitos fundamentais que não têm por destinatário exclusivo os órgãos estatais”, ressalvando, contudo, que os direitos fundamentais dirigidos exclusivamente ao poder público, não deixam de ter eficácia sobre as relações privadas em razão de vincularem o legislador privado; o dogma da autonomia do direito privado não teria o poder de afastar uma vinculação direta dos particulares; é equivocado limitar a irradiação dos direitos fundamentais à intermediação das cláusulas gerais; o princípio da dignidade da pessoa humana, ao menos como fundamento e medida para uma vinculação direta dos particulares, poderá assumir, portanto, relevância autônoma apenas onde não se estiver em face de uma vinculação desde logo expressamente prevista no texto constitucional; há um dever geral de respeito aos direitos fundamentais que a todos vincula, Estado e particulares; as violações aos direitos fundamentais “decorrem tanto do Estado quanto dos particulares; as agressões dos particulares não podem ser imputadas de modo genérico e exclusivo diretamente ao Estado; não é admissível limitar a “vinculação dos particulares apenas às hipóteses nas quais tenhamos uma situação de inequívoca desigualdade fática (econômica/social); as normas de direitos fundamentais não são homogêneas e têm “diversos graus de eficácia e gerando efeitos peculiares”, de modo que o adequado manejo da eficácia direta na relação entre particulares e a intensidade da vinculação destes aos direitos fundamentais deve ser pautada de acordo com as especificidades do caso concreto”. O modelo forte (RODRIQUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia espistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais.** *cit.,* p. 503-512) seria aquele defendido por, dentre outros, Daniel Sarmento (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006), Paulo Lôbo (LÔBO, Paulo. A constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008) e Gustavo Tepedino (TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo:** novos problemas à luz da legalidade constitucional. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008). Este modelo se apresentaria de forma difusa em vários textos de direito civil e de direito constitucional, para os quais, em comum, está a defesa da eficácia direta sem a necessidade da intermediação legislativa e a vinculação à dignidade humana, tendo como principais fundamentos: a CF/1988, diferente da LF/1949 prevê hipóteses de eficácia direta em vários dispositivos – direitos trabalhistas – além de ter um sistema mais caracterizado pela socialidade do que o germânico, transmitindo a ideia de vinculação passiva universal das liberdades fundamentais; as desigualdades sociais brasileiras são muito maiores que as existentes em outros países como Alemanha e Estados Unidos da América, o que demandaria uma tutela mais forte dos direitos fundamentais no Brasil; a eficácia direta fortaleceria a autonomia privada, pois, ela só existe

constitucionais incidem diretamente nas relações privadas, sem qualquer mediação por parte do legislador ordinário, regulando os interesses em conflito dos particulares. Para esta corrente, as normas constitucionais disciplinam as relações pessoais e socioeconômicas, consubstanciando-se em normas de comportamento, idôneas a incidir imediatamente sobre o conteúdo das relações jurídicas, não traduzindo meras regras hermenêuticas. Assim, a norma constitucional pode, sozinha, a despeito da inexistência de norma ordinária que incida no caso concreto, regular determinada relação jurídica de direito privado[188].

Dentre os defensores do modelo da eficácia direta, há quem entenda que está superada a dicotomia entre o direito público e o direito privado, de sorte que as normas de direito público se aplicam às relações privadas e, da mesma forma, as normas de direito privado incidem nas relações a de direito público, tornando-se tal distinção

em sentido pleno quando a parte é aliviada dos efeitos da desigualdade e dos embaraços materiais a seu exercício; a eficácia direta será possível quando não houver legislação ou a aplicação da lei revelar-se em descompasso com as normas e valores constitucionais; o pós-positivismo introduziu maior elasticidade, dinamismo e riqueza axiológica na interpretação e na aplicação do direito, o que pressupõe flexibilização do conceito de segurança jurídica, algo que não é peculiar às relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado; o princípio da dignidade humana é o centro da ordem jurídica, o que determina a eficácia direta dos direitos fundamentais sobre as relações privadas e a concretização desse princípio no Direito Privado não poderia ser condicionada ou limitada pela vontade do legislador ou pela interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado; a CF/1988 é progressista e suas normas, apesar de algumas exceções, traduzem um generoso projeto de emancipação social dos excluídos; rejeita a ideia de influência recíproca de normas de direito privado e normas constitucionais e de civilização do direito constitucional, defendendo que os princípios e valores constitucionais se estendem a todas as normas do ordenamento e não o contrário, sob pena de quebra da unicidade do sistema; reputa equivocada a corrente teórica que defende o papel de "decodificador" da norma constitucional pelo direito ordinário, pois a norma constitucional deve reger a interpretação do direito ordinário e não o inverso; o conceito de microssistema, ainda que se lhe atribua sentido meramente didático, deve ser rejeitado, por admitir uma visão fragmentada do sistema; a ponderação não deve ficar limitada à colisão de direitos; a diferenciação de eficácias (direta ou indireta) na vinculação aos particulares aos direitos fundamentais apresenta-se talvez como um falso problema. Por fim, o modelo sincrético, por não ter características bem definidas e decorrer muitas vezes de adaptações argumentativas quando se submete alguns dos postulados da eficácia direta a testes de estresse, quando alguns dos argumentos coerentes da eficácia direta conduzem a resultados insustentáveis (RODRIQUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia espistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais.** *cit.*).

[188] TEPEDINO, Gustavo. Aplicação direta dos direitos fundamentais ao regime das associações. *In:* TEPEDINO, Gustavo. **Soluções práticas de direito**. vol. 1, p. 41 – 71, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46.

meramente quantitativa, não já qualitativa[189]. Como consequência desta concepção, os direitos fundamentais não careceriam de qualquer transformação para serem aplicados no âmbito das relações jurídico-privadas, assumindo diretamente o significado de vedações de ingerência no tráfico jurídico-privado e a função de direitos de defesa oponíveis a outros particulares, acarretando uma proibição de qualquer limitação aos direitos fundamentais contratualmente avençada, ou mesmo gerando direito subjetivo à indenização no caso de uma ofensa oriunda de particulares[190].

A tese da eficácia mediata desenvolveu-se, a partir da paradigmática formulação de Günther Dürig, que, partindo de algumas premissas comuns, notadamente ao advogar que os direitos fundamentais integram uma ordem de valores objetiva, com reflexos em todo o ordenamento jurídico, no entanto contesta veementemente os defensores da eficácia imediata. Para Dürig, em objeção acolhida até hoje por expressiva parcela da doutrina e jurisprudência constitucional, principalmente na Alemanha, o reconhecimento de uma eficácia direta no âmbito das relações entre particulares acabaria por gerar uma estatização do Direito Privado e um virtual esvaziamento da autonomia privada[191][192].

Assim, de acordo com a proposta de Dürig, a assim chamada eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais, reconduzida à sua dimensão jurídico-objetiva, acabaria por ser realizada, na ausência de normas jurídico-privadas, de forma indireta, por meio da interpretação e integração das "cláusulas gerais" e conceitos

---

[189] TEPEDINO, Gustavo. Aplicação direta dos direitos fundamentais ao regime das associações. *cit.*
[190] SALET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: MARQUES, Claudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas essenciais de direito do consumidor.** vol. 2, São Paulo: Revista dos tribunais, p. 227 – 285, 2011, p. 237.
[191] SALET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *cit.*
[192] Veja-se que a objeção de Dürig tem razão de ser, na medida em que, conforme citado anteriormente, dentre os defensores da eficácia direta, há aqueles que defendem ter havido a superação da dicotomia existente entre direito público e privado.

indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais. Em primeira linha, portanto, constitui - segundo os adeptos desta concepção - tarefa do legislador realizar, no âmbito de sua liberdade de conformação e na condição de destinatário precípuo das normas de direitos fundamentais, a sua aplicação às relações jurídico-privadas[193].

Nesse modelo, os direitos fundamentais não são diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares, mas que carecem de uma intermediação, isto é, de uma transposição a ser efetuada precipuamente pelo legislador e, na ausência de normas legais privadas, pelos órgãos judiciais, por meio de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais e, eventualmente, por meio de uma integração jurisprudencial de eventuais lacunas, cuidando-se, na verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado[194].

Há ainda um chamado modelo fraco[195] de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Chamando o modelo anteriormente exposto de eficácia indireta de modelo forte, o modelo fraco conjuga a maior parte dos postulados da doutrina da eficácia indireta, ressalvando, contudo, duas hipóteses de aplicação da eficácia direta dos direitos fundamentais: a existência excepcional de

---

[193] SALET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *cit.* p. 238.

[194] SALET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *cit.*

[195] Canaris (CANARIS, Claus-Wilhelm. Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no Sistema de Direito Privado. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça.** Ano 07, n. 22, p. 15-20, Jan.-Mar. 2013.) em trabalho recente, admitiu excepcionalmente a incidência direta do direito fundamental de proibição de discriminação quando este serve a proteção da dignidade humana, pois esta, em virtude de sua supremacia absoluta, operaria sempre de modo direto, enquanto que o mesmo direito fundamental de proibição de discriminação, tendo como objeto a consecução de fins de outra natureza (social, profissional ou política), a eficácia se daria de modo indireto. Sobre essa mudança de posição também escreveu Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado – notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 12/2017, p. 63 – 88, Jul – Set, 2017, p. 16). A análise detida da teoria de Canaris, incluindo sua possível mudança de posição foge aos objetivos deste trabalho, contudo, ao que parece, o referido autor alemão passou a defender um modelo fraco de eficácia indireta.

direitos fundamentais cujo perfil normativo foi de tal como concretizador de posições jurídicas, que tornou desnecessária a intermediação do direito ordinário privado (reitere-se o caráter excepcional da existência desses direitos e a vedação a generalizações); a omissão legislativa, mesmo com o uso de cláusulas gerais, permitiria a eficácia direta em razão da proibição da insuficiência[196].

Além da abertura à eficácia direta nas situações excepcionais acima expostas, o proposto modelo fraco funda-se nas seguintes premissas: (a) o sistema de direito privado controla a validez dos negócios jurídicos e de todos os institutos e figuras jurídicas submetidos a seus limites normativos, por meio de técnicas comuns a todos os ramos da ordem jurídica; (b) os mecanismos de controle podem ser denominados de "fatores de correção"; (c) todas as hipóteses de desconformidade ao direito são qualificáveis como espécies de "fatores de correção" do direito, de modo que nelas se enquadram, de acordo com o direito positivo, de categorias que variam entre ineficácia, invalidade e suas variações; (d) o sistema de direito privado, embora autônomo, por força do princípio da constitucionalidade, submete-se aos mecanismos comuns de controle de validade, que recaem não somente sobre normas jurídicas produzidas pelo Estado, mas também sobre atos ou atividades que se vinculem a um sistema de direito privado; (e) um contrato pode apresentar desconformidade em relação a portarias, decretos, leis e à própria Constituição. Essas normas funcionam como fatores de correção internos, portanto, os critérios de controle jurídico do contrato respondem a uma estrutura lógico-formal deduzida internamente no sistema jurídico; (f) o fator de correção do direito privado externa-se primariamente pelas normas e pelos princípios desse sistema, entretanto, a utilização de fatores de correção extrassistemáticos não só é possível como em muitos casos indispensável;

[196] RODRIQUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia espistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais.** *cit.*, p. 580-581.

(g) a utilização dos fatores de correção internos, mas não privatísticos, pode-se dar pelas formas tradicionais de recurso à constituição e seus princípios para fins de controle de validez de normas e atos, sendo, entretanto, necessária a filtragem dos conteúdos constitucionais quando estes irradiam para o direito privado[197]; (h) quando necessário, diante da colisão de direitos fundamentais, que se refletem em um conflito entre particulares, é possível em *última ratio* o emprego de técnicas próprias do direito constitucional para a interpretação do direito ou mesmo para a solução de conflitos[198].

Adota-se o modelo fraco de eficácia indireta dos direitos fundamentais às relações privadas[199], por entender-se que é o que confere o tratamento mais adequado a manutenção da autonomia epistemológica do direito privado. Isso porque, consegue conciliar o melhor dos dois mundos, ou seja, a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, sem ferir as especificidades historicamente construídas próprias do sistema de direito privado.

O princípio da acessibilidade vai muito mais além do que dispõe o artigo 9.º, da CDPD, que regulamenta o direito de acessibilidade. Ele não se limita ao acesso a instalações e tecnologia, típicas "barreiras físicas", mas abrange o exercício de todos os direitos.

O impacto da acessibilidade nas relações de consumo é evidente, e, coerente com este fato, já há vozes na doutrina consumerista quanto ao surgimento de uma nova modalidade de vulnerabilidade além das inerentes a toda a relação de consumo (técnica, jurídica e fática). Nessa perspectiva o consumidor com deficiência está

---

[197] Noutra parte da mesma obra (RODRIQUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais.** *cit.*), o autor admite, ao contrário do modelo forte de eficácia indireta, outras portas de entrada dos direitos fundamentais nas relações privadas, que podem se dar inclusive por clausulas e regras fechadas, não se limitando às cláusulas abertas e aos conceitos jurídicos indeterminados.

[198] RODRIQUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais.** *cit.* p. 579-580.

[199] Dado aos objetivos e limites deste trabalho, não será efetuada a sobrecarga argumentativa que seria necessária à justificação da adoção do modelo referido.

também sujeito a vulnerabilidade de acesso que engloba todos os aspectos que vão desde o acesso às lojas, passando pela informação adequada e finalizando com a utilização do produto ou do serviço[200].

Assim, os consumidores com deficiência necessitam de inclusão na sociedade de consumo por meio da acessibilidade. Esta consubstancia o acesso aos locais onde se encontram os produtos e serviços de consumo (lojas, Shopping Center, supermercado etc.); informação ao produto e serviço de forma acessível (bula de remédio, panfleto de ofertas, manual do proprietário etc.); produtos e serviços acessíveis (veículos, celulares, televisores etc.) e assistência técnica dos produtos e serviços em formatos acessíveis[201].

A acessibilidade garante ao consumidor com deficiência a autonomia individual e a liberdade de fazer as escolhas dos produtos e serviços de consumo. A consecução deste objetivo ocorrerá por meio do oferecimento de *adaptação razoável* às pessoas com deficiência, o que se estende para as relações de consumo. Portanto, os fornecedores devem oferecer produtos e serviços promovendo-lhes as modificações e os ajustes necessários e adequados não podendo acarretar ônus desproporcional ou indevido aos consumidores com deficiência para que possam ter acesso a eles[202].

A questão do tratamento do consumidor com deficiência toma, entretanto, uma complexidade ainda mais acentuada quando se está diante de consumidores com deficiência mental e intelectual, que afetam, necessariamente, a capacidade da pessoa de tomar decisões de forma livre e autônoma. Conforme tratado no capítulo primeiro, o modelo social foi desenvolvido para dar autonomia a pessoa com

---

[200] NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, ARAÚJO, Luiz Alberto David. O estatuto da pessoa com deficiência e a tutela do consumidor: novos direitos?. *cit.* p. 112-113.
[201] NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, ARAÚJO, Luiz Alberto David. O estatuto da pessoa com deficiência e a tutela do consumidor: novos direitos?. *cit.*
[202] NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, ARAÚJO, Luiz Alberto David. O estatuto da pessoa com deficiência e a tutela do consumidor: novos direitos?. *cit.*

deficiência. O apoio na tomada de decisão é prestado para que esta venha a aprimorar sua capacidade de tomar decisões e se tornar cada vez mais “capaz” de assumir riscos e ser responsável pelo seu próprio destino. Dessa forma, a proteção ao consumidor com deficiência deve encontrar um meio termo entre a proteção comumente dispensada aos vulneráveis e os preceitos de alavancagem da autonomia da pessoa com deficiência e respeito a suas decisões, mesmo aquelas que não pareçam ser tão acertadas.

Propõe-se assim, seguindo o método do modelo fraco de eficácia indireta, a fixação de dois parâmetros a serem observados na aplicação dos direitos fundamentais da CDPD nas relações de consumo. Em primeiro lugar, não seria compatível admitir casos em que a pessoa com deficiência tenha um exercício de autonomia e liberdade “maior” que o das demais pessoas, de modo a gerar uma situação de desproteção, em face do consumidor *standard*. Em segundo, não pode a pessoa com deficiência ser alijada de qualquer poder de decisão, em locais onde as demais pessoas são livres para decidir, no âmbito do direito do consumidor (liberdade de contratar e liberdade contratual).

Os consumidores podem escolher um produto de qualidade sabidamente inferior, em razão de preço ou critério de preferibilidade ou noção de prioridade ou de valor para aquele determinado produto ou serviço. Mesmo que não seja a escolha mais sábia, o ordenamento jurídico garante a ele o direito de exercê-la, e, deve fazê-lo também, a respeito da pessoa com deficiência psíquica e intelectual.

A proposta do presente trabalho é justamente que, dentro dos limites dessa complexidade, a acessibilidade incide sobre as relações privadas, ampliando e ressignificando os deveres das relações de consumo e, ao mesmo tempo, determinando o surgimento de novos deveres, a saber, os deveres de acessibilidade,

cujo rol será, necessariamente, exemplificativo, por derivarem da incidência de normas de direito fundamental.

Os parâmetros acima especificados servem como direcionamento ao intérprete, pois, não se pode permitir, em hipótese nenhuma que, sob o pretexto de concessão de maior autonomia, se deixe a pessoa com deficiência com menos proteção que as demais pessoas. A garantia do art. 12 da Convenção de Nova York é para o exercício da capacidade de agir em igualdade de condições com as demais pessoas, ou seja, não se pode proteger menos o consumidor com deficiência em relação aos demais. Por se tratar de consumidor hipervulnerável, a proteção deve ser adequada a sua situação particular.

Inobstante, substituir a "liberdade de contratar" da pessoa pela do juiz não alcançará os fins do modelo social, tampouco servirá ao conteúdo e eficácia da norma de acessibilidade. No campo da proteção das pessoas com deficiência, ao Judiciário imputam-se duas ordens de responsabilidade: uma administrativa, outra judicial. A primeira, na estruturação de seus cargos e serviços, consiste na exigência de colaborar, diretamente, com o esforço nacional de inclusão social desses sujeitos. A segunda, na esfera hermenêutica, traduz-se no mandamento de atribuir à norma que requer interpretação ou integração no sentido que melhor e mais largamente ampare os direitos e interesses das pessoas com deficiência[203].

Assim, o juiz deverá controlar, quanto a liberdade de contratar, apenas se os deveres de acesso foram cumpridos e, caso não tenham sido, garantir que o sejam e, ao final, deixar a cargo da pessoa com deficiência a tomada de decisão no mesmo espaço de decisão que possuem as demais pessoas. Ressalte-se, isso só será possível caso todo o apoio e acomodação necessários tenham sido prestados.

---

[203] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor.** *cit.*

No que diz respeito a liberdade contratual, caberá a revisão nos termos fixados pelo CDC com as peculiaridades de cada pessoa com deficiência, das barreiras que ela enfrenta e dos direitos de acessibilidade a ela garantidos. A esse respeito tornam-se cruciais os deveres de apoio, de adaptação razoável, referidos no capítulo final deste trabalho.

Há estudos sérios que atestam que permitir que as pessoas com deficiência mental e intelectual cometam seus próprios erros é essencial para o seu desenvolvimento como pessoa, assim como de sua capacidade de tomar decisões e de viver de forma mais autônoma[204]. Entretanto, todo processo de apoio na tomada de decisão demanda gerenciamento dos riscos de se conceder autonomia a pessoas ainda não adaptadas plenamente a reconhece-los e se preparar para eles.

Portanto, ainda que concedido todo o apoio e adaptação necessários, ainda assim, as pessoas com deficiência mental e intelectual não perdem o *status* de consumidor hipervulnerável. Conforme proposto anteriormente, a hipervulnerabilidade da pessoa com deficiência é presumida, apesar de seus fatores de agravamento deverem ser examinados casuisticamente, o que, sem dúvida acrescenta um grau de complexidade nas decisões que podem terminar por gerar uma exclusão dessas pessoas pelo mercado. Como exigir do fornecedor que conheças as limitações de todas as mais variadas deficiências que os consumidores de seus produtos podem ter? Contratar com pessoas com deficiência psíquica e intelectual, enquanto não estabelecidos os modelos de apoio na tomada de decisão no direito e na realidade brasileira, será uma atividade de risco.

---

[204] KNOX, L.; DOUGLAS, J. M.; BIGBY, C. '**The biggest thing is trying to live for two people**': Spousal experiences of supporting decision-making participation for partners with TBI. *Brain Inj.* 2015; vol. 29, n. 6, pp.745-57.

Assim se põe um problema latente no tratamento da hipervulnerabilidade do consumidor com deficiência: a impossibilidade de definição, *a priori*, dos meios de adaptação necessários para dar o suporte adequado a tomada de decisão desses consumidores.

4 DA AMPLIAÇÃO DOS DEVERES DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.

4.1. Dos deveres de transparência.

Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase pré-negocial dos contratos de consumo[205]. No CDC a transparência é uma norma princípio que abarca em seu conteúdo diversas regras jurídicas atinentes a oferta (art. 30, CDC), ao dever de informar (art. 31 e 46 do CDC) e ao dever de redação clara dos contratos (art. 46 do CDC).

Antes de analisar as regras oriundas da interação do princípio da acessibilidade, com a do princípio da transparência, cumpre abordar a questão da natureza jurídica da oferta e da publicidade nas relações de consumo.

Para Bruno Miragem, a publicidade nos termos do art. 30 do CDC, são atos-fatos jurídicos, pois a simples geração e divulgação da informação ou publicidade suficientemente precisa, vinculará o fornecedor ao cumprimento de seus termos, integrando o contrato de consumo[206]. A configuração como ato-fato se dá em razão de que, para o referido autor, a vontade do fornecedor ingressaria no mundo jurídico como fato, ou seja, importando apenas o resultado fático da conduta, independente da intenção do agente. Nesses termos, independente da vontade do fornecedor em veicular algum tipo de informação em suas peças publicitárias, ele estará obrigado em todos os seus termos, respondendo, especialmente, no caso de veiculação de informações falsas, sejam elas abusivas (contrárias ao equilíbrio contratual) ou enganosas (não condizentes com a realidade).

