



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO PÚBLICO**

LUANA FERREIRA BERNARDES

**A EMANCIPAÇÃO INSUFICIENTE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.
DIAGNÓSTICO JURÍDICO. PARADIGMA DE ANCORAGEM E O DESAFIO
DA GERAÇÃO DE INTÉRPRETES.**

**UBERLÂNDIA-MG
2017**

LUANA FERREIRA BERNARDES
luanabernardes13@hotmail.com

A EMANCIPAÇÃO INSUFICIENTE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. DIAGNÓSTICO
JURÍDICO, PARADIGMA DE ANCORAGEM E O DESAFIO DA GERAÇÃO DE
INTÉRPRETES

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, na Linha de Pesquisa “Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais”, sob orientação do Professor Doutor Fernando Rodrigues Martins.

UBERLÂNDIA
2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

B522e Bernardes, Luana Ferreira, 1990-
2017 A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência [recurso eletrônico] : diagnóstico jurídico, paradigma de ancoragem e o desafio da geração de intérpretes / Luana Ferreira Bernardes. - 2017.

Orientador: Fernando Rodrigues Martins.
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Modo de acesso: Internet.
Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14393/ufu.di.2018.965>
Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Deficientes - Emancipação. 3. Deficientes - Proteção.
4. Brasil [Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015]. I. Martins, Fernando
Rodrigues (Orient.) II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de
Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

Gerlaine Araújo Silva - CRB-6/1408

A EMANCIPAÇÃO INSUFICIENTE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. DIAGNÓSTICO JURÍDICO, PARADIGMA DE ANCORAGEM E O DESAFIO DA GERAÇÃO DE INTÉRPRETES

Dissertação aprovada para obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia (MG), pela banca examinadora formada por:

Uberlândia, 05 de dezembro de 2017.

Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins (orientador)

Prof. Dra. Keila Pacheco Ferreira

Prof. Dr. Carlos Henrique de Carvalho

RESUMO

O presente estudo pretende analisar os nichos de insuficiência protetiva que circundam a técnica de emancipação civil promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) às pessoas com déficit psíquico e intelectual. De fato, a fim de concretizar as diretrizes de independência e autonomia moral, trazidas pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), bem como garantir o igual exercício dos direitos e das liberdades fundamentais do sujeito com impedimento funcional, a lei estatutária excluiu o original regime de incapacidade que remetia as pessoas com déficit psíquico e intelectual à redoma da curatela e fixou-lhes presunção de plena capacidade civil. Em que pese a emancipação, pela via da capacidade jurídica, ser louvável ao livre desenvolvimento das situações jurídicas subjetivas existenciais da pessoa humana, a mesma realizou-se de forma inconsequente e insuficiente, sem a fixação dos correlatos deveres de proteção à vulnerabilidade concreta da pessoa com deficiência psíquica e intelectual enquanto sujeito de direitos capaz na esfera patrimonial. Dessa forma, por meio da realização de pesquisa bibliográfica e documental e da adoção de procedimento metodológico dedutivo, buscar-se-á demonstrar os prejuízos que a incidência em proteção insuficiente, ocasionada pela emancipação sem cautelas e salvaguardas próprias, pode ocasionar à dignidade e à esfera de direitos da pessoa com deficiência. Ao fim da discussão, propor-se-á a solução da referida omissão legislativa por meio de critérios hermenêuticos, notadamente o diálogo das fontes como instrumento de proteção de vulneráveis.

Palavras-chave: Autonomia, capacidade jurídica plena, deveres de proteção, déficit psíquico e intelectual, deveres de proteção, Estatuto da Pessoa com Deficiência, independência, relações de consumo.

ABSTRACT

The present study aims at analyzing the niches of protective inadequacy that surround the emancipatory technique provided to people with psychic and intellectual deficiency by the advent of the Statute for Persons with Disabilities (EPD), as the result of the reformulation of the original legal incapacity regime of the Civil Code of 2002 (CC/02). In order to achieve the guidelines of independence and moral autonomy, as enshrined in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CDPD), as well as to guarantee the equal exercise of the rights and of the fundamental freedoms of the disabled person, the statutory law excluded the original incapacity regime. This regime sent people with mental and intellectual deficiency to the glass dome of the partial guardianship and established the presumption of full civil capacity. Although the emancipation, by means of legal capacity, is commendable to the free development of the subjective existential situations of the human person, it was carried out in an inconsequential and insufficient way. Without fixing the related protective obligations to the concrete vulnerability of the person with mental and intellectual disability as a subject of rights capable in the patrimonial sphere. Therefore, by means of bibliographical and documentary research and of the adoption of a deductive methodological procedure, this paper will attempt to demonstrate the damages that the incidence in insufficient protection, caused by the emancipation without precautions and own safeguards, can cause to the dignity and to the rights of persons with disabilities. At the end of the discussion, the legislative omission will be resolved through hermeneutical criteria, especially the dialogue of sources as an instrument for the protection of the vulnerable.

Keywords: Statute for Persons with Disabilities, psychic and intellectual deficiency, autonomy, independence, full legal capacity, protective obligation, consumer relations, dialogue of sources

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O DIAGNÓSTICO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: O CÂMBIO ENTRE O SUJEITO DE DIREITOS À PESSOA HUMANA	12
1.1 O regime jurídico da incapacidade conforme o Código Civil de 1916: a proteção da pessoa enquanto abstrato sujeito de direitos incurso na relação jurídica patrimonial.....	15
1.1.1 A capacidade de direito	21
1.1.2 A capacidade de exercício.....	24
1.2 O regime jurídico da incapacidade conforme o Código Civil de 2002: o mérito da dimensão patrimonial em contraponto ao paradigma da tutela da pessoa humana e sua dignidade.	35
1.2.1 Os modelos de incapacidade absoluta e relativa na sistemática do Código Civil de 2002.....	38
1.3 Considerações finais ao diagnóstico da tradicional teoria da incapacidade nas codificações brasileiras.....	44
2 A EMANCIPAÇÃO DAS PESSOAS COM DÉFICIT FUNCIONAL PSÍQUICO E/OU INTELECTUAL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	46
2.1 A compreensão da deficiência como uma questão de direitos humanos: o câmbio paradigmático entre o modelo discursivo de prescindibilidade, o modelo biomédico e o atual modelo social de abordagem	50
2.2 A dignidade, a liberdade e a igualdade como os valores que sustentam os direitos humanos no contexto da deficiência	66
2.3 A Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e o reconhecimento da capacidade jurídica da pessoa com déficit funcional como pressuposto de dignidade sua dignidade inerente	72
2.4 O estatuto da pessoa com deficiência (Lei Federal nº 13.146/2015) e as modificações realizadas no âmbito da capacidade civil em busca da emancipação dos novos sujeitos de direito.....	81
2.5 Os contornos do instituto da tomada de decisão apoiada	88
2.6 A curatela e a interdição à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD): a limitação da capacidade na medida das necessidades da pessoa humana	96

3 A EMANCIPAÇÃO INSUFICIENTE DA PESSOA COM DÉFICIT FUNCIONAL PSÍQUICO E INTELLECTUAL: A AUSÊNCIA DE CONTRACAUTELAS NORMATIVAS, A VULNERABILIDADE EVENTUAL E O RISCO DE LESIVIDADE PATRIMONIAL.....	102
3.1 O diagnóstico jurídico da emancipação insuficiente da pessoa com déficit psíquico e intelectual promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência	102
3.2 A prescrição e decadência à luz do regime de incapacidade inculcado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº13.146/2015	107
3.3 A validade dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e intelectual à luz do novo regramento de capacidade civil e a necessária proteção da pessoa em sua vulnerabilidade concreta	115
3.4 O casamento e a união estável contraído pela pessoa com deficiência psíquica e intelectual: a necessária salvaguarda jurídica do vulnerável diante dos efeitos patrimoniais.....	123
3.5 O paradigma da vulnerabilidade eventual	129
3.6 A hermenêutica dialógica das fontes como contributo à proteção da pessoa com déficit funcional psíquico e intelectual à luz do estatuto da pessoa com deficiência (EPD).....	133
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	137
REFERÊNCIAS	140

INTRODUÇÃO

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), também designada por Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), publicada no Diário Oficial da União no dia 07 de julho de 2015, constitui microssistema legislativo vocacionado a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Tratando-se de legislação alinhada às diretrizes axiológicas da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), tratado promulgado no ordenamento pátrio por força do Decreto 6.949 de 25 de Agosto de 2019, a novel Lei de Inclusão, perfilhada ao modelo social de deficiência, impõe verdadeiro giro transcendente e emancipatório ao acesso e à fruição do catálogo de direitos fundamentais titularizados pelas pessoas com déficit funcional, sobretudo, àquelas cujo impedimento funcional é de natureza psíquica e intelectual.

Com efeito, ao conferir operatividade legal à transposição do atual modelo médico de compreensão da deficiência (que admite ser a limitação funcional o elemento motriz da incapacitação e de desvantagem social sofrida pela pessoa deficiente, passível de reversão tão somente por meio de reabilitação) à abordagem do modelo social de direitos humanos (concepção que visualiza a deficiência à luz da resistência oposta pelas proeminentes barreiras sociais, físicas e atitudinais do meio circundante), a norma estatutária buscou garantir o respeito à inclusão e à dignidade do grupo tutelado ante o reconhecimento de plena capacidade para o exercício, em igualdade de condições com os demais, de todos os direitos e situações jurídicas subjetivas que imantam as liberdades fundamentais da pessoa humana, vale dizer: plena capacidade de autodeterminação e de liberdade moral no âmbito da autonomia privada de caráter patrimonial e existencial.

Para tal desiderato, o Estatuto da Pessoa com Deficiência solapou o tradicional regime de incapacidade civil que, sustentado em concepção reabilitadora e assistencialista, fixava modelos abstratos e apriorísticos de incapacidade (absoluta e relativa) nos quais as pessoas com déficit mental seriam remetidas à substituição de sua vontade por outrem, assim vendo-se privadas do exercício autônomo de seus direitos fundamentais básicos.

Nesse contexto, com a entrada em vigor da lei de inclusão, alterou-se estruturalmente o tradicional regramento de incapacidade civil, revogando-se, parcialmente, a redação original dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, a fim de se desvincular a deficiência como fenômeno de incapacitação pessoal, desassociar eventual limitação na esfera de autonomia

funcional do sujeito como obrigatório fator de restrição à autonomia moral individual e, assim, garantir à pessoa com déficit funcional psíquico e intelectual plena capacidade jurídica para consecução de sua dignidade intrínseca, entendida como a expressão de capacidade de autodeterminação e autonomia moral.

A liberação da pessoa com deficiência às rígidas amarras da incapacidade, ancorada na substituição de vontade, se fazia necessária à ordem privada, especialmente se considerando a ótica da legalidade civil-constitucional, em que a dignidade da pessoa humana irradia verdadeira cláusula geral de tutela à pessoa e ao seu núcleo de direitos de personalidade, uma vez que: a tradicional negação da capacidade no âmbito patrimonial também imantava a negação de outros momentos exponenciais da atividade humana e o acesso a vários outros direitos fundamentais da pessoa, como aqueles que tangenciam o gozo de situações jurídicas subjetivas existenciais.

Embora se reconheça a louvável *ratio* emancipatória empreendida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, proporcionando autonomia e independência ao titular de direitos para se projetar potencialmente em seu próprio projeto espiritual de vida, não se pode descuidar que, para além de fixar direitos em favor das pessoas com déficit funcional, a exemplo do direito fundamental à capacidade jurídica plena (capacidade de direito e capacidade de exercício), a Lei Brasileira de Inclusão, justamente por se alinhar à matriz da Convenção Internacional que lhe subjaz (CDPD), também deveria criar salvaguardas jurídicas e mecanismos de proteção funcionalizados à tutela das eventuais fragilidades e vulnerabilidades da pessoa com deficiência no contexto das relações patrimoniais, sobretudo, no bojo das relações que se desenvolvem no mercado de consumo, sob pena de lhe causar prejuízos em sua esfera de direitos patrimonial.

Nesse aspecto, a despeito de uma emancipação suficiente da pessoa com deficiência, pelas vias de acesso à capacidade jurídica plena, a própria Convenção é salutar ao estabelecer que, além do empoderamento do sujeito para as tratativas existenciais, os Estados partes deveriam tomar medidas apropriadas para garantir às pessoas com déficit funcional o igual direito de se lançar nas relações patrimoniais sem que sofram abusos e sejam destituídas de seus bens.¹

Desta forma, o presente trabalho tem por objetivo perscrutar se a tutela emancipatória

¹Art. 12, item 5, CDPD: “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”.

promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, no que toca à exclusão do antigo regime de incapacidade civil como técnica de empoderamento existencial da pessoa humana, incidiu em insuficiência protetiva à dignidade da pessoa com déficit funcional psíquico e intelectual, ao desprezar a elaboração de salvaguardas jurídicas e efeitos tutelares específicos à proteção das vulnerabilidades patrimoniais do grupo tutelado.

Para realização da pesquisa, utilizou-se o método bibliográfico, mediante análise da legislação constitucional, infraconstitucional, tratados internacionais, livros doutrinários, apontamentos jurisprudenciais, artigos de revistas especializadas. A pesquisa também foi orientada pelo método dedutivo.

O referencial teórico do tema discutido encontra guarida nos ensinamentos dos civilistas contemporâneos tais como: Fernando Rodrigues Martins, verdadeiro marco teórico nos estudos doutrinários específicos sobre os nichos de insuficiência protetiva proporcionado pelo Estatuto da Pessoa com deficiência, especialmente no âmbito das relações de consumo; Cláudia Lima Marques, autora que se projeta exponencialmente no estudo da vulnerabilidade e na introdução do diálogo das fontes como técnica hermenêutica e Joyceane Bezerra de Menezes, civilista expoente no estudo do direito protetivo brasileiro após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Para a discussão do tema em comento, destaca-se que o trabalho se encontra dividido em três capítulos para melhor extensão e coesão lógica do assunto e dos desdobramentos ora analisados.

No primeiro capítulo, tendo em vista o paradigma do modelo social inaugurado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, propõe-se a revisitação dos clássicos conceitos de personalidade, capacidade de direito e capacidade de exercício no decorrer das 02(duas) codificações genuinamente brasileiras: o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002.

Também neste capítulo, verificar-se-á que a original função do regime das incapacidades na codificação brasileira, dado a sua época de criação, foi a proteção do incapaz no tráfego jurídico patrimonial, de modo que, a incapacidade de agir ou de fato manteve-se, por muito tempo, adstrita ao elemento patrimonial, à proteção da pessoa enquanto sujeito capaz de polarizar relações jurídicas patrimoniais e concentrar riquezas. Como crítica, será demonstrado que a tutela da autonomia da pessoa humana não mais poderia se exaurir apenas na proteção do sujeito enquanto ente relacional da esfera patrimonial, uma vez que, a decretação de incapacidade de agir no âmbito patrimonial acabava por expropriar a subjetividade, a

existencialidade e a personalidade da pessoa com deficiência mental, em flagrante contraponto à cláusula geral de tutela da pessoa: o princípio da dignidade humana.

Demonstrada a necessária revisão da tradicional teoria das incapacidades vigente na codificação civil brasileira (CC/02), no segundo capítulo, passar-se-á à análise do giro emancipatório empreendido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência às pessoas com déficit funcional psíquico e intelectual, ao conferir-lhes presunção de plena capacidade jurídica para atuação autônoma e exponencial de seus direitos fundamentais que se circunscrevem à esfera patrimonial e existencial. Para tanto, também se analisará a insurgência de um novo paradigma de compreensão da deficiência, notadamente o modelo social de direitos humanos, a sua incorporação na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, bem como seus desdobramentos para formar a concepção de que a tutela da dignidade da pessoa com deficiência psíquica e intelectual depende do reconhecimento de sua capacidade de autodeterminação e de sua liberdade moral como garantia de acesso aos seus direitos humanos fundamentais.

No último e terceiro capítulo, será tecida análise sobre a insuficiência protetiva introduzida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no que tange à fixação de salvaguardas jurídicas aptas a tutelar a vulnerabilidade das pessoas com déficit psíquico e intelectual, novos sujeitos de direitos capazes, no âmbito patrimonial. Nesse desiderato, serão analisados os efeitos patrimoniais decorrentes da exclusão do antigo regime de incapacidade civil, tais como a fluência de prescrição e decadência, a nulidade/anulabilidade dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência mental, a situação do regime de bens ao se contrair casamento, entre outros. A par dos citados efeitos decorrentes na esfera patrimonial, provocados em razão da outorga de plena capacidade jurídica às pessoas com deficiência, cotejar-se-á como a vulnerabilidade das pessoas com déficit funcional passa a ser tutelada, a fim de se evitar o rebaixamento da qualidade de vida das mesmas.

Ao final do trabalho, concluir-se-á que a emancipação proporcionada pelo Estatuto da Pessoa com deficiência, apesar de ter logrado louváveis avanços no que se refere à concretização da dignidade e dos direitos fundamentais da pessoa com déficit funcional em aspecto existencial, acabou por incidir em grave insuficiência protetiva ao promover a exclusão da incapacidade de forma inconsequente, sem preservar os efeitos tutelares protetivos que de incapacidade decorriam, expondo à pessoa com deficiência psíquica e intelectual às agruras, abusos e ameaças inerentes às relações patrimoniais, especialmente, nas relações de consumo.

Também em sede de conclusão, será apontado e que, além de o fim da incapacidade

civil ter se realizado de forma descuidada, sem a necessária preservação de seus efeitos tutelares, o que intensifica o grau de incapacidade da pessoa com déficit funcional, o Estatuto também não dispensou cuidados específicos ao tratamento da situação de vulnerabilidade do deficiente, estabelecendo que a mesma trata-se de condição que somente advém de forma extraordinária, em situações em que se comprove potencialmente o risco de dano à pessoa.

Desta forma, diante da compreensão de que a vulnerabilidade da pessoa com deficiência é condição que só pode ser invocada e tutelada de forma eventual e extraordinária e a constatação de que a técnica emancipatória do EPD solapou as garantias de proteção patrimonial que decorriam do regime de incapacidade sem, no entanto, fixar correspondentes salvaguardas jurídicas para esse fim, concluir-se-á que a positivação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, por meio da Lei Brasileira de Inclusão, acabou por empoderar a pessoa com deficiência, transformando-a em um “hipersujeito” de direitos, igualando-a em igualdade ao mercado e ao fornecedor, de forma insuficiente, inconsequente e descuidada, pois, manteve o deficiente desguarnecido de proteção para as tratativas patrimoniais, o que coloca em risco a fruição dos direitos fundamentais supostamente conquistados pelo advento do EPD.

1 O DIAGNÓSTICO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: O CÂMBIO ENTRE O SUJEITO DE DIREITOS À PESSOA HUMANA

A personalidade jurídica e a capacidade são atributos que se fazem presentes nos momentos de concreção exponencial da dignidade da pessoa humana, atuando diretamente na esfera de autonomia privada em que o sujeito busca desenvolver seu direito à liberdade de atuação patrimonial e de projeção existencial.

Nesta esteira, a capacidade legal (de agir, de fato ou de exercício), simultaneamente concebida como instituto e categoria² do direito privado, tem grande importância civil-constitucional no que tange à realização dos citados interesses do consórcio humano, pois revela-se como verdadeira porta de acesso, em maior ou menor grau, ao exercício da dignidade, da liberdade e dos demais direitos fundamentais que imantam o núcleo de atuação jurídica da pessoa física.

Assim, oportuno constatar: o exercício dos mais sortidos interesses jurídicos enfeixados pela pessoa humana e, por consequência sua expressão de dignidade, estão à mercê da operatividade da capacidade civil, na medida em que tal categoria busca apurar a existência de idoneidade psicofísica do sujeito para permitir-lhe a liberdade de realização de atos jurídicos (patrimonial e existencial), partindo do pressuposto de que há pessoas em estado de vulnerabilidade, sem condições de transitar na vida civil de forma autônoma, sendo, portanto, ditas como incapazes.

Sobre esta categoria que filtra a liberdade de ação humana independente, a experiência jurídica aponta que, desde os tempos mais antigos³, a criação das noções de capacidade e, em contraponto, incapacidade, imbricou-se com o status da pessoa perante à ordem jurídica, de forma que, a eleição de modelos apriorísticos que remetem à incapacidade reflete como a pessoa.

Nesse sentido, a capacidade legal positivada como síntese do status pessoal e da personalidade jurídica ideais para o tráfego das relações privadas, no que se refere à abordagem da deficiência mental e intelectual no direito brasileiro, significou, em um primeiro momento, a ideia de que a incapacidade provocada por um déficit mental e intelectual deveria ser protegida

²JUNIOR, Eroutlth Cortiano. **A incapacidade civil, os diferentes e o estatuto da pessoa com deficiência: construindo um novo direito.** Disponível em: <///www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Marina/deficiencia1.pdf.>. Acesso em: 27 ago. 2017.

³Na Roma Antiga, por exemplo, como ser pessoa era condição indistinta de todos os seres humanos nascidos com vida, as feições de um sistema de incapacidade foram construídas a par de *status* representativos de específicas condições pessoais: ser homem livre, ser legítimo cidadão romano e ser chefe de família.

pelas vias da substituição de vontade destas pessoas, com a declaração de incapacidade que chegaria até mesmo a proclamar a morte civil sobre o indivíduo.

Longos tempos após, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, legislação alinhada à concepção de pessoa e personalidade como atributos dotados de valor ético, valor existencial e dignidade, a limitação funcional passou a ser tratada em perspectiva emancipadora, ao se admitir que eventuais vulnerabilidades funcionais ou orgânicas, munidas de mecanismos de apoio, não obstam o exercício das liberdades individuais do sujeito pela via da capacidade legal.

Em outras palavras, na experiência brasileira, a teoria da incapacidade delineou-se em estruturas de proteção que transitaram entre a limitação e a emancipação das liberdades individuais das pessoas com deficiência, na medida em que a pessoa com déficit funcional foi reconhecida à luz de perspectiva cambiária da personalidade jurídica, inicialmente admitida como mero elemento relacional do trato patrimonial – (CC/1916 e CC/02), para depois, ser visualizada sob o enfoque individualizado dos direitos humanos, e da cláusula geral de proteção e promoção da pessoa humana (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Sob esse raciocínio, demonstrar-se-á neste capítulo que o diagnóstico de uma teoria da incapacidade civil – apta a categorizar a idoneidade de alguém para a prática de atos civis mediante o exame de autonomia e discernimento pessoal -, é tarefa que revolve o desenvolvimento e evolução do conceito jurídico de deficiência, vulnerabilidade, dignidade, status pessoal e personalidade em cotejo com os direitos humanos, direitos fundamentais, a formação de um direito geral personalidade ao longo do tempo e a transição entre o sujeito de direitos à pessoa humana na ordem privada.

Isso porque, a depender da perspectiva teórica de significação de pessoa para a ordem civil, a incapacidade pode estar ligada tão somente à proteção da vulnerabilidade patrimonial do indivíduo enquanto centro de interesses econômicos, remetendo ao ônus da incapacidade as pessoas com os mais variados níveis de déficit funcional, impedindo-lhes a liberdade de exercício até mesmo de atividade existencial.

No Código Civil de 1916, por exemplo, seguindo as fontes oitocentistas e a perspectiva diluidora de pessoa e personalidade jurídica em um abstrato sujeito de direitos – destinados à titularização de relações patrimoniais - a capacidade foi imantada na figura dos sujeitos dotados de aptidão psicofísica para o trato autônomo de negócios jurídicos eminentemente patrimoniais, de modo a estabelecer que, sob a redoma da incapacidade, figurariam todos aqueles que - por

algum estado pessoal específico, estivessem impossibilitados de expressar a vontade necessária aos atos civis patrimoniais.

Nesta esteira, as pessoas que sofressem de algum déficit funcional, especialmente os de natureza mental, teriam sua incapacidade civil declarada e estariam relegadas ao limbo da curatela ou interdição, ou seja, ao arbítrio de um terceiro que conduziria a expressão da sua vontade.

Como consequência, a deficiência era tratada como um fator incapacitante que reduzia o indivíduo à tragédia de sua condição especial, na medida em que, a estas pessoas o direito privado não reconhecia autonomia sequer para a prática de atos existenciais, para a criação de uma identidade pessoal própria, para a conjectura de seu projeto espiritual de vida.

Por meio de um regime de incapacidade de dimensão eminentemente patrimonialista, a deficiência mental e/ou intelectual tinha o condão de operar a morte civil do indivíduo, uma vez constatada a sua impossibilidade de se lançar autonomamente nas relações de circulação de riquezas e bens.

Entretanto, a noção de que a pessoa e o seu direito de personalidade merecem ser tutelados igualmente em dimensão patrimonial e existencial veio à tona com a Constituição da República em 1988, mediante a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como cláusula geral de proteção e promoção à pessoa. Tal alteração acabou por reduzir a prevalência das situações patrimoniais para sobrelevar o trato das relações existenciais como o eixo central de um direito privado imbrincado com diretrizes constitucionais.

Como decorrência da alteração paradigmática que operou o deslocamento da pessoa enquanto mero ente de estrutura relacional para a sua concepção como valor ético, existencial e dotado de dignidade, a codificação de 1916 mostrou-se obsoleta para regular a dignidade dos particulares por meio de modelo abstrato de incapacidade, cedendo passagem ao Código Civil de 2002 com a proposta de ressignificar os institutos privados à luz do paradigma da pessoa humana e de sua dignidade.

Todavia, em que pese as alterações realizadas, o novo Código manteve-se arcaico no que tange à estrutura do regime de incapacidade civil. A rigor, mesmo diante de um novo eixo central de valoração da pessoa humana e de personalidade, a legislação reproduziu o conceito de capacidade jurídica nos moldes patrimonialistas que caracterizavam o Código de 1916, protegendo a pessoa e personalidade jurídica nos limites do sujeito de deveres na ordem patrimonial.

Novamente, todos as pessoas que desviassem, ainda que minimamente, dos parâmetros estabelecidos, por força de critérios de insuficiência somática ou de ausência de idoneidade psicofísica, estariam sujeitas à ação interventiva de um terceiro, que substituir-lhe-iam a vontade, a liberdade de escolha e a capacidade em todos os aspectos da vida.

A incongruência metodológica do sistema de incapacidade encampado sob à égide de um novo código civil – que supostamente estaria vinculado à proteção da dignidade emancipatória da pessoa humana em aspecto patrimonial e existencial -, acabou por demonstrar que a teoria das incapacidades merecia revisão legislativa, especialmente para equalizar a pessoa humana – em suas singularidades e vicissitudes – a um plano de tratamento jurídico igualitário no que concerne à possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade e expressão existencial.

Afinal, a capacidade jurídica, adstrita aos limites patrimonialistas de uma base axiológica fulcrada no direito de propriedade, acabou por se impor como óbice à realização de direitos fundamentais e de uma existência livre e plena daqueles que, em razão de sua deficiência se encontravam sob a privação de autonomia.

Nesse sentido, partindo do pressuposto de que a noção de vulnerabilidade para o encadeamento das incapacidade civil acaba por reproduzir escolhas político-jurídicas que se atrelam a valores culturais e momentos históricos cambiáveis, o presente capítulo se propõe à análise do diagnóstico da teoria da incapacidade a partir da perspectiva histórica essencial à compreensão dos sistemas de incapacidade do direito privado brasileiro, revisitando a capacidade jurídica do Código Civil de 1916 até o advento do Código Civil de 2002 para que se possa concluir que a construção de uma teoria de incapacidade deve materializar o trânsito entre a proteção do sujeito de direitos à tutela da dignidade da pessoa humana.

1.1 O regime jurídico da incapacidade conforme o Código Civil de 1916: a proteção da pessoa enquanto abstrato sujeito de direitos incurso na relação jurídica patrimonial

Conforme reconhece Emanuele Calò, a capacidade jurídica assume-se como *“uma variável que, no tempo e no espaço, constitui um elemento descritivo da sociedade que a exprime⁴”*, de modo que, o diagnóstico de uma teoria das incapacidades que se espalha sobre o

⁴CALÒ, Emanuele. **Il ritorno della volontà**: Bioetica, nuovi diritti e autonomia privata. Milano: Giuffrè, 1999, p. 39.

direito dos menores, dos portadores de transtornos mentais, das mulheres, entre outros grupos vulneráveis, é influenciado pelos dados estatísticos, socioeconômicos e ideológicos do meio circundante.⁵

Nesse sentido, ao se falar sobre a influência de dados externos como o tempo e o espaço na *ratio* das categorias jurídicas, destaca-se que a primeira codificação privada genuinamente nacional, o Código Civil de autoria de Clóvis Beviláqua, foi fruto de um lento processo de composição dogmática⁶, inspirado na ótica do liberalismo econômico e vocacionado à certeza de que o Código representaria um sistema fechado, que compreenderia em sua estrutura todos os conceitos e normas necessários a responder a todas as questões.

Partindo deste contexto, a tendência codificadora que se delineava no afã de legitimação do livre jogo das forças econômicas, expressão maior da concepção liberalista, elegeu a estrutura da relação jurídica patrimonial⁷ como a categoria central do ordenamento civil, assim concebida como o vínculo jurídico de polarização de interesses econômico e suporte normativo aos anseios do paradigma liberal.

A criação da relação jurídica como epicentro de um estatuto civil, legitimadora da autonomia da vontade no direito moderno, acabou por conformar a significação jurídica de pessoa e personalidade em perspectiva meramente técnico-jurídica em prol de um sujeito único e abstrato, apto a figurar como partícipe das relações jurídicas patrimoniais.

Com efeito, pessoa e personalidade seriam vertidos em estruturas conformadas à lógica

⁵ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 37.

⁶A construção dogmática do direito privado foi idealizada sob a vertente das quatro fontes principais que conformavam o espírito da ordem jurídica brasileira. A primeira influência deu-se na incorporação de excertos do direito português, que se reputaram essenciais para consagrar a tríade estrutural do CCB/1916 nos baluartes de Continuidade, Formalismo e Unidade. A segunda fonte centrava-se na utilização das doutrinas jurídicas alienígenas das “nações civilizadas”, como método interpretativo da legislação brasileira. A terceira inspiração se revela na tradição, arraigada à época colonial, em vincular a autoridade judicante à força das jurisprudências, sumuladas ou pacificadas, para harmonizar a aplicação das legislações esparsas que se formavam. Por fim, a última fonte reveste-se na preponderante influência da codificação francesa – Code Civil – que inspirou cerca de 172 normas do CCB/1916.

⁷Com base nas formulações teóricas originária do pandectística alemã, a relação jurídica configurar-se-ia como o vínculo de direito estabelecido entre dois ou mais sujeitos que – no exercício de suas esferas de autodeterminação pessoal - tencionam posições jurídicas antagônicas relativamente a bens ou interesses jurídicos, assumindo um sujeito a titularidade de um poder, e o outro, a de um dever. A referida relação estaria jungida, em síntese, por força de um elemento de ordem material, correspondente à situação fática travada entre os sujeitos e um elemento formal, correspondente à norma jurídica aplicável à relação. Nas palavras de Savigny, expoente do pensamento pandectística, a concepção personalista de relação jurídica era definida como: “Toda relação jurídica aparece-nos como uma relação de pessoa a pessoa, determinada por uma regra de direito que confere a cada sujeito um domínio onde sua vontade reina independentemente de qualquer vontade estranha. Em consequência, toda relação de direito compõe-se de dois elementos: primeiro, uma determinada matéria, a relação mesmo; segundo a ideia de direito que regula essa relação. O primeiro pode ser considerado como elemento material da relação de direito, como um simples fato; o segundo, como elemento plástico que enobrece o fato e lhe impõe a forma jurídica. AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 5 ed.. São Paulo: Renovar, 2003, p. 162.

de funcionalização da relação jurídica, a partir de um processo de abstração, em que a pessoa se encamparia sob a figura do sujeito de direitos e deveres e a personalidade jurídica corresponderia à capacidade de aquisição de direitos e deveres na ordem civil patrimonial em um verdadeiro monismo conceitual, com a noção de capacidade jurídica que, igualmente, verter-se-ia na possibilidade de atuação autônoma do sujeito como centro de interesses econômicos em âmbito relacional.

Dessa forma, pessoa, personalidade e capacidade jurídica emergiram em perspectiva estrutural – técnico-jurídica – para qualificar o sujeito enquanto partícipe de relações jurídicas de trato patrimonial. Tal influência legislativa alcançou a maioria das codificações civis de matriz europeia, inclusive, inspirando o encadeamento do regime de incapacidade civil que se albergaria no bojo da primeira codificação civil nacional: o Código Civil de 1916.

A partir de tal orientação legislativa, a salvaguarda dos direitos inerentes à propriedade tornou-se vetor interpretativo da tutela jurídica que se encarpava sob a égide do CCB/1916 e, nesse mister, a relação jurídica foi erigida como a categoria básica do direito privado, apta a conferir suporte normativo às situações de titularização patrimonial e, desse modo, articular as emanações do indivíduo no exercício de sua autonomia privada.

Na esteira de sobrelevação da relação jurídica como categoria nuclear do direito privado brasileiro, a pessoa foi vislumbrada como mero elemento da estrutura relacional, ao lado do objeto, do vínculo de atributividade e do fato propulsor, levando ao ápice a sua abstração conceitual.

Assim, sob a perspectiva abstracionista necessária à categorização dos institutos de uma nova civilística, a pessoa foi diluída nos limites do indivíduo capaz de polarizar relações jurídicas e de atuar como centro de interesses econômicos, assumindo o conceito técnico-jurídico de sujeito de direitos e deveres.⁸

Perfilhando-se a esta concepção, ao direito civil pátrio interessou tutelar a segurança jurídica da pessoa enquanto sujeito dotado de aptidão patrimonial para titularizar direitos e deveres, o que se fez representar na figura do proprietário, do contratante, do testador, do marido e do pai. Assim, observa Fachin e Ruzyk:

O Direito privado acaba por fulcrar-se na liberdade dos sujeitos exercida sobre suas

⁸ ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Direito & Justiça Social:** por uma sociedade mais justa, livre e solidária, estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013, p. 144.

propriedades. A tutela do direito se refere, pois, àqueles que são proprietários; quem não veste essa “máscara” não é sujeito de direitos. [...] A abstração da figura do sujeito de direito também está diretamente conectada ao patrimonialismo: o centro do ordenamento de Direito Privado é o sujeito proprietário; e o sujeito proprietário seria a “máscara” que formalmente está ao alcance de todos, que são iguais perante a lei.⁹

Com efeito, o destaque conferido ao sujeito titular de direitos como elemento de polarização econômica do sistema privado, conduziria o esvaziamento conceitual que o termo pessoa tinha angariado por força do pensamento cristão, para o qual o indivíduo irrompia como valor absoluto, imbuído de dignidade.

Conforme assevera Pontes de Miranda, na perspectiva codificadora de 1916, ser pessoa é resvalar em incompletude, posto que tal categoria encerra apenas potencialidade de vir a ser o sujeito de direitos, esse sim preconizado como agente de relevância jurídica na ordem civil:

Rigorosamente, só se devia tratar das pessoas, depois de se tratar dos sujeitos de direito; porque ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direitos. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito. Não importa se esse direito está subjetivado, se é munido de pretensão e ação, ou de exceção. Mas importa que haja “direito”. Se alguém não está em relação de direito não é sujeito de direito: é pessoa; isto é, o que pode ser sujeito de direito, além daqueles direitos que o ser pessoa produz.¹⁰

Por outro lado, nas lições de Washington de Barros Monteiro, a distinção conceitual entre pessoa e sujeito de direito sequer se faz minudenciar. Para o referido doutrinador, a acepção jurídica do termo pessoa cristalizou-se para designar, em generalidade, o ente físico ou moral suscetível de direitos e obrigações, ou seja, o termo pessoa limitar-se-ia a designar sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica.¹¹

A par das percepções acima, o diagnóstico qualitativo que se impõe sobre a figura da pessoa é o mesmo: o Código Civil de 1916 subalternizou a pessoa – na medida de seu valor ético e existencial –, em prol da ficta figura do sujeito de direitos e deveres como o representante da *ratio* de um verdadeiro estatuto patrimonial, de modo, a tutelar o indivíduo na medida de suas emanções como ente relacional, isto é, como elemento habilitado no incurso da ideologia de circularização de bens e direitos, expressão única da autonomia privada individual.

⁹ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 94.

¹⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 153.

¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.57.

Paralelamente à abstração da categoria jurídica do “sujeito de direito” enquanto elemento motriz da dimensão patrimonialista do direito civil, a personalidade insurgiu para qualificar a aptidão outorgada ao sujeito para adquirir direitos e contrair obrigações. Assim, a personalidade se consagrou como o atributo básico que estendia a todos os homens o potencial de ser “sujeito de direitos”, uma vez que, sendo a pessoa natural o sujeito das relações jurídicas e a personalidade a aptidão reconhecida ao homem para concretizar as situações vocacionadas pelo sujeito, concluía-se que toda pessoa seria dotada de personalidade.

A existência de personalidade, extensível a todas as pessoas singulares, nas palavras do doutrinador português Carlos Alberto da Mota Pinto, traduzia imperativa “[...]exigência do direito ao respeito da dignidade que se deve reconhecer a todos os indivíduos [...]”.¹²

Ressalva-se, entretanto, que no cenário de codificação de 1916, à pessoa não se reconhecia a dignidade como cláusula geral de proteção à personalidade, de modo que, a extensão da personalidade cingia-se os limites da perspectiva técnico-jurídica correspondente à capacidade de ter direitos e obrigações e atuar como centro de imputação de efeitos da ordem jurídica.¹³

Fixado o alcance da personalidade como a condição potencial do “sujeito de direitos”, o conceito de capacidade jurídica despontou como atributo subjacente, de mesma extensão conceitual, qual seja: traduzir a aptidão de titularização do sujeito, especialmente para justificar que toda pessoa seria um ente capaz de direitos e obrigações. Nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello ressalta que o conceito de capacidade jurídica aliado à figura do ficto sujeito de direito constituíram-se como elementos fundamentais da ordem jurídica delineada pelo CCB/1916:

A capacidade jurídica, por seu lado, é a atribuição a algum ser da possibilidade de ser sujeito de direito. A capacidade jurídica constitui pressuposto para ser sujeito de direito. Há, portanto, entre os dois conceitos uma ligação indissociável em que ser sujeito de direito implica a existência da capacidade jurídica; sem a capacidade jurídica não há que falar-se em sujeito de direito.¹⁴

De acordo com a concepção acima, personalidade jurídica e capacidade de direito foram erigidas como categorias que não apenas se interpenetram em prol da qualificação do sujeito de direito, mas que na realidade, se fundem no mesmo nicho conceitual sob o ponto de vista da

¹² PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: 2005, p. 193.

¹³ DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil: teoria geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.152.

¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de Direito Privado**, v. 3, São Paulo, 2000, p. 9.

estrutura da relação jurídica. Assim, diante de uma perspectiva estrutural - que habilita indivíduo como ente subjetivo das situações jurídica -, a personalidade é concebida como a própria capacidade de direitos e obrigações.

A consagração de um monismo conceitual entre as categorias de personalidade e capacidade jurídica, com efeito, revelou-se como produto das inspirações oitocentistas que permearam a conformação da dogmática civil brasileira, já que as codificações que se delinearam pelas mesmas fontes, sequer ofereciam conceito técnico distintivo entre capacidade jurídica e personalidade. Como representação da confusão terminológica entre as categorias, transcreve-se as palavras de Dias Ferreira, nas quais os termos capacidade e personalidade são empregados como sinônimos, senão vejamos:

[...] no actual estado do direito philosophico se emprega mais particularmente a palavra pessoa, quando se quer designar o homem pelo lado jurídico, ou se faz referencia propriamente à sua capacidade jurídica, comquanto não haja homens sem personalidade, isto é, sem possuírem direitos absolutos, e a faculdade jurídica de adquirirem os hypotheticos.¹⁵

Por isso é que, na formulação teórico-funcional de “sujeito de direito”, originalmente encampada pela escola da Exegese e da Pandectística alemã, e reproduzida no primeiro código civil brasileiro “[...] a ideia primitiva de sujeito de direito deve coincidir com a ideia de indivíduo, de modo que todo indivíduo tem capacidade de direito. Todo ser humano é sujeito de direito, e todo sujeito de direito tem capacidade.”¹⁶

Ao adotar a perspectiva de que a capacidade jurídica pressupõe a existência da pessoa como ente abstrato e titular das relações jurídicas, o Código Civil de 1916 condensou a correlação entre pessoa, sujeito de direitos, personalidade e capacidade, nos termos de seu Art. 2º, ao afirmar que: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”.

Ressalva-se que a capacidade jurídica que se concebeu como derivação da posição jurídica assumida pela pessoa como sujeito de direitos, inerente a toda classe de indivíduos, é acepção genérica que se distinguirá, pelo sistema do CCB/1916 em: capacidade de direito ou gozo e capacidade de fato.

¹⁵ FERREIRA, José Dias. **Código Civil Portuguez Anotado** I. Lisboa: Imprensa Nacional, 1870, p. 7

¹⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de & MOUREIRA, Diogo Luna. **A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 93.

1.1.1 A capacidade de direito

A capacidade de direito, também denominada capacidade de gozo ou simplesmente capacidade jurídica, foi definida como atributo inerente a toda pessoa considerada sujeito de direitos e deveres, seja ela pessoa natural ou ente não-personificado.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz, a capacidade – em sua acepção genérica - representa a maior ou menor extensão dos direitos que a pessoa dispõe e, ao traduzir-se “na aptidão oriunda da personalidade para adquirir direitos e contrair obrigações na vida civil”, recebe o nome de *capacidade de gozo ou de direito*¹⁷. Da mesma forma, Pontes de Miranda assinala que a capacidade de direito exprime a suscetibilidade de ter direitos, de ser sujeito de direitos.¹⁸ Para José de Oliveira Ascensão, a capacidade jurídica seria a medida da aptidão para ser titular de situações jurídicas.¹⁹ De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, a capacidade de direito seria “[...] a aptidão oriunda da personalidade, para adquirir os direitos na vida civil.”²⁰

A partir dos conceitos colacionados, pode-se concluir que a capacidade jurídica é categoria abstrata que denota os poderes ou faculdades da pessoa para titularizar direitos, constituindo-se como uma face elementar da personalidade enquanto atributo jurídico.

Para grande parte da doutrina brasileira, a personalidade e capacidade jurídica foram vistas como categorias que compartilhavam de monismo conceitual²¹ para indicar o homemem seu vínculo de atributividade relacional. Assim, Orlando Gomes é categórico ao afirmar que personalidade e capacidade de direito são atributos de mesma significação.²² Aliás, conforme acima exposto, esta foi a tônica que inspirou a sistematização das pessoas sob a CCB/1916.

Entretanto, em sentido oposto, posteriormente, doutrinadores da lavra de José de Oliveira Ascensão apontariam que personalidade e capacidade jurídica são categorias que apesar de se interpenetrarem, não se confundem, por constituírem atributo da pessoa sob diferentes perspectivas: uma qualitativa e outra quantitativa.

Com efeito, tanto a personalidade como a capacidade jurídica denotam situação de

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 4.

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado, tomo I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 157.

¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral, tomo 1**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116-117

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 173.

²¹ A concepção de simetria conceitual entre personalidade e capacidade jurídica sintoniza-se com as construções metafísicas da Escola Pandectística Alemã, em que a categoria de capacidade jurídica insurge como pressuposto de existência do sujeito de direitos.

²² GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 166.

potencialidade a respeito do indivíduo, sendo que aquela expressa a situação vocacional para ser sujeito de direitos e esta representa a potencial capacidade do indivíduo adquirir direitos, o que pode redundar na confusão conceitual das duas categorias.

Apesar da aproximação, as categorias se diferenciam sob o aspecto de sua abordagem perante o indivíduo, isto é, ao passo que a personalidade designa a abstrata aptidão para titularizar direitos, a capacidade jurídica representa a medida dessa aptidão.

Para essa vertente, a capacidade jurídica circunscreve-se no âmbito da personalidade, representando em aspecto quantitativo, a extensão desta enquanto atributo de qualificação da pessoa. Assim, Carnelutti justifica que: *“A capacidade jurídica é, portanto, a medida da personalidade jurídica reconhecida a cada homem, ou em outras palavras, a medida de sua participação no ordenamento jurídico.”*²³

Esclarecendo a autonomia conceitual que apartaria a pretensa identidade entre personalidade e capacidade jurídica enquanto categorias inerentes à pessoa, Simone Erbele aponta:

Sob essa perspectiva, a personalidade passa a ser considerada como conceito eminentemente qualitativo, ao passo que a capacidade de direito, agora em seus justos limites, afirma sua independência, para representar uma perspectiva quantitativa da propensão à aquisição de direitos e deveres.²⁴

Apesar desse trabalho perfilhar-se à distinção conceitual entre personalidade e capacidade jurídica como categorias autônomas, ressalva-se que a tendência jurídica que permeou as codificações de inspiração liberal, a exemplo do CCB/1916, considerava que a personalidade se reduzia à expressão da capacidade jurídica de direito.

Entretanto, para qualquer das concepções acima, ao se considerar que todos os homens são vocacionados à idêntica personalidade, a capacidade de gozo ou de direito – categoria imbrincada à personalidade – também torna-se ínsita a todo ser humano, de sorte que, nenhum indivíduo poderia ser privado de capacidade jurídica pelo ordenamento pátrio.²⁵ Com arrimo nesta premissa é que o CCB/1916 consagrou a capacidade de direito ao placentar que *“Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.”*²⁶

No mesmo sentido, afirma Maria Helena Diniz que *“a capacidade de direito não pode*

²³CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Generale del Diritto**. 3.ed. Roma: Soc. Ed. del “Foro Italiano”, 1951, p. 120

²⁴ERBELE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p. 47.

²⁵MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.61.

²⁶Art. 2º da Lei 3.071, de 1º-01-1916.

ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa, despindo-o dos atributos da personalidade".²⁷ Tal premissa reflete o que Pontes de Miranda consagraria como "*princípio da capacidade total de direito*"²⁸, no sistema de direito privado. Por isso, o direito brasileiro não tolera a incapacidade geral de direito, ou seja, não se admite que a pessoa sofra restrições jurídicas que a incapacite de ser titular de direitos na ordem civil.

Entretanto, ainda que todos indivíduos gozem igualmente da capacidade de direito, tal patamar de capacidade não lhes franqueia a legitimação para o exercício autônomo de todo e qualquer ato jurídico confirmatório dos direitos que lhes são vocacionados pelo estatuto civil, afinal a pessoa pode encontrar-se em estado que lhe inviabiliza a prática de determinado ato jurídico.

Nesse sentido, a noção de estado pessoal apresenta-se como elemento de integração da personalidade e da capacidade jurídica, na medida em que tal conceito reconhece juridicamente o complexo de qualidades peculiares a cada pessoa, o que permite qualificá-la perante a sociedade e, reflexamente, avaliar o seu nicho de capacidade jurídica.

Com efeito, o estado da pessoa se manifesta sob várias dimensões, a depender da perspectiva relacional em que o sujeito se lança juridicamente, o que foi bem demonstrado na síntese do doutrinador Caio Mário Pereira da Silva:

Segundo os vários aspectos, sob os quais se pode considerar a condição individual da pessoa, apresentam-se os estados diferentemente. Assim se diz que as relações de ordem política geram o estado de nacional ou estrangeiro ou naturalizado (*status civitatis*); na ordem familiar as relações criam o estado de casado, solteiro, viúvo, separado ou divorciado, de filho legítimo, ilegítimo ou adotivo (*status familiae*); da situação física da pessoa originam as suas condições individuais de maior, menor, emancipado, interdito.²⁹

Desse modo, a condição individual da pessoa é visualizada, para além de status de qualificação social, como fator de alteração da capacidade jurídica da pessoa, especialmente quando o próprio status ou a mudança nele operada é capaz de criar ou cessar restrições à ação autônoma do indivíduo, conforme se verá relativamente à situação daquele que adquire a maioridade ou daquele que é acometido por enfermidade mental grave.

Por isso, não obstante a capacidade jurídica de aquisição de direitos não possa ser

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 4

²⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Geral, Tomo I, 2ª Ed, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 156

²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro. Forense, 1191, p. 175

restringida, tal capacidade pode sofrer limitações quanto à possibilidade de seu exercício autônomo por parte de seu titular que, a depender da confluência de determinadas condições que o particularizam, necessitará de representação para exercer certos atos civis em seu benefício.

Disso resulta que, a capacidade jurídica, de gozo ou de direito reconhecida a todos os indivíduos irrestritamente, desdobra-se em uma esfera jurídica - mais restrita - para designar o plano em que o indivíduo emerge dotado de capacidade não para adquirir, mas para exercer autonomamente os direitos e deveres que já titulariza. Fixa-se, pois, em complemento, a categoria jurídica da capacidade de exercício, cujos critérios de regulamentação serão fundamentais para alicerçar o regime de incapacidade civil do CCB/1916.