---

[205] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** *cit.* p. 783.
[206] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do Consumidor.** *cit.* p. 258.

Em relação a oferta, Bruno Miragem a reconhece como negócio jurídico unilateral, uma vez que pertence à decisão do fornecedor determinar seu conteúdo[207]. Destaca ainda que a publicidade pode ou não vir acompanhada de uma oferta de consumo[208].

Para Cláudia Lima Marques, a oferta do CDC nada mais é do que um negócio jurídico unilateral, que cria obrigações para o indivíduo[209]. Ressalta ainda a autora, a autonomia entre a oferta (negócio jurídico unilateral) e o contrato de consumo resultante de sua aceitação[210]. Entretanto, diverge de Bruno Miragem no que concerne a natureza jurídica da publicidade. Claudia Lima Marques destaca que o CDC menciona a publicidade como atividade juridicamente relevante em três momentos: 1) quando suficientemente precisa, integra a oferta contratual (art. 30), integra o futuro contrato (arts. 18 a 20), vincula como a proposta (arts. 30 e 35); 2) quando abusiva ou enganosa, é proibida e sancionada (art. 37); 3) nos demais casos, como prática comercial, deve ser correta nas informações que presta (arts. 36, parágrafo único, e 38), identificável como publicidade (art. 36, *caput*) e, sobretudo, leal (art. 6º, IV)[211].

No primeiro caso, a publicidade seria um negócio jurídico unilateral, no segundo seria um ato ilícito, e no terceiro seria um ato humano[212] unilateral com fim negocial indireto, em que a determinação de conteúdo (as informações trazidas), pode ser livre,

---

[207] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do Consumidor.** *cit.*
[208] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do Consumidor.** *cit.*
[209] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** *cit.* p. 791.
[210] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** *cit.*
[211] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** *cit.* p. 806.
[212] No parágrafo seguinte, Cláudia Lima Marques se refere a publicidade como atos de vontade, e, em razão disso, entendeu-se que o ato humano referido pela autora seria um ato jurídico em sentido estrito, cujos efeitos são delimitados pela lei e o espaço para o autorregramento da vontade se dá apenas quanto ao seu conteúdo, mas não quanto aos seus efeitos.

mas cujo regime deriva agora da lei que impôs um novo patamar de conduta nas relações sociais conforme a boa-fé objetiva[213].

Antônio Herman Benjamin, defende ser a oferta e a publicidade negócio jurídico unidirecional, desprovido de qualquer negociação e sob o controle exclusivo do anunciante[214]. Destaca ainda que a fonte de vinculação contratual do fornecedor a ambos é a declaração publicitária, não a sua vontade, e aquela se fundamenta no princípio da confiança, não no consentimento do fornecedor, que foi exarado em momento anterior ao anúncio[215].

Para Adalberto Pasqualotto a publicidade é contato social de consumo, fonte de obrigações autônomas, da mesma categoria dos atos existenciais ou das condutas sociais típicas, produzindo, contudo, os mesmos efeitos dos atos negociais[216]. Em decorrência, não se aplica à publicidade a disciplina própria dos atos jurídicos, inclusive o erro, de modo que se o fato publicitário não depende da vontade para produzir efeitos, são irrelevantes os vícios que possam afetar a vontade de sua produção[217].

Adota-se aqui a posição de Bruno Miragem, em vista que o fim comercial indireto do ato publicitário que não contém oferta, constitui simplesmente que a vontade do fornecedor entra no mundo jurídico como fato. Quanto a publicidade abusiva, não há divergência quanto ao fato de que se trata de um ato ilícito.

O acesso à informação clara e precisa é um direito básico do consumidor (art. 6º, inciso III, CDC). Na sistemática de formação do Código de Defesa do Consumidor,

---

[213] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** *cit.*
[214] BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V: Das práticas comerciais. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrine *et al* (org). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 306-307.
[215] BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V: Das práticas comerciais. *Cit.*
[216] PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 113.
[217] PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor.** *cit*.

o acesso à informação tem contornos tão precisos e eloquentes que a informação aparece como dever do fornecedor, direito básico do consumidor, cláusula geral dos contratos de consumo e, de modo ainda mais enfático, como corolário principiológico da Política Nacional das Relações de Consumo[218]. A incidência das normas de proteção as pessoas com deficiência conferem um significado mais amplo ao “acesso” a informação, de modo que este deve abarcar dentro de si, a acessibilidade.

A acessibilidade, nos termos do art. 3º do EPD, diz respeito a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

São diversas as disposições do Estatuto da pessoa com deficiência que fazem referência ao direito de acesso a informação pela pessoa com deficiência. No inciso V do art. 9, a pessoa com deficiência tem direito a prioridade no acesso a informações e disponibilização de recursos de comunicação acessíveis.

No art. 17, os serviços do SUS e do Suas deverão promover ações articuladas para garantir à pessoa com deficiência e sua família a aquisição de informações, orientações e formas de acesso às políticas públicas disponíveis, com a finalidade de propiciar sua plena participação social. Destaca ainda o parágrafo único que os serviços referidos podem fornecer informações e orientações nas áreas de saúde, de educação, de cultura, de esporte, de lazer, de transporte, de previdência social, de assistência social, de habitação, de trabalho, de empreendedorismo, de acesso ao

[218] LEAL, Larissa Maria de Moraes. A reparação integral por meio de ação civil pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo. *cit.* p. 267.

crédito, de promoção, proteção e defesa de direitos e nas demais áreas que possibilitem à pessoa com deficiência exercer sua cidadania.

No art. 24, ainda referente aos serviços de saúde, está disposto que É assegurado à pessoa com deficiência o acesso aos serviços de saúde, tanto públicos como privados, e às informações prestadas e recebidas, por meio de recursos de tecnologia assistiva e de todas as formas de comunicação previstas no inciso V[219] do art. 3º do EPD. Da mesma forma, o art. 25 dispõe que os espaços dos serviços de saúde, tanto públicos quanto privados, devem assegurar o acesso da pessoa com deficiência, em conformidade com a legislação em vigor, mediante a remoção de barreiras, por meio de projetos arquitetônico, de ambientação de interior e de comunicação que atendam às especificidades das pessoas com deficiência física, sensorial, intelectual e mental.

Também sobre os deveres de informação, é assegurado à pessoa com deficiência, mediante solicitação, o recebimento de contas, boletos, recibos, extratos e cobranças de tributos em formato acessível (art. 62, EPD). Da mesma forma é obrigatória a acessibilidade nos sítios da internet mantidos por empresas com sede ou representação comercial no País ou por órgãos de governo, para uso da pessoa com deficiência, garantindo-lhe acesso às informações disponíveis, conforme as melhores práticas e diretrizes de acessibilidade adotadas internacionalmente e os sítios devem conter símbolo de acessibilidade em destaque.

Assim, os ambientes públicos que oferecem o uso das tecnologias digitais, devem estar preparados para serem utilizados, de forma igualitária, por qualquer tipo

[219] Art. 3º - Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se: V – comunicação: forma de interação dos cidadãos que abrange, entre outras opções, as línguas, inclusive a Língua Brasileira de Sinais (Libras), a visualização de textos, o Braille, o sistema de sinalização ou de comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos multimídia, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizados e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, incluindo as tecnologias da informação e das comunicações;

de deficiente, seja visual, auditivo, físico ou intelectual[220]. Entretanto, o dispositivo do EPD dá ênfase às pessoas com deficiências sensoriais e em especial aos deficientes visuais, e não descreve as necessidades de outras modalidades de deficiências, assim como não explicita a necessidade dos ambientes e dos recursos humanos estarem treinados para recebê-los, ficando restrito apenas aos produtos, e não a todos os componentes[221].

A incidência do princípio da acessibilidade sobre essas regras determina sua interpretação extensiva as necessidades das pessoas com todas as modalidades de deficiência, ainda que não postas de modo expresso na legislação. Assim, os referidos ambientes acessíveis ao público, inclusive os virtuais, devem disponibilizar informação também em formato *easy to read*, por exemplo, para atender as necessidades de pessoas com deficiência mental e intelectual.

Dispõe ainda o EPD que o poder público deve adotar mecanismos de incentivo à produção, à edição, à difusão, à distribuição e à comercialização de livros em formatos acessíveis, inclusive em publicações da administração pública ou financiadas com recursos públicos, com vistas a garantir à pessoa com deficiência o direito de acesso à leitura, à informação e à comunicação. Nos editais de compras de livros, inclusive para o abastecimento ou a atualização de acervos de bibliotecas em todos os níveis e modalidades de educação e de bibliotecas públicas, o poder público deverá adotar cláusulas de impedimento à participação de editoras que não ofertem sua produção também em formatos acessíveis[222].

---

[220] OLIVEIRA, Ana Irene Alves de. Capítulo II: do acesso a informação; Capítulo III: Tecnologia assistiva. *In*: LEITE, Flávia Piva Almeida, RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes, COSTA FILHO, Waldir Macieira da. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 272-273.

[221] OLIVEIRA, Ana Irene Alves de. Capítulo II: do acesso a informação; Capítulo III: Tecnologia assistiva. *cit.*

[222] Art. 68, § 2º Consideram-se formatos acessíveis os arquivos digitais que possam ser reconhecidos e acessados por softwares leitores de telas ou outras tecnologias assistivas que vierem a substituí-los, permitindo leitura com voz sintetizada, ampliação de caracteres, diferentes contrastes e impressão em Braile.

No art. 69 o EPD faz expressa menção aos arts. 30 a 41 do CDC, dispondo que 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, inclusive em ambiente virtual. Determina ainda que as informações devem conter a especificação correta de quantidade, qualidade, características, composição e preço, bem como os eventuais riscos à saúde e à segurança do consumidor com deficiência, em caso de sua utilização, aplicando-se, no que couber, os referidos dispositivos da legislação consumerista.

No § 1º do mesmo dispositivo, o EPD determina que 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[223] do EPD, a expensas do fornecedor do produto ou do serviço, sem prejuízo da observância do disposto nos arts. 36 a 38 do CDC. Em seu § 2º, determina que os fornecedores devem disponibilizar, mediante solicitação, exemplares de bulas, prospectos, textos ou qualquer outro tipo de material de divulgação em formato acessível.

Da mesma forma, a CDPD estabelece que propiciar informação acessível para as pessoas com deficiência a respeito de ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, incluindo novas tecnologias bem como outras formas de assistência, serviços de apoio e instalações é essencial para promover o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa com deficiência (art. 4, 1, h).

[223] Art. 67. Os serviços de radiodifusão de sons e imagens devem permitir o uso dos seguintes recursos, entre outros: I - subtitulação por meio de legenda oculta; II - janela com intérprete da Libras; III - audiodescrição.

No art. 9, que trata da acessibilidade, inclui dentro dos deveres de acesso, o referente a informação, comunicação e seus respectivos sistemas e tecnologias (art. 9, 1, b e g), assim como a presença de sinalização em braile e em formatos de fácil leitura e compreensão em edifícios e instalações abertas ao público (art. 9, 2, d), além de outras formas apropriadas de assistência e apoio a pessoas com deficiência, a fim de assegurar o acesso a informação (art. 9, 2, f). Determina ainda que os estados partes devem promover, desde a fase inicial, a concepção, o desenvolvimento, a produção e a disseminação de sistemas e tecnologias de informação e comunicação, a fim de que esses sistemas e tecnologias se tornem acessíveis a custo mínimo (art. 9, 2, h).

Dispõe ainda o art. 21 da CDPD, ser obrigação dos estados partes: a) fornecer, prontamente e sem custo adicional, às pessoas com deficiência, todas as informações destinadas ao público em geral, em formatos acessíveis e tecnologias apropriadas aos diferentes tipos de deficiência; b) aceitar e facilitar, em trâmites oficiais, o uso de línguas de sinais, braile, comunicação aumentativa e alternativa, e de todos os demais meios, modos e formatos acessíveis de comunicação, à escolha das pessoas com deficiência; c) urgir as entidades privadas que oferecem serviços ao público em geral, inclusive por meio da Internet, a fornecer informações e serviços em formatos acessíveis, que possam ser usados por pessoas com deficiência; d) incentivar a mídia, inclusive os provedores de informação pela Internet, a tornar seus serviços acessíveis a pessoas com deficiência; e) reconhecer e promover o uso de línguas de sinais.

Além dos deveres dispostos expressamente no EPD e na CDPD, há diversas circunstâncias que envolvem pessoas com deficiência não tratadas de modo expresso, mas que reclamam proteção especial em razão do princípio da acessibilidade. Conforme destacado nas linhas anteriores, muitos dos dispositivos do

EPD, em relação aos deveres de transparência, se referem as necessidades de pessoas com deficiência sensorial. Entretanto, garantido o meio adequado de comunicação (braile, libras, etc), as pessoas com este tipo de deficiência não apresentam nenhum outro fator que as diferencie das demais pessoas. Já as pessoas com deficiência de ordem mental e intelectual, ao contrário, mesmo com a disponibilização da informação em formato acessível (*easy to read*) continuam em situação de hipervulnerabilidade.

Ordinariamente, está afastada do conceito de oferta de consumo a publicidade exagerada ou hiperbólica, feita com a exclusiva finalidade de chamar a atenção do público, mas que é facilmente compreendida por uma pessoa de discernimento razoável[224]. Entretanto, as pessoas com deficiência mental ou intelectual podem não possuir o discernimento suficiente para, sem o apoio necessário, discernir entre um mero "exagero" publicitário, e uma característica verdadeiramente inerente ao produto/serviço ofertado[225].

Nesses casos, a acessibilidade demandará a vinculação do fornecedor aos termos da oferta exagerada, caso este não seja demasiado ao ponto de se referir ao impossível. Entretanto, ainda nesses casos, poderá a publicidade ser considerada abusiva, razão pela qual, será devida a reparação do dano moral pela frustração de expectativa legítima gerada no consumidor com deficiência.

Nos termos decididos pelo ministro Antônio Herman Benjamin, no REsp. 931.513/RS, no campo da proteção das pessoas com deficiência, ao Judiciário imputam-se duas ordens de responsabilidade: uma administrativa, outra judicial[226]. A

---

[224] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** *cit.* p. 262.
[225] ALBUQUERQUE JR, Roberto Paulino, AZEVEDO, Rafael Vieira de. O consumidor com deficiência: hipervulnerabilidade, decisão apoiada e deveres anexos nas relações de consumo. **Revista de direito do consumidor.** vol. 116/2018, p. 51 – 67, Mar – Abr, 2018, p. 59.
[226] STJ, REsp. 931513 / RS, Relator p/ acórdão: Ministro Herman Benjamin, órgão julgador: S1 - Primeira Seção, Data de julgamento: 25/11/2009, Data de publicação: DJe 27/09/2010.

primeira, na estruturação de seus cargos e serviços, consiste na exigência de colaborar, diretamente, com o esforço nacional de inclusão social desses sujeitos[227]. A segunda, na esfera hermenêutica, traduz-se no mandamento de atribuir à norma que requer interpretação ou integração o sentido que melhor e mais largamente ampare os direitos e interesses das pessoas com deficiência[228].

Nesse contexto, os deveres de transparência na relação com consumidores com deficiência, são ampliados pela acessibilidade, exigindo-se além da prestação das informações adequadas, que o formato em que estas são prestadas atendam às necessidades da pessoa. Exige-se, assim, uma adaptação razoável da informação/oferta/publicidade veiculada ao contexto particular dos consumidores dos mais diversos tipos de deficiência.

Se uma pessoa com síndrome de Down pretende contratar um serviço e lhe é provida informação no formato “easy-to-read”, apoio adequado e tempo para refletir sobre suas opções, ela poderá ser capaz de compreender do que se trata o serviço e escolher se irá utilizá-lo ou não[229]. Contudo, se a informação só é fornecida em linguagem comum (e inacessível ao indivíduo) e ninguém se oferece para explicá-la de uma maneira que ele ou ela possa compreender, a deficiência se torna um fato[230]. Essa forma de entender deficiência é fundamentalmente diferente da visão de deficiência como uma consequência do impedimento do indivíduo[231]. Isso significa que é a falha da sociedade em um ambiente inclusivo para pessoas com deficiência que prevalece sobre qualquer condição mental ou intelectual ligada à pessoa[232].

---

[227] STJ, REsp. 931513 / RS. *cit.*
[228] STJ, REsp. 931513 / RS. *cit.*
[229] NILSSON, Anna. **Who gets to decide?** Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities. *cit.* p. 17.
[230] NILSSON, Anna. **Who gets to decide?.** *cit.*
[231] NILSSON, Anna. **Who gets to decide?.** *cit.*
[232] NILSSON, Anna. **Who gets to decide?.** *cit.*

Ainda em relação aos deveres de transparência, existem os deveres de redação clara nos contratos de consumo. Dentre esses está o art. 46 do CDC que determina que os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. Quanto ao consumidor com deficiência, salta aos olhos que a acessibilidade reclama que qualquer cláusula contratual posta em formato não acessível não seja eficaz perante o consumidor com deficiência que, em razão disso, não teve oportunidade de tomar conhecimento de seu conteúdo.

Além disso, o dever de redação clara e precisa impede o fornecedor de redigir cláusulas em linguagem demasiadamente técnica que impeça o consumidor de compreender o seu conteúdo. O art. 46 do CDC indica, através da utilização das expressões “sentido e alcance” do contrato, o ponto mais sensível da futura análise da transparência do instrumento contratual, isto é, a compreensão pelo consumidor das obrigações que está assumindo, especialmente quanto a valor do pagamento, número de prestações, parâmetro de correção monetária e acréscimo possível da dívida, ao tempo de duração do vínculo contratual e ao envolvimento em futuras contratações[233]. A esse respeito, a doutrina sinaliza que a informação deve estar registrada de modo que seja compreensível para o consumidor “médio”, isto é, o homem atento, mas sem formação jurídica específica[234].

O recurso ao homem médio é sempre problemático, pois, a noção nunca é suficientemente precisa a ponto de evitar juízos de valor equivocados. A utilização deste modelo abstrato de diligência, tanto no âmbito da aferição da culpa na responsabilidade subjetiva, quanto na determinação do que pode ou não ser uma

[233] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** *cit.* p. 865.
[234] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** *cit.*

redação clara, *mutatis mutandis*, seja na tradição romano-germânica, seja na anglo-saxônica, oculta, a rigor, um modelo específico antropologicamente definido: o do próprio julgador. É intuitivo que na aplicação de um *standard* de elevado grau de generalização, o juiz venha a exigir, deliberada ou inconscientemente, da parte o mesmo cuidado que ele ou seus pares adotariam em seu lugar[235].

A adoção de um padrão único de diligência e razoabilidade parece, de todo, incompatível com uma realidade complexa e plural, como a que caracteriza as sociedades contemporâneas. Tal qual na responsabilidade civil, a solução passa pela fragmentação dos modelos de conduta, ou seja, a utilização de parâmetros de comportamento específicos e diferenciados para as mais diversas situações (ex: seguir os padrões do CFM para avaliar a conduta do médico, da OAB para a avaliar a conduta de advogados, etc)[236].

Nesse sentido, definir se a redação está suficientemente clara para o nível de compreensão das pessoas com deficiência que implique em discernimento reduzido, é tarefa que caberá as próprias pessoas com deficiência, através de suas organizações civis, preferencialmente em conjunto com o poder público, definir. É certo, como vimos no capítulo anterior, que não se pode exigir que o fornecedor adapte a redação de seus contratos as necessidades particulares de cada pessoa[237], mas, é preciso que se estabeleçam esses padrões objetivos a serem cumpridos dentro das políticas nacionais de consumo.

---

[235] SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil.** *cit.*
[236] SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil.** *cit.* p. 41-43.
[237] Há, contudo, os deveres de adequação/adaptação razoável, que serão abordados no capítulo 4.

4.2. Dos deveres de boa-fé.

Quanto aos deveres de boa-fé, Cláudia Lima Marques se refere a proibição da publicidade abusiva e enganosa, às práticas comerciais abusivas e controladas e ao direito de arrependimento do consumidor[238]. A autora se refere aos deveres de boa-fé em relação a fase pré-contratual, denominando de deveres de boa-fé aqueles característicos da fase de pré-negocial e de deveres de equidade e deveres de confiança aqueles incidentes na fase negocial e de execução contratual, ressaltando também que a transparência igualmente advém da boa-fé[239].

Nos dois primeiros pontos têm-se os deveres de boa-fé no escopo da vedação ao exercício inadmissível de posições jurídicas (abuso de direito) na fase de formação dos contratos. Na esteira adotada nesse trabalho, os deveres de boa-fé aqui referidos são os chamados “negativos”, relativos a obrigações de não fazer, ou seja, práticas proibidas e sancionadas pelas normas de defesa do consumidor.

Em relação ao terceiro, ao direito de arrependimento do consumidor nos contratos celebrados fora do estabelecimento, de natureza potestativa, portanto, irresistível, corresponde o dever de o fornecedor suportar o exercício de tal prerrogativa, sem criar embaraços a sua concretização. Nesse sentido, têm-se uma dupla característica desse dever, a saber, a negativa (não criar embaraços) e a positiva (facilitar a sua concretização).

O critério material adequado para configuração do abuso de direito é o considerar-se inadmissível o exercício, por sua disfuncionalidade face ao sistema, em razão da ofensa à boa-fé objetiva[240]. O tratamento típico dos exercícios abusivos mostrou que o fenômeno pode ocorrer em situações irredutíveis a direitos subjetivos

[238] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** *cit.* p. 869-870.
[239] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** *cit.*
[240] CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra/PT: Almedina, 2017, p. 898.

num sentido estrito: poderes, faculdades, direitos potestativos e outras realidades colocam-se, em certas circunstâncias, perante o sistema, numa sequência tal que sua atuação contrária a boa-fé, torna-se, ilegítima[241][242].

São punidas assim as condutas praticadas pelo fornecedor que geram no consumidor uma legítima expectativa, que, logo em seguida, é frustrada por ato imputável ao primeiro. São exemplos dessas práticas abusivas o anúncio de unidades a preço promocional significativamente abaixo do preço de mercado com o fim de atrair o consumidor que, ao chegar ao estabelecimento do fornecedor, descobre que as poucas unidades em preço promocional se esgotaram no mesmo dia de início da promoção.