1.1.2 A capacidade de exercício

A capacidade de fato, similarmente designada como capacidade de obrar, capacidade de agir e capacidade de exercício, representa a aptidão para o exercício autônomo dos direitos e obrigações que potencialmente podem ser titulados pelo ente personalizado. Por isso, pode-se dizer que a capacidade de fato está pressuposta no âmbito da capacidade de gozo, afinal só é possível exercer direitos após gozar de aptidão prévia para adquiri-los.

Para Carlos Alberto da Mota Pinto, a capacidade de fato é caracterizada essencialmente pela autonomia que dispõe o sujeito para coordenar seus direitos e deveres, seja por si próprio ou por outrem designado, por seu exclusivo arbítrio, para esse *mínus* senão vejamos:

A capacidade de exercício ou capacidade de agir é a idoneidade para actuar juridicamente, exercendo direitos ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por acto próprio e exclusivo ou mediante um representante voluntário ou procurador, isto é, um representante escolhido pelo representado. A pessoa dotada de capacidade de exercício de direitos actua pessoalmente, isto é, não carece ser substituída, na prática dos actos que põem em movimento a sua esfera jurídica, por um representante legal (designado na lei ou em conformidade com ela) e, actua autonomamente, isto é, não carece de consentimento, anterior ou posterior ao acto, de outro pessoa (assistente).³⁰

Apesar de ínsita à capacidade de gozo, a capacidade de exercício como atributo de

³⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. Ed. Portugal: Coimbra, 2005, p. 195.

quantificação da personalidade possui diferente âmbito de incidência. Isso porque, a capacidade de fato está relacionada ao plano da efetivação de direitos e, por conseguinte, pode ser negada

Nesse sentido, Maria Helena Diniz aduz que a possibilidade de exercício autônomo dos direitos titulados pelo indivíduo está condicionada ao juízo de discernimento que o mesmo é capaz de exprimir, o que no plano jurídico, verter-se-ia na predisposição pessoal para distinguir o lícito do ilícito e o conveniente do prejudicial.³¹

Sob essa concepção, determinadas situações fáticas foram eleitas pelo legislador do CCB/1916 como fatores de comprometimento da expressão de vontade hígida do sujeito, de forma que, se vislumbrada sob a influência de tais fatores, a concretização autônoma de seus direitos e obrigações não se faria possível. Assim, Maria Helena Diniz aduz que, para o CCB/1916 a intercorrência de fatores cronológicos (maioridade ou menoridade) e insuficiência somática (loucura, surdo-mudez) no estado pessoal são representativos das possibilidades de restrição legal que a capacidade de exercício poderia sofrer.

Da mesma forma, Sílvio Rodrigues afirma que “a incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça os seus direitos”³² de forma direta e pessoal, sem a intervenção ou auxílio de um terceiro para a concretização de sua vontade individual.

Assim, partindo da premissa de que a capacidade jurídica é a regra e a incapacidade constitui exceção, decorrente de estado individual peculiar, o direito positivo tratou de elencar as hipóteses de limitação da plena capacidade de exercício do sujeito, de forma a distinguir as pessoas em absolutamente incapazes e relativamente incapazes à prática de atos da vida civil, conforme a densidade dos fatores deficitantes da capacidade.

Na esteira da incapacidade de exercício, reconheceu-se que a ingerência dos fatores de restrição à autodeterminação pessoal poderia acarretar dois diagnósticos jurídicos distintos de sujeito incapaz, que a despeito de suas diferenças classificatórias clamavam por tratamento jurídico protetivo e diferenciado no âmbito da autonomia privada de dimensão patrimonialista: em primeiro, a situação daqueles que se viam totalmente impossibilitados da prática de ação autônoma – posto que a própria expressão hígida da vontade estaria integralmente fulminada por fatores deficitantes-, e em segundo, a situação daqueles que, mesmo sob condições de limitação à capacidade, sofriam restrição apenas parcial de seu juízo de discernimento, tendo

³¹ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 4.

³² RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol.1.

certa compressão da realidade fático-jurídico que os circundavam.

A compreensão de que a incapacidade poderia manifestar-se em densidades distintas do ponto de vista da autonomia do sujeito de direitos – total ou parcial – e de que tal distinção reclamava, igualmente, proteção jurídica diferenciada para ambas as categorias, imantou a divisão metodológica do sujeito em absolutamente incapaz e relativamente incapaz.

Sob essa concepção, os absolutamente incapazes seriam a categoria dos sujeitos que, devido a sua condição de total limitação ao exercício de direitos, por si só, deveriam ter seus interesses jurídicos representados – substituídos – pela manifestação de um terceiro incumbido de tal múnus. Nesse sentido, o Código Civil de 1916 elencou o rol de hipóteses representativas da absoluta incapacitação do sujeito civil, sob a seguinte representação:

Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezesesseis anos); II – os loucos de todo o gênero;

III – os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade; IV - os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

De acordo com critério de maturação intelectual (cronológico), o grau de desenvolvimento etário do indivíduo está intimamente associado à capacidade de compreensão da realidade, podendo deflagrar maiores ou menores restrições à prática de atos da vida civil, na medida em que, a depender do estágio temporal vivenciado, considera-se que a pessoa não tem desenvolvimento psíquico suficiente que garanta a emissão de juízos e discernimento válidos.³³

Como opção legislativa, o CCB/1916 fixou a faixa etária de até 16 (dezesesseis) anos como hipótese de incapacidade absoluta da pessoa por critério cronológico, partindo da genérica presunção jurídica de que, durante este período de vida, a inexperiência social, a facilidade de se deixar influenciar pelos interesses de terceiros e a ausência de competências intelectuais acuradas prejudicariam a expressão autônoma da vontade do indivíduo e, reflexamente, sua capacidade de agir.

Sobre a eleição de tal faixa como limite à incapacitação, Caio Mário da Silva Pereira

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: teoria geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 301.

adverte tratar-se de critério eminentemente arbitrário, pois a diversidade orgânica e psicológica de cada ser pode conferir os atributos necessários à qualificação da vida jurídica, inclusive, em idade mais precoce. Todavia, diante da busca pela proteção ao menor em cotejo com a segurança das relações jurídicas, seria de grande impropriedade perscrutar, caso a caso, o nível de discernimento e desenvolvimento psíquico presente no indivíduo menor que validasse a imissão do mesmo na ordem civil.³⁴

Assim, reconhecida a incapacidade absoluta dos menores de 16 (dezesesseis) anos, a ordem jurídica estipulou que os mesmos deverão, obrigatoriamente, ser representado nos atos civis que se fizerem necessários ao longo desse período, seja pelo crivo do poder familiar (pai ou mãe responsável), seja pela atuação de um tutor legalmente designado para tal mister.³⁵

Afinal, independentemente da modalidade, o instituto da representação tem o condão de suprir a volição insuficiente do dito incapaz, mediante a intervenção protetiva de um responsável absolutamente capacitado.

Além do fator cronológico, o CCB/1916 adotou o estado de sanidade mental do indivíduo como critério para a aferição de plena capacidade de exercício de atos jurídicos na ordem civil, uma vez “[...]determinadas doenças ou estados psicológicos do organismo humano reduzem a capacidade de compreensão da vida e do cotidiano”.³⁶ A rigor, o padrão de “normalidade” psíquica era tratado como imprescindível à declaração da vontade hígida do sujeito e, por conseguinte, essencial à autodeterminação do mesmo no âmbito das relações jurídicas que o permeariam enquanto centro de imputação de direitos e deveres jurídicos.

Dada a premissa acima, a manifestação de quaisquer quadros de deficiências de natureza mental e/ou intelectual ou desvio comportamental - designados, à época, sob a rubrica de anomalias, defeitos psíquicos, transtornos mentais e loucura – importava, obrigatoriamente, para ordem jurídica, o diagnóstico da incapacidade absoluta do enfermo -, independentemente de análise acurada no sentido de se apurar se o transtorno mental efetivamente deflagrava prejuízo funcional ao indivíduo.

A concepção generalista de que todas as categorias de transtornos mentais comprometeriam a expressão da autonomia da vontade individual – tida como o elemento nuclear das relações jurídicas patrimoniais tuteladas pelo sistema privado brasileiro – é bem

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro. Forense, 1991, p. 162.

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 7. ed. Paulo: Saraiva, 2001, p.12.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 302.

descrita nas palavras de Pontes de Miranda, para o qual:

As enfermidades psíquicas, a debilidade mental e defeitos psíquicos atingem o conhecimento, o sentimento e a vontade, de modo que o direito teve de atender a que o homem, pessoa física, nem sempre pode - como seria de esperar-se, se tal *quid* não existisse – manifestar conhecimento, sentimento e vontade. Donde ter-se de pré-excluir a imputabilidade e a validade dos atos jurídicos, se grave o déficit psíquico. Então, a incapacidade começa *ipso iure*, indo o direito brasileiro à atitude, até certo ponto radical, de excluir os chamados *lucida intervalla* possam dar margem à imputação e à validade dos atos jurídicos.³⁷

Disso decorre que, alinhavado com a concepção de que a pessoa emerge na ordem civil como mero “sujeito de direitos e deveres”, a impossibilidade da mesma se imitar com autonomia no fluxo das relações de titularização patrimonial, por força de grave deficiência volitiva, representava, na verdade, a morte civil do sujeito, que teria suas vontades substituídas pela curatela de um terceiro.

A clarividente opção do CCB/1916 em reconhecer toda sorte de deficiência/transtorno mental e desvio comportamental como fator de absoluta incapacitação pessoal, dificultou a categorização de tais hipóteses sob uma única base terminológica, pois fixar o nível de alcance do déficit mental quanto à incapacidade da pessoa revelava-se tarefa árdua até mesmo para a ciência médica, já que os estados patológicos podem sofrer diversas nuances e gradações variadíssimas de seus efeitos nas faculdades psíquicas do enfermo, que vai desde a loucura, facilmente evidenciada pelo aspecto “furioso” de seu portador até os distúrbios e transtornos de menor expressão, que só a proficiência do especialista consegue diagnosticar.³⁸

Como a medicina brasileira do século XIX apresentava-se pouco desenvolvida para catalogar o rol de transtornos mentais que poderiam afetar a capacidade de autodeterminação individual, o art. 5º, inciso II, do Código Civil de 1916, aglutinou em uma só expressão aqueles caracterizados como absolutamente incapazes em razão de déficit mental: *os loucos de todo o gênero*.³⁹

Sob o título de loucos de todo o gênero, o Código pretendeu abranger todas as espécies

³⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Geral, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 208.

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 184.

³⁹ ROSENVALD, Nelson. **A necessária revisão da Teoria das Incapacidades**. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Direito & Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao professor Sylvio Capanema de Sousa**. São Paulo: Atlas, 213, p. 146.

de desequilíbrios de natureza mental que pudessem afetar a pessoa, incluindo as enfermidades caracterizadas por intervalos de lucidez,⁴⁰ de modo que, a despeito de certos transtornos mentais ocorrerem de forma intermitente, a incapacitação absoluta da pessoa ainda se manteria para a ordem civil. Confirmado tal entendimento, Caio Mário da Silva Pereira elogia a opção legislativa adotada, afirmando que a mesma se deu em prestígio à segurança do tráfico jurídico, senão vejamos:

A questão é antes do plano científico que do jurídico, discutindo os especialistas se um indivíduo portador de enfermidade mental pode considerar-se são naqueles momentos em que não ocorre a insanidade ostensiva. E deve ser posta nos termos de somente admitir-se como sadio se a moléstia está totalmente erradicada. O Código Civil, encarando o problema tal como lhe advém do debate dos técnicos, colocou a incapacidade por enfermidade mental como um estado permanente e contínuo, somente podendo levantar-se com a recuperação total do alienado. [...] E bem, andou o Código. A preocupação do legislador é estatuir a segurança social e esta ficaria ameaçada se toda ação do indivíduo anormal se sujeitasse a uma verificação, a saber, se ocorreu quando estava mergulhado nas sombras da sua insanidade ou flutuava na superfície do discernimento.⁴¹

Como resultado da opção de categorização jurídica adotada pelo CCB/1916, a pessoa com deficiência mental foi reduzida ao limbo da abstração classificatória de absolutamente incapaz e, sob a fórmula de redução ou supressão de discernimento, o código considerou que os distúrbios na integridade psíquica, em maior ou menor grau, enviavam o sujeito, obrigatoriamente, à redoma da curatela.

Com arrimo no amplo critério de insuficiência somática, a categoria composta pelos surdos-mudos foi alocada como um caso especial de incapacidade absoluta, ao conceber-se que o quadro de deficiência auditiva e de fala experimentado pela pessoa, nem sempre associado a disfunções mentais, poderia impossibilitar a dotação de vontade condigna do indivíduo, não necessariamente por força de interferências de ordem psíquica, mas sobretudo em razão do

⁴⁰ A concepção de intervalo lúcido remonta ao sistema jurídico romano, para o qual a alienação mental não determinava a incapacidade contínua, de modo que se admitia a validade dos atos realizados nos chamados intervalos lúcidos, desde que se comprovasse a influência de tais momentos. No direito vigente por força das Ordenações Filipinas, os intervalos lúcidos eram considerados para reestabelecer a capacidade do agente durante certos momentos. Todavia, a medicina científica desenvolvida no século XIX foi a vertente responsável por descreditar a ocorrência de intervalos lúcidos, já que não conseguia utilizar um critério de racionalidade objetiva, de verificação prática, no campo psíquico. Diante de tal dificuldade metodológica, a ciência médica preferiu manter o “[...] domínio da incerteza sobre a loucura. ETO NETO, Edgard Audomar Marx. Intervalos de Lucidez: subsídios para a teoria das incapacidades. **Revista de Direito Privado & Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 51, jul-set/2012, p. 382-383.

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 186.

alheamento social e jurídico provocado como efeito da deficiência.

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira é esclarecedor ao afirmar que a esteira de incapacitação dos surdos-mudos não se orienta em razão exclusiva do déficit funcional - admitido como um fator de automática restrição cognitiva -, mas sim em razão da relação que potencialmente poderá ser estabelecida entre deficiência e meio social, senão vejamos:

O que levou o legislador de 1916 a proclamar a incapacidade absoluta do surdo-mudo foi, porém, uma ordem diversa de ideias. Sem cogitar da sanidade ou insanidade mental, atentou em que muitas vezes a surdo-mudez nada tem a ver com os centros cerebrais, provindo de haverem sido atingidos na primeira infância os órgãos da audição. Ainda nesta hipótese, o surdo-mudo é um desligado do ambiente social, inapto a expressar a sua vontade e a recolher do meio em que vive os fatores que o habilitem à necessária integração jurídica.⁴²

Com efeito, sob a lógica de que as deficiências auditiva e de fala podem não resultar de distúrbios psíquicos, há de se admitir que o surdo-mudo que se submeteu à educação especial e inclusiva, que garanta-lhe meios de adaptação, integração e comunicação social, reunirá condições para manifestar sua vontade com higidez e independência funcional, tornando-se capaz para todos os atos civis que não dependam do seu sentido de audição como fator preponderante, a exemplo da atuação como testemunha judicial.

Assim, ao notar a graduação de (in) capacidade civil que se pode operar em relação aos surdos-mudos – por força da variável potencial de adaptabilidade social - o legislador estabeleceu que somente os surdos-mudos que não possam exprimir a sua vontade, no contexto de integração social, estarão categorizados sob o pálio da incapacidade absoluta.

A última hipótese de incapacidade absoluta arrolada pelo CCB/1916 foi o estado de ausência da pessoa, desde que declarado como tal por meio de sentença. Com efeito, sob o conceito técnico-operativo de *ausentes*, a legislação civil designou todos aqueles que se encontrassem em local incerto e não sabido, tendo se afastado de seu domicílio habitual, imotivadamente, sem habilitar representantes ou procuradores que pudessem conduzir os direitos e deveres oriundos do acervo patrimonial legado.

Assim, diante de deserção da pessoa de seu centro de atividades, a declaração de incapacidade absoluta do mesmo, como ausente, sobrevinha para que fosse judicialmente deferida proteção à sua esfera patrimonial, já que em razão da ausência encontrava-se

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 186.

desguarnecida de tutela. Logo, judicialmente declarada a incapacidade absoluta do ausente, nomear-se-ia zelador para defesa do patrimônio do mesmo.

Percebe-se, pois, que tal opção se distancia dos fatores de restrição conglobados pelo CCB/1916 para orientar o grau de incapacitação pessoal, quais sejam: critério cronológico (maturação intelectual) e critério de insuficiência somática (enfermidades e deficiências mentais). A esse respeito, a legislação se mostrou incongruente, afinal a situação de ausência não gera incapacidade de ação, e sim a necessidade de proteção de interesses e componentes patrimoniais do ausente.

De fato, a doutrina aventou tal hipótese como situação típica de pseudo-incapacidade, afinal, bastaria que o ausente retornasse ao seu domicílio e invocasse a direção seus bens para si, conforme facultado na legislação, para que a situação dita como totalmente incapacitante se desnaturasse. Assente com essa posição, inclusive, o Projeto de Código Civil de 1965 propunha a eliminação da ausência como hipótese de incapacidade, cogitando apenas disciplinar o instituto da ausência na parte geral, o que mais tarde se confirmaria, com a edição do Código Civil de 2002.⁴³

Ressalta-se, contudo, que a impropriedade técnica que se operou na inclusão dos ausentes sob o crivo da incapacidade é elucidativa para demonstrar que o escopo de proteção pessoal, pretendido pela operatividade do regime de incapacidade do CCB/1916, era eminentemente patrimonialista.

Ancorando-se na densidade variável da incapacitação do agente, paralelamente, o Código Civil de 196 também categorizou os indivíduos que se situariam em uma zona intermediária de restrição civil, por gozarem de capacidade apenas parcial para a formulação de juízos de discernimento e autodeterminação na esfera privada, nos termos de seu Art. 6º, consagrando a classe dos relativamente incapazes.

De acordo com a referida previsão legislativa os incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer, seriam: I – os maiores de 16 (dezesesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos; II - os pródigos e III – os silvícolas. Fixado o rol da categoria intermediária de incapacitação, passa-se a análise de cada uma das suas hipóteses.

Conforme já ressaltado, a adoção do fator de maturação intelectual pelo decurso do tempo (critério cronológico), como parâmetro interpretativo do grau de incapacidade do sujeito,

⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 187.

revelou-se francamente arbitrário, ao se considerar que o desenvolvimento psíquico de cada indivíduo é variável, sujeito às intempéries dos fatores sociais, econômicos e culturais vivenciados pelo mesmo.

Assim, de acordo com as percepções científicas de natureza genérica, o legislador brasileiro optou por fixar em 16 (dezesesseis) anos a data limite para o reconhecimento da absoluta incapacidade civil e, de outro lado, entendeu que os maiores 16 (dezesesseis) e menores de 21 (vinte e um) anos já reuniam algumas das condições necessárias à participação na vida civil, ainda que insuficiente para lhes outorgassem total independência de agir.⁴⁴

Por isso, sob a rubrica de relativamente incapazes, os maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um anos estariam autorizados à prática de atos válidos perante a ordem civil, desde que assistidos pelo seu assistente, instituído por força do poder familiar ou pelo regime de tutela.

Entretanto, em caráter de ressalva, o CCB/1916 cuidou de aduzir algumas hipóteses em que os relativamente incapazes poderiam atuar, independentemente da intervenção de seu assistente, tais como: aceitar mandato; fazer testamento, atuar como testemunha em atos jurídicos, bem como exercer empregos públicos para os quais não foi exigida a maioridade.⁴⁵

Quanto à prodigalidade, ressalta-se que desde a Idade Antiga⁴⁶ a mesma é retratada como o estado comportamental daquele que, desordenadamente, dissipa seus bens ou patrimônio, isto é, “[...] *gasta e destrói a sua fazenda*”⁴⁷. Em acepção técnico-jurídica generalista, pródigo – derivado de *prodigus*, *prodigere* por *prodagere*⁴⁸ (que significa agir em proveito de alguém) -, designa o sujeito que se lança a dispêndios imoderados e insensatos, capazes de reduzi-lo à situação de miserabilidade.

Durante o influxo das Ordenações Filipinas, estatuto civil que vigorou no Brasil até o

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 209.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.15.

⁴⁶ Sobre as raízes históricas do estado de prodigalidade, atenta-se que na antiga cultura jurídica romana, a concepção de uma espécie de relação condicional entre a figura do *pater familias* e seus dependentes - com relação aos bens que seriam legados a título de herança -, fomentou a regulamentação jurídica da situação de prodigalidade por meio do processo de interdição, a fim de impedir a dilapidação dos bens que potencialmente comporiam acervo de natureza hereditária. Nota-se, portanto, que neste primeiro momento, a interdição do pródigo destinava-se, exclusivamente, à tutela patrimonial de terceiros; relegando tratamento protetivo à figura do próprio sujeito admitido como pródigo. SANTOS, Murilo Rezende dos. A proteção do Pródigo e de sua família no direito civil brasileiro. **Revista de direito privado & Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 55, 2013, p. 91.

⁴⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7.ed. atual. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1955, p. 83.

⁴⁸ MELLO, Baptista. A incapacidade civil do pródigo. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil & Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 3, 2010, p. 141.

advento do CCB/1916, os pródigos foram definidos como aqueles que, tinham por hábito, malgastar as suas economias, de forma que, aferida tal conduta, sobrevinha a previsão de interdição como meio de sanar a incapacidade de gestão e administração dos mesmos.

Embora as codificações de 1916 e 2002 não tenham se dedicado o mister de definir o instituto da prodigalidade em acepção jurídica própria, a doutrina é unânime em afirmar que pródigos são aqueles que “[...] *comprovada, habitual e desordenamento, dilapidam seu patrimônio e fazem gastos excessivos*”⁴⁹ ou, nos dizeres de Pontes de Miranda⁵⁰, são aqueles que realizam gastos imoderados, sem motivo social, ou ético, que os justifique, movido por estado patológico.

Disso resulta que, a prodigalidade é instituto jurídico que se configura a par da verificação simultânea de três situações-fáticas essenciais, quais sejam: a prática de atos de dilapidação patrimonial que tenham o condão de expor o pródigo e sua família à miséria; a natureza desnecessária e inútil dos referidos gastos efetuados e a habitualidade com que tais práticas perdulárias ocorrem.

A respeito de tal situação jurídica, a psiquiatria firmou o entendimento majoritário⁵¹ de que a situação de prodigalidade era derivativa das manifestações iniciais de loucura, que assomava as características de uma síndrome degenerativa, especialmente conhecida como omniomania.⁵² Nesse sentido, perfilhou-se Pontes de Miranda ao asseverar que:

A prodigalidade é tida pela psiquiatria como síndrome degenerativa, e muitas vezes, manifestação inicial de loucura. Aliás, já assim pensavam os reinícolas, mais adiantados, nesse como em outros pontos, do que muitos tratadistas recentes. Para eles, a prodigalidade era espécie de demência, ou depravação mental.⁵³

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 15.

⁵⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte geral, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 214.

⁵¹ Não obstante a medicina psiquiátrica tenha abalizado o entendimento de que a prodigalidade radica em transtorno de ordem mental, algumas literaturas jurídicas, como a de Carlos Roberto Gonçalves, posicionaram-se no sentido de que o pródigo não padece de enfermidade mental ou loucura, sendo acometido por desvio de personalidade ou vícios da própria vontade. Posteriormente, a inteligência de tal entendimento, orientaria a posição do STJ que declarou que “a prodigalidade é uma situação que mais tem a ver com a objetividade de um comportamento na administração do patrimônio do que com o subjetivismo da insanidade para os atos da vida civil. (REsp 36.208/RS, 3.^a T., j. 14.11.1994, rel. Min. Costa Lei, Dj 19.12.1994). SANTOS, Murilo Rezende dos A proteção do pródigo e de sua família no direito civil brasileiro. **Revista de Direito Privado & Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 55, 2013, p. 105.

⁵² A omniomania consiste em transtorno mental caracterizado ímpeto e vontade compulsivos que a pessoa sente, para comprar tudo que pode ver, em outras palavras, trata-se de uma consciente impulsão de aquisição de bens que, para o pródigo, resulta em verdadeiro alívio e realização pessoal. MELLO, BAP.

⁵³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 328-329.

Em acréscimo, corroborando tal entendimento, o professor de medicina legal – Nina Rodrigues -, afirma que a prodigalidade constitui transtorno mental que se manifesta não somente no diagnóstico de oimomania, mas também nos vícios por jogatinas e na dipsomania (alcoolismo), de forma que, seus efeitos podem gerar alto grau de alienação mental, senão vejamos:

A prodigalidade em certo grau é uma manifestação da degeneração psíquicas e os pródigos não são mais do que fracos de espírito e desequilibrados aos quais o código civil deve estender o benefício da interdição. Nas manifestações mórbidas, podemos destacar três síndromes degenerativas, tidos como formas incontestáveis de alienação mental: a oimomania, a mania do jogo, a dipsomania. Não temos dúvida de que uma boa parte dos chamados pródigos, em linguagem jurídica, não são mais do que entes alienados, que nem mesmo devem ter direito às restrições da interdição mitigada.⁵⁴

Entretanto, ainda que a medicina brasileira da época tenha alçado a prodigalidade à condição de distúrbio de natureza mental, para fins de técnica jurídica codificadora, a doutrina debateu acerca das condutas limítrofes que geram o comportamento pródigo: afinal, como saber se, de fato, as despesas consideradas excessivas e perdulárias por outrem é decorrente exclusivamente de patologia psíquica? É possível que os gastos excessivos apenas reflitam o projeto de satisfação de vida delineado pela pessoa, sem prejuízo de sua saúde mental?

Diante da dificuldade operacional posta por tais questionamentos, o legislador decidiu abranger o pródigo como categoria autônoma de incapacidade relativa, apartada do rol dos doentes mentais, de forma a permitir que a interdição do pródigo seja declarada tanto em decorrência de transtornos psíquicos como em decorrência de mera disposição individual egoística da pessoa.⁵⁵ Assim é que a figura do pródigo foi albergada sob à égide do sistema de incapacidade relativa do CCB/1916, tornando-se suscetível de interdição para a nomeação de um curador que supra a deficiência da vontade daqueles tidos como perdulários e esbanjadores em detrimento de seu próprio sustento e de sua família.

Considerando que os indígenas, ordinariamente, constituem-se em agrupamentos sociais isolados e regulados por tradições culturais próprias - na maioria das vezes - os mesmos não se encontram adaptados ou integrados às regras de trato civil impostas pela ordem jurídica nacional. Por isso, o Código Civil de 1916 considerou os silvícolas relativamente incapazes a certos atos da vida civil e o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), à época vinculado ao Governo

⁵⁴ RODRIGUES, Nina. **O alienado no direito civil brasileiro**. v. 165. Coleção Brasileira. São Paulo: Companhia das Letras, 1939, p. 40.

⁵⁵ SANTOS, Murilo Rezende dos. A proteção do pródigo e de sua família no direito civil brasileiro. **Revista de Direito Privado & Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 55, 2013, p.93.

Federal, estabeleceu um sistema tutelar específico aos interesses desta população, atentando tanto para a situação daquelas tribos que se encontrassem em situação de ausência de integração civil como para aqueles grupos que já estabelecessem contatos próximos com os civis.⁵⁶

1.2 O regime jurídico da incapacidade conforme o Código Civil de 2002: o mérito da dimensão patrimonial em contraponto ao paradigma da tutela da pessoa humana e sua dignidade.

Conforme explicitado alhures, a codificação de 1916 revelou-se como genuíno produto jurídico das concepções liberalistas, em que o indivíduo se encontrava vocacionado às relações jurídicas patrimoniais como expressão maior da autonomia privada, cuidando o direito civil especialmente de estipular garantias para que o domínio fosse realizado com segurança jurídica e, igualmente, para que a riqueza pudesse ter livre trânsito mediante a disciplina dos contratos.⁵⁷

Sob essa *ratio*, o regime de incapacidade civil que se encadeou no código predecessor visava a declarar incapaz o sujeito impossibilitado de atuar autonomamente como centro de interesses econômicos, de modo a tutelar a segurança necessária à efetivação de negócios jurídicos alçados à dimensão patrimonial.

Com efeito, a apuração de idoneidade psicofísica do sujeito para atuar livremente na esfera civil realizava-se a par do exame da autonomia e discernimento da pessoa. Frise-se, contudo que, na ideologia da legislação de 1916, somente a autonomia patrimonial do sujeito era avaliada para fins de determinação da incapacidade, de modo que, ainda que subsistisse ao sujeito autonomia para a prática de atos existenciais, se declarada fosse a sua incapacidade (impossibilidade de titularização de direitos patrimoniais) a prática de atos jurídicos existenciais também estaria fulminada por consequência lógica.

Nesta esteira, a perspectiva de proteção à integridade do indivíduo mantinha-se relegada ao âmbito do direito público, evidenciando a clivagem entre o público e o privado para a tutela da pessoa. Por isso, vale lembrar que a primeira codificação civil nacional sequer regulamentou a existência dos direitos de personalidade, uma vez que o próprio conceito de personalidade estava adstrito à perspectiva técnico-jurídica de capacidade de adquirir direitos e contrair

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro. 2. ed. Forense, 1991, p.194

⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 34.

obrigações, isto é, neste momento, a personalidade não insurgia como um qualificativo hábil à proteção da pessoa em esfera existencial.

Por tudo isso, especialmente em razão da abstração conceitual de pessoa como mero sujeito de direitos e deveres na ordem civil, o sistema de incapacidade civil do CCB/1916 clamava por alterações substanciais, a fim de realmente atuar como elemento de proteção do indivíduo e extirpar o tratamento desigual conferidos àqueles que, por algum fator incapacitante, viam-se privados não somente de atos patrimoniais, mas da possibilidade de lançar o seu próprio projeto espiritual de vida enquanto ente dotado de valor ético e existencial.

Diante da insuficiência normativa proclamada pelo código de inspiração oitocentista, a promulgação de um código civil novo, assente com a realidade de um Estado Democrático de Direito - cujo fundamento central é a dignidade da pessoa humana apregoada pela Constituição da República de 1988-, fez-se materializar no Código Civil de 2002.

A rigor, o novo código foi idealizado em consonância com os novos paradigmas jurídicos ditados pelo direito pós-moderno, em que a ética da autonomia da liberdade foi substituída pela ética da responsabilidade e da solidariedade e, reflexamente, a tutela da autonomia do indivíduo foi substituída pela noção de proteção à dignidade humana.⁵⁸

Disso resulta que, o eixo central do sistema de direito civil foi transportado para o bojo da Constituição da República de 1988, resultando em sensível alteração na tutela do indivíduo (conferida pelo Código) para a proteção da dignidade humana (garantida pela Constituição como elemento fundante da República Federativa do Brasil).

Diante de tal giro axiológico, o código civil promulgado em 2002 operou a substituição de sua categoria central, anteriormente centrada na relação jurídica, para alçar a pessoa - como ente dotado de dignidade e valor existencial -, em valor fundante do sistema privado brasileiro.

A mudança de paradigma – para um novo sistema de direito civil fundado na Constituição -, operou sensível alteração na *ratio* dos códigos privados brasileiros: enquanto o Código de 1916 dava prevalência e precedência às situações patrimoniais, no Código de 2002, “[...] a prevalência é atribuída às situações jurídicas existenciais, porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento jurídico em particular, dar a garantia e a proteção prioritárias.”⁵⁹

⁵⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil.** – Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 47.

⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil.** Rio de Janeiro:

Por isso, com arrimo no vetor da dignidade da pessoa humana, a extensão conceitual de personalidade jurídica foi alterada para significar não somente a aptidão genérica do sujeito adquirir direitos e contrair obrigações, conceito do ponto de vista estrutural, “[...] em que a pessoa, tomada em sua subjetividade, identifica-se como o elemento subjetivo das situações jurídicas.”⁶⁰ Diversamente, sob outro ponto de vista, a personalidade foi concebida como complexo de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. Sob esse ângulo, portanto, a pessoa deverá ser tutelada das agressões que afetam a sua própria personalidade.

Nesse diapasão, insurgem os direitos de personalidade como direitos fundamentais privatísticos e a afirmação da dignidade da pessoa humana como cláusula geral de proteção do direito de personalidade, que inclui a tutela do indivíduo em dimensão dual: primeiramente, para a proteção contra às agressões à integridade de direitos da pessoa (função protetiva) e, em segundo, para a promoção da existência pessoal e individualizada da pessoa (função promocional e/ou prestacional).

Fixadas as novas diretrizes do sistema de direito privado brasileiro que se encampou sob a égide do Código Civil de 2002, esperar-se-ia que o sistema de incapacidade civil predecessor sofresse alterações substanciais, no sentido de: i) reduzir o abstracionismo classificatório de incapacidade que redundava em discriminação pessoal, ii) adequar o encadeamento da capacidade (de fato, de exercício) à nova perspectiva conceitual da personalidade jurídica em aspecto existencial, bem como à cláusula geral de proteção dos direitos de personalidade.

Entretanto, o que se verificou foi que, a despeito do rearranjo do sistema de direito privado em prol da tutela existencial e patrimonial da pessoa humana, a teoria da incapacidade civil apresentada pelo novo código insistia em manter os arquétipos de dimensão patrimonialista afetos ao regime em que a tutela da pessoa era concebida tão-somente sob a ótica de estrutura das situações jurídicas subjetivas patrimoniais.

Nesse sentido, apesar de alterar o enunciado das hipóteses de incapacitação, fato é que o regime de incapacidade se manteve alheio à perspectiva existencial do indivíduo enquanto ente dotado de dignidade e capaz de se projetar livremente para o desenvolvimento de sua personalidade como projeto de vida espiritual. A rigor, há de se afirmar que a nova formulação

Renovar, 2010, p. 49.

⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.29.

do rol de incapazes acabou por imantar a personalidade apenas na esfera de titular de relações jurídicas e não como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico.

Conforme se verá, a incongruência metodológica fez-se sentir principalmente para efetivar a tutela jurídica aos direitos de personalidade das pessoas com deficiência, uma vez que o sistema de incapacidades do novo código acabou por, igualmente, fulcrar-se na perspectiva de exercício autônomo de atos patrimoniais para conglobar a capacidade jurídica de fato, reflexamente, extirpando a autonomia existencial do sujeito e criando um nicho de discriminação entre indivíduos que, no plano de livre desenvolvimento da personalidade, deveriam ser tratados de forma equitativa. Nesse sentido, sobre a manutenção dimensão patrimonialista para determinação da capacidade jurídica, afirmam Fachin & Ruziy, que:

O sujeito, assim, só tem relevância como elemento da relação jurídica. Trata-se de hábil instrumento ideológico que atende a uma dimensão patrimonialista do Direito Civil: se o sujeito, ainda que abstrato, é o elemento unificador do sistema, mais cedo ou mais tarde a sua abstração implicaria uma crise de legitimação de um direito que, embora discursivamente centrado no sujeito, afasta-se da realidade concreta, sem ter olhos para as desigualdades concretas e para a exclusão daqueles que não se inserem no modelo jurídicos os proprietários.⁶¹

Feitas tais considerações, passa-se à análise das hipóteses elencadas para estruturar o regime de incapacidade civil na nova codificação, atentando-se em demonstrar como a incapacidade jurídica – formulada sob metodologia unicamente patrimonial -, atua como óbice à efetivação dos direitos de personalidade e, reflexamente, à tutela da dignidade humana em aspecto promocional da existência individual da pessoa com déficit psíquico e intelectual.

1.2.1 Os modelos de incapacidade absoluta e relativa na sistemática do Código Civil de 2002.

No rol dos absolutamente incapazes, o enunciado legislativo do CC/02 configurou-se da seguinte forma:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

⁶¹ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.96.

- I – os menores de 16 (dezesseis anos);
- II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III – os que, ainda por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade.

Diferentemente de sua codificação predecessora, o Código Civil de 2002 foi idealizado sob o marco do Estado Democrático de Direito, no qual a dignidade da pessoa humana foi erigida ao patamar de valor fundante do ordenamento jurídico pátrio e cláusula geral de proteção à pessoa humana.

Como resultado, a confluência de um novo vetor axiológico influenciaria, sobremaneira, a esteira classificatória de tradicionais institutos de direito privado, outrora concebidos à luz da racionalidade formal dos sistemas jurídicos de cariz liberal. É o caso de conceitos relacionados ao regime de incapacidade civil, que tendo sido especialmente delineados sob a lógica de um epicentro jurídico patrimonialista, compunham-se a partir de técnicas abstracionistas capazes de violar a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, especificamente no que tange à clássica teoria das incapacidades, a abstração conceitual da espécie “loucos de todo o gênero”, vertida na dicção do art. 5º, II, do CCB/1916, era representativa de estigma discriminatório e de avilte à dignidade da pessoa humana para a nova tendência de ressignificação que insurgia, motivo pelo qual, para a nova legislação civil, a expressão deveria ser substituída por enunciado condigno à situação da pessoa como ente dotado de dignidade.⁶²

Não obstante a clarividente impropriedade do termo “loucos de todo o gênero”, há de se ressaltar que a incongruência do regime de incapacidade absoluta articulado pelo CCB/1916 não resvalava apenas no mérito das abstrações terminológicas, na verdade, a inadequação maior fazia-se sentir principalmente, na abstração da loucura como a única causa de insuficiência somática das quais derivariam quaisquer espécies de doença/transtorno/déficit mental que conduziram o indivíduo à redoma da incapacidade absoluta. Afinal, o tratamento de diversos transtornos mentais sob o estigma da loucura acabava por restringir a capacidade plena, inclusive, daqueles que padeciam de transtornos mais leves, que efetivamente não acarretavam a perda do discernimento necessário para os atos da vida civil.

Diante de tais considerações, sob a égide do Código Civil de 2002, as hipóteses de incapacidade civil encadeadas sob critério de insuficiência somática foram submetidas a novo arranjo classificatório e enunciados terminológicos, uma vez que o novel legislador, no intuito

⁶² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 80.

de reduzir o abstracionismo aviltante à dignidade da pessoa humana, concebeu a deficiência mental - e não mais a loucura -, como a real causa preditora de absoluta incapacitação do indivíduo.

Ao eleger a deficiência mental como parâmetro de aferição da insuficiência funcional experimentada pelo indivíduo, o CC/02 perfilhou-se ao conceito de deficiência difundido por modelo de rigor médico, para o qual há causalidade direta entre doença e deficiência, isto é, padecer de determinada lesão ou enfermidade conduz, obrigatoriamente, o indivíduo à tragédia da deficiência.⁶³

Nesse sentido, em substituição ao termo “loucos de todo o gênero” o enunciado técnico que operaria a transição da loucura à deficiência mental – como fator de incapacitação absoluta, verter-se-ia nos termos do Art. 3º, III, do CC/02, para o qual: absolutamente incapazes seriam *os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil.*

Sobre a nova opção adotada, Carlos Roberto Gonçalves destacou que o grau de generalidade⁶⁴ para o tratamento da matéria ainda se manteve, mesmo que com as alterações pontuais pretendidas, senão vejamos:

O novo diploma usa expressão genérica ao referir-se à falta do necessário discernimento para os atos da vida civil, compreensiva de todos os casos de insanidade mental, *permanente e duradoura*, caracterizada por graves alterações das faculdades psíquicas. Incluiu a expressão “ou deficiência mental” porque na enfermidade propriamente dita não se contém a deficiência mental.⁶⁵

Entretanto, o doutrinador também assevera que, apesar da alteração enunciativa ter se dado em termos ainda muito generalistas, a mesma mostra-se louvável por ter estabelecido uma gradação necessária para a deficiência mental, ao reconhecer que aqueles que tenham o discernimento apenas reduzido⁶⁶ – em razão de déficit mental – são classificados em outra

⁶³ DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 15.

⁶⁴ Sobre a generalidade classificatória, Carlos Roberto Gonçalves afirma que: “A fórmula genérica empregada apelo legislador abrange todos os casos de insanidade mental, provocada por doença ou enfermidade mental congênita ou adquirida, como a oligofrenia e a esquizofrenia, por exemplo, bem como por deficiência mental decorrente de distúrbios psíquicos (doença do pânico, p. ex), desde que em grau suficiente para acarretar a privação do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil.” GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.87.

⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 1. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.87.

⁶⁶ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou a maneira de os exercer: [...] os ébrios habituais, os viciados

esteira de restrição: a dos relativamente incapazes.⁶⁷ Repise-se que, nos termos da codificação anterior, qualquer grau de enfermidade mental remetia o sujeito ao limbo da curatela por incapacidade absoluta.

De toda forma, a transição da loucura para a deficiência mental grave como fator de incapacitação absoluta do indivíduo merece ser questionada no que tange à possibilidade de tais sujeitos atuarem com autonomia em âmbito existencial. Com efeito, certos tipos de deficiência, ainda que graves, não inibem o indivíduo de escolhas existenciais, de configuração de projeto de vida pessoal, etc. Por isso, é de se notar que a capacidade jurídica representa um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade humana e, na esteira classificatória da incapacidade absoluta do CC/02, revela-se como restrição ao direito fundamental privatístico especialmente para aqueles que padecem de deficiência mental.

Na codificação anterior, os surdos-mudos constituíam categoria autônoma de incapacidade absoluta, uma vez que já se conjecturava que apesar de a deficiência auditiva e de fala não decorrer, necessariamente, de patologias psíquicas, o total alheamento social provocado pelo déficit funcional poderia privá-los de compreensão da realidade.

Para o Código Civil de 2002, a tradicional categoria de referência aos surdos-mudos foi ampliada para abranger, também, outras hipóteses de incapacidade absoluta, de forma que, neste rol, estariam abarcados todos aqueles que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

Nesta esteira classificatória, enquadram-se como absolutamente incapazes aqueles que, “[...] *sem serem portadores de doença ou deficiência mental, encontrem-se em estado de paralisia mental total e temporária*”⁶⁸, a exemplo das pessoas que estão, temporariamente, internadas em UTI, não tendo condições de manifestar sua vontade, ou, a exemplo daqueles que estão sob o efeito de entorpecentes, embriaguez, hipnose e outras causas semelhantes que não tenham natureza permanente.⁶⁹

Dessa feita, a espécie de incapacidade absoluta elencada pelo enunciado do Art. 3º, III, do CC/02 verteu-se na casuística de impossibilidade total de manifestação de vontade

em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido. Código Civil/2002.

⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. v. 1. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.87.

⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 102.

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume I, Parte Geral, 6.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p.92.

do indivíduo associada ao caráter de provisoriedade.

Nesse sentido de alteração, a surdo-mudez deixou de ser categoria autônoma de incapacidade absoluta, uma vez que, a depender do grau de adaptabilidade social e educação inclusiva recebida, os surdos-mudos poderão ser considerados relativamente incapazes ou até mesmo plenamente capazes de exprimir sua vontade, conforme se verá a partir das demais classificações do novo regime de incapacidade do CC/02. Ressalva-se, todavia que, para o público cuja surdo-mudez importe em total reclusão social e, por conseguinte, incompreensão da dinâmica de trato da vida civil, a incapacitação absoluta ainda se mantém com arrimo em novo enunciado ampliativo.

Já no que tange à classificação dos relativamente incapazes, o novel código regulamento as seguintes hipóteses de limitação à autonomia plena para a prática de atos da vida civil:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV – os pródigos.

Parágrafo único: A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Embora a antiga hipótese enunciativa de incapacidade absoluta, com arrimo no critério cronológico, tenha se mantido inalterada ante a reestruturação do regime de incapacidades do Código Civil de 2002, o mesmo não se verificou no que tange à classificação dos menores púberes.

Seguindo a esteira do Projeto de Código Civil de 1965, o novo legislador optou pela redução da faixa etária que abrangia os relativamente incapazes no sistema anterior, para fixar a idade de 18 (dezoito) anos, e não mais a de 21 (vinte e um anos), como o marco de aquisição da plena capacidade civil⁷⁰, de forma a consagrar que os maiores de 16 (dezesseis) anos e os menores de 18 (dezoito) anos são os novos incapazes, relativamente a certos atos.

Os rigores da nova definição etária, no que tange à aquisição de capacidade plena,

⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. V. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 103.

se impõe, inclusive, a despeito da eventual situação de dependência econômica e social entre os novos maiores e seus pais. Assim, ainda que um jovem de 18 (dezoito) anos não detenha independência financeira e plena autonomia social, posto que mantido por seus progenitores, a este caberá responder pessoalmente pelas consequências de seus atos na ordem civil.⁷¹

De outro lado, mantendo o raciocínio da codificação anterior, a necessidade de obrigatória assistência para a validade de atos praticados pelos menores púberes também foi relativizada para algumas situações, tais como: elaborar testamentos, atuar como testemunhas, ser eleitor e ser mandatário. E, para o trato de situações pontuais, cuja relevância social gera a presunção de maior capacidade do indivíduo, o legislador previu a possibilidade de o menor suprir a sua relativa condição de incapaz por meio do expediente de emancipação.

Com vistas à construção de um sistema de incapacidades pautado em menor grau de abstração quanto aos fatores de limitação funcional do sujeito, o Código Civil de 2002 criou categoria autônoma de incapacidade relativa, destinada à tutela dos dependentes de substâncias alcoólicas (ébrios habituais o dipsômanos), dependentes químicos (toxicômanos) e deficientes mentais de discernimento reduzido.

Com efeito, o legislador reconheceu que os recorrentes quadros de embriaguez e uso de substâncias químicas têm o condão de afetar a capacidade de discernimento daqueles que estão, habitualmente, sob os efeitos do vício.⁷² Por se considerar que tal quadro de indeterminação psíquica, apesar de provisório, não impede o sujeito de exprimir sua vontade, apenas reduzindo a sua capacidade de compreensão da realidade em certos momentos, o legislador optou pela necessidade de se realizar um processo de interdição relativa para declarar os limites da incapacidade civil do interditando e o rol de atos passíveis de exercício autônomo⁷³, de sorte que, quanto a esta modalidade, a incapacidade não se presume.

⁷¹ Sobre a redução da maioridade civil, destaca-se que a alteração não afetou a questão dos benefícios previdenciários devidos aos filhos dependentes até os 21 anos de idade, conforme conta do Enunciado n. 3, *da I Jornada de Direito Civil*: “A redução do limite etário para a definição da capacidade civil aos 18 anos não altera o disposto no art. 16, I, da Lei 8.23/1191, que regula específica situação de dependência econômica para fins previdenciários e outras situações similares de proteção, previstas em legislação especial. TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 81.

⁷² A doutrina reconhece que o uso abusivo de substâncias químicas, de caráter lícito (analgésicos, antidepressivos, calmante, etc.) sem prescrição médica, é passível de ensejar o reconhecimento de incapacidade relativa, com espeque na previsão do Art.4º, II, do CC/02, diante da possibilidade de dependência psicofísica. EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito Civil: LICC e parte geral**. v. 1. Salvador: JusPODIVM, 2009, p.131.

⁷³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 82.

Ademais, cumpre destacar que a nova categoria teve o mérito de tratar a deficiência mental sob a perspectiva da gradação de seus efeitos incapacitantes sobre o indivíduo como amostra específica. Diferentemente da codificação anterior, o CC/02 reconhece que determinados tipos de deficiência mental podem apenas minimizar a capacidade de autodeterminação do sujeito, e não a eliminar por completo, conforme se abstraía.

Utilizando de enunciado genérico, o novo legislador fixou categoria específica de incapacidade relativa para abranger aqueles sujeitos que apresentem o desenvolvimento mental incompleto em razão de alguma anomalia. Trata-se da situação dos portadores de Síndrome de Down que, conquanto apresentem um grau médio de deficiência, possuem capacitação para determinados atos, como trabalhar, estudar, etc.

Mantendo a opção legislativa do Código Civil de 1916, a prodigalidade manteve-se como fator de incapacitação relativa do sujeito, no que tange à possibilidade de realização de atos jurídicos na esfera patrimonial. Com efeito, o comportamento da pessoa que desperdiça desvairadamente o seu patrimônio é situação que se encadeou novamente sob o regime de incapacidade relativa para conferir proteção à pessoa humana.

Entretanto, há de se criticar que a manutenção dessa hipótese normativa, que demonstra clara preocupação com a tutela econômica do indivíduo, não encontra guarida na realidade contemporânea de resignificação de proteção à personalidade humana. Afinal, a pessoa possui autonomia existencial e, se diante disso, deseja destinar seu patrimônio próprio a realização de liberalidades, como parte do projeto de vida que delineou para si, certamente o desenvolvimento desse traço da personalidade não deveria ser coibido pelas penas da interdição, a não ser que aliada à prodigalidade se manifeste uma patologia grave.