Antes de prosseguir para as hipóteses um dos principais problemas gerados pelos deveres da boa-fé objetiva na formação dos contratos diz respeito ao bem discernir entre o que obedece ao regime da responsabilidade contratual, propriamente dita, e o da responsabilidade pré-contratual (em que se indeniza o interesse negativo ou o interesse da confiança)[243]. Em linha de princípio, como os meros anúncios publicitários (desde que suficientemente precisos), vinculam contratualmente, possibilitando inclusive a execução, o regime será o da responsabilidade contratual[244]. Nessa linha, a responsabilidade advinda por parte do fornecedor possui prazo prescricional mais amplo, qual seja, o de 10 (dez) anos do art. 206 do CC/02[245].

---

[241] CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa-fé no direito civil.** *Cit.*

[242] A demonstração exaustiva das hipóteses desses exercícios abusivos foge aos objetivos deste trabalho, tanto em razão do corte temático, quanto em razão do assunto já ter sido bem explorado em diversas obras jurídicas.

[243] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado:** critérios para a sua aplicação. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2018, Edição do Kindle, não paginado, posição 7968 de 28955 (28%).

[244] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado.** *Cit.* não paginado, posição 7968 de 28955 (28%).

[245] Nesse sentido decidiu recentemente a corte especial do Superior Tribunal de Justiça, no EREsp 1.281.594.

Um dos primeiros deveres de boa-fé atinentes a publicidade é a sua ostensividade, o que, nos termos do art. 36 do CDC, significa que deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Nesse sentido, é prática vedada pelo CDC, a utilização de publicidade implícita, ou seja, oculta, sorrateira, com o fim de atingir o inconsciente do consumidor.

A publicidade subliminar é aquela veiculada por meio de mensagens visuais ou sonoras de pouca intensidade, não sendo capaz de estimular a consciência, mas registrada pelo subconsciente[246]. Tal artifício tem por finalidade atingir o inconsciente humano e retirar a liberdade de escolha do consumidor, influenciando, de maneira dissimulada, na aquisição de produtos e serviços[247].

Além de ostensiva, a publicidade não pode ser abusiva ou enganosa. O CDC define que 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, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (art. 37, § 2º, CDC). Por sua vez, 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 (art. 37, §1º, CDC). A publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Cumpre ainda ressaltar que a publicidade, para ser considerada enganosa, não precisa efetivamente enganar o consumidor, o Código se satisfaz com o potencial de

---

[246] BRITO, Dante Ponte de. **Publicidade subliminar na internet.** *Cit.* p. 193-194.
[247] BRITO, Dante Ponte de. **Publicidade subliminar na internet.** *Cit.*

enganosidade da publicidade[248]. Em outras palavras, a enganosidade é aferida *in abstrato,* ou seja, o que importa é a capacidade de indução a erro de forma abstrata, difusa, indeterminada, a efetiva ocorrência do erro e o eventual prejuízo do consumidor serão mero exaurimento, com consequências próprias[249].

Nos casos de publicidade ilícita (art. 37, CDC), enganosa e/ou abusiva, o agravamento da vulnerabilidade do consumidor agrava conjuntamente a extensão do dano sofrido, potencial ou real. A gravidade do dano se mostra ainda mais latente quando a informação falsa veiculada diz respeito não ao produto ou serviço em si, mas aos próprios direitos do consumidor.

Nesse contexto, a veiculação de informação falsa induz os consumidores ao erro de direito, gerando refração do conhecimento das leis de proteção aplicáveis às relações de consumo[250]. Assim, atentar contra o conhecimento e reconhecimento das leis brasileiras é conduta grave, que lança efeitos danosos em toda a sociedade, sendo impossível delimitar as pessoas ou grupos lesados[251]. Entrementes, é possível inferir que todos suportam lesão, porque a própria razão de existir das leis de tutela consumerista, legitimadas tanto material como formalmente, estaria agredida[252].

Conforme abordado no capítulo anterior, abalizada doutrina aponta que a publicidade dirigida a determinados consumidores hipervulneráveis, a exemplo das crianças, pela incompletude de seu desenvolvimento, por si só, é abusiva: primeiro, porque as crianças não têm condições de consumir, o que, então, seria motivo

---

[248] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor.** *cit.* p. 147.

[249] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor.** *cit.*

[250] LEAL, Larissa Maria de Moraes. A reparação integral por meio de ação civil pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo. *cit.* p. 268.

[251] LEAL, Larissa Maria de Moraes. A reparação integral por meio de ação civil pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo. *cit.*

[252] LEAL, Larissa Maria de Moraes. A reparação integral por meio de ação civil pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo. *cit.*

suficiente para que os anunciantes, inclusive, não tivessem interesse em dirigir-se a quem não pode consumir; segundo, porque anunciar para crianças é abusar do direito de fazer publicidade, o que implica ilegalidade da conduta[253]. A correção do entendimento acima esposado é latente, contudo, o mesmo não se pode dizer quanto as pessoas com deficiência, que, apesar de ser um grupo hipervulnerável, qualquer proibição de publicidade dirigida a esta coletividade restará impingida de ilegalidade, em razão da não-discriminação.

Contudo, não se pode olvidar que pessoas com deficiência que implique em redução de discernimento, por muitas vezes, estarão em situação equiparada a de uma criança. O novo modelo de capacidade civil, fundado na abordagem social da deficiência, tem, acima de tudo, a finalidade de proteger essa coletividade, sem, contudo, excluir a sua autonomia de tomar as próprias decisões.

Conforme fixado no capítulo 1, a tomada de decisão por adultos com deficiência que implique em discernimento reduzido é um processo complexo, em que, ao mesmo tempo em que se confere autonomia ao indivíduo para tomar as próprias decisões, deve ser garantido o apoio, aliado a uma responsável gestão dos riscos inerentes a cada decisão. Como visto, o apoio na tomada de decisão visa conferir, de modo progressivo, cada vez mais autonomia a pessoa com deficiência, sem, contudo, deixa-la em situação de desproteção.

Nesses termos toda publicidade dirigida ao público o é também aos referidos adultos com deficiência, que, mesmo com todas as medidas de apoio e adaptação razoáveis, ainda se apresentam com uma vulnerabilidade em grau mais elevado que os demais consumidores. Assim, a tutela possível dos abusos praticados na publicidade, cujas pessoas com deficiência sejam vítimas reais ou potenciais, reclama

[253] LEAL, Larissa Maria de Moraes; BARBOSA, Raíssa Alencar de Sá. A publicidade infantil e a regulação da publicidade de alimentos de baixo teor nutricional. *cit.* p. 46.

uma presunção absoluta de um agravamento de mesma proporção dos danos experimentados e da indenização devida, sem prejuízo de outras medidas cabíveis de caráter satisfativo ou inibitório.

No que concerne as práticas abusivas (art. 39 do CDC), são comumente referidas a pessoas com deficiência a disposta no inciso IV do art. 39, qual seja, prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços. A deficiência, sem dúvida, é uma condição social da qual o fornecedor não deve se prevalecer para obter uma vantagem indevida, ao contrário, deve agir com o máximo respeito a esta. Nesse ponto, a acessibilidade reclama uma proteção especial do consumidor com deficiência em face do assédio de consumo.

O assédio de consumo consiste na prática de pressionar o consumidor, principalmente os considerados hipervulneráveis, a adquirir um produto ou serviço. A diretiva 2005/29/CE, da União Europeia, fornece em diversos dispositivos condutas consideradas agressivas e que, por isso, configuram assédio de consumo. Em seu art. 8, a diretiva qualifica como agressivas, as práticas comerciais que, no caso concreto, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, prejudicar ou for susceptível de prejudicar significativamente, devido a assédio, coação[254] – incluindo o recurso à força física – ou influência indevida, a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio[255] em relação a um produto, e, por conseguinte, o conduza ou seja susceptível de o conduzir a tomar uma decisão que este não teria tomado de outro modo.

[254] Coação aqui não está colocada no sentido técnico de vício do negócio, mas como coerção indevida/abusiva.
[255] A respeito da noção de consumidor médio, reitera-se a proposta feita no tópico 3.1.

A fim de determinar se uma prática comercial utiliza o assédio, a coação – incluindo o recurso à força física – ou a influência indevida, a referida diretiva determina (art. 9) que sejam tomados em consideração os seguintes elementos: (a) o momento e o local em que a prática é aplicada, a sua natureza e a sua persistência, (b) o recurso à ameaça ou a linguagem ou comportamento injuriosos, (c) o aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica de uma gravidade tal que prejudique a capacidade de decisão do consumidor, de que o profissional tenha conhecimento, com o objetivo de influenciar a decisão do consumidor em relação ao produto, (d) qualquer entrave extracontratual oneroso ou desproporcionado imposto, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo o de resolver um contrato, ou o de trocar de produto ou de profissional, (e) qualquer ameaça de intentar uma ação quando tal não seja legalmente possível.

O assédio de consumo não se verifica tão somente no uso de coação e violência, sendo evidente a sua presença na insistência reiterada e até mesmo no oferecimento de “brindes” e “premiações”. O assédio de consumo não busca excluir talvez por isso possa ser percebido, também, nas práticas que aliciem ou que seduzam – por meio da repetição – o consumidor e, em especial, mas não exclusivamente, o idoso, o analfabeto, o doente e todo aquele que, por qualquer outra razão, vivencie situação de vulnerabilidade extremada, buscando forçá-lo, constrangê-lo, aliciá-lo a adquirir produto, serviço ou obter acesso ao crédito,

especialmente porque “o simples fato de ver repetidamente um certo produto o torna mais desejável”[256]. Nesse sentido expõe Catalã e Pitol[257]:

> O assédio de consumo, portanto, não se esgota em práticas que se revelem violentas, compreendendo, também, aquelas efetuadas por meio do encantamento que busca obnubilar a ínfima parcela de razão que orienta a vida de pessoas, inexoravelmente imersas na sociedade de consumo. sedução que, quando reiterada, municiada com a promessa de novas doses de dopamina, potencializa substancialmente a força de convencimento contida nas sucessivas promessas de felicidade difundidas pela mídia. Prática que talvez se revele (a) nas repetidas visitas ao domicílio do consumidor, (b) no spam, (c) no assédio a idosos nas filas dos bancos, com sedutoras ofertas de crédito ou com a possibilidade de vir a ser premiado, (d) no persistente contato – via telefone, fax, e-mail ou qualquer outro mecanismo de comunicação – visando a comercialização de algum bem, serviço ou a concessão de crédito, (e) na reiteração da necessidade de alteração do regime contratual vigente, (f) na exortação das crianças para que convençam adultos a comprar-lhes algo, (g) nas promessas de cura dos mais distintos males reverberadas pela mídia etc.

As técnicas agressivas de oferta de crédito, por telefone ou a distância e nas ruas das grandes cidades, ou por intermediários, e, pior, por crédito consignado ou com semelhante retirada direta das contas e pensões, tem levado muitos hipervulneráveis ao superendividamento[258]. As pessoas com deficiência, assim como os idosos, muitos deles beneficiários da assistência social (LOAS), sem dúvida se apresentam em alto grau de vulnerabilidade ante estas práticas abusivas.

Além dessas, há aquelas em que o fornecedor, aproveita-se de sua superioridade econômica ou técnica para determinar condições negociais desfavoráveis ao consumidor. Temos como exemplo a venda casada, os limites quantitativos, a exigência de vantagem excessiva e o não estabelecimento de prazo

---

[256] CATALÃ, Marcos, PITOL, Yasmine Uequed. Primeiras linhas acerca do tratamento jurídico do assédio de consumo no Brasil. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.** n. 27, Set, 2017, p. 147.
[257] CATALÃ, Marcos, PITOL, Yasmine Uequed. Primeiras linhas acerca do tratamento jurídico do assédio de consumo no Brasil. *Cit.*
[258] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** cit. p. 889.

para cumprimento do contrato ou que este fique a cargo exclusivamente do fornecedor[259].

Por último, temos o grupo de práticas abusivas semelhantes ao que dispõe o inciso II do art. 39, qual seja, recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes. No contexto do tratamento do consumidor com deficiência, não pode, por exemplo, uma instituição financeira recusar a concessão de mútuo feneratício a pessoa por presumir que sua deficiência acrescenta outros riscos ao contrato ou, em razão desses, praticar um regime tarifário mais desfavorável.

Conforme disposto na parte 5 do art. 12 da CDPD, a pessoa com deficiência tem direito de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro. Assim, o banco não pode recusar o contrato de mútuo à pessoa com deficiência quando ela apresenta todas as garantias exigidas pela instituição, pois, presumir que o consumidor com deficiência não honrará a avença por sua condição social é discriminatório[260].

Para remediar essas práticas, a própria noção de hipervulnerabilidade já demanda uma maior atenção do judiciário em termos de revisão contratual, de modo a restabelecer o equilíbrio econômico do contrato. Nos casos de pessoas com deficiência que contrataram sem os devidos recursos de acessibilidade, a solução deve ser outra, pois, sem a acessibilidade, poderá ser o caso, inclusive, de ausência de manifestação de vontade por parte do consumidor.

Conforme tratado no capítulo primeiro, a ausência de acessibilidade que permita a pessoa com deficiência compreenda a extensão e os efeitos das obrigações

---

[259] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** cit. p. 884-885.
[260] NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, ARAÚJO, Luiz Alberto David. Discriminação, consumo e deficiência: diálogo entre o direito brasileiro e as normas da união europeia. *cit.* p. 83.

assumidas implica na total ineficácia da avença em face dela. Nos casos de práticas abusivas, inclusive as de assédio, ainda que viabilizada a acessibilidade, não haverá o afastamento da ineficácia, por uma razão muito simples: o fornecedor deu com uma mão (acesso) e tirou com a outra (abuso). Em outras palavras, o consentimento está prejudicado, de uma forma ou de outra, o que reclamará a sanção de ineficácia.

4.3 Dos deveres de equidade (equilíbrio) e de confiança.

Seguindo na classificação de Claudia Lima Marques, trataremos dos deveres oriundos dos princípios do equilíbrio contratual e da proteção da confiança, das legítimas expectativas criadas na relação de direito do consumidor[261]. O CDC não instituiu apenas um novo controle formal dos contratos de consumo, controle de manifestação de vontade livre e refletida, mas instituiu também um controle de conteúdo dos contratos de consumo, de equidade de sua cláusulas de prestações e contraprestações, dos direitos e deveres dele resultantes, controle que será exercido pelo Poder Judiciário, com a ajuda do Ministério Público e das entidades de proteção ao consumidor[262].

O Estado deve, na coordenação da ordem econômica, exercer a repressão do abuso do poder econômico, com o objetivo de compatibilizar os objetivos das empresas com a necessidade coletiva, de modo que, basta a ameaça do desequilíbrio para ensejar a correção das cláusulas do contrato, devendo sempre vigorar a

[261] Não se fará aqui um estudo pormenorizado de todas as hipóteses de cláusulas abusivas ou de descumprimento de deveres contratuais, tendo em vista que isso demandaria um trabalho temático específico de robustez e profundidade semelhantes ao presente. No presente tópico, se fará apenas uma breve explanação de conceitos tidos como chaves para compreensão do tema, mencionando, *in passant*, alguns possíveis casos de incidência da acessibilidade em certos contratos de consumo.
[262] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** *cit.* p. 950.

interpretação mais favorável ao consumidor, tendo em vista a imperatividade e a indisponibilidade das normas do CDC[263].

A justiça contratual começa pela aplicação concreta da norma protetiva do consumidor e continua com uma interpretação das normas em diálogo, a mais favorável ao consumidor, sujeito escolhido pelo mandamento constitucional para ser protegido[264]. A própria CDPD, mesmo sendo norma constitucional, dispõe em seu art. 4, que não deixarão de ser aplicadas normas mais adequadas a proteção dos direitos da pessoa com deficiência, sob a alegação de não serem compatíveis com ela. Portanto, as normas de direito fundamental contidas na CDPD, e as de lei ordinário presentes no EPD, devem ser sopesadas com as normas do CDC, sendo sempre aplicável aquela que for mais favorável a pessoa com deficiência.

Para Nelson Nery Jr, o princípio maior[265] da interpretação dos contratos de consumo está insculpido no art. 47 do CDC: “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”[266]. Isso quer significar que não apenas as cláusulas ambíguas dos contratos de adesão se interpretam em favor do aderente, contra o estipulador, mas o contrato de consumo como um todo, seja “contrato de comum acordo” (*contrat de gré à gré*), seja de adesão, será interpretado de modo mais favorável ao consumidor[267].

Em relação as cláusulas abusivas, no direito do consumidor, o abuso do direito vincula-se a dois critérios essenciais para sua identificação e consequente controle dos atos abusivos: (a) o status constitucional do consumidor como sujeito de direitos

---

[263] STJ, **REsp 436.853/DF**, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 04.05.2006, DJ 27.11.2006, p. 273.
[264] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** *cit.* p. 955-956.
[265] Expressão utilizada pelo autor citado (nota 265), entretanto, não se compreende-a no sentido de haver uma hierarquia em termos normativos, mas apenas como uma ênfase a sua importância, seria assim o princípio de “maior ênfase/importância” e não de hierarquia superior.
[266] Com a devida vênia, entende-se se tratar de uma regra.
[267] NERY JUNIOR, Nelson. Capítulo VI: da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código brasileiro de Defesa do Consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 11ed, Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 554.

fundamentais; e a razão lógica deste reconhecimento como, de resto, das demais normas de proteção em nosso ordenamento: (b) a presunção jurídica da sua vulnerabilidade[268].

A cláusula abusiva é toda alteração da igualdade, própria da justiça comutativa, que desequilibre o contrato, tornando-o desvantajoso ao consumidor enquanto confere vantagem sem correspectivo (sem "sinalagma", do grego, câmbio) ao fornecedor, ou, na fórmula translúcida, própria dos franceses, "un contrat contenant ces clauses abusives est un contrat déséquilibré"[269]. Do reconhecimento da abusividade é cominada a sanção de nulidade absoluta[270].

Na impossibilidade de exaurir as hipóteses de abusividade de cláusulas contratuais que foram ampliadas pela incidência das normas de proteção a pessoa com deficiência, optou-se por abordar as questões atinentes a contratos específicos. Os primeiros a serem abordados são os de prestação de serviços de saúde, em especial aqueles contratados por pessoas com deficiência em situação de curatela[271].

O EPD destaca que a pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada (art. 11, EPD). Dispõe ainda que o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica (art. 12, EPD) e que em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua

---

[268] MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. **Revista de direito do consumidor**. vol. 72/2009, p. 41 – 77, Out – Dez, 2009, p. 45.

[269] PENTEADO, Luciano de Camargo. As cláusulas abusivas e o direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**. vol. 725/1996, p. 91, Mar, 1996, p. 93-94.

[270] DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor e no código civil de 2002. **Revista de Direito Privado**. vol. 32/2007, p. 171 – 200, Out – Dez, 2007, p. 183.

[271] Os deveres próprios previstos no EPD sobre esses contratos serão tratados no capítulo 4, tópico 4.3, no que se refere aos deveres de não discriminação. Neste ponto, trataremos da proteção contratual contra cláusulas abusivas e da interpretação mais favorável a pessoa com deficiência.

participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento (art. 12, § 1º, EPD). Inobstante, prevê que o consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei (art. 11, parágrafo único, EPD).

A leitura dos mencionados dispositivos já demonstra que a limitação prevista no art. 85 do EPD[272], dispondo que a curatela afeta apenas atos de natureza patrimonial e negocial, é excepcionada nos casos em que o consentimento da pessoa é necessário nos serviços de saúde. Nesse ponto, é clara a preocupação do legislador em individualizar as realidades de cada um, no tocante as competências pessoais, de modo que a curatela será aplicada em regime subsidiário, ou seja, somente quando não for possível se aferir a vontade do curatelado[273]. Destaque-se também que, mesmo sujeita a curatela, o consentimento da pessoa deve ser colhido no maior grau possível[274]. Assim, é abusiva a cláusula contratual que de qualquer forma impeça a pessoa com deficiência sujeita a curatela de participar, no máximo grau possível, das decisões referentes a sua saúde nesses contratos.

É igualmente abusiva a cláusula contratual em contratos de plano ou de seguro de saúde, que coloque a deficiência como doença pré-existente, para os fins do art. 11 da Lei 9.656/98. Essa cláusula afronta diretamente o disposto no art. 23 do EPD, que dispõe serem vedadas todas as formas de discriminação contra a pessoa com

---

[272] Defende-se a inconstitucionalidade do referido dispositivo, pois, não há na CDPD qualquer disposição que limite as medidas de apoio ao fato da decisão ter natureza patrimonial ou não, ao contrário, existe mandamento expresso quanto ao direito de receber apoio em todas as esferas da vida. Não se pode admitir, por exemplo, que o curador possa escolher o regime de bens do casamento ou união estável da pessoa curatelada (ato patrimonial, entretanto, personalíssimo), ou redigir seu testamento. As medidas de apoio devem ser proporcionais as necessidades da pessoa, devendo haver restrição (não vedação) a sua atuação em atos personalíssimos, independente de sua natureza existencial ou patrimonial. A vedação só tem o condão de excluir as pessoas sujeitas a este tipo de apoio, enquanto que a restrição apenas estabeleceria critérios específicos em que tais decisões possam ser tomadas com apoio, conforme fez o EPD referente aos serviços de saúde.

[273] MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **Paciente terminal e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.** Curitiba: Juruá, 2017, p. 50.

[274] Remete-se o leitor ao capítulo 1 deste trabalho, em especial ao ponto 1.4.

deficiência, inclusive por meio de cobrança de valores diferenciados por planos e seguros privados de saúde, em razão de sua condição.

Quanto aos contratos de incorporação imobiliária, embora a Lei 4.591/1964 já tratasse desse assunto, observa-se, em alguns contratos de incorporação, cláusula estabelecendo que o incorporador poderá modificar, unilateralmente, o projeto da edificação em cumprimento de exigências dos poderes públicos, ou em consequência de imposições técnicas supervenientes, podendo, assim, executar serviços não previstos expressamente ou deixar de executar outros. Após o arquivamento no CRI dos documentos referidos no art. 32 da lei 4.591/1964, só há possibilidade de modificação daqueles documentos se se observarem as seguintes condições: a) se o incorporador não tiver celebrado com nenhum comprador ou compromissário-comprador a venda de fração ideal vinculada a qualquer unidade, pois se assim o tiver feito, estará vinculado ao que ofertou; b) deve haver a averbação da modificação do projeto junto ao registro imobiliário, logicamente, antes do primeiro contrato ser celebrado; c) se realizou qualquer tipo de publicidade sobre o empreendimento, deverá alterá-la, informando de maneira clara e objetiva o que foi modificado. Nesse sentido, proíbe-se que o incorporador altere o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modifique as especificações ou desvie-se do plano da construção, a não ser que haja autorização unânime dos interessados ou exigência legal[275].