1.3 Considerações finais ao diagnóstico da tradicional teoria da incapacidade nas codificações brasileiras

O processo de repersonalização do direito civil, cujo mérito incluiu a pessoa como objeto central do epicentro existencialista do sistema privado brasileiro, é situação que urge ser revisada no que tange à teoria da incapacidade civil adotada pela codificação vigente.

Conforme expendido, não obstante a base axiológica dos sistemas privados tenha migrado em prol da dignidade da pessoa humana em aspecto patrimonial e existencial (função protetiva e promocional), o regime de incapacidade civil adotado pelo ordenamento jurídico

brasileiro remanesce adstrito ao grau de abstração característico da tutela da pessoa enquanto mero ente estrutural da relação jurídica. Com efeito, especialmente no que se refere ao fator de insuficiência somática, a transição da conglobante loucura para os liames da deficiência manteve-se como situação de ampla abstração conceitual, desconsiderando as singularidades e vicissitudes de cada indivíduo para projetar-se livremente na promoção de seu projeto de vida existencial. Nesse sentido, Pietro Perlingieri afirma:

A falta de aptidão para entender não se configura sempre como absoluta, apresentando-se, no mais das vezes, por setores ou por esferas de interesses; de maneira que a *incapacità natural* é construída, de um ponto de vista jurídico, como uma noção permanente, geral e abstrata, se poder traduzir em uma ficção e, de qualquer modo, em uma noção que não corresponde à efetiva idoneidade psíquica para realizar determinados atos e não outros, para orientar-se em alguns setores e não em outros. Dessa situação deriva, por um lado, a necessidade de recusar preconceitos jurídicos nos quais pretende armazenar a variedade do fenômeno déficit psíquico; por outro, a oportunidade que o próprio legislador evite regulamentar a situação do deficiente de maneira abstrata e, portanto, rígida, propondo-se a estabelecer taxativamente o que lhe é proibido e o que lhe é permitido fazer.⁷⁴

Desse modo, a incapacidade atestada aos deficientes mentais – calcada na proteção meramente patrimonial - mantém-se como óbice à concretização do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e, em maior escala, em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana em sua dimensão prestacional/promocional, carecendo de reformas para que a capacidade jurídica afigure-se como verdadeiro direito fundamental da pessoa humana, assim considerada em suas singularidades, vicissitudes, e diferenças. Vale dizer que a incapacidade não pode ser aferida globalmente em razão da existência da deficiência por si só, afinal a tendência jurídica mais abalizada reconhece que a deficiência e, reflexamente, a incapacitação, não decorre exclusivamente da lesão biológica experimentada pelo indivíduo, mas sim da dificuldade oposta pelo meio social para adequar-se às diferenças individuais.

⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. E ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 163.

2 A EMANCIPAÇÃO DAS PESSOAS COM DÉFICIT FUNCIONAL PSÍQUICO E/OU INTELECTUAL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Conforme aludido em capítulo anterior, o direito contemporâneo experimentou a transição axiológica entre o sujeito de direitos à pessoa humana, processo por meio do qual a decantação conceitual do abstrato sujeito de direitos - legado pela Modernidade como a categoria única na qual todas as pessoas deveriam se adequar para participar ativamente do tráfego jurídico -, cede passagem à tutela da pessoa humana, assim compreendida a partir dos valores de dignidade, liberdade e igualdade que imantam a sua personalidade singular, as suas vulnerabilidades concretas e seus direitos fundamentais básicos, de forma que, o respeito aos direitos humanos passou a representar a melhor medida de proteção da pessoa.

Sob o viés dos direitos humanos, para além da tônica de proteção geral e abstrata do sujeito, encartada sob o princípio da igualdade formal no bojo de documentos internacionais sobre os direitos do homem, insurge uma segunda fase de proteção concreta da pessoa, por meio de tratados e convenções específicas, destinados a tutelar as particularidades e vicissitudes inerentes à condição social de populações vulneráveis e minoritárias, diante da constatação de que a “diferença” e a “diversidade” pessoal continuavam sendo concebidas como meio de aniquilação de direitos e esvaziamento da dignidade inerente de grupos específicos, tais como as mulheres, os negros, as crianças, as pessoas com deficiência, os índios e os migrantes.

Nesse contexto de proteção concreta e funcionalizada da pessoa pela proeminência dos direitos humanos, as constituições dos estados ocidentais passaram a incorporar estruturas jurídicas e tutelas específicas à pessoa no contexto de sua diversidade, irradiando o rol de direitos e garantias fundamentais a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e permitindo o acesso dessa onda protetiva no direito privado por meio dos direitos de personalidade.⁷⁵

Sobre o novo paradigma de tutela ampla e concreta da pessoa no âmbito das relações públicas e privadas, com base no direito à diversidade, esclarece Joyceane Bezerra de Menezes que:

Direitos humanos, direitos fundamentais e direitos de personalidade se entrelaçaram para viabilizar uma tutela geral da pessoa nas relações públicas

⁷⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civilística*, Rio de Janeiro, v.4, jan-jul/2015, p.3. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em 27 jun. 2017.

e privadas, considerando-se que nessas últimas também se verificam lesões à dignidade e aos direitos mais eminentes do sujeito. Exemplificativamente, as pessoas com deficiência psíquica e intelectual foram, por muito tempo, excluídas de uma maior participação na vida civil, tiveram a sua capacidade jurídica mitigada ou negada, a sua personalidade desrespeitada, seus bens espoliados, a sua vontade e sua autonomia desconsideradas. Ao cabo e ao fim, a capacidade civil serviu de critério para atribuir titularidade aos direitos fundamentais.⁷⁶

Portanto, acompanhando a mudança do eixo valorativo do sistema jurídico privado, a *ratio* da proteção que se oferecia ao sujeito de direito unitário, baseada em um modelo formal e abstrato de caráter patrimonial, proclama a sua insuficiência ante o paradigma pós-moderno de proteção à diferença e o imperativo de promoção de valores como a igualdade material e a solidariedade social, de modo que, a construção de tutelas qualitativas funcionalizadas à promoção da dignidade do idoso, da criança e do adolescente, do consumidor e dos demais grupos que se descortinam sob o véu da diferença, passa a ser a tônica das novas produções legislativas no plano interno dos ordenamentos jurídicos.

No direito pátrio, em algumas matérias, a formulação de tutelas especializadas à salvaguarda da dignidade da pessoa humana no contexto de sua diversidade teve o mérito de se difundir rapidamente sob o signo do pluralismo jurídico, com a elaboração de inéditos instrumentos infraconstitucionais à proteção de grupos específicos (leis especiais e microsistemas), a exemplo do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Por outro lado, em algumas situações, a edição dessas novas técnicas de proteção esbarrou no engessamento de regimes já existentes, supostamente vocacionados à tutela de grupos minoritários, como é o caso da proteção da pessoa com deficiência psíquica e intelectual por meio da sistemática de incapacidade civil, insculpida pelo Código Civil Brasileiro (CC/02).

Como se viu, mesmo diante do processo de repersonalização do direito civil, sob a justificativa de proteção da pessoa com deficiência psíquica/intelectual na relação jurídica, a vigente codificação civilista manteve a tutela de tais sujeitos por meio de um modelo de incapacidade jurídica semelhante ao do Código Civil de 1916, marcado pelo elevado grau de abstração e generalização do sujeito de direitos da ordem patrimonial, baseado na fórmula de “ausência” ou da “redução” do discernimento (revogados arts. 3º e 4º do CC/02) e orientado na lógica do “tudo ou nada”, a partir do qual, as pessoas com déficit funcional psíquico e/ou

⁷⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civilística*, Rio de Janeiro, v.4, jan-jul/2015, p.3. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

intelectual, em maior ou menor grau, eram remetidas à redoma da incapacidade (absoluta ou relativa), mesmo diante das condições destas exercerem livremente parcela de sua autonomia em situações jurídicas subjetivas existenciais.⁷⁷

O modelo apriorístico e generalista de incapacidade como corolário de proteção jurídica do deficiente dito “incapaz”, como se faz visível perceber, não se coadunou com a ressignificação da tutela de proteção da pessoa humana concreta em sua diversidade, pois, sob a lógica do “tudo ou nada”, prestigiava a figura do sujeito de direito da ordem patrimonial e acabava por ignorar que todo homem é titular de situações existenciais representadas no seu *status personae* (direito à vida, à saúde, à construção de identidade própria e ao livre desenvolvimento de sua personalidade). Afinal, o estado de patologia psicofísica da pessoa, se graduado e parcial, nas palavras de Perlingieri, não deve se desdobrar em estigmas e limitações desnecessárias, que não consideram o grau e a qualidade do déficit psíquico, sob pena de se afiançar verdadeira camisa de forças ao exercício dos direitos fundamentais da pessoa.⁷⁸

Desta forma, orientando-se a partir das transformações provocadas pela passagem da proteção abstrata do sujeito de direitos à tutela concreta da dignidade e da liberdade intrínsecas à pessoa humana, prestigiando o paradigma da diferença encartado pelos direitos humanos, tornou-se frequente na doutrina nacional a percepção de que o regime de incapacidade, como instrumento de proteção das pessoas com deficiência, acabava por fulcrar amarras e impedimentos ao gozo dos direitos humanos fundamentais por parte daqueles considerados “incapazes”, devendo, portanto, ter-se em mente que a incapacidade a ser invocada como tutela da pessoa com deficiência psíquica e intelectual deveria ser excepcional e motivada, em atenção à vulnerabilidade das mesmas sem, no entanto, lhes tolhir o gozo dos direitos humanos fundamentais.

A partir dessa compreensão, colocou-se em relevo a necessária oferta de novel proteção jurídica aos deficientes incapazes, a fim de emancipá-los juridicamente das abstratas amarras apriorísticas e generalistas que, sob o véu da incapacidade de exercício, lhes impediam a construção de sua personalidade, a atuação em sua existencialidade e o acesso aos demais direitos fundamentais que imantam o seu direito à vida digna como pessoa humana: dignidade esta que ultrapassa os liames do mero sujeito de direitos da ordem patrimonial.

⁷⁷ ROSENVALD, Nelson. A necessária Revisão da Teoria das Incapacidades. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.). **Direito & Justiça social**: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013, p. 145.

⁷⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 164.

A necessária revisão da teoria da incapacidade relativamente às pessoas com deficiência, no entanto, é situação que, apesar de amplamente alardeada na ordem civil pelos reflexos dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade humana como cláusula geral de tutela da pessoa na CRFB/88, apenas se reestruturou de forma emancipatória pela ordem privada, mediante microssistema próprio, após o Brasil ratificar convenção internacional específica sobre o tema da deficiência.

Com efeito, a resignificação da capacidade jurídica como categoria funcionalizada à emancipação da pessoa com deficiência no que toca à autonomia de acessos aos seus direitos humanos fundamentais e, por consequência, a modulação da incapacidade como tutela excepcional, é entendimento que ingressou efetivamente no direito nacional com a aprovação da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), por meio do Decreto nº 186/2008 e a consequente fixação de um novo modelo de abordagem da deficiência: o modelo social.

Conforme será visto, a adoção do modelo social de compreensão da deficiência, por força da CDPD, provocou verdadeira guinada de paradigma no que tange ao sistema de capacidade legal aplicável ao grupo de pessoas marcadas pela deficiência psíquica e intelectual, ao se considerar que a limitação funcional é condição que não pode ser restringida ao campos dos saberes biomédicos, devendo também ser objeto de ações políticas e da intervenção do Estado, na medida em que, a deficiência se constitui como um dado complexo, que se reconhece na lesão corporal, mas que também se apoia na estrutura social que oprime o corpo deficiente.⁷⁹

Nesse sentido, este capítulo buscará esclarecer o giro emancipatório conferido à pessoa com deficiência psíquica e intelectual mediante a resignificação da capacidade civil provocada pelo paradigma do modelo social, inicialmente albergado na Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A partir da análise das diretrizes da Convenção, abordar-se-á a proposta de tutela emancipatória deste grupo, pela via da presunção de capacidade jurídica, em cotejo com os valores, princípios e direitos que operam a transição do sujeito de direitos da ordem patrimonial à pessoa humana em sua concreta multiplicidade no direito civil brasileiro: a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 - (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e nova sistemática de capacidade civil.

Para tanto, demonstrar-se-á que a nova concepção de capacidade legal das pessoas com déficit funcional no direito brasileiro decorre da compressão da deficiência como uma questão

⁷⁹ DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p.18.

de direitos humanos, albergada no bojo do modelo social de abordagem, de modo que, partindo desta premissa, far-se-á necessária a análise dos predecessores modelos de compreensão da deficiência, bem como suas implicações jurídicas no tratamento da pessoa com déficit funcional psíquico e/ou intelectual como sujeito de direitos, passando-se para a análise do modelo social de compreensão da deficiência e os seus desdobramentos como fundamento axiológico de reafirmação dos valores de dignidade, liberdade e igualdade que imantam a autonomia, a personalidade e a capacidade jurídica da pessoa com deficiência, dando sustentação principiológica à elaboração de um instrumento específico à promoção da dignidade e liberdade moral da pessoa com déficit funcional psíquico e intelectual: a Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência (CDPD).

Por meio de análise do conteúdo emancipatório da Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência (CDPD), balizada pelo modelo social de abordagem, demonstrar-se-á a construção do entendimento, no plano internacional, da capacidade jurídica como condição inerente à pessoa com deficiência, necessária ao desenvolvimento de sua dignidade e, ao fim, apresentar-se-á como a Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência), alinhada às premissas da CDPD, promoveu significativas alterações no regime de capacidades do direito civil pátrio em prol da emancipação da pessoa com deficiência como sujeito dotado de dignidade inerente e liberdade moral e eletiva por meio da presunção de plena capacidade legal.

2.1 A compreensão da deficiência como uma questão de direitos humanos: o câmbio paradigmático entre o modelo discursivo de prescindibilidade, o modelo biomédico e o atual modelo social de abordagem

Ao longo da história, a humanidade estabeleceu diferentes modelos discursivos para compreender o fenômeno da deficiência e alinhar práticas sociais e políticas jurídicas de tratamento àqueles vulneráveis cuja experiência de vida se guiava sob o signo da diversidade funcional e/ou orgânica. Destaca-se, todavia, a prevalência de 03 (três) modelos de abordagem e estruturação da deficiência: o superado modelo da prescindência, o modelo médico assistencial, incorporado internacionalmente com o advento da modernidade, e o atual modelo social, lançado sob a ótica dos direitos humanos.⁸⁰

⁸⁰ SASSAKI, Romeu Kazumi. Por falar em classificação de deficiências. **Revista Brasileira de Tradução Visual**.

O câmbio de tais modelos de estrutura da deficiência se fez transitar no decorrer dos tempos, desde a Antiguidade até o atual período pós-moderno, a partir das alterações da base conceitual de “normalidade” e de “homem médio” que habilita o indivíduo a ser sujeito de direitos a cada época, na medida em que, reconhece-se que referido processo de mutação social é responsável por identificar e promover “novos sujeitos de direitos”⁸¹, a exemplo da atual inclusão da pessoa com déficit psíquico e intelectual como sujeito que goza de presunção de plena capacidade jurídica por força do disposto na Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência (art. 12 CDPD).

Inicialmente, os modelos de estrutura de deficiência emergiram sob a concepção rígida de que a deficiência representa a variação de normalidade do gênero humano⁸², refletindo a premissa de que tal fenômeno resultava exclusivamente de fatores inerentes ao corpo humano - tais como a lesão, o déficit, a disfunção, a ausência de membros, a malformação ou a insuficiência biológica -, que frequentemente confundidos como doenças, deram força à falsa ideia de que doença e deficiência seriam a mesma coisa, justificando pessoas deficientes serem tratadas como doentes e incapazes.⁸³

O primeiro modelo aplicável à deficiência se concretiza na estrutura clássica do modelo da “prescindibilidade”, “prescindência” ou rejeição social, que perdurou no período da Antiguidade e da Idade Média. Sob tal concepção teórica, as causas originárias da deficiência estavam diretamente relacionadas a motivos religiosos e representavam a marca de um castigo divino, o resultado da ira dos deuses. Assim, tais pessoas eram consideradas prescindíveis e desnecessárias ao convívio social, uma vez que, não se projetavam como agentes ativos nos processos de manutenção da comunidade em que viviam, dado a sua inutilidade ou invalidez.

A estrutura de “prescindência” ou “prescindibilidade”, conforme destacado por Ana Paula Barbosa-Fohrmann e Sandra Filomena Wagner Kiefer, manifestava-se sob 02 (duas) práticas distintas: a primeira prática, também nomeada como prescindência eugênica, preponderante na Antiguidade Clássica, caracterizava-se pelas políticas de eliminação,

América do Norte, v. 12, n. 2, out./dez. 2012 (não paginado, [1]). Disponível em: <<http://www.espanholacessivel.ufc.br/falar.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

⁸¹ FOHRMANN, Ana Paula Barbosa, KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 68

⁸² DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paul: Brasiliense, 2007, p.8

⁸³ SASSAKI, Romeu Kazumi. Por falar em classificação de deficiências. **Revista Brasileira de Tradução Visual América do Norte**, v. 12, n. 2, out./dez. 2012 (não paginado, [1]). Disponível em: <<http://www.espanholacessivel.ufc.br/falar.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

extermínio e aniquilamento das pessoas com deficiência. Já a segunda prática da prescindência, conhecida como o submodelo de marginalização, vigorou precipuamente na Idade Média, consistindo em segregar as pessoas com deficiência do convívio com os demais, relegando-as a locais específicos para os “anormais” ou para os “pobres/marginalizados”.⁸⁴

Sobre o tema, Augustina Palacios e Francisco Bariffi bem elucidam o submodelo teórico da prescindência que, com cerne em raízes religiosas, incentivava práticas de eliminação das pessoas com deficiência, justificando o demérito de tais vidas serem mantidas:

[...] las personas con discapacidad son asumidas como innecesarias por diferentes razones: porque se estima que no contribuyen a las necesidades de la comunidad, que albergan mensajes diabólicos, que son la consecuencia del enojo de los dioses, o que – por lo desgraciadas -, sus vidas no merecen la pena ser vividas. Como consecuencia de dichas premisas, la sociedad decide prescindir de las personas con discapacidad, ya se a través de lá aplicación de políticas eugenésicas, ya se situándolas em el espacio destinado para los anormales y las classes pobres.⁸⁵

Como resultado da concepção eugênica, na Antiguidade Clássica, há relatos de que as sociedades grega e romana adotavam práticas para eliminação⁸⁶ de crianças com deficiência, bem como dedicavam-se à prática de abandono de deficientes, ao se considerar que estes, além de representarem o pecado e o castigo dos deuses, também carregavam o ônus da incapacidade para viver.⁸⁷

⁸⁴ FOHRMANN, Ana Paula Barbosa, KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 69.

⁸⁵ PALACIOS, Augustina y BARIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos**. p.13.

⁸⁶ Nesse sentido, Flávia Piva Almeida Leite afirma que: “Segundo releva a história, a Grécia antiga foi das civilizações que mais deixou fortes expressões de crueldade, ao tempo de Licurgo. Se as crianças nascessem fracas ou disformes, elas eram atiradas no monte Taigeto, com cerca de 2400 m de altura. Em Roma não foi diferente, a própria Lei das XII Tábuas, na parte que versava sobre o pátrio poder, também se deixou influenciar pelo costume grego de eliminar as crianças que viessem a nascer com deformidades”. ALMEIDA, Flávia Piva Leite, A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: amplitude conceitual – A busca por um modelo social. **Revista de Direito Brasileira**. Vol. 03/2012, jul-dez/2012, DTR/2012/450704, p.11. Também sobre a prática eugenésica, Ana Paula Barbosa – Fohrmann e Sandra Filomena Wagner Kiefer destacam que: “Em função do culto à beleza, na Grécia clássica, havia a prática dos “infanticídios a los deformes”. Platão e Sócrates, em suas obras *A República* e *A Política*, respectivamente, abordaram o costume de eliminação das pessoas com deficiência. Em Esparta, elas não eram sequer consideradas pessoas e seus cidadãos. Os espartanos, focados nas guerras e na manutenção de territórios, também se matavam, já que somente os fortes poderiam sobreviver e servir nos conflitos. Na Antiga Roma, eram tratadas com crueldade e os pais tinham o direito de afogar os filhos nascidos com alguma forma de deficiência. FOHRMANN, Ana Paula Barbosa; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 69.

⁸⁷ GARLAND, R., **The eye of the beholder Deformity e Disability in the Graeco-Roman world**. Duckworth, London, 1995.

Por outro lado, o submodelo da marginalização, não obstante também se fulcrasse na suposta causalidade entre religião e deficiência, admitia a deficiência como um fenômeno a ser aceito com resignação e, por isso, justificava ser o destino das pessoas com impedimentos funcionais não a morte, mas sim a exclusão, donde se inaugura a fase de rejeição social das pessoas com deficiência. Nesse sentido, explicam Augustina Palacios e Francisco Bariffi o traço distintivo da prescindência encampada na Idade Média:

El rasgo principal que caracteriza a este submodelo es la exclusión, ya se como consecuencia de subestimar a las personas con discapacidad y considerarlas objeto de compasión, o como consecuencia del temor o el rechazo por considerarlas objeto de maleficios o como advertencia de un peligro inminente. Es decir, que – ya sea por menosprecio ya se por miedo -, la exclusión parece ser la respuesta social que genera mayor tranquilidad.⁸⁸

Com o renascimento e advento do Mundo Moderno⁸⁹, a crença na racionalidade do homem substituiu os ditames da moralidade cristã, eliminando concepções pautadas no sobrenatural para alçar a cientificidade como critério único de justificação, tendo como consequência, o desenvolvimento de estudos sobre a anatomia e cirurgias, contexto no qual, o modelo teórico da prescindência tornou-se obsoleto para explicar a deficiência, dando origem ao pensamento que se verteria no modelo médico de compreensão da deficiência.

A eliminação das explicações religiosas como parâmetro de abordagem e tratamento à deficiência, fez com que durante os séculos XVII e XVIII, iniciasse-se uma incipiente visão médica sobre o contexto de diversidade funcional, mudança de concepção que foi acompanhada paralelamente ao processo de especialização dos estabelecimentos médicos para atender pessoas com deficiência, notadamente os feridos de guerra.

Todavia, a incipiente visão médica que se formava também dava início a um período conhecido como “grande reclusão”, uma vez que, as pessoas com deficiência eram segregadas do meio comum e mantidas em hospitais e abrigos em razão da necessidade de tratamento aos deficientes.⁹⁰

⁸⁸ PALACIOS, Agustina. BARIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Telefónica Y CERMI. Madrid: Cinca, 2007, p. 14/15.

⁸⁹ VV.AA., **La Discapacidad Y la Rehabilitación em Juan Luis Vives**. Homo bomini par, POUIG DE LA BELLACASA, R., Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía, Madrid, 1993.

⁹⁰ GUGEL, Maria Aparecida. **A pessoa com deficiência e sua relação com a humanidade**. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência (AMPID). Disponível em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php>. Acesso em: 05 ago. 2017.

No século XIX, com a ancoragem da visão médica e científica sob as causas da deficiência, a sociedade cristaliza o entendimento de que as pessoas com déficit funcional não precisam tão somente de hospitais e abrigos, mas também de atenção especializada para cada tipo de deficiência, momento em que surgem organizações vocacionadas a conferir tratamento e reabilitação pormenorizada aos problemas oriundos de cada natureza de limitação corporal. Criam-se então os orfanatos, asilos e lares para crianças com deficiência física e organizações para reabilitação dos feridos para o trabalho, sempre se mantendo a lógica de reabilitação mediante tratamento segregatório (política de segregação institucional), considerando as pessoas com deficiência socialmente inválidas.⁹¹

A política de segregação das pessoas com deficiência para fins de reabilitação foi situação que perdurou desde o final do século XIX até a década de 1940, sendo imperioso destacar que, a partir da Primeira Guerra Mundial, como grande número de pessoas mutiladas, a deficiência começou a ser compreendida como uma insuficiência, algo que necessitava de reparação, justificando a criação de políticas de reabilitação e assistência em locais especializados e distintos da comunidade considerada padrão.⁹²

Desta forma, a partir de 1940, confinado aos saberes biomédicos, insurge de forma mais profunda a concepção de que a capacidade da pessoa com deficiência pode ser desenvolvida, pela via da normalização da lesão corporal. Sob esse viés, buscava-se a cura do déficit funcional para normalizar o indivíduo e torná-lo habilitado a participar da vida social. Eis as bases axiológicas do modelo médico, assistencialista ou reabilitador, de caráter protetor, que se consolidaria na década de 1960 e inspiraria as políticas públicas e legislações até então vigentes.⁹³

Com efeito, na década de 1960, as institucionalizadas práticas de “naturalização” da pessoa com deficiência por meio de reabilitação médica - operada em caráter segregatório - se decantam conceitualmente em um modelo discursivo que aborda a deficiência como sendo a consequência direta e individual que um déficitou lesão corporal provocada no indivíduo,

⁹¹ GUGEL, Maria Aparecida. **A pessoa com deficiência e sua relação com a humanidade**. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência (AMPID). Disponível em: http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php. Acesso em 0/08/2017.

⁹² PALACIOS, Agustina. BARIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de Las Personas con Discapacidad**. Telefónica y CERMI. Madrid: Cinca, 2007, p. 16-17.

⁹³ FOHRMANN, Ana Paula Barbosa, KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 71.

inabilitando-o a interagir socialmente.⁹⁴ Assim, para o modelo biomédico, vale dizer: a deficiência se constitui como a expressão fenomênica de uma lesão ou déficit corporal que impõe restrições à participação social de uma pessoa.

A par da referida estrutura de abordagem, a deficiência era admitida como quadro de manifestação estritamente individual, cuja resposta da sociedade se restringia ao oferecimento de tratamentos médicos de reabilitação individual em busca da eliminação da deficiência e da recuperação do status de “normalidade”.⁹⁵

Sob esse modelo de deficiência, pois, a limitação funcional (sensorial, física, mental e intelectual) era valorada negativamente como “anormal” e “antinatural”, de modo que, qualquer desvantagem sofrida por pessoas com deficiência se justificaria tão somente pelo fato da mesma estar fora dos padrões dominantes.

Nesta esteira de raciocínio, exemplifica-se que a desvantagem que resulta da exclusão social sofrida por um cadeirante seria consequência exclusiva e direta do fato de o deficiente físico não estar dentro do padrão biológico “normal” de pessoa e, a única forma de alterar tal panorama em benefício da promoção da autonomia e independência do mesmo, também dar-se-ia de forma individual e pessoal, na medida em que o deficiente pudesse alcançar a naturalização corporal mediante reabilitação, o que desobrigaria o Estado e a sociedade de assumirem qualquer dever a esse respeito.

Assim, reconhecendo-se que a deficiência é essencializada pelos efeitos da lesão e da doença enquanto fatores de limitação funcional, o modelo biomédico credita a tais fatores a causa primeira da desigualdade social e das desvantagens experimentadas pelos deficientes, desconhecendo que as estruturas sociais possam contribuir para opressão e marginalização da pessoa deficiente.

A importância de integração de tais pessoas no contexto social é reconhecida para esta concepção, porém, na medida em que as mesmas podem ser reabilitadas e “normalizadas”. Nesse sentido, Heloísa Helena Barboza e Vítor de Azevedo Almeida Junior destacam que, para o modelo médico, a integração social está diretamente relacionada com o processo de reabilitação da deficiência ao se ter como premissa que a “naturalização” ou “neutralização” da deficiência alçar a pessoa à capacidade de ser agente rentável:

⁹⁴ ALVES, Elioenai Dornelles Alves, BAMPI, Luciana Neves da Silva, GUILHEM, Dirce. Modelo social: uma nova abordagem para o tema da deficiência. **Revista Latino – Am .Enfermagem**, jul-ago.2010.

⁹⁵ FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes e Waldir Macieira da Costa Filho. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 65/66.

Esse modelo, denominado “modelo reabilitador”, tem como características principais a substituição da divindade pela ciência e a admissão da possibilidade de algum aporte para a sociedade por parte da pessoa com deficiência, na medida em que sejam “reabilitadas” ou “normalizadas”. A pessoa com deficiência poderia tornar-se “rentável” socialmente desde que conseguisse assemelhar-se às demais pessoas válidas e capazes, o máximo possível. As deficiências, à luz da ciência, decorrem de causas naturais e biológicas e são situações modificáveis, havendo possibilidade de melhoramento da qualidade de vida das pessoas afetadas. Nessa perspectiva, desenvolveram-se os meios de prevenção, tratamento e reabilitação, que acabaram vinculados à compreensão de integração,¹⁸ como, aliás, se vê do art. 203, IV, da Constituição brasileira, acima citado.⁹⁶

O modelo médico, pois, tem como escopo promover a reabilitação das pessoas com deficiência para que os fatores de diversidade funcional sejam eliminados e, conseqüentemente, possa a pessoa ser reinserida nos processos sociais sem qualquer desvantagem. Visualiza-se, portanto, a deficiência como uma tragédia pessoal de natureza meramente individual, cujas limitações corporais devem ser erradicadas para tornar o sujeito habilitado à convivência social.⁹⁷

Refletindo a concepção de deficiência como um fenômeno exclusivamente individual, indiferente a qualquer abordagem sociológica e humanística, à pessoa com deficiência foi atribuído o estigma da incapacidade de atuar no meio social, confundindo-se autonomia funcional com a autonomia moral inerente à pessoa humana e, por isso, as repostas da sociedade e do Poder Público materializavam-se em medidas assistencialistas e caritativas, em busca da “normalização corporal” conduzida pela via estrita da reabilitação, longe de reconhecer a pessoa com deficiência como sujeito de direitos.

Como bem esclarece Linamara Rizzo Battistella, a deficiência, representada por uma lesão corporal que necessita ser “curada”, “normalizada” e “neutralizada”, é visualizada em sua interface como fator de incapacitação da pessoa, a saber:

O modelo médico considera a incapacidade como um problema da pessoa, causado diretamente pela doença, trauma ou outro estado de saúde, que requer

⁹⁶ BARBOZA, Heloísa Helena; JÚNIOR ALMEIDA, Vítor de Azevedo. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência.: **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 13, jul – set 2017, p. 25.

⁹⁷ Apesar do modelo biomédico de compreensão de deficiência ter sido deflagrado no início dos tempos modernos, destaca-se que a consolidação de tal paradigma em âmbito legislativo se deu no início do século XX, com o fim da Primeira Guerra Mundial, quando as lesões corporais provocadas por confrontos bélicos se assomaram, resultando em contingentes de pessoas mutiladas, que tornaram-se deficientes. Nesse momento, a deficiência começou a ser vinculada aos feridos de guerra e vista como uma insuficiência, uma limitação a ser erradicada. PALACIOS, Augustina y BARIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos**. p.16

assistência médica fornecida através de tratamento individual por profissionais. Os cuidados em relação à incapacidade têm como objetivo a cura ou a adaptação do indivíduo e mudança de comportamento. A assistência médica é considerada como questão principal e, em nível político, a principal reposta é a modificação ou reforma da política de saúde.⁹⁸

Do mesmo modo, Maria Tereza Égler Mantoan assevera que a proposta de abordagem do modelo médico se apoia na pretensa “anormalidade” da pessoa com deficiência e a confina em sua incapacidade de viver em condições de igualdade com os demais:

Historicamente, a deficiência foi por muito tempo entendida, do ponto de vista exclusivamente médico, como sinônimo de anormalidade do “portador” dessa deficiência. O remédio, nesse caso, quando existe, é a cura da deficiência; e seu agente, um profissional da saúde. Esse modelo de deficiência promove a “acomodação” da anormalidade da pessoa e a encerra na sua incapacidade de viver em um mundo social e físico que não mudam – escolas especiais, confinamento na própria casa, família, limitações de todo nível, expectativa muito baixa para o futuro, solidão, tutela por incapacidade.⁹⁹

A suposta interface incindível entre deficiência e incapacidade – confusão conceitual entre autonomia funcional e autonomia moral e eletiva do sujeito -, proposta pelo modelo médico de deficiência significou a produção de tutelas jurídicas para o grupo reputado incapaz em duas frentes: primeiro, a elaboração de legislações no âmbito da assistência e da seguridade social e a construção de benefícios de reabilitação (políticas de quotas laborais e educação especial)¹⁰⁰ destinadas às pessoas com deficiência de todas as naturezas e, segundo, no âmbito das relações privadas, a construção de regime de incapacidades que, sob a justificativa de proteção patrimonial das pessoas com déficit funcional cognitivo, mental e intelectual, condenou tais deficientes à redoma da impossibilidade de autodeterminação, assim retirando-lhes a autonomia de projetar-se como um sujeito dotado de liberdade moral em razão de algum

⁹⁸ BATTISTELLA, Linamara Rizzo. Medicina de reabilitação: reabilitação e o modelo da CIF. In: GUGEL, Maria Aparecida, MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (Org). **Deficiência no Brasil – uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência**. Curitiba: Obra Jurídica, 2007, p. 184.

⁹⁹ Carta da Profa. Maria Tereza Égler Mantoan aos Senadores. **Inclusão Já!** Publicado em: 07 nov. 2013. Disponível em: <<https://inclusaoja.com.br/2013/11/07/carta-da-profa-mantoan-aos-senadores/>>. Acesso em: 06 jul. 2017.

¹⁰⁰ A compreensão da deficiência na perspectiva da reabilitação, amparada no modelo médico, materializou-se no tratamento assistencialista que Constituição Federal da República Brasileira de 1988 conferiu às pessoas com deficiência como forma de tutela especializada, fixando-lhes os direitos: à reserva de percentual dos cargos e empregos públicos (art. 37, VIII); à adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria (art. 40, §4º, I e 201, §1º); à assistência social com o objetivo de habilitação, reabilitação e promoção de sua integração à vida comunitária (art. 203, IV); à garantia de um salário mínimo de benefício mensal, desde que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (art. 203, V); à garantia de atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III); à garantia de acesso adequado a logradouros e edifícios de uso público e a veículos de transporte coletivo, a depender de disposições legais infraconstitucionais (art. 227, §2º e 244).

desvalor no âmbito de sua autonomia funcional.

Com efeito, a ingerência do modelo médico no ordenamento pátrio significou reconhecer a pessoa com deficiência psíquica e intelectual, independentemente da gradação do déficit, na citada lógica do “tudo o nada”, como alguém incapaz de realizar suas próprias decisões e guiar a vida de forma independente, merecendo, portanto, ser tutelada por sua incapacidade com a substituição de sua vontade por outrem.

Desta forma, partindo do pressuposto de que a deficiência supõe a incapacidade de autodeterminação do sujeito - quadro que só pode ser revertido com a eliminação do déficit funcional -, sob a justificativa de proteção patrimonial do deficiente e em busca de segurança do tráfego jurídico, o sistema privado brasileiro abstraiu a deficiência psíquica e/ou intelectual de forma generalista e unitária em modelos apriorísticos de incapacidade (absoluta e relativa), a tal ponto que, indiferentemente do nível do déficit apresentado, a pessoa que apresentasse limitação de natureza mental capaz de afetar seu discernimento era invariavelmente remetida à incapacidade de livre atuação exponencial em âmbito patrimonial e existencial, sem que se perscrutasse em que “medida” o déficit provocava efetiva limitações à realidade concreta do sujeito.

Embora a abordagem da deficiência sob o paradigma da reabilitação médica tenha logrado o mérito de conferir cientificidade e objetividade ao estudo da diversidade funcional, estimulando o desenvolvimento de técnicas, métodos e tratamentos especializados a oferecer adaptabilidade e melhor qualidade de vida às pessoas com deficiência, não se pode descurar, todavia, que a concepção da deficiência confinada aos saberes médicos e psicológicos acaba por acomodar a segregação das pessoas com limitação funcional e solapar a sua igualdade de oportunidade em relação aos demais, a exemplo do que ocorre com o regime de incapacidade civil baseado no modelo médico, uma vez que a deficiência, por esse viés, é catalogada apenas como um fato biológico indissolúvelmente atrelado à incapacidade e à desvantagem, alheio à estrutura social pouco sensível à diversidade dos estilos de vida e, igualmente, alheio à concreta multiplicidade de manifestações que o indivíduo pode exercer com apoio no direito a ser diferente.¹⁰¹

Conforme apontado por Heloísa Helena Barboza e Vítor Almeida, a eleição da deficiência sob a perspectiva da reabilitação reforça a subestimação das potencialidades das pessoas com déficit funcional e as confina no âmbito de atitudes paternalistas, focadas nos

¹⁰¹ DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p.9.

déficits pessoais e não nas potencialidades da pessoa, considerando-as com menor valia. A obstinação em “normalizar” a deficiência não impedia, todavia, que a discriminação se dissipasse e o problema continuava sendo a pessoa com deficiência, ao passo que, a sociedade permanecia apática e indiferente no que tange à oferta de respostas satisfatórias à dignidade desse grupo.¹⁰²

Nesse sentido, percebe-se que o fenômeno da deficiência é situação que revolve técnicas e tratamentos a serem realizados no campo biomédico, mas não deve se exaurir em tal resposta reabilitadora, pois a limitação corporal, tutelada apenas sob a perspectiva médica, produz efeitos que se acoplam de forma obstativa ao núcleo de direitos humanos fundamentais da pessoa, pronunciando a sua incapacidade de gozar de sua dignidade e de suas liberdades básicas com autonomia: seja por meio de um regime de incapacidade jurídica que desconsidera o indivíduo em sua potencialidade existencial, seja pela ausência de igualdade de oportunidades, seja pelo signo da discriminação social.

O acesso da pessoa com deficiência aos direitos humanos, em igualdade de condições com as demais pessoas, não se mostrava possível de se desenvolver no seio do modelo biomédico, que considera a deficiência como resultado exclusivo das limitações individuais de uma pessoa. As respostas aos anseios da pessoa com deficiência enquanto ser humano dotado de igual dignidade em relação aos demais só se mostraria possível com uma guinada acadêmica e discursiva consolidada em um novo modelo de abordagem da deficiência, que embora reconheça o corpo com lesão, também tem o mérito de denunciar a estrutura social que oprime a liberdade e os direitos da pessoa que sustenta o corpo lesionado: o modelo social de deficiência.¹⁰³

Com efeito, a insuficiência do modelo médico para lançar olhar sobre a deficiência como uma questão que circunda não apenas a esfera individual do sujeito, mas também como uma realidade de opressão social que deve ser coibida pelo próprio Estado, provocou a revolução dos estudos sobre os estudos de deficiência nos anos 1970 - especificamente no Reino Unido e nos Estados Unidos - ressignificando a linguagem da deficiência em termos sociológicos, o que mais tarde formaria o modelo social de deficiência.

Dentre os estudiosos que se lançavam à compreensão da deficiência no campo alheio à fundamentação biomédica, destacou-se Paul Hunt, sociólogo e deficiente físico que, ao procurar

¹⁰² BARBOZA, Heloísa Helena; JÚNIOR ALMEIDA, Vítor de Azevedo. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 13, jul – set 2017, p.25.

¹⁰³ FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes e Waldir Macieira da Costa Filho. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 65.

entender a deficiência sobre o conceito de estigma social, ganhou grande repercussão ao remeter ao jornal inglês “The Guardian”, em 20 de setembro de 1972, carta por meio da qual conclamava-se a formação de um grupo de pessoas que pudesse levar os anseios de emancipação das pessoas com deficiência ao conhecimento estatal.¹⁰⁴ Confirma-se o teor da convocação proposta, conforme abaixo transcrito:

Senhor editor, as pessoas com lesões físicas severas encontram-se isoladas em instituições sem as menores condições, onde suas ideias são ignoradas, onde estão sujeitas ao autoritarismo e, comumente, a cruéis regimes. Proponho a formação de um grupo de pessoas que leve ao Parlamento as ideias das pessoas que, hoje, vivem nessas instituições e das que potencialmente irão substituí-las.¹⁰⁵

A repercussão de tal chamado rendeu a formação de um grupo de deficientes que, 04(quatro) anos depois, constituir-se-iam na primeira organização política sobre deficiência formada e gerenciada por deficientes e o germe axiológico do modelo social de compreensão da deficiência: A Liga dos Lesados Físicos contra a Segregação (UPIAS).

A UPIAS¹⁰⁶ constituiu-se em uma articulação política cujo principal objetivo era questionar a abordagem tradicional da deficiência: diferentemente do parâmetro biomédico, propunha-se que deficiência não deveria ser compreendida como uma questão individual ou uma tragédia pessoal, mas sim como um fenômeno sob a perspectiva social. Como ressalta Débora Diniz, “[...] a estratégia da UPIAS era provocativa, pois tirava do indivíduo a responsabilidade pela opressão experimentada pelos deficientes e a transferia para a incapacidade social de prever e incorporar a diversidade.”¹⁰⁷(grifo nosso)

O vigoroso movimento político de crítica social foi responsável por provocar uma guinada no debate estritamente biomédico ao afirmar que, ao invés de isolados e internados para fins de reabilitação, os deficientes, na verdade, encontravam-se aprisionados, de modo que, poder-se-ia concluir que a experiência da deficiência não resultava das lesões e problemas

¹⁰⁴ DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p.13.

¹⁰⁵ CAMPBELL, Jane. Growing Pains: Disability politics – the journey explained and described. In: BARTON, Len; OLIVER, Michael. **Disability Studies: past, present and future**. Leeds: The Disability Press, 1997, p. 82.

¹⁰⁶ De acordo com Débora Diniz, os objetivos da UPIAS consistiam em: “1 – Diferenciar natureza de sociedade pelo argumento de que a opressão não era resultado da lesão, mas de ordenamentos sociais excludentes. Lesão era uma expressão da biologia humana isenta de sentido, ao passo que a deficiência era resultado da discriminação social. Ao retirar qualquer sentido pejorativo das lesões, o alvo da UPIAS era aproximar os deficientes de outras minorias sociais, grupo nos quais a tensão entre os conceitos de natureza e sociedade era também intensa. O objetivo era dessencializar a lesão, denunciando as construções sociológicas que a descreviam como desvantagem natural; 2 – Assumir a deficiência como uma questão sociológica, retirando-a do controle discurso dos saberes biomédicos [...]” DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p.18.

¹⁰⁷ DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p.15.

individuais da pessoa, mas sim do meio social nada sensível e adequado à diversidade corporal.¹⁰⁸

Além disso, no engajamento contra a exclusão social e o estigma, a UPIAS propôs uma redefinição de linguagem para tratar o binômio representado pela lesão corporal e a deficiência: a lesão seria considerada como a ausência parcial ou total de um membro ou um mecanismo corporal defeituoso, ao passo que, a deficiência seria a desvantagem ou o impedimento de atividade provocada pelo meio social, que desconsidera as pessoas com deficiência e as relega à exclusão da vida social.

A articulação de uma nova linguagem para definir a experiência da deficiência, fundamentada em viés sociológico, representava os objetivos desta emergente organização política que buscava dessencializar a lesão e denunciar as construções sociológicas que a consideravam como um fator de desvantagem natural, além de admitir a deficiência como mecanismo de opressão que deveria não ser tratada somente no campo biomédico, mas principalmente com ações políticas e intervenções do estado.

O resultado da redefinição da deficiência sob uma base conceitual sociológica foi a dissociação entre os até então confundíveis conceitos de lesão e deficiência: a primeira seria objeto dos cuidados e tratamentos biomédicos, ao passo que a deficiência deveria ser entendida como uma questão da ordem dos direitos, da justiça social e das políticas de bem-estar, sendo, portanto, um conceito político, que representa a desvantagem social sofrida pelas pessoas com diferentes lesões.¹⁰⁹

Desta forma, as alternativas para romper com o ciclo de segregação e opressão não deveriam se exaurir somente nas práticas de reabilitação médica, mas especialmente na ação política capaz de denunciar a deficiência como um mecanismo de opressão social.

A evolução dos estudos da deficiência sob o viés sociológico e a redefinição de linguagem conceitual que permeia os termos de “lesão” e “deficiência”, proposta pelo movimento político encampado pelo UPIAS, criou fortalecida base discursiva que, em ruptura ao modelo médico de reabilitação, fez emergir o modelo social de deficiência como a estrutura que melhor contempla os anseios da pessoa com déficit funcional em cotejo com os direitos humanos, uma vez que, sem ignorar a necessidade de cuidados biomédicos ao corpo lesionado, centra-se na dignidade, na liberdade, na igualdade e nas potencialidades da pessoa enquanto

¹⁰⁸ DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paul: Brasiliense, 2007, p.15.

¹⁰⁹ DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p.18

sujeito moral livre, agente das decisões que lhe diz respeito, conforme preleciona Agustina Palacios e Francisco Bariffi:

El modelo social [...] se centra em la dignidade intrínseca del ser humano, y de manera accesoria – y sólo em el caso que sea necesario – en las características médicas de la persona. Sitúa al individuo em el centro de todas las decisiones que le afectem, y sitúa el centro del problema fuera de la persona – em la sociedade.¹¹⁰

O paradigma do modelo social considera pois, que as causas originárias da deficiência não são religiosas, tampouco científicas, e sim, preponderantemente sociais. Para tanto, a estrutura discursiva se assenta em duas premissas básicas: i) a distinção entre a limitação corporal ou psíquica da deficiência, pois, enquanto aquela é um atributo físico, sensorial ou psicológico, inerente à própria pessoa, a deficiência resulta de barreiras sociais e culturais que implicam na exclusão da pessoa que está fora dos padrões majoritários e ii) considerando a deficiência como um fenômeno que ultrapassa liames individuais, tratando-se na verdade de restrições presentes no meio, de cunho estrutural, a responsabilidade de alterar essa situação de opressão social, a fim de permitir que todos tenham acesso aos mesmos direitos em igualdade de condições, a partir dos conceitos de acessibilidade e de promoção da cidadania, é da sociedade e do Estado”.¹¹¹

Nesse sentido, o modelo social considera a deficiência como um fenômeno complexo, que não se limita a um atributo específico da condição humana, mas que resulta de um conjunto de fatores e situações, muitas das quais são criadas pelo contexto social. Assim, como consequência, a compreensão deste paradigma impõe que a sociedade realize todas as modificações e adaptações necessárias com vistas a alcançar a plena participação das pessoas em deficiência em todas as áreas que diz respeito à vida em comunidade, especialmente garantia o desenvolvimento de sua capacidade como sujeito moral livre.¹¹²

Com amparo no paradigma do modelo social de deficiência, se imaginarmos a situação de uma pessoa cadeirante que não consegue ser adequadamente atendida em uma repartição pública por não haver no local condições de acessibilidade, a deficiência no caso, seria oriunda

¹¹⁰ PALACIOS, Agustina. BARIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.** Telefónica Y CERMI. Madrid: Cinca, 2007, p.23.

¹¹¹ FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes e Waldir Macieira da Costa Filho. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 66.

¹¹² PALACIOS, Agustina. BARIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.** Telefónica Y CERMI. Madrid: Cinca, 2007, p.23.

da barreira física, radicada na inexistência de estrutura física adaptável, ou seja, a desvantagem e a incapacidade sofridas devem-se ao fato da repartição pública não estar preparada adequadamente para receber indivíduos com características pessoais variadas.

Logo, prepondera-se que não são as limitações funcionais que produzem as desvantagens sociais e econômicas, a incapacidade e o próprio conceito de deficiência, mas sim as barreiras (físicas, atitudinais, linguísticas, culturais, econômicas) existentes no meio são as responsáveis por impedir ou dificultar a interação do deficiente em igualdade de condições com as demais pessoas.

Portanto, com base nas premissas que orientam o modelo social de deficiência, pode-se concluir que, a depender do equacionamento entre as variáveis do meio e o déficit funcional apresentado pelo indivíduo, a limitação funcional, por si só, é visualizado como deficiência, assim compreendida no sentido de incapacidade, o que faz com que o exercício e o gozo de direitos sofra significativo rebaixamento, podendo até mesmo ser obstados.