Com a aplicação das normas de acessibilidades, temos que o projeto poderá ser modificado para adequá-lo às exigências do desenho universal. Entretanto, todas as modificações devem ser autorizadas pela pessoa com deficiência adquirente da

[275] BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária e o código de defesa do consumidor. **Revista de Direito Imobiliário**. vol. 49/2000, p. 81 – 110, Jul – Dez, 2000, p. 90.

unidade imobiliária, pois, além das necessidades padrões de acessibilidade, cada pessoa com deficiência possui particularidades que podem não ser atendidas por medidas “padrões” de acessibilidade e desenho universal. Além disso, deve ser permitido a pessoa com deficiência participar ativamente da escolha das medidas de acessibilidade a serem aplicadas em sua unidade imobiliária (nos casos em que é feita a aquisição “na planta” ou em momento adequado a realização das mudanças), e que, nas áreas comuns, seja garantido, no mínimo, a adoção do desenho universal.

São igualmente nulas as cláusulas que ponham a pessoa com deficiência em desvantagem exagerada em relação ao fornecedor. A doutrina enumera alguns critérios para definição do que seria uma vantagem exagerada, sendo assim considerada aquela que a) ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; b) restringe direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual; c) se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso[276].

A acessibilidade abrange possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 3º, inciso I, EPD). Assim, qualquer

[276] AZEVEDO, Fernando Costa de. A cláusula geral de proibição de vantagem excessiva – norma fundamental de correção do abuso nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 109/2017, p. 207 – 233, Jan – Fev, 2017, p. 214.

cláusula que romper ou criar obstáculo para qualquer dessas possibilidades será considerada abusiva por pôr a pessoa com deficiência em desvantagem exagerada.

Em relação ao princípio da confiança, normas imperativas irão proteger as legítimas expectativas que o consumidor depositou no vínculo contratual, mais especificamente na prestação contratual, na sua adequação ao fim que razoavelmente dela se espera e irão proteger também a confiança que o consumidor deposita na segurança do produto ou serviço colocado no mercado[277].

A confiança em um comportamento alheio é digna de proteção jurídica, de modo que, toda pessoa que, em razão do seu comportamento, passa a impressão de ocupar certa posição jurídica deve ser tratada enquanto tal. Os atos que induzem ao erro, o dolo e o comportamento arbitrário e contraditório (*venire contra factum proprium*) constituem infrações ao dever de lealdade[278].

O dano pelo rompimento da confiança no produto ou serviço prestado pode se dar em qualquer relação de consumo, de modo que o CDC prevê um regime de responsabilidade para além da dicotomia contratual/extracontratual para ser imputada a um número maior de agentes, através da solidariedade, imposta pelo art. 18 do CDC, a todos os fornecedores da cadeia de produção, caracterizando-se como um regime de responsabilidade legal do fornecedor de um modo amplo[279].

Além da garantia contratual, o CDC traz uma garantia mínima legal, para os vícios por inadequação ou desconformidade. Dispõe o art. 18 que os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao

---

[277] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** *cit.* p. 1.285-1286.
[278] COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Soriano Neto e a doutrina da vedação do comportamento contraditório.** Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2018-mai-06/tavares-filho-soriano-neto-vedacao-comportamento-contraditorio#sdfootnote7sym>, Acesso em: 31 de julho de 2019, não paginado.
[279] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** *cit.* p. 1.289-1.291.

consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas, em seu § 1° que não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço. Continua o CDC nos dispositivos 19 a 25 a tratar dos referidos vícios nos produtos e serviços, em relação a quantidade ou qualidade, até que no art. 26 dispõe dos prazos decadenciais de 30 (trinta) dias para bens não duráveis e 90 (noventa) dias para bens não duráveis para que o consumidor exerça os direitos potestativos fixados nos mencionados dispositivos.

Conforme já abordado no tópico antecedente, algumas pessoas com deficiência de ordem psíquica ou intelectual necessitam de um prazo de maior que as demais pessoas para tomarem decisões. Esse é um dos mais polêmicos aspectos tratados pela doutrina em relação a retirada as pessoas com deficiência intelectual ou psíquica, de natureza grave, do rol dos absolutamente incapazes, pois, em face destes não corria a decadência, em razão do disposto no art. 208 do CC/02[280].

Para Fernando Rodrigues Martins, quando o art. 85 do referido Estatuto permite a curatela apenas em questões patrimoniais, nos moldes da incapacidade relativa do Código Civil de 2002, demonstra que optou por proteção insuficiente - inviabilizou

[280] Sobre o tema, conferir: AZEVEDO, Rafael Vieira de. **A capacidade civil da pessoa com deficiência no direito brasileiro**: reflexões acerca da Convenção de Nova York, e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

institutos que poderia regular adequadamente ao escopo da norma, como prescrição e decadência, proteção contratual, responsabilidade civil etc. - abrindo a guarda ao questionamento via controle de constitucionalidade e convencionalidade[281].

Na mesma linha seguiu José Fernando Simão, para quem é normal o curso da prescrição e da decadência para as pessoas com deficiência, já que elas não poderiam mais ser enquadradas como absolutamente incapazes[282]. Para os referidos autores, o estatuto da pessoa com deficiência teria gerado uma desproteção ao, de forma abrupta, excluir as pessoas com deficiência do rol dos incapazes.

É certo que o EPD, apesar de trazer inúmeras regras importantes para a realização dos direitos da pessoa com deficiência, foi infeliz ao não prever expressamente: uma gradação e especificação dos níveis de apoio que a pessoa com deficiência necessita para exercer a sua capacidade (decisão independente, apoiada ou facilitada); a adequação dos benefícios conferidos aos relativa ou absolutamente incapazes, as pessoas com deficiência que necessitem de apoio no exercício de sua capacidade nos níveis de decisão apoiada e decisão facilitada (sujeita a curatela), respectivamente. Entretanto, nem tudo está perdido, pois, cumpre ao interprete, através das metodologias adequadas de diálogo das fontes e eficácia indireta dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, trazer efetividade aos direitos previstos na CDPD.

A ampla proteção dos consumidores com deficiência deve dialogar com os demais comandos normativos. Com efeito, a Convenção da ONU sobre os direitos

---

[281] MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. *cit. p*. 221.

[282] SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade** (Parte I). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Publicado em: 6 ago. 2015a. Acesso em: 01 de agosto de 2019, não paginado.

das pessoas com deficiência promove, protege e assegura o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas com deficiência, e promove o respeito pela sua dignidade inerente. A referida Convenção foi regulamentada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência que tem por objetivo assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, 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, atendido, entre outros, o princípio do reconhecimento da sua vulnerabilidade no mercado de consumo. O diálogo normativo entre a Constituição Federal, a Convenção da ONU e a legislação ordinária denota uma ampla proteção do consumidor com deficiência, com base em sua dignidade, isonomia, exercício dos direitos e das liberdades fundamentais, vulnerabilidade, saúde, segurança, melhoria de sua qualidade de vida, proteção de seus interesses econômicos, transparência, harmonia nas relações de consumo, inclusão social e cidadania[283].

Propõe-se aqui uma classificação conforme a proporcionalidade do nível de apoio que a pessoa com deficiência está sujeita. As pessoas com apoio nos níveis de decisão independente e decisão apoiada, devem ter o prazo ampliado proporcionalmente a sua necessidade, devidamente atestada por equipe multidisciplinar no procedimento fixado para estabelecer as medidas de apoio e o tempo de resposta mínimo necessário para a tomada de decisões. Não havendo

[283] NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; ARAÚJO, Luiz Alberto David. A tutela jurídica do consumidor com deficiência e a necessária aplicação do diálogo das fontes normativas. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 124/2019, Jul – Ago, 2019, p. 8-9.

previsão neste sentido no instrumento de apoio na tomada de decisão, deve-se garantir, no mínimo, o tratamento dispensado ao relativamente incapaz, nos termos do art. 195 e 208 do CC/02.

Em relação as pessoas no nível de decisão facilitada (curatela da pessoa com deficiência), propõe-se que seja perfeitamente aplicável o art. 198, inciso I e art. 208 do CC/02, de modo que, contra elas, não correrá prescrição ou decadência. Isso porque, situações análogas devem ser tratadas de forma isonômica, principalmente diante de um lapso evidente do legislador em não estender as pessoas que necessitam de apoio, os mais variados benefícios que estes detinham quando incapazes. O projeto da CDPD é dar autonomia a pessoa com deficiência, sem deixar de aplicar as salvaguardas necessárias a proteção de seus direitos, de modo que, qualquer interpretação pela não manutenção das salvaguardas, fere de pronto o previsto no já citado artigo 4 da CDPD.

Também relacionados aos deveres de confiança, os serviços devem ser providos com a acessibilidade necessária, para serem considerados adequados ao uso. A quarta turma do STJ, no REsp 1611915 / RS, condenou uma companhia aérea a indenizar um consumidor cadeirante por falha na prestação do serviço em razão de não promover condições dignas de acessibilidade de pessoa cadeirante ao interior da aeronave[284]. A terceira turma do mesmo tribunal, no REsp , relatado pela ministra Nancy Andrighi, condenou uma empresa de transporte coletivo municipal a indenizar um cadeirante por danos morais, no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), em razão de inúmeros constrangimentos e impedimentos enfrentados na utilização do

[284] STJ, REsp 1611915 / RS, Relator: Min. Marco Buzzi, Órgão Julgador: Quarta Turma, Data de julgamento: 06/12/2018, Publicação: DJe 04/02/2019.

serviço, cabendo transcrever a ementa do referido acórdão, para posterior análise de sua fundamentação[285]:

> DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO MUNICIPAL. PESSOA COM DEFICIÊNCIA USUÁRIA DE CADEIRA DE RODAS MOTORIZADA. FALTA DE ACESSIBILIDADE. TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO PELOS PREPOSTOS DA CONCESSIONÁRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA. ANÁLISE DE DIREITO LOCAL. INVIABIALIDADE. VIOLAÇÃO DO DIREITO AO TRANSPORTE E MOBILIDADE DO USUÁRIO DO SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR FIXADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ADEQUAÇÃO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. MAJORAÇÃO.
> 1. Ação ajuizada em 02/12/2015. Recurso especial interposto em 22/05/2017 e distribuído ao Gabinete em 23/01/2018.
> 2. O propósito recursal, para além da negativa de prestação jurisdicional, consiste em avaliar a razoabilidade do quantum fixado pelo Tribunal de origem a título de compensação por danos morais ao recorrido, por ter sido negligenciado e discriminado enquanto pessoa com deficiência física motora, na utilização de ônibus do transporte coletivo urbano.
> 3. Ausentes os vícios de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no acórdão recorrido, não há se falar em violação do art. 1.022 do CPC/2015.
> 4. É inviável a análise de direito local em sede de recurso especial, ante a aplicação analógica da Súmula 280/STF.
> 5. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - incorporada ao ordenamento pátrio com status de emenda constitucional - alçou a acessibilidade a princípio geral a ser observado pelos Estados Partes, atribuindo-lhe, também, o caráter de direito humano fundamental, sob a visão de que a deficiência não se trata de um problema na pessoa a ser curado, mas de um problema na sociedade, que impõe barreiras que limitam ou até mesmo impedem o pleno desempenho dos papeis sociais (o denominado "modelo social da deficiência").
> 6. Nessa linha, a Lei 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - LBI) define a acessibilidade como "possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida" (art. 3º, I). E mais, dispõe expressamente tratar-se a acessibilidade um direito da pessoa com deficiência, que visa garantir ao indivíduo "viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social" (art. 53).
> 7. A acessibilidade no transporte coletivo é de nodal importância para a efetiva inclusão das pessoas com deficiência, pois lhes propicia o exercício da cidadania e dos direitos e liberdades individuais, interligando-as a locais de trabalho, lazer, saúde, dentre outros. Sem o serviço adequado e em igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, as pessoas com deficiência ficam de fora dos espaços urbanos e interações sociais, o que agrava ainda mais a segregação que historicamente lhes é imposta.
> 8. Hipótese em que a recorrente, enquanto concessionária de serviço público e atora social, falhou bruscamente no seu dever de promoção da integração e inclusão da pessoa com deficiência, indo na contramão do movimento

[285] STJ, REsp 1733468 / MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Órgão julgador: terceira turma, data do julgamento: 19/06/2018, Publicação: DJe 25/06/2018.

> social-jurídico que culminou na promulgação da Convenção e, no plano interno, na elaboração da LBI.
> 9. Consoante destacou o acórdão recorrido, houveram sucessivas falhas na prestação do serviço, a exemplo do não funcionamento do elevador de acesso aos ônibus e do tratamento discriminatório dispensado ao usuário pelos prepostos da concessionária. A renitência da recorrente em fornecer o serviço ao recorrido é de tal monta que se chegou à inusitada situação de o usuário "precisar se esconder e pedir a outra pessoa dar o sinal, pois o motorista do ônibus não pararia se o visse no ponto".
> 10. Nesse cenário, o dano moral, entendido como lesão à esfera dos direitos da personalidade do indivíduo, sobressai de forma patente. As barreiras físicas e atitudinais impostas pela recorrente e seus prepostos repercutiram na esfera da subjetividade do autor-recorrido, restringindo, ainda, seu direito à mobilidade.
> 11. Não há se falar em redução do quantum compensatório, estimado pelo Tribunal de origem em R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), diante da gravidade da agressão à dignidade do recorrido enquanto ser humano.
> 12. Recurso especial conhecido e não provido, com majoração dos honorários advocatícios de sucumbência.

Veja-se que mesmo na ementa é possível verificar nos fundamentos do julgado a utilização do EPD, que não estava vigente ainda a época dos fatos narrados na inicial (ação ajuizada em 02 de dezembro de 2015). Ainda que não se utiliza-se o EPD, haveria fundamento suficiente no CDC (art. 14) e na CDPD (artigo 9, dentre outros), para condenar o fornecedor de serviços por descumprimento do dever de confiança do consumidor, no sentido de adequação do serviço a sua utilização.

Por tudo o que foi exposto, temos que a acessibilidade atua em perfeita harmonia com os deveres de equilíbrio e de confiança presentes nos contratos regidos pelo CDC, ampliando significativamente os mencionados deveres para adequá-los as demandas específicas das pessoas com deficiência, como grupo de consumidor especialmente vulneráveis.

5 OS DEVERES DE ACESSIBILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.

5.1 Dos deveres de cooperação na tomada de decisão.

Jo Watson é uma fonoaudióloga australiana com mais de 25 (vinte e cinco) anos de experiencia ajudando pessoas com deficiência mental grave e suas famílias a implantar métodos de apoio na tomada de decisão. Ela trabalha na Scope Victoria, organização sem fins lucrativos que tem como objetivo auxiliar as pessoas com deficiência a desenvolver uma vida independente. Em um trabalho, dentre muitos de seu PhD pela Deakin University, em parceria também com a LaTrobe University, ela descreve como implantar um "círculo de apoio", método de apoio na tomada de decisão especialmente desenhado para os casos mais graves de deficiência mental e/ou intelectual[286]:

> George é um jovem que possui uma risada contagiante. Ele se interessa por mecânica e é um pouco "cabeça dura"! George depende muito daqueles que o conhecem bem, como sua mãe Jane e seu irmão Mick, para ter suas preferências ouvidas, interpretadas e realizadas. Devido a sua grave deficiência intelectual e dificuldades de comunicação, muitos acreditam que George não é capaz de participar nas decisões sobre sua vida e por isso é frequentemente tido como pessoa com pouca ou nenhuma capacidade de tomar decisões.
>
> George é apoiado pela Scope. Ele não utiliza ou parece compreender meios formais de comunicação como a fala, sinais, desenhos ou fotos. Inobstante, ele se comunica utilizando expressões faciais (ele sorri bastante), sons (sua risada é contagiante), linguagem corporal e algumas pessoas que o apoiam se sentem "desafiados" pelos seus "comportamentos".
> (...)
> A CDPD enfatiza em seus princípios fundamentais o respeito pela autonomia individual, dignidade e liberdade de fazer as próprias escolhas sem discriminação com base na deficiência. O Artigo 12 da Convenção, especifica e enfaticamente afirma total e igual capacidade de todas as pessoas, inclusive aquelas com severa ou profunda deficiência intelectual, como o George.
> (...)
> Na presente pesquisa, George e um grupo de pessoas que o conhece bem se juntaram para ajuda-lo a participar em uma decisão. O grupo foi formado pela Mãe de George, Jane, seu irmão, Mick, e alguns apoiadores profissionais. Por um período de 6 (seis) meses o grupo foi guiado por um

[286] WATSON, Jo. Listening to those rarely heard: supporting people with severe to profound intelectual disability to participate in decisions about their lives. *In:* BELONGING MATTERS. **Thinking about...Decision Making**. Issue 16, August 2013, p. 18-21.

> processo de apoio na tomada de decisão, utilizando o pacote de estrutura e treinamento desenvolvido pela Scope. O grupo se conheceu na sala de estar da cada dos familiares de George, e se deliciaram com guloseimas preparadas pela Jane. Nos 6 (seis) meses que passaram juntos o grupo trabalhou com a estrutura de apoio na tomada de decisão da Scope. Numa ocasião, ficou claro que George estava enfrentando uma decisão sobre onde ele deveria passar o dia, já que ele parecia inseguro em sua programação diurna. O grupo passou um tempo "escutando" juntos o que George tinha para comunicar em torno dessa decisão. Juntos, eles "ouviram" seus sons, gritos, risos e silêncios. Eles usaram ferramentas como dicionários de comunicação pessoal e vídeo, permitindo-lhes compreender melhor a comunicação de George e descobrir algumas de suas preferências em torno da decisão. Juntos, o grupo foi capaz de desenvolver uma imagem do que um dia ideal pode "parecer" para George. Eles confirmaram que George parece gostar de estar com outras pessoas e parece ter fortes preferências por pessoas em particular em sua vida. Seu apoiador profissional, Ann, disse: "George precisa se sentir seguro e estar com pessoas em quem confia". George também parece gostar de se envolver em atividades que envolvem carros e velocidade. Ao descrever visita semanal de George a uma oficina de mecânica, James, outro apoiador profissional, disse: "Não sei, talvez seja o cheiro, o cheiro de borracha, diesel e gasolina que ele gosta". Seu irmão, Mick, ao falar ao falar sobre George aproveitando passeios em uma lancha disse: "Eu não sei, ele pode ser como eu, sou um louco por velocidade". A família de George está ciente de que é importante para ele se sentir confortável e ter intervalos regulares fora de sua cadeira de rodas, da posição sentada, para que ele não fique agitado. Guiados pelas informações que coletaram sobre as preferências de George, o grupo identificou algumas opções sobre onde, como e com quem George poderia passar o dia. George está no processo de testar uma dessas opções. É mais perto de onde ele mora, permitindo que ele passe menos tempo sentado viajando, proporcionando-lhe interações sociais e oportunidades para participar de atividades (como visitar o mecânico) que ele parece apreciar bastante. As reações de George a esse novo ambiente estão sendo monitoradas de perto e documentadas por seu círculo de apoio. Depois de um mês, o grupo, guiado pelas informações que reuniu sobre George, tomará uma decisão colaborativa sobre onde, como e com quem deve passar o dia. Qualquer que seja a decisão, ela não será gravada em pedra. Como todos nós, as preferências de George podem mudar ao longo do tempo e, portanto, as decisões que são tomadas sobre e com ele devem mudar[287].

---

[287] Tradução livre, no original: “George is a young man whose laughter is contagious. He is interested in mechanics and is a bit of “rev” head! George is heavily reliant on those who know him well, like his Mum Jane and his brother Mick, to have his preferences heard, interpreted and realised. Due to his severe intelectual disability and difficulties with communication, many believe that George is not able to participate in decisions about his life and therefore is often described as having very little or no decisionmaking capacity. George is supported by Scope. He doesn’t use or appear to understand formal communication like speech, sign, pictures or photos. Instead he communicates using facial expression (he smiles a lot), sounds (his laughter is contagious), body language, and some people who support him seemed ‘challenged’ by his ‘behaviours’.

(...)

The UNCRPD emphasises in its guiding principles respect for individual autonomy, dignity, and freedom to make one’s own choices without discrimination on the basis of disability. Article 12 of the Convention in particular emphasises the full and equal legal capacity of all people, including those with severe or profound intellectual disability like George.

(...)

Through this research, George and a group of people who know him well came together to support him in participating in a decision. The group consisted of George’s Mum, Jane, his brother, Mick, and some support workers. Over a period of 6 months the group was guided through a process of supported decision making, using the framework and training package developed by Scope. The group initially met in George’s parents’ living room, over some delicious treats prepared by Jane. Over their 6 months

A experiência de Jo Watson levou em conta a técnica do "círculo de apoio", pela qual os meios com que o indivíduo expressa suas vontades e preferencias vão sendo identificados pela família e por profissionais especializados, de modo a formar um "catálogo" ou "dicionário" próprio do indivíduo e sua forma de comunicar-se. O método de Watson é dividido em cinco fases, cada uma implementada de forma colaborativa: (a) a identificação de uma decisão a ser tomada, (b) ouvir atentamente o indivíduo e as opiniões de todos (apoiadores, familiares), (c) explorar as opções disponíveis ao indivíduo, (d) documentar as barreiras e potencialidades encontradas no processo e, finalmente, (e) a tomada de uma decisão que reflita as preferências da pessoa com deficiência intelectual apoiada[288].