Nesse sentido, a fim de melhor explicar a tônica do modelo social de deficiência, Marcelo Medeiros desenvolveu elucidativa equação matemática, por meio da qual é possível visualizar a preponderante influência dos fatores ambientais relativamente à maior ou menor capacidade funcional do indivíduo.¹¹³ A fórmula é composta pela deficiência como sendo o produto resultante da limitação funcional em cotejo com as variáveis do meio, a saber:

Deficiência = Limitação Funcional x Ambiente
--

Sob essa fórmula, atribuindo-se valor nulo (zero) ao ambiente – ao se considerar que as variáveis do meio não representam fatores obstativos ao livre exercício dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência - e multiplicá-lo por qualquer valor que represente a limitação funcional do indivíduo, o resultado da deficiência será zero. Com efeito, tal concepção sobre a deficiência não tem o condão de eliminar a limitação funcional, mas sim de eliminar a deficiência como um mecanismo de opressão social que impõe ao corpo lesionado a inacessibilidade de seus direitos fundamentais, a exemplo da capacidade jurídica, conforme se percebe a partir da equação abaixo:

¹¹³ MEDEIROS, Marcelo. **Pobreza, Desenvolvimento e Deficiência**: paper apresentado na oficina de alianças para o desenvolvimento inclusivo. Nicarágua: Banco Mundial, 2005.

$$0 \text{ Deficiência} = 1 \text{ Limitação Funcional} \times 0 \text{ Ambiente}$$

$$0 \text{ Deficiência} = 2 \text{ Limitação Funcional} \times 0 \text{ Ambiente}$$

De outro modo, se o ambiente se revelar como fator obstativo (barreira atitudinal, física, etc.) e for numerado em valor maior que zero, vê-se que o aumento dessa variável do meio em relação ao déficit funcional do indivíduo potencializará a condição de deficiência, porquanto, as barreiras ambientais têm o condão de provocar a dificuldade de interação do indivíduo. Neste caso, a representação da deficiência potencializada pelo meio pode ser ilustrada pelas equações abaixo:

$$2 \text{ Deficiência} = 1 \text{ Limitação Funcional} \times 2 \text{ Ambiente}$$

$$4 \text{ Deficiência} = 2 \text{ Limitação Funcional} \times 2 \text{ Ambiente}$$

Assim, diferentemente das demais técnicas de abordagem, o modelo social considera que o elo de causalidade da deficiência é um fenômeno eminentemente social que se interpõe entre as pessoas com diversidade corporal por meio de resistências, barreiras atitudinais, sociais, físicas e culturais oferecidas exclusivamente pela própria comunidade, na medida em que, um fator biológico, tal como o déficit funcional, não tem o condão de eliminar o núcleo de dignidade e as potencialidades da pessoa enquanto sujeito ativo em sociedade.

Sob esse raciocínio de matriz sociológica, insurge o entendimento de que as pessoas com déficit funcional podem ser atuantes e contributivas à sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas, desde que a sociedade se mostre apta a valorizar e respeitar as diferenças pessoais de tal grupo por meio de modificações e adaptações necessárias à acessibilidade das pessoas com deficiência.

Como bem elucida Augustina Palacios e Francisco Bariffi, o modelo social parte da premissa de que a deficiência representa a construção de um mecanismo de opressão social no contexto de uma sociedade que não considera as potencialidades da pessoa com deficiência e, a partir disso, busca encampar a autonomia da pessoa com deficiência a fim de que a mesma possa decidir sobre a sua própria vida mediante a eliminação de quaisquer barreiras que impeçam uma adequada equiparação de oportunidades com os demais.

A referida concepção, que milita em favor da emancipação e da autonomia da pessoa com deficiência, ao considerar o meio como o fator obstativo responsável pela incapacidade e

desvantagem sofridas pelas pessoas com deficiência revela-se como uma questão ideológica que requer a introdução de modificações sociais que, no âmbito político, constitui-se como uma questão de direitos humanos.

Com efeito, ao se ter a autonomia e na capacidade de autodeterminação da pessoa com deficiência como corolários da dignidade da pessoa humana a serem protegidos e promovidos por meio da desconstrução dos mecanismos de opressão da sociedade, o modelo social revela-se intimamente relacionado, em sua base ideológica, com a assunção de valores intrínsecos aos direitos humanos, aspirando a potencializar o respeito pela dignidade, igualdade e liberdade da pessoa com deficiência e proporcionar inclusão social da mesma sob o signo da vida independente, da autonomia, da não discriminação, d acessibilidade universal, do diálogo civil, dentre outros.¹¹⁴

Nesse sentido, a estruturação discursiva do modelo social lança um olhar sobre a deficiência como uma questão de cunho sociológica e de direitos humanos, uma vez que, a proposta de emancipação das pessoas com déficit funcional, por meio da eliminação dos focos situacionais que geram desvantagem e incapacidade no contexto social, emergem a partir de valores essenciais que são fundamentos dos direitos humanos. Nesse sentido, Agustina Palacios e Francisco Bariffi sustentam que:

Y el modelo social de discapacidad presenta muchas coincidências con los valores que sustentan a los derechos humano; esto es: la dignidade; la libertad entendida como autonomia - em el sentido de desarrollo del sujeto moral – que exige entre otras cosas que la persona sea el centro de las decisiones que le afecten; la igualdad inherente de todo ser humano – inclusiva de la diferencia -, la cual asimismo exige la satisfacción de ciertas necesidades básicas, y la solidaridad.¹¹⁵

Sob a base conceitual do modelo social de abordagem, a eliminação do pressuposto vínculo entre deficiência e incapacidade e a denúncia da estrutura opressiva da sociedade como instrumento de rebaixamento dos direitos universais da pessoa com limitação funcional, impõe que se reconheça à pessoa com deficiência a capacidade jurídica potencial para desenvolver-se como sujeito ativo do discurso moral, capaz de alcançar sua efetiva dignidade e liberdade moral, em igualdade de condições com os demais, desde que o contexto social esteja habilitado à

¹¹⁴ PALACIOS, Agustina. BARIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.** Telefónica Y CERMI. Madrid: Cinca, 2007, p.19.

¹¹⁵ PALACIOS, Agustina. BARIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.** Telefónica Y CERMI. Madrid: Cinca, 2007, p.23.

acessibilidade, à eliminação de barreiras funcionais (físicas, atitudinais, etc.)

O reconhecimento da capacidade e da autonomia moral da pessoa com deficiência em prol de uma vida independente, por meio do modelo social de abordagem, fulcra ao indivíduo com déficit funcional verdadeira porta de acesso aos valores que sustentam os direitos humanos e que lhe garante o desenvolvimento de sua personalidade própria, tais como a dignidade, a liberdade e a igualdade, fazendo com que a deficiência seja compreendida como uma questão de direitos humanos e não mais como uma questão meramente científica e média. Afinal, a depender do parâmetro interpretativo, a deficiência é vista sob o estigma da incapacidade, assim perpetuando óbices ao efetivo gozo dos direitos humanos fundamentais pela pessoa com deficiência.

Nesse sentido, passa-se à explicação, em tópico específico, de como a concepção da deficiência influencia o gozo e o acesso aos valores centrais dos direitos humanos – especialmente o postulado da dignidade intrínseca à pessoa como síntese da liberdade moral e da igualdade –, e de como o modelo social de deficiência revela ser a deficiência uma questão de direitos humanos, que merece ser tratada de forma emancipatória mediante a eliminação de barreiras sociais e atitudinais, dentre as quais destaca-se a eliminação da pressuposta condição de incapacidade em relação às pessoas com déficit psíquico e intelectual, para reafirmação da autonomia moral da pessoa, no contexto de sua diferença funcional.

2.2 A dignidade, a liberdade e a igualdade como os valores que sustentam os direitos humanos no contexto da deficiência

Ao longo dos tempos, a palavra “dignidade” assumiu diferentes acepções ao ser designada em referência aos membros do consórcio humano. Dentre as diferentes significações usadas, destaca-se, sobretudo, três diferentes sentidos: a dignidade como a representação do status¹¹⁶ superior de específicas pessoas, em razão de sua posição/função social; a dignidade como virtude¹¹⁷ de alguns indivíduos, em razão da deferência de seu comportamento e a dignidade como valor intrínseco, pertencente a cada pessoa humana¹¹⁸

¹¹⁶ A concepção de igualdade insurgiu como ideia representativa do alto status de indivíduos que ocupavam funções e posições de relevo social. Trata-se de concepção que não tinha conotação universal e tampouco associava-se aos direitos humanos, sendo considerada atributo de específicas pessoas no contexto de sociedades marcadas pela hierarquização.

¹¹⁷ De outra forma, a dignidade também é visualizada para qualificar o comportamento desejável ou a conduta louvável de alguém ante as circunstâncias. Consiste, pois, a dignidade, em um exemplo de virtude que imanta a conduta e a postural social dos indivíduos.

¹¹⁸ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte:

Para o direito contemporâneo, convivente no âmbito dos direitos humanos, a expressão vocabular “dignidade” alinha-se ao terceiro sentido citado, ganhando relevo como atributo, qualidade e/ou valor intrínseco a todos os indivíduos da espécie humana, indiferentemente do seu status e da sua conduta. Sob esse parâmetro, a dignidade é inerente à personalidade humana, não podendo ser concedida por ninguém e tampouco extirpado do indivíduo pela intervenção do Estado e da sociedade. Sobre a indissolúvel pertinência entre dignidade e pessoa humana, Daniel Sarmiento assevera que:

A dignidade é ontológica, e não contingente. Em outras palavras, todos os indivíduos que pertencem à espécie humana possuem dignidade apenas por serem pessoas. Não se admitem restrições relativas a fatores como gênero, idade, cor orientação sexual, nacionalidade, deficiência, capacidade intelectual ou qualquer outro.¹¹⁹

A dignidade entendida sobre essa concepção, de indistinto valor intrínseco de todos os seres humanos, desdobra-se no imperativo de que cada pessoa seja concebida como um sujeito em si e jamais instrumentalizada em um objeto. Reflete, pois, a perspectiva formal kantiana de que a pessoa é sempre um fim em si mesma e não um meio para realização de fins alheios.

Na prática, todavia, a dignidade da pessoa humana como postulado de que todas as pessoas encontram a finalidade última em si próprias revela-se impraticável em contextos sociais marcados pelos valores da ordem mercadológica em contraponto ao valor da pessoa com deficiência.

Isso porque, na maioria das ordens sociais, verifica-se que a pessoa é valorada na medida de sua capacidade de produção e da sua utilidade social, de modo que, se referida utilidade ou valor de uso encontra-se reduzido em razão de uma deficiência ou de limitação funcional, como consequência, o valor de dignidade do ser humano é sensivelmente minorado e o indivíduo é tutelado como um objeto, incapaz de se autodeterminar em aspectos patrimoniais e existenciais, incapaz de se desenvolver potencialmente em prol da sociedade, a não ser que seja totalmente reabilitado em suas limitações (concepção do modelo médico reabilitador).

Sobre essa relação de dignidade, deficiência e incapacidade trazido pela concepção médica de deficiência, Joyceane Bezerra de Menezes destaca que o modelo o social de abordagem, diferentemente, alinha-se à concepção contemporânea de dignidade, ao considerar

Fórum, 2016, p.103.

¹¹⁹ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.104.

que, eliminando barreiras sociais e atitudinais e oferecendo recursos de acessibilidade, qualquer integrante do consórcio humano, ainda que portador de déficit funcional, é considerado sujeito dotado de liberdade de eleição e de liberdade moral, capaz de executar o seu singular projeto espiritual de vida e participar dos processos sociais como sujeito do discurso moral; dinâmica de liberdade que irrompe sob a base de dignidade e se associa à garantia de igualdade para resultar em uma vida digna.¹²⁰

Conforme adverte Francisco José Bariffi, a sustentação do modelo social de deficiência sob a perspectiva formal kantiana de dignidade não significa negar que as pessoas com deficiência podem ser menos produtivas que as demais e possuir alguma limitação de capacidade para praticar certos atos. Na verdade, a adoção do modelo social significa reconhecer que a utilidade do sujeito com déficit funcional frente à sociedade não pode ser a medida para a sua tutela jurídica, para sua dignidade e para definição da autonomia e da capacidade jurídica que decorrem da sua dignidade intrínseca.

Como visto, a perspectiva do homem como um ser que encontra fundamento último em si mesmo constrói o arquétipo da dignidade como um valor intrínseco e indistinto da natureza humana, que não permite seja o indivíduo objetificado em sua existência e valorado exclusivamente na medida de suas características pessoais ou de capacidade de produtividade social e econômica.

Sob o esteio da dignidade como o núcleo basilar da composição humana e, por consequência, eixo valorativo existencial do indivíduo, outros valores se acoplam a esse imperativo para enfeixar os direitos básicos e fundamentais que viabilizam à pessoa humana orientar, desenvolver e externar sua existência como um sujeito moral que busca à realização de sua dignidade intrínseca. É o caso do direito à liberdade e à igualdade.

O conceito de liberdade, nesta esteira, emerge ante o reconhecimento de que a dignidade implica na autonomia e na independência da pessoa enquanto sujeito do discurso moral, afinal, de acordo com Kant, o homem seria livre e autônomo por força de sua aptidão para o exercício contínuo da razão que se faz concatenar em pensamentos coerentes.¹²¹

¹²⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 608.

¹²¹ SIQUEIRA, Natércia. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da Convenção de Nova York. In: **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas** – Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. MENEZES, Joyceane Bezerra (org) – Rio de Janeiro: Processo, 2016, p.52.

Com o advento do liberalismo do século XIX, o germe conceitual da autonomia oriunda da dignidade funde-se na conhecida “liberdade para os modernos” ou na “liberdade negativa” e passa a conceituar a esfera de livre atuação individual sem ingerência estatal, de modo que, por essa nova perspectiva, a liberdade ganha contornos existenciais. Assim, o homem de liberdade dignificada em sua existência é aquele cujas escolhas de vida não seria condicionada à ingerência de terceiros.

Em termos filosóficos, pois, a liberdade como corolário da dignidade implica em considerar a pessoa como ente pertencente ao discurso moral, vale dizer, sujeito com amplos poderes de decisão sobre a realização de seu próprio projeto de vida espiritual. A garantia de desenvolvimento da pessoa enquanto sujeito moralmente livre é visualizada como ponto de referência à consecução dos demais direitos e pressuposto dos direitos humanos.¹²²

Como esclarece Rafael Asís, a liberdade moral é definida como a esfera individual de realização dos planos e dos projetos de vida, da satisfação das necessidades pessoais, condicionando a dimensão social da ação humana. A partir desta concepção, a missão do direito é permitir ao sujeito o alcance da aclamada liberdade moral.¹²³

Entretanto, impõe destacar que, apesar de constituir-se como um dos fundamentos dos demais direitos do homem, a aclamada liberdade moral, muitas vezes, não se corporifica no contexto da pessoa com deficiência, espargindo seus efeitos, em alguns casos, tão somente àqueles desincumbidos de limitações funcionais.

Conforme adverte Francisco José Bariffi, a experiência da deficiência, especialmente a de natureza intelectual e/ou psíquica, é identificada com a ausência de capacidade para o exercício pleno e efetivo da liberdade moral da pessoa diante da confusão conceitual entre autonomia moral e autonomia funcional.¹²⁴

Vale dizer, nesse sentido, que a autonomia moral, capitaneada pelo valor de liberdade que permeia o núcleo da dignidade humana, tem sido extirpada da pessoa com deficiência intelectual e/ou psíquica ante a suposição de que tais pessoas não gozam de capacidade para projetar escolhas e se lançar como agente capaz de autodeterminação. Tal visão generaliza-se

¹²² ASÍS ROIG, R. **Sobre el concepto y el fundamento de los derechos**: uma aproximación dualista. Col. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, n. 17, Dykinson, Madrid, 2001 p. 28

¹²³ ASÍS ROIG, R. **Sobre el concepto y el fundamento de los derechos**: uma aproximación dualista. Col. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, n. 17, Dykinson, Madrid, 2001 p. 28

¹²⁴ **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. **Série: Convención ONU**; n. 11, Madrid, Cinca, 2014, p.40.

sobre as limitações da pessoa com deficiência e a desconsidera em suas potencialidades e capacidade de desenvolvimento moral, seja no âmbito existencial ou no âmbito patrimonial.

O estigma da incapacidade, como apontado, acaba por definir a pessoa com déficit funcional somente em razão de suas limitações, revelando-a como inútil para a sociedade e, como consequência, justificando a mitigação de seu valor de dignidade e de liberdade como agente moral capaz de escolhas e vida autônoma e independente.

Nesse sentido, Christian Courtis destaca o cruel estigma da incapacidade e da inutilidade social da pessoa com deficiência ao revelar que todo ser humano, em maior ou menor grau, ainda que sem impedimentos de natureza mental, intelectual, sensorial e física, possui limitações no trato de sua dimensão social, o que não impede o desenvolvimento e o exercício de sua liberdade moral. Por isso, necessário, que a pessoa com deficiência, seja visualizada em sua diversidade, porém, em respeito à sua inerente liberdade para o desenvolvimento das potencialidades que ostenta. Veja-se:

Prácticamente todo ser humano tiene limitaciones para desarrollar algunas actividades: cantar, realizar cálculos matemáticos, orientarse en un lugar desconocido, correr, practicar deportes, bailar, retener datos, recitar poesía, cocinar, realizar manualidades. Para la mayoría de las personas, el dato de sus limitaciones relativas a la realización de ciertas actividades es irrelevante. Las personas con discapacidad, sin embargo, han sufrido históricamente una rotulación que pone énfasis en las actividades en las que tienen limitaciones, en lugar de resaltar las actividades que sí pueden desarrollar sin dificultades.¹²⁵

Com efeito, não se pode descurar que o exercício pleno da autonomia moral das pessoas com deficiência intelectual e psíquica não é tarefa simples, visto que, em alguns casos, a depender do grau do impedimento, a esfera de autonomia e independência individual pode sofrer alguma restrição. Neste ponto, porém, deve-se destacar que cabe às legislações internas, inspiradas no catálogo dos direitos humanos, garantir o pleno desenvolvimento do grau de autonomia existente, por mínimo que seja, ao invés de negá-la ao indivíduo.

Sobre o exercício da dita liberdade moral no contexto da deficiência, chama-se atenção ao fato de que limitações ao desenvolvimento da esfera de autonomia do sujeito não se restringe às hipóteses de suposta ausência de capacidade de exercício em razão de déficit psíquico e intelectual, manifestando-se também sobre o grupo de deficientes que tem a capacidade de eleição integralmente preservada, como é o caso dos deficientes físicos e sensoriais.

¹²⁵ COURTIS, Christian. **Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos**. Algunos comentarios a partir da Ley 51/2003. In: *Jueces para la democracia*, n. 51, 2004, p.8.

Explica-se, nesse sentido, que as pessoas com déficit funcional de natureza física ou sensorial, muitas vezes, não tem sua capacidade eletiva, preferências, necessidades e projeto espiritual de vida respeitados pela sociedade em igualdade com os demais, uma vez que, tais pessoas com déficit funcional simples necessitam de condições materiais e acesso especializado por parte da sociedade para desenvolver-se plenamente como sujeito moral dotado de liberdade. Nesse sentido, constata-se que a maior parte das sociedades não têm produzido meios de habilitar o ambiente social ao exercício da capacidade de liberdade moral da pessoa com deficiência simples (física e sensorial).¹²⁶

De acordo com Augustina Palacios, a reposita dos direitos humanos às pessoas que possuem diminuída ou desvalorada a sua esfera de autonomia moral, por força do fenômeno da deficiência, é o conceito de assistência e acessibilidade para garantir vida independente e o gozo da liberdade moral a tal grupo, sem ter que se cogitar na substituição de sua autonomia e violar sua dignidade.¹²⁷

Portanto, mantendo-se análise coerente com o discurso dos direitos humanos relativamente ao fenômeno da deficiência, há de se desvencilhar da confusão conceitual entre a limitação física, sensorial, mental e intelectual – pertencente ao âmbito da autonomia funcional -, com a capacidade moral do sujeito. Afinal, é no âmbito da capacidade moral do homem que se insere a vida independente e o exercício da liberdade em igualdade de condições com os demais. A par desta necessária distinção conceitual em prol do desenvolvimento da liberdade e da capacidade moral das pessoas com deficiência, Francisco José Bariffi esclarece que:

Deste modo, las personas con discapacidad dejan de ser vistas como mero pacientes, o de estar sometidas políticas paternalistas em las que se las intenta suplir y apartar de la toma de decisiones em aquellas cuestiones que lhes incumben. El reclamo de las personas con discapacidad – que, como se ha mencionado oportunamente, tuvo asimismo origen em el Movimiento de Vida Independiente – es el de participar y ser artífices em lo que respecta a las decisiones que les atañen. El lema “Nothing about us wihtout us” – Nada sobre nosotros sin nosotros – que surgió com el modelo de vida independiente resume de manera efectiva esta postura.¹²⁸

¹²⁷ PALACIOS, Augustina. **El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Colección CERMI, Madrid: Ediciones Cinca, 2008, p. 42.

¹²⁸ BARIFFI, José Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y suas relaciones com la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos**. Série: Convención ONU; 11, Madrid: Cinca, 2014, p.42.

O pleno exercício da liberdade moral por parte das pessoas com deficiência, como se viu, por vezes, encontra-se obstado pela limitação da autonomia do sujeito com base em suposta ausência de capacidade de eleição e na ausência de acessibilidade e condições de habilitação social aos fatores da diversidade.

Nesse sentido, ao se considerar a deficiência como uma questão de direitos humanos, o modelo social de deficiência revela-se como paradigma emancipatório às pessoas com déficit funcional em prol da garantia de efetivação da dignidade inerente do indivíduo e de sua interface com o direito à liberdade e à igualdade, uma vez que, sob a ótica conceitual do modelo social, não obstante a existência de limitações funcionais, reconhece-se à pessoa com deficiência potencialidades suficientes para exercer o seu direito individual à autonomia - em igualdade de condições com os demais, desde que os mecanismos de opressão social (barreiras sociais, atitudinais, econômicas, físicas) sejam eliminados por meio de recursos de acessibilidade e instrumentos jurídicos de apoio.

A sedimentação do modelo social como base discursiva sobre o fenômeno da deficiência sob a ótica dos direitos humanos recebeu adesão internacional por meio da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoa com Deficiência (CDPD), incorporada pelo Brasil, tornando este instrumento protetivo um divisor de águas na esfera da legislação internacional sobre a matéria, uma vez que, sob o paradigma do modelo social, a Convenção estabeleceu ampla sistemática de tutela das liberdades fundamentais e de todos os direitos humanos da pessoa com deficiência, a partir do reconhecimento de sua dignidade inerente, objetivando o seu empoderamento e sua emancipação, especialmente no que toca à sua capacidade de exercício.

2.3 A Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e o reconhecimento da capacidade jurídica da pessoa com déficit funcional como pressuposto de dignidade sua dignidade inerente

Conforme adiantado no introito deste capítulo, a segunda fase de proteção promovida pelos direitos humanos reflete um processo denominado de especificação, por meio do qual busca-se efetivar proteção internacional ampla e funcionalizada à pessoa humana, em atenção as suas particularidades e concretudes, por meio de tratados e convenções específicas.

Com a promulgação de instrumentos de proteção vocacionados à tutela da pessoa no

contexto de sua diversidade e na medida de sua condição social, busca-se eliminar todas as formas de discriminação e desvalorização de grupos minoritários e vulneráveis que, a exemplo dos deficientes, sofrem violações em sua dignidade, ao verem-se tolhidos de exercer seus direitos fundamentais e o pleno desenvolvimento de sua personalidade com autonomia e em igualdade de condições com os demais, em razão da “diferença” que os particulariza.

Nessa esteira, *ante o reconhecimento da Organização das Nações Unidas (ONU) de que os relevantes instrumentos não vinculativos*¹²⁹ de ordem internacional, promulgados para a proteção das pessoas com deficiência, especialmente àquelas com deficiência psíquica e intelectual, não foram suficientes para promover a inclusão participativa e a igualdade de oportunidades dos mesmos em sociedade e, ante a emergência do modelo social como abordagem que inscreve a deficiência na pauta dos direitos humanos, insurge o proeminente interesse internacional em promover a tutela da dignidade da pessoa com deficiência por meio de um instrumento de proteção internacional específico.

Com esse desiderato, reafirmando o conteúdo primordial da Declaração Universal dos Humanos - o qual proclama que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e reconhecendo a deficiência como uma questão eminentemente de direitos humanos, a Assembleia Geral da ONU emitiu a resolução nº 56/168 de 2001, a partir da qual decidiu estabelecer um comitê especial, aberto à participação de todos Estados membros das Nações Unidas, para elaborar propostas tendentes à edição de uma convenção internacional ampla e abrangente, voltada especificamente à promoção e proteção dos direitos e a dignidade das pessoas com deficiência, com base em uma abordagem holística do trabalho realizado nas áreas de desenvolvimento social, direitos humanos e não-discriminação.¹³⁰

Com a fixação do citado comitê especial, orientando-se sob a matriz filosófica do modelo social de abordagem como fonte material, 08(oito) sessões foram realizadas, no lapso de 05 (cinco) anos, para a negociação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), instrumento que carregaria em seu bojo o nítido propósito de promoção, proteção e garantia de exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, a partir das reivindicações e da

¹²⁹ Nesse sentido, cita-se: Programa de Ação Mundial para as pessoas com incapacidade; Diretrizes de Tallin para Desenvolvimento dos Recursos Humanos na Esfera dos Impedidos; Diretrizes para o Estabelecimento e Desenvolvimento de Comitês Nacionais de Coordenação na Esfera de Incapacidade ou Órgãos Análogos; Princípios para Proteção dos Enfermos Mentais e para o Melhoramento da Saúde das Pessoas com Incapacidade; e Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades para as Pessoas com Incapacidade.