Conforme se propôs no capítulo 1, a pessoa com deficiência que prejudique a sua habilidade de tomar decisões tem direito a exercer a capacidade de agir (obrar) em igualdade de condições com as demais pessoas. Para isso, a pessoa deve ser

---

together the group worked through Scope's supported decision making framework (Watson, 2013). It became clear that George was facing a decision about where he should spend his day, as he seemed unsettled at his day service. The group spent time 'listening' together to what George had to communicate around this decision. Together they 'listened' to his sounds, cries, laughter and silences. They observed his eyes, smiles and grimaces. They used tools such as personal communication dictionaries and video, enabling them to better understand George's communication and to discover some of his preferences around the decision. Together, the group was able to develop a picture of what an ideal day may 'look like' for George. They confirmed that George appears to enjoy being with other people and seems to have strong preferences for particular people in his life. His support worker, Ann, said, 'George needs to feel safe and to be with people he trusts'. George also appears to like engaging in activities that involve cars, and speed. When describing George's weekly visit to a mechanic's workshop, James, his support worker, said, 'I don't know, perhaps it's the smell, the smell of rubber, diesel and petrol. that he enjoys'. His brother, Mick, when talking about George enjoying going for rides in a speedboat said, 'I don't know, he might be like me, I'm a bit of a speed freak'. George's family are particularly aware that it is important for him to feel comfortable and have regular breaks from the sitting position out of his wheelchair so that he doesn't become agitated. Guided by the information they gathered about George's preferences the group identified some options as to where, how and with whom George could spend his day. George is in the process of trialling one of these options. It is closer to where he lives, allowing him to spend less time in the sitting position travelling, provides him with social interactions and opportunities to engage in activities (like visiting the mechanic) he appears to particularly enjoy. George's reactions to this new environment are being closely monitored and documented by his circle of support. After a month, the group, guided by the information they gathered about George, will collaboratively make a decision about where, how and with whom he should spend his day. Whatever the decision is, it will not be set in stone. Like all of us, George's preferences may change over time and therefore so should the decisions that are made about and with him.

[288] Watson, J. **Listening to those rarely heard through supported decision making:** A training package for informal communicators. Paper presented at the Speech Pathology Australia Conference, Darwin, 2011, p. 4.

capaz de se comunicar com pelo menos um de seus apoiadores, ter consciência de si, do mundo a sua volta e capacidade de evolução pessoal, receber o apoio necessário para preenchimento, principalmente, das necessidade de comunicação, e ter adaptação razoável que elimine as barreiras postas.

O apoio na tomada de decisão é um dos instrumentos, aliado as adaptações razoáveis (remoção das barreiras) para que a pessoa com deficiência exerça sua capacidade. É um processo complexo, que envolve não só os curadores/apoiadores e as pessoas apoiadas/curateladas, pois é dever de todos contribuir para que as circunstâncias ideais de prestação do apoio sejam atendidas.

Os arts. 7.º e 8.º do Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelecem ser dever de todos comunicar à autoridade competente qualquer forma de ameaça ou violação a direito da pessoa com deficiência e a assegurar-lhes a sua efetivação:

> Art. 7.º É dever de todos comunicar à autoridade competente qualquer forma de ameaça ou de violação aos direitos da pessoa com deficiência.
>
> Parágrafo único. Se, no exercício de suas funções, os juízes e os tribunais tiverem conhecimento de fatos que caracterizem as violações previstas nesta Lei, devem remeter peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.
>
> Art. 8.º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Veja-se que há aqui dois deveres de acessibilidade impostos a todos (sociedade, família, Estado, etc): o dever negativo de não se opor ao direito da pessoa com deficiência ser apoiada e o positivo de colaborar para que este seja efetivado. Nesse contexto, terceiros envolvidos na relação jurídica com a pessoa com deficiência têm o dever de cooperar com o procedimento de apoio na tomada de decisão das

pessoas com deficiência, fornecendo o máximo de informações da maneira o mais acessível possível, de modo a maximizar o potencial de compreensão da pessoa com deficiência e, consequentemente, sua autonomia[289].

Se todos são obrigados, por óbvio, os fornecedores de produtos/serviços no mercado de consumo estão especialmente incluídos nesse rol. Por essas razões e pelas que se seguem, propõe-se o surgimento de um novo dever imposto ao fornecedor de serviços, advindo da acessibilidade e da boa-fé objetiva, adiante denominado de dever de cooperação[290] na tomada de decisão.

A boa-fé objetiva impõe que as partes se comportem de modo a levar em consideração não apenas os seus interesses, mas também os interesses do outro contratante, decorrendo daí um conjunto de deveres pertinentes à lealdade e boa-fé a incidir sobre as relações jurídicas em geral, a despeito do regramento contratual ou de declarações de vontade em sentido diverso[291]. Em sua função interpretativa revela deveres razoavelmente imputáveis em vista da relação contratual, na integrativa presta-se a evidenciar os deveres que se consideram integrados por ela à relação contratual e na de controle estabelece limites ao exercício de direitos, pretensões, ações, exceções, etc[292].

---

[289] BACH, Micheal; KERZNER, Lana. "**A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity"**. *cit.* p. 113.

[290] Em trabalho anterior, para o qual se remete o leitor (AZEVEDO, Rafael Vieira de. **A capacidade civil da pessoa com deficiência no direito brasileiro.** *cit*. p. 100), fora proposto um duplo aspecto do apoio na tomada de decisão, um de caráter relativo, e um de caráter absoluto. O de caráter relativo diz respeito ao dever do apoiador/curador prestar o seu apoio/representação a pessoa com deficiência no processo de tomada de decisão, que só a ele(s) pode ser oposto e somente deles exigido. O de absoluto diz respeito ao dever de todos respeitarem o direito da pessoa exercer sua capacidade por meio de apoio e colaborarem para que este seja prestado da melhor forma possível. No presente trabalho, defende-se que apenas o primeiro se trata do dever genuíno de apoio na tomada de decisão enquanto que o segundo se trata do dever de cooperação.

[291] COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Contornos doutrinários e jurisprudenciais da boa-fé objetiva. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (dir). **Precedentes jurisprudenciais:** história direta, análise doutrinária, evolução jurisprudencial, controle de constitucionalidade dos casos mais controvertidos da jurisprudência brasileira. Vol. III, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 101,105-106..

[292] COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Contornos doutrinários e jurisprudenciais da boa-fé objetiva. Cit.

Dentre esses deveres, está o de cooperação, já previsto nos manuais de direito civil como integrante dos padrões de conduta esperados pelas partes no direito das obrigações, contratos e especialmente no direito do consumidor. É neste último que os deveres da boa-fé assumem maior relevo e dimensão de peso, pois, presente a vulnerabilidade do consumidor.

No âmbito da boa-fé objetiva, trata-se de uma cooperação qualificada pela finalidade, que é alcançar o adimplemento satisfatório, desatando-se o vínculo com a obtenção das utilidades buscadas pelo contrato, orientada pela noção de probidade (correção de conduta), caracterizada, nas atividades em proveito alheio e nas de interesse suprapessoal por um *quid*: ser correto é ser leal (ao envolvente, pelo mandatário; às partes, pelos árbitros) é ser leal ao fim comum conjuntural ou ao pontualmente estabelecido[293].

Nesse contexto, há um duplo fundamento dogmático sobre o qual repousa o dever de cooperação na tomada de decisão: a acessibilidade e a boa-fé objetiva. Ambas são normas abertas, princípios jurídicos, carregadas de uma infinidade de expectativas normativas e, em sua interação, surgem regras jurídicas que estabelecem deveres nas relações jurídicas privadas.

Pela acessibilidade, o fornecedor deve agir como um facilitador do apoio na tomada de decisão de pessoas com deficiência que enfrentem dificuldades nesse aspecto de sua vida. Como parte da sociedade, não cabe ao fornecedor apenas suportar, mas agir em busca da viabilização de todas as medidas de acesso possíveis.

Pela boa-fé objetiva, enriquecida pela natureza jurídica protetiva inerente ao direito do consumidor, o fornecedor de serviços deve cooperar para que o consumidor tome decisões informadas e conscientes, evitando que este caia em situações

[293] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado.** *Cit.* não paginado, posição 10804 de 28955 (38%).

prejudiciais a quaisquer de seus direitos. Assim, deve o fornecedor tomar ações positivas e negativas para evitar, por exemplo, o superendividamento dos consumidores, ou que estes tomem decisões equivocadas quanto ao produto ou serviço que pretendem consumir.

Os deveres de cooperação oriundos apenas da boa-fé objetiva, são finalísticos, sua medida de intensidade ata-se à espécie de relação e ao *quantum* de cooperação necessária para alcançar determinada finalidade: o adimplemento satisfatório, verificado quando realizado o conjunto dos interesses envolvidos na relação[294]. Na cooperação, revela-se a importância não apenas da abstenção de condutas impeditivas ou inibitórias, mas das condutas positivas que facilitem a prestação do devedor[295]. A incidência da acessibilidade não modifica ou extingue os referidos deveres, apenas insere neles uma nova finalidade, qual seja, que a pessoa com deficiência obtenha todo o suporte necessário para o exercício de sua capacidade jurídica em igualdade de condições com as demais pessoas.

O início das negociações preliminares, a existência de um contrato, ou a sua aparência, a conexão de terceiro com uma obrigação ou o desaparecimento de um negócio, tem em comum a verificação de um relacionar entre duas ou mais pessoas, através de uma dinâmica que pressupõe uma conjugação de esforços que transcende o estrito âmbito individual[296]. O direito obriga então que nessas circunstâncias as pessoas não se desviem dos propósitos que, em ponderação social, emerjam da situação em que se achem colocadas: não devem assumir comportamentos

[294] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado.** *Cit.* não paginado, posição 10815-10819 de 28955 (38%).
[295] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: obrigações. 3ed, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 95.
[296] CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa-fé no direito civil.** *Cit.* p. 646.

contraditórios (deveres de lealdade) nem calar ou falsear a atividade intelectual externa que informa a convivência humana (deveres de informação)[297].

Nesse desiderato, os propósitos emergidos da situação social do consumidor com deficiência mental e intelectual é que este receba toda a ajuda possível no exercício de sua capacidade, para garantir-lhe a autonomia. Assim, seja na fase pré-contratual, na formação, na execução ou após a extinção do contrato, o fornecedor tem o dever de cooperar com os apoiadores da pessoa para que ela exerça a capacidade de agir e tome decisões de forma consciente.

Aliada a cooperação, estão os deveres de adaptação/adequação razoável, tratados no tópico 4.4, que visam eliminar as mais diversas barreiras ao exercício de quaisquer direitos da pessoa com deficiência. Com eles, entretanto, não se confunde, pois: a cooperação atua diretamente no apoio (interno), enquanto que as adaptações/adequações dizem respeito a eliminação de barreiras (externo).

A aplicação da boa-fé tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, "janelas para o ético"[298]. Assim, tem-se através da boa-fé, a incidência das normas de direitos fundamentais que consagram os direitos das pessoas com deficiência, trazendo o paradigma do modelo social para as relações contratuais de consumo.

O rol dos deveres de cooperação não é suscetível de enumeração exaustiva, dada a infinidade das diferentes necessidades das pessoas com deficiência que exercem sua capacidade de maneira apoiada. Entretanto, há situações importantes

---

[297] CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa-fé no direito civil.** *Cit.* p. 646.
[298] COUTO E SILVA, Clovis do. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: editora FGV, 2007, p. 42.

de surgimento desses deveres que devem aqui ser pontuadas, não para fins didáticos, para os quais este trabalho não é direcionado, mas para elucidação da proposta aqui realizada.

Conforme já fora exposto no capítulo 1, o discernimento para tomar decisões é um ponto chave na abordagem funcional, que limita a capacidade de agir (obrar) da pessoa que apresentar impedimentos que o afetem. Entretanto, no modelo social, discernimento tem outra faceta e outra função, sendo também um processo de contemplação que envolve um ou mais indivíduos, para buscar a verdade interior de uma situação e chegar a uma solução. Não pode ser medido ou avaliado objetivamente; seu único ponto final é um senso interno de resolução, satisfação ou congruência, ou um senso mútuo de resolução, satisfação ou congruência quando envolve mais de uma pessoa[299].

O exemplo citado no início deste tópico é fundamental para que se perceba que o apoio na tomada de decisão por uma pessoa com deficiência mental ou intelectual, leva um tempo maior do que as demais pessoas. É razoável presumir que quanto maior e mais intenso o nível do impedimento e, consequentemente, do apoio necessário, mais tempo será necessário para que se tenha uma decisão por parte da pessoa apoiada.

Conforme visto ao longo deste trabalho, a autonomia das pessoas com deficiência que implique em redução de suas habilidades de tomar decisões é desenvolvida paulatina e progressivamente. Para isso, é necessário tempo de reflexão

[299] MINKOWITZ, Tina. **Discernment as process, not pre-condition**. Ano de publicação: 2019, Disponível em: <https://www.academia.edu/39267688/Discernment_as_process_not_precondition>, Acesso em 28 de junho de 2019, p. 1.

suficiente para que a pessoa apoiada possa aprender a sopesar os prós e os contras de cada decisão tomada[300].

Em nosso direito, apenas o consumidor que adquire produtos ou serviços fora do estabelecimento do fornecedor tem direito a um prazo de reflexão de 7 (sete) dias para desistir da compra. Cumpre destacar que a concessão de um período de reflexão permite ao consumidor avaliar não só com minúcia e com detalhe, mas também de modo (mais) ponderado e tranquilo, as cláusulas do contrato, visando-se, por esta via, afastar comportamentos pouco meditados ou mesmo irreflexivos, suscetíveis de produzir efeitos nefastos na sua esfera jurídica e no seu património[301].

Nesse contexto, a atuação da acessibilidade e da boa-fé objetiva fazem surgir uma regra impositiva de um dever de abstenção de condutas impeditivas ou inibitórias (respeitar o tempo de reflexão inerente a tomada de decisão apoiada) e um de praticar condutas positivas (tomar medidas ativas para que o consumidor com deficiência reflita por prazo razoável sobre a decisão tomada). Propõe-se, portanto, que seja estendido, na falta de outro critério na legislação, o prazo de reflexão do art. 49 do CDC aos contratos celebrados por pessoas com deficiência que necessitem de apoio para exercer a sua capacidade civil.

Além de prazo maior para refletir sobre decisões já tomadas, as pessoas com deficiência que necessitam de apoio também precisam de um tempo maior antes decidir, pelas mesmas razões. Assim, há também que se cogitar a existência de deveres de tolerância e cooperação no que diz respeito a oferta de consumo.

---

[300] KNOX, L.;DOUGLAS, J. M.; BIGBY, C. '**The biggest thing is trying to live for two people**': Spousal experiences of supporting decision-making participation for partners with TBI. *Brain Inj.* 2015; vol. 29, n. 6, pp.745-57.

[301] MORAIS, Fernando de Gravato. O direito de livre revogação nos contratos de crédito ao consumidor. **Revista luso-brasileira de direito do consumidor**. n. 18, p. 81-95, junho 2015, p. 84.

Conforme visto no capítulo 3, a oferta no CDC tem natureza distinta da oferta no CC/02. Já adaptado ao novo paradigma da boa-fé e da proteção da confiança despertada, o Código de Defesa do Consumidor expandiu a noção de oferta, para nela incluir toda a informação suficientemente precisa e mesmo a publicidade ou atos de marketing (art. 30, CDC), e determinou que estes atos negociais prévios fossem não só vinculantes, mas que integrassem o contrato que vier a ser celebrado (queira o fornecedor ou não, ex vi, arts. 1.º e 30 do CDC), quebrando a possibilidade de autodeterminação própria e autovinculação própria. Em outras palavras, ao determinar o Código de Defesa do Consumidor, que: "Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado", estava o Código de Defesa do Consumidor estabelecendo um paradigma de transparência e de proteção da confiança. Toda a informação prestada pelos fornecedores, mesmo sobre a forma de publicidade ou apresentação de produtos e serviços (art. 35 do CDC), pode vincular o fornecedor, queira ele ou não, tenha ele ou não ressalvado na publicidade ou oferta que a ela não se vincula, tenha ele a feito veicular (pago) ou tenha ele simplesmente dela se aproveitado (institucionalmente, direta ou indiretamente!), se criou a confiança de boa-fé nos consumidores[302].

Conforme preleciona Rizzatto Nunes, o CDC se refere a publicidade ou informação, sendo esta ainda mais ampla, pois abrange também a fala ou resposta do gerente do banco, do funcionário do atendimento telefônico, da administradora do cartão de crédito, o preço dado pelo feirante, "de boca", para o consumidor, do agente

[302] MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In: **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor.** vol. 1, p. 679 – 718, 2011, p. 697.

emissor de passagens de qualquer tipo, do maître no restaurante, do recepcionista no hotel, são os dados técnicos apresentados nas embalagens e rótulos dos produtos, enfim, é qualquer informação oferecida por todo e qualquer meio de comunicação escrita, verbal, gestual etc. que chegue ao consumidor[303].

Além de estarem em formato acessível (vide capítulo 3), o prazo de disponibilidade da oferta de consumo também deve ser estendido para que as pessoas com deficiência sujeitas a apoio na tomada de decisão possam ter a oportunidade de a elas aderir. Nesse sentido, propõe-se a aplicação por analogia do prazo do art. 49 do CDC, para que as pessoas com deficiência acima referidas possam ter prazo de reflexão razoável antes de tomarem uma decisão ou para que seus apoiadores tomem uma decisão informados sobre as preferências da pessoa.

5.2 Dos deveres de não discriminação.

Os deveres de não discriminação são enfatizados em diversos dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo alguns deles sido abordados no capítulo 2, quando de um modo geral, foi tratado o tema do direito de inclusão na sociedade de consumo. Há disposições específicas sobre os contratos de prestação de serviço educacional, de saúde, de transporte, entre muitos outros.

O conceito de discriminação, para os fins aqui delimitados, deve ser visto sob duas perspectivas, sendo uma comparativa e a outra decorrente da ausência de acessibilidade. Na primeira, tem-se a situação discriminatória quando uma pessoa é sujeita a um dano ou desvantagem simplesmente em razão de ostentar determinada condição humana, protegida pela legislação (raça, gênero, deficiência, etc), que pessoas que não a possuem não estão sujeitas ou estão menos propensas a

[303] NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** 12ed, São Paulo: Saraiva, 2018, p. 469.

serem[304]. Na segunda, a discriminação não tem relação direta com a noção comparativa, decorrendo de outra fonte, qual seja, a não disponibilização de recursos que, caso providos, aumentaria a capacidade da pessoa com deficiência de tomar decisões autônomas e viver de forma independente[305].

Nessa perspectiva, os deveres de não discriminação têm relação com a noção de "disponibilidade", ou seja, de garantia de presença, em número suficiente, nas relações de consumo, de produtos e serviços acessíveis. Dessa forma, implicam na exigência de medidas afirmativas com o intuito de garantir a pessoa com deficiência o acesso aos bens de consumo em igualdade de condições com as demais pessoas. Com base no princípio da igualdade, qualquer regra que trate da temática da acessibilidade e inclusão social das pessoas com deficiência deve conferir o mais amplo acesso aos bens jurídicos comunitários, o que inclui, a *contrario sensu*, e no mínimo, o mesmo acesso dado às pessoas sem deficiência[306].

Propõe-se aqui uma diferenciação entre esse primeiro ponto dos deveres de não discriminação e os deveres de adaptação/adequação razoável, que serão melhor detalhados no próximo tópico. Os primeiros teriam um caráter quantitativo, enquanto que os segundos, qualitativo. É dever de adaptação/adequação, a fabricação de veículos acessíveis a cadeirantes, enquanto que o dever de disponibilizar ao menos 10% (dez por cento) da frota de taxis com esse tipo de veículo, seria um dever de não discriminação. Disponibilizar atendentes que se comuniquem em libras, seria um dever de adequação/adaptação, enquanto que disponibilizá-los em número adequado

---

[304] WADDINGTON, Lisa, LAWSON, Anna. **Disability and non-discrimination law in the European Union**: An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009, p. 40.
[305] WADDINGTON, Lisa, LAWSON, Anna. **Disability and non-discrimination law in the European Union**. *Cit.* p. 41.
[306] PEREIRA, Mateus Costa; BASTOS, Ronaldo; ALVES, Pedro Spíndola B.. A relação entre deficiência física e acessibilidade numa perspectiva hermenêutica: a construção da igualdade a partir de uma ética da inclusão; estudo de um caso "fácil". **Revista de Direitos Garantias Fundamentais**, Vitória: ES, v. 14, n. 2, p. 145-168, jul./dez., 2013, p. 153.

para atender a demanda, seria um dever de não discriminação. Pode-se cumprir o primeiro, sem, contudo, cumprir com o segundo, razão pela qual se entende pertinente a diferenciação.

Os deveres de não discriminação, entretanto, vão muito além da "disponibilidade" acima referida, sendo esta apenas uma de suas possíveis manifestações. Não basta que haja produtos ou serviços disponíveis, pois esta não pode conter um caráter estigmatizante.

Os estigmas são barreiras postas por pessoas para pessoas, sendo a deficiência apenas uma de suas vítimas. Eles ocorrem sempre que alguém é tratado como se fosse menor, em razão de sua condição humana, e eles se apresentam nas mais variadas circunstâncias: no ambiente de trabalho, nas escolas, nas cortes de justiça e até mesmo nos serviços criados para atender as necessidades de pessoas com deficiência[307].

Disponibilizar em um hotel uma ala específica e separada das demais para os apartamentos acessíveis é uma conduta vedada pelos deveres de não discriminação, em razão de seu caráter preconceituoso. Da mesma forma se dá caso uma escola, em qualquer nível da educação, resolva constituir uma única classe, frequentada apenas por seus alunos com deficiência, onde estarão presentes todos os recursos possíveis de acessibilidade.

Tradicionalmente, respostas políticas ao fenômeno da deficiência consistiram essencialmente em medidas de compensação social rotineiramente canalizada através de caridade, um tratamento que quase sempre envolvia a separação da pessoa do seu ambiente habitual da vida e, na melhor das hipóteses, o

[307] GOODING, Piers. From deinstitutionalisation to consumer empowerment: mental health policy, neoliberal restructuring and the closure of the 'Big bins' in Victoria. **Health Sociology Review**, 25:1, 33-47, 2016, p. 42.

desenvolvimento de serviços de assistência especializados, que, embora bem intencionados, não foram capazes de promover a integração de pessoas com deficiência na vida da comunidade[308]. Não discriminação está diretamente relacionada a integração no dia a dia da vida em sociedade, no mesmo ambiente comunitário que as demais pessoas, garantindo a plena participação e intervenção das pessoas com deficiência nos processos econômicos, sociais e culturais[309].

Direito já disposto no art. 39, inciso II do CDC a todos os consumidores conforme exposto no capítulo anterior, a recusa de fornecer produto ou serviço a consumidor em razão de sua deficiência é pratica abusiva. Esse é outro aspecto dos deveres de não discriminação que felizmente encontra-se positivado em diversos dispositivos de nossa legislação, conforme abordado anteriormente. Por se tratar de uma conduta vedada frente todo e qualquer consumidor, propôs-se que a acessibilidade ampliou, significativamente, as hipóteses de incidência do referido dispositivo.

Os deveres de não discriminação dizem respeito também ao combate a desigualdade de oportunidades entre pessoas com deficiência e as demais. Assim, dizem respeito a eliminação da hostilidade presente nos mais variados ambientes, de modo a criar condições que permitam as pessoas com deficiência viver em igualdade[310]. Desse modo, além dos três aspectos citados em que se apresentam esses deveres, qualquer medida que seja voltada a garantir a igualdade formal e

---

[308] GARCÍA, Rafael de Lorenzo, PALACIOS, Agustina. Los grandes hitos de la protección jurídica de las personas con discapacidad en los albores del siglo XXI. **Revista de Documentación Administrativa**. Números 271-272 , 2005, p. 306.

[309] GARCÍA, Rafael de Lorenzo, PALACIOS, Agustina. Los grandes hitos de la protección jurídica de las personas con discapacidad en los albores del siglo XXI. *Cit.* p. 304.

[310] CAMPO, Ana Sastre. La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. *In*: BUENO, Luis Cayo Pérez (dir.), RAMÍREZ, Gloria Álvarez. **2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España**: Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna. Madri/ES: Cinca, 2013, p. 87.

material de tratamento do consumidor com deficiência, pode ser considerado como um dever de não discriminação.

A legislação brasileira dispõe de forma específica e não exaustiva de alguns deveres de não discriminação, dos quais podemos citar os seguintes: reservar 10% (dez por cento) das frotas de empresas de táxi para veículos acessíveis à pessoa com deficiência (art. 51, EPD e art. 3º Dec. 9762/2019) e um a cada vinte das empresas locadoras de veículos (art. 52, EPD e art. 4º Dec. 9762/2019); a proibição de cobrança diferenciada de tarifas ou de valores adicionais pelo serviço prestado à pessoa com deficiência (art. 44, §7º, dentre outros); a vedação a recusa de oferta de obra intelectual em formato acessível à pessoa com deficiência, sob qualquer argumento, inclusive sob a alegação de proteção dos direitos de propriedade intelectual; a reserva de espaços livres e assentos para a pessoa com deficiência, de acordo com a capacidade de lotação da edificação, resguardado o direito de se acomodar proximamente a grupo familiar e comunitário (arts. 44, *caput* e § 3º, EPD); Aos hotéis e prestadores de serviço de hospedagem de modo geral, disponibilizar, pelo menos, 10% (dez por cento) de seus dormitórios acessíveis, garantida, no mínimo, 1 (uma) unidade acessível (art. 45, § 1º, EPD e Dec. 9.296/2019); a reserva de, no mínimo, 3% (três por cento) das unidades habitacionais para pessoa com deficiência, dentro de programas habitacionais públicos ou financiados com recursos públicos (art. 32, inciso I, EPD), dentre muitos outros.

A não discriminação também pode dar origem a exceções em favor das pessoas com deficiência. A doutrina enuncia um tipo de exceção dilatória com base na boa-fé, em razão de situação gerada em virtude da alteração das circunstâncias, a tornar a prestação contratual insuportável, mas não impossível[311]. No caso da não

[311] COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Contornos doutrinários e jurisprudenciais da boa-fé objetiva. Cit. p. 100.

discriminação, a pessoa com deficiência poderia invocar semelhante exceção com base na alteração de circunstâncias (medida de acessibilidade antes presente que se tornou inadequada ou insuficiente em razão do agravamento do impedimento ou das barreiras) ou até mesmo pela não disponibilidade de acesso ou que esta se dê de forma que exclua a pessoa do ambiente comunitário ou de modo estigmatizante.

A não discriminação da pessoa com deficiência passa por uma concepção social da deficiência como um fato que afeta cada pessoa de modo particular, embora alguns grupos de pessoas com deficiência possam apresentar necessidades semelhantes. Paul Abberley, analisando sua própria vida, aduz que se tivesse nascido alguns anos antes, quando ainda não havia sido desenvolvido equipamentos de auxilio respiratório, teria morrido ao adquirir a doença, e, se tivesse nascido alguns anos depois, a modernização das técnicas de vacina tornaria improvável que tivesse contraído a doença[312]. Como base em sua própria experiencia pessoal, conclui que a deficiência é um fenômeno causado por um conjunto único de fatores[313], que podem ou não estar presentes em uma geração ou noutra, o que, certamente, deve considerar as ações a serem tomadas, em termos de políticas públicas e direitos.

Recentemente no nordeste brasileiro, em especial no estado de Pernambuco, houve um surto de casos de microcefalia causados pelo vírus da Zica[314]. Se as mães dessas crianças não tivessem contraído o vírus, seria improvável que elas tivessem nascido com microcefalia. Ao Estado cabe elaborar políticas públicas voltadas para essa região do país para garantir que essas crianças não sejam alvo de discriminação em seus direitos e, no que compete ao presente trabalho, nas relações de consumo.

---

[312] ABBERLEY, Paul. The concept of oppression and the development of a social theory of disability. **Disability, Handicap & Society**, vol. 2, n. 1, 1987, p. 6.
[313] ABBERLEY, Paul. The concept of oppression and the development of a social theory of disability. *cit.*
[314] GARCIA, Leila Posenato. **Texto para discussão epidemia do vírus zika e microcefalia no brasil: emergência, evolução e enfrentamento.** Brasília/Rio de Janeiro: Ipea, 2018, p. 20.

No que concerne ao âmbito da saúde, são vedadas todas as formas de discriminação contra a pessoa com deficiência, inclusive por meio de cobrança de valores diferenciados por planos e seguros privados de saúde, em razão de sua condição (art. 23, EPD). Igual direito foi conferido aos idosos no art. 15, parágrafo único, da lei nº 9.656/1998, julgado constitucional em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.931-8. No referido julgado, o Ministro Marco Aurélio ressaltou que este comando (proibição de aumento da tarifa de plano de saúde após os 59 anos) realiza diversos preceitos constitucionais de proteção dos vulneráveis[315], sendo aplicável este entendimento ao citado dispositivo do EPD, que prevê o mesmo direito as pessoas com deficiência.

As operadoras de planos e seguros privados de saúde também são obrigadas a garantir à pessoa com deficiência, no mínimo, todos os serviços e produtos ofertados aos demais clientes (art. 20, EPD). Além disso, quando esgotados os meios de atenção à saúde da pessoa com deficiência no local de residência, será prestado atendimento fora de domicílio, para fins de diagnóstico e de tratamento, garantidos o transporte e a acomodação da pessoa com deficiência e de seu acompanhante (art. 21, EPD).

À pessoa com deficiência internada ou em observação é assegurado o direito a acompanhante ou a atendente pessoal, devendo o órgão ou a instituição de saúde proporcionar condições adequadas para sua permanência em tempo integral (art. 22, EPD). Na impossibilidade de permanência do acompanhante ou do atendente pessoal junto à pessoa com deficiência, cabe ao profissional de saúde responsável pelo tratamento justificá-la por escrito, devendo o órgão ou a instituição de saúde adotar

[315] STF, ADIn 1.931-8, Relator: Ministro Marco Aurélio, órgão julgador: tribunal pleno, julgado em: 07 de fevereiro de 2018, publicado em: DJE 08/06/2018, p. 37. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314542313&ext=.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2019.

as providências cabíveis para suprir a ausência do acompanhante ou do atendente pessoal (art. 22, § § 1º e 2º, EPD).

Os espaços dos serviços de saúde, tanto públicos quanto privados, devem assegurar o acesso da pessoa com deficiência, em conformidade com a legislação em vigor, mediante a remoção de barreiras, por meio de projetos arquitetônico, de ambientação de interior e de comunicação que atendam às especificidades das pessoas com deficiência física, sensorial, intelectual e mental (art. 25, EPD).

Apesar de não haver disposição expressa no estatuto, as alas e apartamentos em que são prestados os serviços acessíveis não podem ser isoladas das demais, salvo relevante razão de direito (ex. doença contagiosa).

Dentro da perspectiva de acesso, dispositivos tecnológicos possuem um papel relevante a ser desempenhado no combate à discriminação. Há diversas pessoas com deficiência que implica em dificuldade de comunicação que tiveram sua competência comunicativa impulsionada pelo acesso a determinados produtos no mercado de consumo. A chamada tecnologia de comunicação aumentativa e alternativa (AAC) envolve vários modos de comunicação, incluindo dispositivos especializados com fala sintetizada ou digitalizada. Além desses, dispositivos sem fio comuns no mercado de consumo como telefones celulares, *smartphones* e *tablets* também podem atuar como dispositivos de comunicação, pois, permitem a entrada de voz, mensagens de texto, captura de imagens, e-mails, acesso à Internet, jogos, redes sociais, etc[316].

Em relevante pesquisa realizada nos Estados Unidos, Jessica Caron e Janice Light, da *Pennsylvania State University*, atestaram que a utilização das mídias sociais através de aplicativos disponíveis para *smartphones* e *tablets*, aliado a dispositivos

[316] BORNMAN, Juan *et al*. Use of consumer wireless devices by South Africans with severe communication disability. **African Journal of Disability**, Vol. 5, Nº 1,19 fevereiro de 2016, Disponível em: <https://ajod.org/index.php/ajod/article/view/202>, acesso em 07 de agosto de 2019, não paginado.

tecnológicos, permitiram que pessoas com paralisia cerebral grave pudessem se comunicar. Não só isso, concluíram que não se deve apenas prover o acesso a tecnologia e as redes sociais, mas também maximizar a comunicação e participação de indivíduos com graves dificuldades de comunicação através delas[317].

Assim, consiste em dever de não discriminação exigir dos desenvolvedores de software que disponibilizem no mercado versões de seus aplicativos acessíveis a dispositivos de tecnologia "ACC", que é considerada assistiva. Além disso, não pode ser cobrada nenhuma taxa adicional do usuário para que utilize o produto acessível ou muito menos um acréscimo no preço geral do produto "acessível" em comparação com o "padrão".

Além de garantir o acesso a tecnologia, o estado deve garantir a existência de arcabouço jurídico sólido que permita que a vontade manifestada por meio dessas tecnologias seja respeitada. Além dos já citados, há estudos de casos interessantes de todo o mundo sobre como mecanismos de apoio podem surgir da comunidade praticamente sem custos para o Estado, que precisam ser destacados e propagados. Assim, o Estado precisa agir para implantar um regime regulatório que permita que esses apoios (por meio de tecnologia ou outras fontes) surjam e sejam tratados com seriedade por terceiros[318].

A pessoa com deficiência também tem direito ao lazer em igualdade de condições com as demais pessoas. Algo tão simples como organizar uma viagem ou programar férias, de forma autônoma, pode levar a inúmeros obstáculos e barreiras (físicas e atitudinais): a partir de informações (por exemplo, folhetos ou sites de

---

[317]CARON, Jessica; LIGHT, Janice. "Social Media has Opened a World of 'Open communication'.": Experiences of Adults with Cerebral Palsy who use Augmentative and Alternative Communication and Social Media. **Augmentative and Alternative Communication**. Early Online: 1–16, 2015, p. 18-23.
[318] QUINN, Gerard. **Personhood & Legal Capacity Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD**. HPOD Conference, Harvard Law School, 20 February, 2010, p. 19-20.

operadores turísticos com desenhos e formatos que não são acessíveis ou compreensíveis), até a falta de adaptação de alguns meios de transporte às necessidades específicas da pessoa com deficiência e a incapacidade de desfrutar espaços e instalações no local de destino (por exemplo, falta de meios adequados a bordo de navios de cruzeiro, praias ou rotas rurais sem vias alternativas acessíveis, rampas inexistentes ou com inclinação excessiva, ausência de áreas de estacionamento, defeitos permanentes em elevadores, etc.), bem como alguns dos seus serviços (por exemplo, atividades esportivas não adaptadas, serviços de salvamento sem meios técnicos adequados, tais como cadeiras anfíbias, espetáculos de entretenimento para crianças sem intérpretes de linguagem gestual, parques recreativos não adaptados, etc.). A isto se deve acrescentar que, frequentemente, os estabelecimentos hoteleiros mais sensíveis com acessibilidade são normalmente os mais caros, pelo que a "melhor oferta acessível" é apenas acessível a uma minoria de pessoas com deficiência[319].

A Organização Mundial do Turismo cita algumas boas práticas feitas em alguns países para promover o turismo acessível: a adaptação de monumentos culturais para que todos os visitantes possam visita-lo (desenho universal, etc) e utilização da tecnologia para expor em 3D obras de arte da coleção do "Museo del Prado", na Espanha, visando que pessoas com deficiência visual possam apreciá-las[320].

No que concerne aos deveres de não discriminação nas relações de consumo, o EPD trata do tema nos arts. 42 ao 45, e a CDPD no art. 30. Em suma, é garantido a pessoa com deficiência direito à cultura, ao esporte, ao turismo e ao lazer em

[319]TESÓN, Inmaculada Vivas. Turismo accesible e inclusivo: la protección jurídica del consumidor con discapacidad. **Revista CESCO de Derecho de Consumo**, Nº 2/2012, p. 175.
[320] UNWTO. **Turismo para todos: promover la accesibilidad universal**: Buenas prácticas en lacadena de valor del turismo accesible. Organización Mundial del Turismo, Madrid (España), 2016, p. 5.

igualdade de oportunidades com as demais pessoas, sendo-lhe garantido o acesso: a) a bens culturais em formato acessível; b) a programas de televisão, cinema, teatro e outras atividades culturais e desportivas em formato acessível; c) a monumentos e locais de importância cultural e a espaços que ofereçam serviços ou eventos culturais e esportivos; d) acessibilidade nos locais de eventos e nos serviços prestados por pessoa ou entidade envolvida na organização das atividades artísticas, intelectuais, culturais, esportivas e recreativas, com vistas ao seu protagonismo; e) a participação da pessoa com deficiência em jogos e atividades recreativas, esportivas, de lazer, culturais e artísticas, inclusive no sistema escolar, em igualdade de condições com as demais pessoas; f) Nos teatros, cinemas, auditórios, estádios, ginásios de esporte, locais de espetáculos e de conferências e similares, serão reservados espaços livres e assentos para a pessoa com deficiência, de acordo com a capacidade de lotação da edificação, observado o disposto em regulamento, dentre outros direitos.

Assim, temos que os deveres de não discriminação dizem respeito a ações positivas ou negativas para garantir que a pessoa com deficiência tenha acesso ao mercado de consumo em igualdade de condições com as demais pessoas. Entretanto, a garantia da não discriminação (disponibilidade) deve vir acompanhada sempre das adaptações/adequações razoáveis as necessidades da pessoa, assunto que será abordado no próximo tópico.

5.3 Dos deveres de adaptação razoável.

Os deveres de adaptação razoável dizem respeito ao que a Convenção denomina de “adaptação razoável”, em seu artigo 2. Nestes termos, esses deveres visam assegurar as modificações e os ajustes necessários e adequados que não

acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

A noção de adaptação razoável remonta a uma estratégia montada para alcançar a acessibilidade universal, prevista no art. 9 da CDPD, no sentido de que sejam garantidas as pessoas com deficiência a eliminação, tanto quanto possível, das barreiras impostas ao exercício de seus direitos.

O conceito de adaptação razoável, foi inicialmente expresso na legislação interna dos Estados Unidos de proteção aos direitos das pessoas com deficiência, em especial o *Rehabilitation act* de 1975 e apareceu pela primeira vez em nível internacional no Comentário Geral no. 5 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR) da ONU[321].

No direito canadense, há precedente marcante sobre o dever de adaptação razoável (*duty to accommodate*). A Suprema Corte do Canadá, no caso "Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.,", estabeleceu que dentro do conceito de adaptação razoável, os fornecedores de serviços possuem um dever de fazer o que for possível, dentro da razoabilidade, para remover as barreiras existentes ao exercício de direitos das pessoas com deficiência, a menos que haja uma razão de *bona fides* para a manutenção destas, ou seja, que estas imponham um ônus desarrazoado e desproporcional ao fornecedor (*undue hardship*)[322].

---

[321] LORD, J., & BROWN, R.. **The Role of Reasonable Accommodation in Securing Substantive Equality for Persons with Disabilities**: the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Disponível em: < http://www.socialrightsontario.ca/wp-content/uploads/2011/08/article_RebeccaBrown_Reasonableness-for-Convention-for-persons-with-disabilities.pdf>, Acesso em 02 de julho de 2019, p. 278.

[322] SUPREME COURT OF CANADA. **Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.**, [2007] 1 S.C.R. 650, 2007 SCC 15, julgado em 23 de março de 2007, não paginado. Disponível em: < https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2352/index.do>, Acesso em 01 de julho de 2019.

Noutro julgado, a Suprema Corte canadense fixou que o dever de adaptação requer sensibilidade com as necessidades particulares de cada indivíduo, não apenas aquelas tidas como padrões de determinados grupos de pessoas com deficiência[323]. Sem a pretensão de fazer uma análise de direito comparado, que foge aos objetivos e limites deste trabalho, será abordada a compatibilidade das referidas propostas com o direito brasileiro.

O conceito de adaptação, na forma do entendimento da Suprema Corte canadense, corresponde um dever legal que impõe condutas positivas a terceiros de adequação as necessidades específicas das pessoas com deficiência, visando afastar a exclusão pela garantia da mais plena e efetiva participação da sociedade, dentro do possível[324].

Esse dever presente também no contexto jurídico canadense desde antes da CDPD[325], foi por ela internalizado, e, portanto, se propõe tenha sido incorporado ao direito brasileiro, tanto pelos arts. 2 e 12 da CDPD, quanto pelo art. 3º, inciso VI, do EPD, que expressamente caracteriza adaptação razoável como sendo adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais.

O dever de proporcionar adaptação razoável na CDPD estende-se a uma ampla gama de sujeitos, incluindo o Estado, empregadores e fornecedores, e

---

[323] SUPREME COURT OF CANADA. **Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur**, 2003 SCC 54 at para. 81, [2003] 2 S.C.R. 504.Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2088/index.do?q=Nova+Scotia+%28Workers%E2%80%99+Compensation+Board%29+v.+Martin%3B+Nova+Scotia+%28Workers%E2%80%99+Compensation+Board%29+v.+Laseur%2C+2003+SCC+54+at+para.+81%2C+%5B2003%5D+2+S.C.R.+504.> , Acesso em: 01 de julho de 2019.

[324] BACH, Micheal; KERZNER, Lana. "**A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity"**. *cit.* p. 104.

[325] Anote-se que o segundo julgado data do ano de 2003, ou seja, anterior a Convenção de Nova York.

demanda que esses ajustem razoavelmente políticas, práticas e fundamentos que impeçam a inclusão e participação de pessoas com deficiência[326]. Trata-se, igualmente, de tomar medidas concretas para assegurar as condições para que pessoas com deficiência possam exercer determinadas funções (muitas vezes dependentes de algum treinamento especial e algum recurso técnico disponível e que não resulte em impacto desproporcional sobre quem o deve disponibilizar)[327].

Entende-se que, da mesma forma que fora internalizado o respectivo dever, e, consequentemente a ação de direito material que lhe é correspondente, foi igualmente internalizada a sua respectiva exceção de direito material presente no direito comparado e mencionada nos referidos precedentes da Suprema Corte canadense. A chamada "*hardship defense*"[328], adiante denominada de exceção de ônus desproporcional e indevido[329], é expressa de forma diferente em leis anti-discriminação em razão de deficiência no direito comparado[330], mas essencialmente refere-se a uma recusa justificável para fornecer acomodações devido a seu alto custo ou "dificuldades extremas" em fazê-lo[331].

Propõe-se a internalização dessa exceção com fulcro no art. 3º, inciso VI do EPD, que determina que será devida a adaptação razoável desde que "não acarrete

---

[326] LORD, J., & BROWN, R.. **The Role of Reasonable Accommodation in Securing Substantive Equality for Persons with Disabilities**. *Cit.* p. 279.

[327]SARLET, Ingo Wolfgang, SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Igualdade Como Proibição de Discriminação e Direito à (e Dever de) Inclusão: o Acesso ao Ensino Superior e a Regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. *Cit.* p. 214.

[328] Expressão cunhada em KAYESS, R., & FRENCH, G.. Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In: **Human Rights Law Review**, 8: 1, pp. 1-34, 2008, p. 9.

[329] A opção pela expressão "exceção de ônus desproporcional e indevido" visa adequar o instituto a realidade do ordenamento jurídico nacional, trabalhando com o conceito de Pontes de Miranda de exceção e com a linguagem do Estatuto da Pessoa com Deficiência que, em seu art. 3º, inciso VI, determina que as adaptações razoáveis são exigíveis desde que "não acarretem ônus desproporcional e indevido".

[330] O autor cita a *section 6* e a *section 21* do *Disability Discrimination Act 1995* (Reino Unido) e a *section 11* do Disability Discrimination Act 1992 (Austria) que cunha a expressão 'unjustifiable hardship'.

[331]GOODING, P., QUINLIVAN, S.. A Tool for Achieving Equality in the 21st Century. *In*: PABSCH, A., SODERQVIST, P. (eds.), **UNCRPD Implementation in Europe, a Deaf Perspective:** Article 27: Work and Employment, Brussels: EUD, 2015, pp.14-28, p. 24.

ônus desproporcional e indevido". Nesses termos, pode ser considerada legítima a escusa do fornecedor em prover adaptação razoável se isso implicar em assumir ônus considerado desproporcional ou indevido. Há pelo menos dois problemas identificados *a priori* nesse enunciado em termos de direito consumerista: o primeiro deles se dá em relação ao ônus da prova[332], o segundo é o recurso a conceitos jurídicos indeterminados (desproporcional).

O CDC estabelece que o juiz, verificando a hipossuficiência do consumidor, poderá determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, inciso VIII) em seu favor. Segundo Antônio Hermann Benjamin, hipossuficientes são certos consumidores ou certas categorias de consumidores, como os idosos, as crianças, os índios, os doentes, os rurícolas, os moradores da periferia, de modo que a hipossuficiência é um plus em relação à vulnerabilidade, pois esta é aferida objetivamente e aquela, mediante um critério subjetivo, consumidor a consumidor, ou grupo de consumidores a grupo de consumidores[333].

No contexto do CDC, do EPD e principalmente da CDPD, além da caracterização do consumidor com deficiência como hipervulnerável, temos que a hipossuficiência desse consumidor deve ser presumida[334], inclusive, principalmente, a probatória e a informacional. Impor ao consumidor com deficiência o ônus de provar a proporcionalidade de uma medida de adaptação, sem dúvida, foge tanto ao âmbito protetivo do CDC, quanto do EPD e da Convenção de Nova York.

---

[332] Afora os casos de acidente de consumo (arts. 12 e 14, CDC) em que o ônus da prova é invertido *ope legis*.

[333] BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. *cit.* p. 357.

[334] PIERRI, Deborah. Políticas públicas e privadas em prol dos consumidores hipervulneráveis - idosos e deficientes. **Revista de Direito do Consumidor,** vol. 92/2014, p. 221 – 298, Mar – Abr, 2014, p. 238.

O recurso a um conceito jurídico de difícil concretização como fundamento de uma exceção legítima do fornecedor para se imiscuir do dever de adequação as necessidades de acessibilidade do consumidor com deficiência, é suscetível de causar problemas. Veja-se, por exemplo, o caso em que o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar ação civil pública proposta pelo Ministério Público, com o fim de obrigar fabricante de peças de metal destinadas a servir de suporte para aparelhos de televisão que disponibilizasse manual de instruções em braile. O juiz de primeiro grau julgou improcedente a demanda e o TJSP manteve a sentença, negando provimento ao apelo do Ministério Público, destacando o desembargador relator que "não consigo deixar de observar que a pretensão deduzida na presente ação se revela, para dizer o mínimo, surpreendente e inusitada, beirando, s.m.j., a insensatez"[335]. Continua o relator em seu voto aduzindo que[336]:

> Suscitar como possível uma hipótese dessa natureza, vale dizer, que um cego se utilize de uma furadeira para furar uma parede e nela fixar com parafusos um suporte, cuja finalidade, suprema ironia, é acomodar um aparelho de televisão, revela grave insensatez e não tem a mínima razoabilidade.

O dever de informar é previsto no CDC da forma mais ampla possível e, apesar do referido julgado ser anterior ao EPD, já estava vigente a CDPD, e, não só isso, qualquer interpretação razoável do art. 6º, inciso III, do CDC, levaria a conclusão que o fornecedor não se desincumbiu do dever de informar. Esse julgado não observou a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, pois o Estado brasileiro se comprometeu a assegurar e promover o pleno exercício de todos os

[335]TJSP – 30ª Câmara de Direito Privado – Apelação Cível 0132414-07.2010.8.26.0100 – São Paulo – Rel. Des. Andrade Neto, j. 15.07. 2015, DJ 24.07. 2015, p. 3.
[336] TJSP – 30ª Câmara de Direito Privado, *cit.* p. 5.

direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência[337].

Mesmo diante de um comando normativo claro e já cristalizado pelo CDC, ainda há casos como esse em que o judiciário, com entendimentos, no melhor dizer, infelizes, nega direitos elementares ao consumidor com deficiência. Sendo assim, o perigo do recurso a conceitos de difícil concretização como fundamento de exceção a ser oposta a direito de consumidor hipervulnerável é, no mínimo, preocupante.

Conforme destacado nos capítulos anteriores, a atuação dos *amicus curie* em casos como esses é essencial para definição de quais parâmetros devem ser observados pelos fornecedores. Não se pode deixar apenas a cargo do julgador definir, *ad hoc*, e, muitas vezes, sem qualquer compreensão ou vivência com as mais variadas situações de consumo envolvendo pessoas com deficiência, o que é ou não razoável se exigir do fornecedor em termos de adaptação razoável.

Entretanto, em inúmeras situações, é isso que irá, irremediavelmente, ocorrer, pois, é impossível definir *a priori* todas as necessidades possíveis de adaptação razoável que uma pessoa com deficiência poderá necessitar. Nesse ponto a doutrina assume papel importantíssimo na definição de critérios dogmáticos de concretização desses deveres de adaptação razoável. Isso porque, se o limiar a partir do qual se admitir a exceção for muito baixo de modo que o cumprimento dos deveres seja facilmente evitável, a adaptação e adequação podem ficar confinadas em mudanças pequenas e/ou marginais[338], o que, sem dúvida foge aos propósitos da CDPD, do EPD e do próprio CDC.

---

[337] NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, ARAÚJO, Luiz Alberto David. Discriminação, consumo e deficiência: diálogo entre o direito brasileiro e as normas da união europeia. *cit.* p. 85.
[338] KAYESS, R., FRENCH, G.. Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *Cit.*

O primeiro critério proposto é o da presunção de necessidade, ou seja, deve-se sempre presumir que qualquer medida de adaptação para viabilizar o exercício de quaisquer direitos ao consumidor com deficiência é necessária. O segundo critério é o da presunção relativa da possibilidade do fornecedor em adimplir com esses deveres.

Com isso, evita-se juízo equivocados quanto a realidade intrínseca a pessoa com deficiência no exercício de seus direitos nas relações de consumo, só podendo o fornecedor se esquivar do dever de fornecer as adaptações e adequações caso prove ser impossível fazê-lo. Piers Gooding, professor da Universidade de Melbourne (Austrália) e Shivaun Quinlivan, diretor do LLM em "International and Comparative Disability Law and Policy, School of Law" da "National University of Ireland" dão um exemplo elucidativo[339]:

> Considere que um aluno com dislexia pode ter problemas com a leitura de textos. A adaptação razoável pode ser alcançada concedendo-se um tempo adicional para o discente realizar provas e outros exames avaliativos. Os custos dessa medida são mínimos para o fornecedor de serviços. Em contrapartida, a disponibilização de um intérprete de língua de sinais durante todo o curso pode ter implicações de custo significativas para o fornecedor de serviços, caracterizando um encargo indevido ou desproporcional[340].

Deve-se sopesar ainda o âmbito de impacto orçamentário das medidas de adaptação razoável, pois, fornecer um interprete de libras em poucas turmas em um grande grupo educacional não é o mesmo que exigir que uma pequena faculdade ponha um interprete de libras disponível em todas as aulas da graduação. De todo modo, é ônus do fornecedor a prova da desproporcionalidade da exigência, em razão da hipossuficiência presumida do consumidor com deficiência.

---

[339] GOODING, P., QUINLIVAN, S.. A Tool for Achieving Equality in the 21st Century. *Cit.*

[340] Tradução livre, no original: "(...) consider that a student with dyslexia may experience issues with reading. A resulting accommodation could be additional time in an exam situation. This has no, or minimal cost implications for the service provider. In contrast, the provision of a sign language interpreter for the duration of a course may have significant cost implications for the service provider, potentially imposing an undue or disproportionate burden on that service provider.".

Não se pode confundir ainda os deveres de adaptação razoável com os deveres inerentes a não discriminação, adoção de tecnologias assistivas ou do desenho universal. Isso porque, enquanto que os primeiros são mais voltados a atingir um grupo mais genérico de indivíduos, os deveres de adaptação razoável visam eliminar as barreiras que, por ventura, ainda se apresentem perante o indivíduo, mesmo após a aplicação das medidas “universais” de acessibilidade.

Conforme visto durante todo o trabalho, a deficiência no modelo social é enxergada de modo personalíssimo, de modo que demanda um tratamento diferenciado a cada indivíduo, na exata proporção de suas necessidades particulares e das barreiras que enfrenta não só coletivamente, mas individualmente também. Não é pouco comum que mesmo cumpridas todas as regras normatizadas de forma geral, ainda restem barreiras a serem transpostas para alcançar a acessibilidade plena, e a remoção destas será feita justamente pela adaptação razoável às circunstâncias pessoais do indivíduo.

Assim, o dever de adaptação razoável vai além de questões referentes a desenho universal, ou seja, concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva (art. 3º, inciso II, EPD). Nesses termos, enquanto que a disponibilização de produtos ou serviços acessíveis diz respeito aos deveres de não discriminação em razão de deficiência, nos termos estabelecidos no tópico anterior, a conformação desses produtos e serviços, ainda que universalmente acessíveis, as necessidades particulares do indivíduo, diz respeito aos deveres de adaptação razoável, que atuarão especialmente quando o desenho e a acessibilidade universal não forem suficientes para eliminar todas as barreiras postas a pessoa com deficiência no exercício de seus direitos.

Pode-se entender, então, adaptação razoável como o comportamento positivo do fornecedor que consiste em fazer modificações e adaptações adequadas, entendidas em sentido amplo, às necessidades específicas das pessoas com deficiência em todas as situações particulares que possam encontrar, a fim de permitir o acesso ou exercício de seus direitos e sua plena participação na comunidade, desde que tal dever não implique um encargo indevido – interpretado de acordo com os critérios legais – para a pessoa obrigada e que as obrigações genéricas de igualdade, não-discriminação e acessibilidade universal não sejam suficientes para eliminar todas as barreiras da situação em particular[341].

Além disso, envolve questões de apoio na tomada de decisão, conforme pontuado no capítulo 1, devendo o fornecedor criar canais de adaptação com o fim de viabilizar os meios necessários a que o consumidor utilize todo o suporte que ele necessita para exercer a sua capacidade (tempo de resposta ampliado, intérprete, mediador, etc). Assim, a atuação do fornecedor no mercado de consumo deve acomodar a gama de apoios que uma pessoa necessita para exercer sua capacidade e deve submeter suas ações ao fornecimento de apoio às pessoas com deficiência e facilitar seu acesso aos apoios necessários[342] e suficientes.

No que concerne a adaptação razoável como medida de apoio a tomada de decisão, o Comitê da ONU[343] responsável pela fiscalização de seu cumprimento pelos estados partes elaborou um comentário geral sobre o art. 12 da CDPD e sobre os diversos dispositivos a este relacionados. Neste documento, o comitê, apesar de

---

[341] BUENO, Luis Cayo Pérez. La configuración jurídica de los ajustes razonables. *In*: BUENO, Luis Cayo Pérez (dir.), RAMÍREZ, Gloria Álvarez. **2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España**: Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna. Madri/ES: Cinca, 2013, p. 187-188.

[342]GÓMEZ, Patrícia Cuenca *et all*. The impact of article 12 of the conventionon the rights of persons with disabilities on qatar´s private law. *Cit*. p. 84.

[343] Committee on the Rights of Persons with Disabilities.

reconhecer a "*hardship defense*", determinou não ser aplicável essa exceção nos casos de medidas de adaptação voltadas para o exercício da capacidade de agir (obrar) das pessoas com deficiência, imputando, entretanto, ao estado signatário da Convenção, a obrigação de providenciar essas adaptações[344].

No âmbito do direito do consumidor brasileiro, não se reputa adequado livrar o fornecedor dos ônus de reparar integralmente os danos causados ao consumidor que não teve acesso a adaptação razoável para o exercício de sua capacidade de agir. O art. 6º, inciso VII do CDC garante o direito do consumidor a reparação integral dos danos sofridos no âmbito das relações de consumo. Nesses termos, propõe-se que, nos casos de medidas de adaptação razoável para o exercício da capacidade de agir (obrar) o fornecedor não poderá fazer uso da exceção de ônus desproporcional e indevido, entretanto, terá direito de regresso em face da União, para se ver ressarcido apenas quanto ao que for considerado "desproporcional".

Temos assim um rol de deveres positivos impostos aos fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo, exigindo-lhe ações específicas visando a adaptação as necessidades das pessoas com deficiência. Nunca é demais lembrar, que será ilícita qualquer cobrança adicional em razão do fornecimento dessas medidas, devendo o poder público colaborar com os agentes econômicos, concedendo incentivos para que estes tomem a acessibilidade não como um encargo, mas como uma estratégia de negócios profícua.

---

[344] UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. **General comment No. 1**: Article 12: Equal recognition before the law. Disponível em: < https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>, acesso em: 02 de julho de 2019, p. 8-9.

6 CONCLUSÃO.

A Convenção de Nova York, primeiro tratado de direitos humanos do século XXI, e também o primeiro a ingressar no direito brasileiro com força de norma constitucional é um dos mais sofisticados de toda a história. Conforme se verificou no decorrer do trabalho, diversas questões atinentes ao apoio na tomada de decisão nas suas mais diferentes versões aplicadas em todo o mundo, a acessibilidade universal, as adaptações razoáveis, trazidas pela Convenção, não foram suficientemente reguladas no estatuto da pessoa com deficiência.

A principal mudança propagada pelo modelo social e seus idealizadores, no que concerne a capacidade civil, consistente na retirada de foco apenas no discernimento para ampliar significativamente os âmbitos em que a capacidade de agir da pessoa é avaliada (abordagem com foco nas competências), não foi suficientemente abordada na lei brasileira da inclusão. Não há modelos de apoio na tomada de decisão, mas apenas um (tomada de decisão apoiada), que mais se parece com uma curatela compartilhada na modalidade de assistência. Não há, sequer, um arcabouço legislativo mínimo que legitime modelos de apoio alternativos (atípicos), adequados as necessidades de cada pessoa, ou a previsão de níveis diferentes de apoio na tomada de decisão.

Por isso, no capítulo primeiro, ao analisar o modelo social e seus alicerces teóricos, principalmente aqueles que se fizeram presentes nos debates quando da elaboração da Convenção, se propôs a adoção, no direito brasileiro, da proposta de parte da doutrina de direito estrangeiro: três níveis diferentes de capacidade de tomar decisões e, correspectivamente, três de apoio na tomada de decisão (decisão livre, apoiada e facilitada). O fundamento dogmático desses níveis se encontra no art. 12,

parágrafo 3 e 4 da CDPD, que determina que as medidas de apoio na tomada de decisão serão proporcionais as necessidades das pessoas apoiadas.

Ainda no capítulo primeiro, foi proposto que a pessoa com deficiência conserva sua capacidade em todos esses níveis, devendo-se respeitar a sua vontade e suas preferências no maior grau possível. Nos casos em que não se pode alcançar a vontade e as preferências da pessoa, como alternativa ao regime do superior interesse, se propôs a adoção do modelo que considera correta a decisão que melhor se coadune com os direitos das pessoas com deficiência, nos mais variados aspectos da vida.

No capítulo segundo, ao analisar detidamente o tratamento do consumidor com deficiência pelo regramento de direito do consumidor e de proteção as pessoas com deficiência, entendeu-se que se trata de um grupo hipervulnerável com características *sui generes*. As pessoas com deficiência são o grupo de hipervulneráveis mais heterogêneo protegidos pela legislação e o modelo social adotado no ordenamento brasileiro determina não só medidas adequadas a elas enquanto coletividade, mas principalmente a cada um enquanto indivíduo com todas as particularidades que o diferenciam. Assim, o acesso da pessoa com deficiência ao mercado de consumo vai reclamar não só o cumprimento dos deveres já consagrados na legislação consumerista desde a entrada em vigor do CDC, como também que seja aplicado a pessoa com deficiência um tratamento diferenciado, na proporção em que estas são desiguais em relação as demais pessoas.

Os já consagrados deveres de transparência, boa-fé, equidade e confiança, na valorosa doutrina de Cláudia Lima Marques foram consideravelmente ampliados para abarcar o tratamento diferenciado necessário para garantir que a pessoa com deficiência seja inserida no mercado de consumo em igualdade de condições com as

demais pessoas. A informação deve ser disponibilizada em formato acessível, sob pena de ineficácia perante o consumidor com deficiência, aplicando-se, sempre, a interpretação que lhe for mais favorável. As cláusulas devem ser voltadas a facilitação da compreensão e participação da pessoa com deficiência apoiada nas decisões de consumo e não podem deixar a pessoa com deficiência em desvantagem exagerada. Por ser inerente ao processo de tomada de decisão de várias pessoas com deficiência psíquica e intelectual, que necessitem de apoio, propôs-se a extensão do prazo de reflexão do art. 49 do CDC, contados a partir do fim da vigência da oferta de consumo ou a partir da aquisição do produto ou serviço, sendo ou não feita a compra no estabelecimento do fornecedor.

Por fim, propôs-se o surgimento de três novas categorias de deveres nas relações de consumo, a saber, os deveres de cooperação na tomada de decisão da pessoa com deficiência, os deveres de não discriminação e os deveres de adaptação razoável. Cumpre destacar que o reconhecimento dessas três novas categorias não se dá de forma exaustiva, de modo que se entende possível a identificação de outras categorias de deveres não mencionadas neste trabalho.

A tese consiste justamente em propor o surgimento de novos deveres e a ampliação dos “antigos”, de modo que se acredita que a proposta de várias hipóteses de ampliação dos últimos e dessas três novas categorias cumpre com aquilo que fora proposto, tendo em vista que não é objetivo deste trabalho esgotar a matéria identificando todas as novas categorias de deveres de consumo surgidas em razão do impacto das normas de proteção às pessoas com deficiência.

Além das categorias, em especial a dos deveres de adaptação razoável, se propôs o surgimento da exceção de ônus desproporcional e indevido, a ser invocada pelo fornecedor caso a adaptação seja desproporcional ao ponto de configurar ato

ilícito. Entretanto, sendo a medida voltada a auxiliar na tomada de decisão da pessoa com deficiência, não poderá ser oposta a referida exceção, entretanto, terá direito de regresso em face da União, para se ver ressarcido apenas quanto ao que for considerado “desproporcional”.

O impacto da Convenção no ordenamento brasileiro é bem mais amplo do que as matérias reguladas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, e no direito do consumidor, várias matérias merecem uma melhor atenção do legislador, conforme foi proposto ao longo do trabalho. Por fim, grandes são os desafios da doutrina e da jurisprudência para, diante das omissões legislativas, construir soluções aptas a trazerem efetividade aos preceitos da Convenção de Nova York, principalmente no tocante a acessibilidade em todos os aspectos da vida.

REFERÊNCIAS

ABBERLEY, Paul. The concept of oppression and the development of a social theory of disability. **Disability, Handicap & Society,** v. 2, n. 1, 1987.

ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição civil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALBUQUERQUE JR, Roberto Paulino, AZEVEDO, Rafael Vieira de. O consumidor com deficiência: hipervulnerabilidade, decisão apoiada e deveres anexos nas relações de consumo. **Revista de direito do consumidor**, v. 116, p. 51–67, mar./abr. 2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto David Araújo. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seus reflexos na ordem jurídica interna no Brasil. In: FERRAZ, C. V., LEITE, George S., LEITE, Glauber S., LEITE, Glauco S. (coord). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David Araújo. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 4 ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana***. Revista USP*, São Paulo, n. 53, p. 90-101, mar./maio 2002.

AZEVEDO, Fernando Costa de. A cláusula geral de proibição de vantagem excessiva: norma fundamental de correção do abuso nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 109, p. 207–233, jan./fev. 2017.

BACH, Micheal; KERZNER, Lana. "**A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity**". "Paper" preparado para a comissão de direito de Ontário, outubro de 2010. Disponível em: http://www.ico-cdo.org/disabilities/bachkerzner.pdf. Acesso em: 3 set. 2016.

BACH, Micheal; KERZNER, Lana. **The right to legal capacity under the UN Convention on the rights of persons with disabilities**: Key concepts and directions from law reform. Toronto: Institute for Research and Development on Inclusion and Society (IRIS), 2009.

BAGGIO, Andreza Cristina. Publicidade de medicamentos e a (hiper) vulnerabilidade do consumidor idoso. **Revista de Direito do Consumidor,** v. 112, p. 149–176, jul./ago. 2017.

BARNES, Colin. A Legacy of Oppression: A History of Disability in Western Culture. *In*: BARTON, Len; OLIVER, Mike. **Disability Studies**: Past Present and Future, Leeds: The Disability Press, 1997. p. 3-24.

BARNES, Colin. Disability Studies and the Academy - past, present and future. In: **Ars Vivendi Journal**, n. 4, p. 3-12, mar. 2013.

BARNES, Colin. The Social Model of Disability: Valuable or Irrelevant? In: WATSON, N. ROULSTONE, A. and THOMAS, C. **The Routledge Handbook of Disability Studies**. London: Routledge, p. 12-29,

BARTON, Len. **Citizenship and disabled people**: a discourse of control? *In:* ANNUAL WORLD CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR THE SCIENTIFIC STUDY OF INTELLECTUAL DISABILITIES, 10., Helsinki, Finland, 1996. p. 8-13.

BARTON, Len. **Análisis social de la discapacidad**: ¿Romanticismo o realismo?, Granada, España: Editorial Alas Para Volar, 2000.

BARTON, Len; OLIVER, M. (Ed.). **Disability Studies**: Past, Present and Future, Leeds: The Disability Press, 1997. Disponível em: http://www.leeds.ac.uk/disability-studies/archiveuk/index.html. Acesso em: 24 nov. 2015.

BARTON, Len; OLIVER, M.; BALLARD, K.; FULCHER, G. **Disability and the necessity for a social-political perspective**. IEEIR, University of New Hampshire: Durham, 1992.

BARIFFI, Francisco J. *et al* (coord). **Estudio teórico para la aplicación del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas Con Discapacidad:** Presentación ante el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas com Discapacidad. Buenos Aires/Argentina: RedCDPD, 2011.

BARIFFI, Francisco José. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos**. 2014. 646 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Getafe, 2014.

BENDER, A. et al. **Persistent vegetative state and minimally conscious state**: systematic review and meta-analysis of diagnostic procedures. Dtsch Arztebl Int, v. 112, p. 235-242, apr. 2015.

BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos. Capítulo V: Das práticas comerciais. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrine *et al* (org). **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Crédito consignado ao idoso e "diálogo das fontes": consequência da coordenação das normas do direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 88, p. 83–99, jul./ago. 2013.

BIGBY, Christine; WHITESIDE, Mary; DOUGLAS, Jacinta. **Supporting People with Cognitive Disabilities in Decision Making**: Processes and Dilemmas. Melbourne: Living with Disability Research Centre, La Trobe University, 2015.

BLANCK, Peter; MARTINIS, Jonathan G. "**The Right to Make Choices**": The National Resource Center for Supported Decision-Making. Inclusion, v. 3, n. 1, 2015.

BORGES, Gustavo, ALVES, Israel Rocha. A hipervulnerabilidade do consumidor migrante no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, p. 341–362, nov./dez. 2018.

BRITO, Dante Ponte de. **Publicidade subliminar na internet**: identificação e responsabilização nas relações de consumo. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária e o código de defesa do consumidor. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 49, p. 81–110, jul./dez. 2000.

BRODERICK, Andrea. Equality of What? The Capability Approach and the Right to Education for Persons with Disabilities. **Social Inclusion**, v. 6, n. 1, p. 29–39, 2018.

BUENO, Luis Cayo Pérez. La configuración jurídica de los ajustes razonables. *In*: BUENO, Luis Cayo Pérez (dir.), RAMÍREZ, Gloria Álvarez (coord). **2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España**: Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna. Madri/ES: Cinca, 2013.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. A reforma do CDC no tocante ao consumidor superendividado: primeiras impressões. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 87, p. 273–309, maio/jun. 2013.

CAMPO, Ana Sastre. La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. *In*: BUENO, Luis Cayo Pérez (dir.), RAMÍREZ, Gloria Álvarez. **2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España**: Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna. Madri/ES: Cinca, 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no Sistema de Direito Privado. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, ano 7, n. 22, p. 15-20, jan./mar. 2013.

CARON, Jessica; LIGHT, Janice. “Social Media has Opened a World of ‘Open communication’.”: Experiences of Adults with Cerebral Palsy who use Augmentative and Alternative Communication and Social Media. Augmentative and Alternative Communication. **Early Online**, p. 1–16, 2015.

CASTRO, Cássio Benvenutti de. A abusividade da tarifa dinâmica praticada pelo Uber. **Revista de Direito Privado**, v. 98, p. 129–160, mar./abr. 2019.

CATALÃ, Marcos, PITOL, Yasmine Uequed. Primeiras linhas acerca do tratamento jurídico do assédio de consumo no Brasil. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, n. 27, set. 2017.

CENTRE FOR HUMAN RIGHTS AND LEGAL PLURALISM AT MCGILL UNIVERSITY. **Canada’s compliance with Article 12 of the Convention on the**

Rights of Persons with Disabilities. Submission to the United Nations committee on the rights of persons with disabilities, mar./apr. 2017.

CHADDAD, Maria Cecília Cury. Constitucionalidade da restrição à publicidade de alimentos dirigida a crianças. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, p. 41–75, nov./dez. 2018.

CHARLTON, James I. **Nothing about us without us**: disability, oppression and empowerment. Berkeley, CA: University of California Press, 1998.

CLOUGH, Beverley. **Exploring the Potential of Relational Approaches to Mental Capacity Law**. Tese (PhD. em Bioethics and Medical Jurisprudence) – Faculty of Humanities, University Of Manchester, Manchester, 2015. f. 308.

CLOUGH, Beverley. "What about us? A case for legal recognition of interdependence in informal care relationships." **Journal of Social Welfare and Family Law**, n. 36, p. 129–48, 2014.

COELHO, Mariana Carvalho Victor, AYALA, Patryck de Araujo. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso e sua tendência ao superendividamento no contexto de uma sociedade do hiperconsumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 121, p. 247– 275, jan./fev. 2019.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra/PT: Almedina, 2017.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Contornos doutrinários e jurisprudenciais da boa-fé objetiva. In: MARINONI, Luiz Guilherme (dir). **Precedentes jurisprudenciais**: história direta, análise doutrinária, evolução jurisprudencial, controle de constitucionalidade dos casos mais controvertidos da jurisprudência brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 3.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Soriano Neto e a doutrina da vedação do comportamento contraditório**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-06/tavares-filho-soriano-neto-vedacao-comportamentocontraditorio#sdfootnote7sym. Acesso em: 31 jul. 2019.

COUNCIL OF EUROPE. **The right of people with disabilities to live independently and be included in the community**. France: Commissioner for Human Rights, 2012.

COUTO E SILVA, Clovis do. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: editora FGV, 2007.

CRUSE, Damian et al. **Bedside Detection of Awareness in the Vegetative State**: A Cohort Study, 378 LANCET 2088, 2088 (2011).

CUENCA GÓMEZ, Patricia. Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 103-137.

DEAL, Mark. **Attitudes of disabled people toward other disabled people and impairment groups**. Tese (doutorado em filosofia), City University, Londres/IN, 2006.

DEJONG, Gerben. Independent Living: From Social Movement to Analytic Paradigm. Philadelphia/ USA: **Arch Phys Med Rehabil**, v. 60, n. 10, p. 435-46, oct. 1979.

DHANDA, Amita. **Legal Capacity in the Disability Rights Convention**: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future? Syracuse Journal of International Law and Commerce, n. 34, p. 429-462, 2007.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no código de defesa do consumidor e no código civil de 2002. **Revista de Direito Privado**, v. 32, p. 171– 200, out./dez. 2007.

DINERSTEIN, Robert D. **Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities:** The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making. Human Rights Brief, v. 19, n. 2, p. 8-12, 2012.

DINIS, Marisa. Direito a informação: consequências em caso de preterição do dever de informação. **Revista luso-brasileira de direito do consumo**, v. 4, n. 16, p. 87-122, dez. 2014.

DINIZ, Débora. **Deficiência e Políticas Sociais - entrevista com Colin Barnes**. Disponível em: http://www.espanholacessivel.ufc.br/entrevista.pdf. Acesso em: 6 jun. 2019.

DOLL, Johannes, CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli. Crédito consignado e o superendividamento dos idosos. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 107, p. 309–341, set./out. 2016.

DOTTI, René Ariel, BERGSTEIN, Laís. O direito de o paciente ser ouvido: a responsabilidade civil e criminal do médico. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 111, p. 75– 97, maio/jun. 2017.

ENGELMANN, Wilson, BORGES, Gustavo Silveira. Responsabilidade civil médica pela utilização da nanotecnologia para modificação genética. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 93, p. 65–99,maio/jun. 2014.

FLYNN, Eilionóir, ARSTEIN-KERSLAKE, Anna. Legislating Personhood: Realising the Right to Support in Exercising Legal Capacity. **Melbourne Legal Studies Research Paper Nº. 732**. The University of Melbourne: Autralia, 2014. p. 41-42. Disponível em: http://ssrn.com. Acesso em: 3 de jul. 2019.

FONTES, Fernando; MARTINS, Bruno Sena. Deficiência e inclusão social: os percursos da lesão medular em Portugal. **Sociologia, Problemas e Práticas**, n. 77, p. 153-172, 2015.

GARBINI, Vanessa Gischkow, SQUEFF, Tatiana de Almeida F. R. Cardoso. A vulnerabilidade agravada dos refugiados na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 119, p. 19–47, set./out. 2018.

GARCIA, Leila Posenato. **Texto para discussão epidemia do vírus zika e microcefalia no brasil: emergência, evolução e enfrentamento.** Brasília/Rio de Janeiro: Ipea, 2018.

GARCÍA, Rafael de Lorenzo, PALACIOS, Agustina. Los grandes hitos de la protección jurídica de las personas con discapacidad en los albores del siglo XXI. **Revista de Documentación Administrativa**, n. 271-272, 2005.

GIL, Amparo Sanjosé. El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. **Revista Electrónica de Estudios Internacionales**, n. 13, jun. 2007. Disponível em: www.reei.org. Acesso em: 3 set. 2016.

GÓMEZ, Patrícia Cuenca et all. The impact of article 12 of the conventionon the rights of persons with disabilities on qatar´s private law. **The Age of Human Rights Journal**, p. 81-104, dec. 2017.

GOODING, Piers. From deinstitutionalisation to consumer empowerment: mental health policy, neoliberal restructuring and the closure of the 'Big bins' in Victoria. **Health Sociology Review**, v. 25, n. 1, p. 33-47, 2016.

GOODING, P., QUINLIVAN, S.. A Tool for Achieving Equality in the 21st Century. *In*: PABSCH, A., SODERQVIST, P. (eds.), **UNCRPD Implementation in Europe, a Deaf Perspective:** Article 27: Work and Employment, Brussels: EUD, 2015 GOODING, P., QUINLIVAN, S.. A Tool for Achieving Equality in the 21st Century. *In*: PABSCH, A., SODERQVIST, P. (eds.), **UNCRPD Implementation in Europe, a Deaf Perspective:** Article 27: Work and Employment, Brussels: EUD, 2015.

GRAEFF, Bibiana. Direitos do consumidor idoso no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 86, p. 65–74, mar./abr. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al*. **Código de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto, 10ed, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

INTERNATIONAL DISABILITY ALLIANCE**. IDA on Functional Capacity**: Correspondence from the International Disability Alliance to Professor Ronald McCallum, UN Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Julho, 2010. Disponível em: www.internationaldisabilityalliance.org/resources/ida-hassubmitted-june-2010-doument-functional-capacity-crpd-committee. Acesso em: 9 jun. 2019.

INTERNATIONAL DISABILITY ALLIANCE. **Legal Opinion on Article 12 of CRPD**. Disponível em: http://www.internationaldisabilityalliance.org/resources/legalopinion-article-12-crpd. Acesso em: 5 jun. 2019.

KAYESS, R., & FRENCH, G.. Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. **Human Rights Law Review**, v. 8, n.1, p. 1-34, 2008.

KHADER, Serene "Cognitive Disability, Capabilities, and Justice". **Essays in Philosophy**, v. 9, 2008.

KITTAY, Eva Feder. “At the margins of moral personhood.” **Ethics**, The University of Chicago Press, v. 116, p. 100–31.

KNOX, L.; DOUGLAS, J. M.; BIGBY, C. 'The biggest thing is trying to live for two people': Spousal experiences of supporting decision-making participation for partners with TBI. **Brain Inj,** v. 29, n. 6, p.745-57, 2015.

LANG, Raymond. The United Nations Convention on the right and dignities for persons with disability: A panacea for ending disability discrimination? **ALTER, European Journal of Disability**. p. 266–285, 2009.

LAZARTE, Renata Bregaglio. Alcances del mandato de no discriminación em la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *In*: In: SALMÓN, Elizabeth; BREGAGLIO, Renata. **Nueve conceptos claves para entender la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**. San Miguel/Peru: Pontifícia Universidad Católica del Perú, 2015.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. A reparação integral por meio de ação civil pública dos danos difusos causados por reiterada prestação errônea de informações nas relações de consumo. **Revista de processo,** v. 239, p. 263-275, 2015.

LEAL, Larissa Maria de Moraes; BARBOSA, Raíssa Alencar de Sá. A publicidade infantil e a regulação da publicidade de alimentos de baixo teor nutricional. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, v. 4, n. 14, jun. 2014.

LIMBERGER, Têmis, MORAES, Carla Andreatta Sobbé. Direito à saúde: os contratos celebrados anteriormente à lei dos planos de saúde e ao estatuto do idoso. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 73, p. 182–205, jan./mar. 2010.

LIZ, J. Pegado. Perspectivas acerca do combate a certas práticas abusivas na prestação de serviços financeiros aos consumidores na união europeia. **Revista lusobrasileira de direito do consumo**, v. 5, n. 18, jun. 2015.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LORD, J., & BROWN, R. **The Role of Reasonable Accommodation in Securing Substantive Equality for Persons with Disabilities**: the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Disponível em: http://www.socialrightsontario.ca/wpcontent/uploads/2011/08/article_RebeccaBrown_Reasonableness-for-Conventionfor-persons-with-disabilities.pdf. Acesso em: 2 jul. 2019.

MADANS, Jennifer H. et al. **Measuring disability and monitoring the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: the work of the Washington Group on Disability Statistics**. BMC Public Health, v. 11, n. 4, maio 2011. Disponível em: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3104217. Acesso em: 3 set. 2016.

MAIA, Maurilio Casa. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. **Revista de direito do consumidor**, v. 86, p. 203–232, mar./abr. 2013.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. Criança e consumo: contribuição ao estudo da vulnerabilidade das crianças no mercado de consumo brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v.14, p. 101–129, jan./mar. 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. Estudo sobre a vulnerabilidade dos analfabetos na sociedade de consumo: o caso do crédito consignado a consumidores analfabetos. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 95, p. 99–145, set./out. 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. Mulheres, idosos e o superendividamento dos consumidores: cinco anos de dados empíricos do projeto-piloto em Porto Alegre. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 100, p. 393–423, jul./ago. 2015.

MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v. 1, p. 679–718, 2011.

MARTINEZ, Kathy. El movimiento de vida independiente en Estados Unidos. In: GARCÍA ALONSO, J.V. (Coord).**El movimiento de Vida Independiente**: experiencias internacionales. Madrid: Fundación Luis Vives, 2003.

MARTÍNEZ, María Olga Sánchez; CAYÓN, José Ignacio Solar. **La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Madrid/ES: Dykinson, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Edição do Kindle.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 104, p. 203–255, mar./abr. 2016.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e. **A boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2018.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **Paciente terminal e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.** Curitiba: Juruá, 2017.

MELLADO, María Herrera. Nuevas políticas de protección del consumidor financiero: análisis de la reforma financiera y las novedades en la supervisión bancaria en el derecho comparado. **Revista luso-brasileira de direito do consumo,** v 5, n. 20, dez. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, 1. parte. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINKOWITZ, Tina. **Discernment as process, not pre-condition**. 2019. Disponível em:https://www.academia.edu/39267688/Discernment_as_process_not_precondition. Acesso em: 28 jun. 2019.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. **Revista de direito do consumidor**, v. 72, p. 41–77, out./dez. 2009.

MORAIS, Fernando de Gravato. O direito de livre revogação nos contratos de crédito ao consumidor. **Revista luso-brasileira de direito do consumidor**, n. 18, p. 81-95, jun. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. Capítulo VI: da proteção contratual. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NEVES, Marcelo**. Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NILSSON, Anna. **Who gets to decide?** Right to legal capacity for persons with intellectual and psychosocial disabilities. France: Council of Europe Comissioner for Human Rights, 2012.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; ARAÚJO, Luiz Alberto David. A tutela jurídica do consumidor com deficiência e a necessária aplicação do diálogo das fontes normativas. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 124, jul./ago, 2019.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, ARAÚJO, Luiz Alberto David. Discriminação, consumo e deficiência: diálogo entre o direito brasileiro e as normas da união europeia. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 115, p. 71–97, jan./fev. 2018.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru, ARAÚJO, Luiz Alberto David. O estatuto da pessoa com deficiência e a tutela do consumidor: novos direitos? **Revista de Direito do Consumidor**, v. 105, p. 103–121, maio/jun. 2016.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de direito do consumidor, São Paulo,** v. 76, p. 13-45, 2010.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUSSBAUM, Martha C. **Capabilities and Human Rights**, 66 Fordham L. Rev. 273,1997. Disponível em: http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol66/iss2/2. Acesso em: 23 jul. 2019.

OLIVEIRA, Ana Irene Alves de. Capítulo 2: do acesso a informação; Capítulo III: Tecnologia assistiva*. In*: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da**. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Article 12 - Equal recognition as a person before the law. **Comments, proposals and amendments submitted electronically on the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its Seventh session**, New York, jan./feb. 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Letter dated 5 December 2006 from the Permanent Representative of Finland to the United Nations addressed to the Chairman. *In*: **Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, Seventh session,** New York, dec. 2006.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Letter dated 7 October 2005 from the Chairman to all members of the Committee. *In*: **Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, Seventh session,** New York, jan. 2006.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its Seventh session,** New York, jan./ feb. 2006, Annex II.

PALACIOS, Agustina, BARIFFE, Francisco José. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos**: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Madrid/ES: Cinca, 2007.

PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad:** orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid/ES: CINCA, 2008.

PALACIOS, Agustina. Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. In: SALMÓN, Elizabeth; BREGAGLIO, Renata. **Nueve conceptos claves para entender la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**. San Miguel/Peru: Pontifícia Universidad Católica del Perú, 2015.

PASQUAL, Cristina Stringari, PASQUAL, Marco Antônio. O estatuto da pessoa com deficiência como instrumento de tutela da vulnerabilidade e o novo regramento da incapacidade civil. **Revista de Direito Imobiliário,** vol. 80/2016, p. 273 – 291, Jan – Jun, 2016.

PASQUALOTTO, Adalberto; NERY, Cláudio Lima. Sobre prevenção e reparação de danos contratuais em relações de consumo: reflexões à luz da doutrina e da jurisprudência. **Revista luso-brasileira de direito do consumo**, v. 5, n. 17, mar. 2015.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 113, p. 81-109, 2017.

PENTEADO, Luciano de Camargo. As cláusulas abusivas e o direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**. v. 725, p. 91, mar.1996.

PEREIRA, Mateus Costa; BASTOS, Ronaldo; ALVES, Pedro Spíndola B.. A relação entre deficiência física e acessibilidade numa perspectiva hermenêutica: a construção da igualdade a partir de uma ética da inclusão; estudo de um caso “fácil”. **Revista de Direitos Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 14, n. 2, p. 145-168, jul./dez., 2013.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo, DETROZ, Derlayne. A hipervulnerabilidade e os direitos fundamentais do consumidor idoso no direito brasileiro. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, v. 2, n. 4, dez. 2012.

PIERRI, Deborah. Políticas públicas e privadas em prol dos consumidores hipervulneráveis - idosos e deficientes. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 92, p. 221– 298, mar./abr. 2014.

QUINN, G., DEGENER, T.. **A Survey of International, Comparative and Regional Disability Law Reform**, 2002. Disponível em: https://dredf.org/news/publications/disability-rights-law-and-policy/a-survey-ofinternational-comparative-and-regional-disability-law-reform/. Acesso em: 17 jul. 2019.

QUINN, Gerard, FLYNN, Eilionóir. “Transatlantic Borrowings: The Past and Future of EU Non-Discrimination Law and Policy on the Ground of Disability.” **The American Journal of Comparative Law**, v. 60, n. 1, 2012, p. 23–48. Disponível em: www.jstor.org/stable/23251947. Acesso em: 16 jun. 2019.

QUINN, Gerard. **Personhood & Legal Capacity Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD**. HPOD Conference, Harvard Law School, feb. 2010.

RODRIQUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais**. Tese de Livre-Docência apresentada ao departamento de direito civil da Universidade de São Paulo, 2017.

SALET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: MARQUES, Claudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas essenciais de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011. v. 2. p. 227-285.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado – notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 12, p. 63–88, jul./set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang, SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Igualdade Como Proibição de Discriminação e Direito à (e Dever de) Inclusão: o Acesso ao Ensino Superior e a Regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. **Revista de direito público,** Porto Alegre, v.14, n. 78, p.197-226, nov./dez. 2017.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso. **Revista de direito do consumidor**, v. 70, p. 139-171, abr./jun. 2009.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Cláusulas abusivas em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 75, p. 214–246, jul./set. 2010.

SEN, Amartya. Equality of what?. *In*: MCMURRIN, S., ed. **The Tanner Lectures on Human Values**, Salt Lake City: University of Utah Press, 1980.

SEN, Amartya. Human Rights and Capabilities. **Journal of Human Development**, v. 6, n. 2, Jul. 2005.

SEN, Amartya. The Standard of Living. *In*: HAWTHORN, Geoffrey (ed.). **The Standard of Living**. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

SHAKESPEARE, Tom. **Disability Rights and Wrongs Revisited**. 2. ed. London: Routledge. 2013, [ebook kindle].

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade** (Parte I). Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/Jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade. Acesso em: 1 ago. 2019.

SUPREME COURT OF CANADA. **Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc**., [2007] 1 S.C.R. 650, 2007 SCC 15, julgado em 23 de março de 2007. Disponível em: https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scccsc/en/item/2352/index.do. Acesso em: 1 jul. 2019.

SUPREME COURT OF CANADA. **Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur**, 2003 SCC 54 at para. 81, [2003] 2 S.C.R. 504. Disponível em: https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2088/index.do?q=Nova+Scotia+%28Workers%E2%80%99+Compensation+Board%29+v.+Martin%3B+Nova+Scotia+%28Workers%E2%80%99+Compensation+Board%29+v.+Laseur%2C+2003+SCC+54+at+para.+81%2C+%5B2003%5D+2+S.C.R.+504. Acesso em: 1 jul. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Aplicação direta dos direitos fundamentais ao regime das associações*. In*: TEPEDINO, Gustavo. **Soluções práticas de direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 41-71.

TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo:** novos problemas à luz da legalidade constitucional. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

TESÓN, Inmaculada Vivas. Turismo accesible e inclusivo: la protección jurídica del consumidor con discapacidad. **Revista CESCO de Derecho de Consumo**, n. 2, 2012.

UNWTO. **Turismo para todos: promover la accesibilidad universal**: Buenas prácticas en lacadena de valor del turismo accesible. Organización Mundial del Turismo, Madrid (España), 2016.

UNITED NATIONS COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. **General comment**, n. 1. Disponível em: https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement. Acesso em: 2 jul. 2019.

VERBICARO, Dennis, ALCÂNTARA, Ana Beatriz Quintas Santiago de. A percepção do sexismo face à cultura do consumo e a hipervulnerabilidade da mulher no âmbito do assédio discriminatório de gênero. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 11, n.1, jan./jun. 2017.

WADDINGTON, Lisa, LAWSON, Anna. **Disability and non-discrimination law in the European Union**: An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2009.

WATSON, Joanne. Assumptions of Decision-Making Capacity: The Role Supporter Attitudes Play in the Realisation of Article 12 for People with Severe or Profound Intellectual Disability. **Laws.** Basel/Suíça: Editora MDPI, 2016.

WATSON, Jo. **Listening to those rarely heard through supported decision making:** A training package for informal communicators. Paper presented at the Speech Pathology Australia Conference, Darwin, 2011.

WATSON, Jo. Listening to those rarely heard: supporting people with severe to profound intelectual disability to participate in decisions about their lives. *In*: BELONGING MATTERS. **Thinking about [...] Decision Making**, aug. 2013.