¹³⁰ **Resolução aprovada pela Assembleia Geral na 88ª sessão plenária, em 19/12/2001.** Disponível em: <<http://www.un.org/esa/socdev/enable/disA56168s1.htm>>. Acesso em: 01 out. 2017.

participação ativa do próprio grupo tutelado.¹³¹

Nesse sentido, a fim de garantir a promoção e proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência e, por conseguinte, garantir a inclusão participativa deste grupo no contexto da prática social, a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), reconhece a autonomia, a independência e a capacidade jurídica da pessoa com déficit funcional como os pressupostos de sua dignidade, de modo que, logo em seu preâmbulo, cuida a CDPD de desvincular a deficiência como aspecto intrínseco ao indivíduo, confinado à reabilitação assistencialista e à incapacidade.

Ao operar esse giro emancipatório, a CDPD impõe o reconhecimento de que a deficiência é um conceito em evolução, produto da interação entre pessoas com déficit funcional e as barreiras atitudinais e ambientais oferecidas pela sociedade, as quais obstam o indivíduo com funcionalidade restringida à plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.¹³²

A partir desta premissa de compreensão da deficiência, que rompe diametralmente com as concepções individualistas e opressoras do modelo médico ou reabilitador, a CDPD orienta-se para delinear nova base conceitual para o fenômeno da deficiência e assim conferir pertinência e coerência lógica com a fixação de direitos e obrigações positivadas em favor da pessoa deficiente como sujeito autônomo e independente em sua dignidade.

Todavia, tratando-se a CDPD de um instrumento vocacionado à tutela da dignidade da pessoa deficiente sob a perspectiva da autodeterminação, o que se traduz na promoção de todas as pessoas deficientes à condição de sujeito moral dotado de liberdade de eleição e liberdade

¹³¹ Sobre a criação da Convenção a partir do ponto de vista das próprias pessoas com deficiência, explica-se, que durante o processo de negociação da convenção, ao fim de cada rodada de participação dos representantes dos Estados membros sobre o tema em discussão, às organizações representativas das pessoas com deficiência concedia-se espaço para a problematização, contribuição e propostas de melhor tutela para os direitos em questão, de modo que, pela primeira vez, a negociação de um tratado internacional de direitos humanos, contou com a participação dos próprios destinatários da tutela a ser promulgada. Nesse sentido, Francisco José Bariffi aduz que: *“La participación de las propias personas con discapacidad en la negociación de la CDPD no constituyó solamente un hecho simbólico hacia el empoderamiento de las personas con discapacidad, sino que demostro, contrario a lo que se suele pensar, que las personas con discapacidad son las verdaderas “expertas” em relación com sus derechos y sus necesidades. El próprio presidente del Comité Especial que negoció el tratado, el neozelandés DON MCKAY, expresó al adoptar el texto final que la CDPD era fruto em um 70% del trabajo y los aportes de las propias personas con discapacidad.”* (grifo nosso)

¹³² Em seu preâmbulo, a Convenção Sobre dos Direitos das Pessoa com Deficiência (CDPD) estabelece que: “[...]a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”. Íntegra da CDPD. Disponível em: <<http://www.acessibilidadebrasil.org.br/joomla/destaques-acessibilidade/124-convencao-da-onu-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>>. Acesso em: 03 set. 2017.

de participação discursiva, a estipulação de um base conceitual de deficiência mostrou-se tarefa sensível, uma vez que, existia a constante preocupação de, a depender dos limites da definição proposta, poder verificar-se a exclusão de tutela a determinados grupos de deficientes e, igualmente, permitir que os Estados membros, em suas legislações internas, interpretassem a definição de deficiência de forma muito restringida, gerando a inaplicabilidade dos direitos emancipatórios positivados na Convenção.¹³³

Deste modo, sem preocupar-se em conferir foco ao conceito da deficiência em si e buscando dar ênfase à situação das pessoas com déficit funcional, a CDPD não definiu expressamente a deficiência, mas por outro lado, estabeleceu um patamar legislativo, uma base conceitual, a partir do qual, as interpretações tendem a beneficiar ou possibilitar a ampliação da proteção dos deficientes. Assim, sem eu artigo primeiro a convenção conceituou que pessoas com deficiência “*são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas*”. (grifo nosso)

A partir da referida definição, a CDPD afasta-se da arraigada compreensão de que a deficiência constitui fator de insuficiência intrínseco à pessoa (modelo médico), para compreendê-la como um fenômeno complexo, caracterizado pelo equacionamento de uma restrição funcional que, com a presença e a interação de barreiras sociais, atitudinais, institucionais e ambientais, exclui a participação do sujeito no meio social.

Nesta perspectiva, diante da concepção de que a desvantagem, a discriminação, a exclusão e o estigma de incapacidade não decorrem aprioristicamente da limitação da autonomia funcional, mas sim da deficiência posta como um mecanismo de opressão social, provocado pela superveniência de barreiras diversas e, orientada em sua principiologia¹³⁴ pelo dever de respeito à autonomia individual, à liberdade de fazer escolhas, à independência, à dignidade como autodeterminação ea necessária igualdade de oportunidades ao contexto das pessoas com deficiência, a Convenção de Nova York ressignificou o conceito de personalidade e reconheceu presunção de capacidade jurídica plena às pessoas com déficit funcional, em

¹³³ BARRIFFI, 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**. Série: Convención ONU. v. 11. Madrid: Cinca, 2014, p. 154.

¹³⁴ Art. 3º da CDPD: Os princípios da presente Convenção são: a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) A não discriminação; c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) A igualdade de oportunidades; f) A acessibilidade; g) A igualdade entre o homem e a mulher; h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

igualdade de condições com os demais, como pressuposto de sua dignidade e inclusão participativa, nos termos do seu art. 12, senão vejamos:

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.

Explica-se, nesse sentido, que a partir da primeira parte do art. 12 da CDPD, vertida nos termos de que “*os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei*”, (*grifo nosso*) inicia-se o processo de ressignificação do status de pessoa, de personalidade jurídica e de capacidade jurídica, com fulcro nos princípios de autonomia e independência, no âmbito da legislação internacional para todos as pessoas com deficiência, especialmente àquelas que apresentam impedimento mental e intelectual.

Conforme explica Francisco José Bariffi, a interpretação da primeira parte do art. 12 da CDPD em cotejo com o seu art. 10 - disposição que reafirma que todo ser humano tem o direito ao pleno desenvolvimento da vida e compele os Estados partes a adotar “*as medidas necessárias para assegurar o efetivo exercício desse direito pelas pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas*”¹³⁵ (*grifo nosso*)- permite concluir que nenhum preceito jurídico poderá obstar ou dificultar a pessoa com déficit funcional de desfrutar exponencialmente de seu direito à vida, garantia que também se desdobra diretamente no direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade¹³⁶ e na necessária atribuição de autonomia à pessoa com deficiência, uma vez que, nas palavras de Joyceane Bezerra de Menezes, “[...] *a autonomia, substrato material da capacidade de agir, constitui uma necessidade humana da qual decorre vários direitos*”.¹³⁷ (*grifo nosso*)

Neste sentido, menciona-se o artigo 19 da Convenção, que expressa o direito de as pessoas com déficit funcional viverem com a mesma liberdade de escolha que os demais,

¹³⁵ Art.10 - Os Estados Partes reafirmam que todo ser humano tem o inerente direito à vida e tomarão todas as medidas necessárias para assegurar o efetivo exercício desse direito pelas pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

¹³⁶ 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**. Série: Convención ONU. v. 11. Madrid: Cinca, 2014, p. 294/295.

¹³⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. p.3

inclusive no que diz respeito a decisões como local e companhia de moradia. Tais decisões de cunho extremamente pessoal devem resultar da vontade da própria pessoa, senão vejamos:

Artigo 19 – Os Estados Partes desta Convenção reconhecem o igual direito de todas **as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito** e sua plena inclusão e participação na comunidade, inclusive assegurando que:

- a) **As pessoas com deficiência possam escolher seu local de residência e onde e com quem morar**, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e que não sejam obrigadas a viver em determinado tipo de moradia;
- b) As pessoas com deficiência tenham acesso a uma variedade de serviços de apoio em domicílio ou em instituições residenciais ou a outros serviços comunitários de apoio, inclusive os serviços de atendentes pessoais que forem necessários como apoio para que as pessoas com deficiência vivam e sejam incluídas na comunidade e para evitar que fiquem isoladas ou segregadas da comunidade;
- c) Os serviços e instalações da comunidade para a população em geral estejam disponíveis às pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades, e atendam às suas necessidades. (grifos nossos)

Além de reafirmar o direito à livre expressão da personalidade das pessoas com déficit funcional, a CDPD outorgou aos mesmos a presunção de capacidade civil como porta de acesso ao gozo integral dos direitos fundamentais e à promoção da dignidade na dimensão positiva, amparando-se na crença de que, se a despeito de eventual impedimento físico, psíquico e/ou intelectual, a pessoa com deficiência preservar condições de discernimento, a mesma não poderia sofrer abalo em sua capacidade jurídica.

A fim de garantir o exercício pleno da capacidade legal às pessoas com deficiência com segurança e proteção à esfera de direitos na órbita patrimonial e existencial, a CDPD vinculou aos estados signatários, o dever de criar mecanismos de apoios e salvaguardas jurídicas adequadas, a fim de que a medida de substituição de vontade da pessoa com deficiência fosse eliminada em prol da consideração de suas vontades, preferências e identidade pessoal, sem contudo, trazer-lhe prejuízos por meio de eventuais abusos, conforme prescreve o art. 12.4 e 12.5, a seguir transcritos:

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.

Vê-se, portanto, que a Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, apostou no reconhecimento de plena capacidade jurídica da pessoa com déficit funcional, em igualdade de condições com os demais, como pressuposto para promoção da dignidade inerente e das garantias dos demais direitos e liberdades dos deficientes, uma vez que: i) além de assegurar a dignidade da pessoa com déficit funcional, o exercício da capacidade jurídica condiciona o acesso a vários outros direitos também merecedores de tutela promocional e ii) a existência de uma deficiência psíquica e intelectual, por si só, não afeta o discernimento necessário à prática de atos jurídicos.

Sobre a associação do princípio da dignidade da pessoa humana à ideia de autodeterminação como vetor emancipatório da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPC), Ana Carolina Brochado Teixeira e Joyceane Bezerra de Menezes afirmam:

Sob esse matiz, a CDPD, seguida pelo EPD, propôs uma dissociação entre autodeterminação, capacidade mental e capacidade civil, rompendo com o padrão conceitual de dignidade da pessoa humana utilizado nas primeiras declarações de direitos humanos, inclusive a de 1948 (Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Organização das Nações Unidas). Independentemente da capacidade mental, é importante assegurar a autodeterminação da pessoa como uma forma de respeitar a sua dignidade enquanto sujeito. Nesse sentido é que o artigo 12, parágrafo primeiro da CDPD reafirma que as pessoas com deficiência têm direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica e, conseqüentemente à capacidade jurídica.¹³⁸

Desta forma, a CDPD destacou que a deficiência não constitui critério válido à averiguação da capacidade do sujeito, de modo que, a outorga de igual capacidade legal às pessoas com impedimento funcional mostrou-se imperativo de efetivação da dignidade humana. Neste sentido, conforme esclarece o relatório denominado “Obervación General sobre

138 MENEZES, Joyceane; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, v. 21, n. 2, 2016, p. 583.

el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la Ley”,¹³⁹ de autoria do Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência das Nações Unidas, a expressão “capacidade legal” refere-se, em sentido amplo, à capacidade jurídica, a qual abrange a capacidade de gozo e a capacidade de exercício, desta forma, franqueando à pessoa com deficiência o reconhecimento de sua autonomia para praticar negócios com efeitos jurídicos, até mesmo de cunho patrimonial.¹⁴⁰

Portanto, verifica-se que a CDPD promoveu a dissociação entre os conceitos de capacidade jurídica e de capacidade mental para garantir a dignidade, a inclusão participativa e o resguardo dos demais direitos fundamentais da pessoa com deficiência. Com efeito, a primeira espécie consiste na possibilidade do sujeito titularizar direitos e deveres (capacidade de direito ou de gozo) junto à capacidade para exercer esses direitos e deveres de forma autônoma (capacidade de fato ou de exercício). De acordo com Joyceane Bezerra e Ana Carolina Brochado, essa capacidade jurídica integral mostra-se como porta de acesso para a efetiva participação da pessoa com restrição funcional na arena política, civil e social. De outro lado, a capacidade mental, é concebida como a aptidão que tem o sujeito para a tomada de decisões, que pode ser variável de pessoas para pessoa a depender de fatores pessoais, ambientais e sociais. Todavia, em razão do que dispõe o art. 12 da CDPD, eventuais déficits na capacidade mental, não podem ser invocados para negar a capacidade jurídica da pessoa. Nessas hipóteses, deve lhe ser franqueado o apoio que precisar, nos termos do art. 7º da CDPD.¹⁴¹

Seguindo a *ratio* de emancipação da CDPD, a capacidade jurídica é categoria que deve ser outorgada a todas as pessoas, em igualdade de condições, de modo que, quaisquer práticas

¹³⁹ ONU CRPD/C/11/4 “Item 8. El artículo 12 de la Convención afirma que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica. La capacidad jurídica les ha sido negada de forma discriminatoria a muchos grupos a lo largo de la historia, como las mujeres (sobre todo al contraer matrimonio) y las minorías étnicas. Sin embargo, las personas con discapacidad siguen siendo el grupo al que más comúnmente se la niega la capacidad jurídica en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe defenderse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales en lo que respecta a la salud, la educación y el trabajo. (En muchos casos, la negación de capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha conducido a privarlas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos de reproducción, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad)”.

¹⁴⁰ Sobre o reconhecimento de capacidade jurídica das pessoas com déficit funcional psíquico e intelectual para praticar, com autonomia e independência, negócios jurídicos de natureza patrimonial, cita-se o art. 12, parágrafo 5, o qual autoriza a pessoa com deficiência ser proprietária, herdeira de bens, controladora dos próprios assuntos econômicos, como acesso igualitário a empréstimos bancários, hipotecas e outras modalidades de créditos financeiros, desde que sejam salvaguardadas para que seus bens não sejam solapados por práticas abusivas.

¹⁴¹ MENEZES, Joyceane; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, v. 21, n. 2, 2016, p. 583.

ou medidas que violem a presunção de capacidade jurídica das pessoas com déficit funcional devem ser eliminadas, uma vez que, na hipótese de a restrição funcional do indivíduo dificultar-lhe o exercício da autonomia moral, caberá a sociedade e ao Estado disponibilizar ao indivíduo mecanismos de apoio e salvaguardas jurídicas que podem envolver auxílio informal, tomada de decisão apoiada e a curatela. Nesse sentido, Joyceane Bezerra de Menezes ressalta:

Para o exercício pleno da capacidade legal, a CDPD estabeleceu que os Estados deverão promover mecanismos de apoio e salvaguardas, quando necessários e, em tenção àqueles princípios cardiais já anunciados (*in dubio pro capacitas e intervenção mínima*). Embora não defina taxativamente quais sejam os mecanismos de apoio, define as salvaguardas como aquelas cautelas e providências tendentes a evitar que os mecanismos de apoio venham a prejudicar os direitos das pessoas por meio de eventuais abusos, excessos ou ilegalidades. Cada Estado é livre para constituir os mecanismos de apoio que considerar úteis e adequados ao exercício dos direitos pelas pessoas com deficiência. No Brasil, a curatela foi usada como o principal mecanismo de apoio, mas, com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituiu-se o mecanismo de tomada de “decisão apoiada”, alterando substancialmente o Código Civil.¹⁴²

Conforme aduz o doutrinador Fernando Rodrigues Martins, em linhas gerais, a Convenção Internacional Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) caracteriza-se como paradigmático instrumento internacional de proteção ampla e funcionalizada às pessoas com déficit funcional, único em: i) concretizar a autonomia e independência da pessoa com deficiência como técnica de ultrapassagem da tradicional concepção reabilitadora/assistencialista e ii) vedar a discriminação negativa sem, entretanto, descurar da adoção de discriminação positiva para igualdade substancial.¹⁴³

No Brasil, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) teve a sua aprovação formalizada por meio do Decreto nº 186/2008, mediante quórum qualificado de três quintos, nas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, conforme regra do art. 5º § 3º da Constituição Federal, desta forma, alcançando hierarquia de norma constitucional. Posteriormente, a ratificação e a promulgação do referido tratado internacional foram feitas por meio do Decreto Presidencial nº 6.949/2009, cumprindo o rito de ratificação dos tratados.

¹⁴² MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilística**, Rio de Janeiro, a.4, n.1, jan-jul/2015, p.3. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

¹⁴³ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 104/2016, mar – abr/2016, DTR/2016/4625, p.6.

O ingresso do primeiro tratado internacional de direitos humanos - aprovado pelo Congresso Nacional conforme o exigente procedimento qualificado- acarretou alterações substanciais à autonomia e às tutelas protetivas conferidas à pessoa com deficiência no ordenamento pátrio, especialmente no que se refere ao tradicional regime de incapacidade civil e de alguns pontos da curatela que, disciplinados no Código Civil e no Código de Processo Civil Brasileiros, acabavam por constituir-se como barreiras limitadoras à participação inclusiva e à promoção da dignidade das pessoas com déficit funcional psíquico e intelectual.

Não obstante os direitos e as previsões estampadas pela Convenção (CDPD) terem sido automaticamente incorporadas perante o ordenamento pátrio em razão de sua aprovação qualificada, o sistema jurídico brasileiro editou legislação infraconstitucional para dar operatividade à emancipação conferida às pessoas com deficiência, assim especificando o novo catálogo de direitos, deveres, diretrizes e tutelas a serem ofertados às pessoas com déficit funcional no contexto de sua nova esfera de autonomia e independência, que lhe garante a dignidade: o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) ou Lei Brasileira de Inclusão (LBI).

2.4 O estatuto da pessoa com deficiência (Lei Federal nº 13.146/2015) e as modificações realizações no âmbito da capacidade civil em busca da emancipação dos novos sujeitos de direito

Como visto, a aprovação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), primeiro tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Congresso Nacional com status de norma constitucional, em consonância com o procedimento qualificado exigido pelo § 3º do art. 5º da Constituição Federal (promulgado pelo Decreto 6.949/2009 e em vigor no plano interno desde 25/08/2009), fundamentou a elaboração de um novel diploma normativo, em sede infraconstitucional, vocacionado à proteção e à promoção dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência¹⁴⁴, em igualdade de condições com os demais, como garantia de inclusão social e cidadania: a Lei nº 16.146/2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Publicada em 07 de julho de 2015, seguindo o eixo personalista e o escopo axiológico da Convenção que lhe fundamenta, a norma estatutária ancorou novo paradigma interpretativo

¹⁴⁴ Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a 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 modelo social de direitos humanos¹⁴⁵ – para disciplinar, em cotejo com as peculiaridades e percalços que permeiam o contexto da deficiência, os direitos fundamentais das pessoas com impedimento funcional sob uma perspectiva de proteção integral, conforme resta expresso no art. 31, §2º, perspectiva esta que deve ser conhecida como princípio quando se tratar da tutela de pessoas consideradas “especialmente vulneráveis”, como é o caso da criança, do adolescente, da mulher e do idoso com deficiência (art.5º, parágrafo único, EPD).

Como consequência da mudança de paradigma sobre a deficiência – materializada na transposição da análise médica do status individual à análise das barreiras sociais, políticas, econômicas e atitudinais opostas pelo meio social, Heloísa Helena Barboza e Vítor Almeida destacam que Estatuto procurou extirpar, mediante tutela adequada, o maior número possível de “barreiras”, definidas como “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 [...]” (art. 3º, IV).¹⁴⁶

Nesse sentido, compreendendo a deficiência como um fenômeno que se deflagra a partir das limitações que o meio social impõe ao indivíduo com déficit funcional aliada à concepção de que eventual restrição na autonomia funcional do indivíduo constitui fator que, munido de recursos de acessibilidade e de apoio, não se opõe como obstáculo ao exercício autônomo de seus direitos¹⁴⁷, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, repetindo a matriz convencional, manteve a dissociação entre deficiência, capacidade civil e capacidade mental, assim considerando as pessoas com déficit funcional, na dicção de seu art. 2º, como aquelas que possuem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

À luz do citado giro paradigmático, prestigiando a autonomia e a independência da

¹⁴⁵ O modelo social de compreensão da eficiência é ferramenta sociológica que possui os mesmos valores básicos que sustentam os direitos humanos, como a dignidade, a liberdade-autonomia, a igualdade de todos os seres humanos. PALACIOS, Agustina. BARRIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Telefónica y CERMI. Madrid: Cinca, 2007, p. 23.

¹⁴⁶ BARBOZA, Heloísa Helena; JÚNIOR ALMEIDA, Vítor de Azevedo. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**.

¹⁴⁷ LOPES, Laís de Figueirêdo. Comentários aos arts 1º, 2º e 3º do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Diniz Gomes. COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43.

pessoa com deficiência como instrumento de concretização de sua dignidade, a *ratio legis* do Estatuto seguiu em duas dimensões principiológicas: *in dubio pro capacitas e intervenção mínima* (no núcleo de direitos existenciais da pessoa com deficiência), postulados de efetivação dos direitos da pessoa com deficiência que refletem o caráter bidimensional da justiça material defendido por Nancy Fraser, assim compreendido pelo reconhecimento e pela redistribuição, ou seja, o reconhecimento de identidade própria às pessoas com deficiência e a distribuição de recursos necessários para possibilitar sua plena efetivação em sociedade, em igualdade de condições com os demais.¹⁴⁸

Na esteira de tutela promocional mediante a eliminação de barreiras, alinhando-se à premissa de igualdade de reconhecimento perante a lei capitaneada pela CDPC (art. 12), a norma estatutária, em capítulo próprio, assegurou às pessoas com déficit funcional o direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas, vedando-se qualquer prática discriminatória (barreira atitudinal) originada em razão da deficiência. Inclusive, sobre a ação discriminatória como óbice ao exercício de direitos, em seu art. 4º, § 1º, a Lei Brasileira de inclusão afirmou que a discriminação consiste em:

[...] toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha 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.

Como decorrência do arranjo estrutural que se formou em torno do paradigma social de compreensão da deficiência assimilado pela ótica do EPD - responsável por desvincular conceitualmente as esferas de autonomia funcional e autonomia moral do indivíduo mediante a eliminação de barreiras e, assim, reconhecer-lhe e garantir-lhe igualdade de oportunidades para potencial exercício de seus direitos e liberdades fundamentais -, a lei estatutária, a exemplo da CDPD, reconhecendo a capacidade jurídica independentemente do status pessoal da deficiência, opera verdadeiro giro emancipatório na legislação brasileira ao afirmar que a deficiência não supõe impedimento à plena capacidade civil da pessoa para prática dos mais sortidos atos jurídicos, incluindo-se os de caráter existencial, senão vejamos:

Art. 6º - A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive

¹⁴⁸ GARCIA, Maria. Comentários Introdutórios ao Estatuto da Inclusão e os direitos e liberdades. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44.

para:

- I – casar e constituir união estável;
- II – exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V – exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Diante do reconhecimento de presunção de plena capacidade jurídica à pessoa com deficiência, a Lei Brasileira de Inclusão (LBI) acaba por provar verdadeiro giro estrutural na teoria de incapacidade albergada na codificação civil vigente, uma vez que, por força de seu art. 114, §3º, no que se refere especificamente à capacidade de exercício, a norma estatutária altera ¹⁴⁹o art. 3º do Código Civil para declarar que a incapacidade absoluta para o exercício pessoal dos atos da vida civil apenas incide sob os menores de 16 (dezesesseis) anos, ou seja, apenas em razão de insuficiência de maturidade etária e, não mais, em razão da existência de deficiência mental. *In verbis*, o comparativo de alteração legislativa.

Redação originária da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)	Redação da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) a partir da vigência do art. 114 do EPD:
<p>Art. 3º: São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I – os menores de dezesseis anos,</p> <p>II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III – os que mesmo por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade.</p>	<p>“Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.</p> <p>I - (Revogado);</p> <p>II - (Revogado);</p> <p>III - (Revogado).” (NR)</p>

Nesse sentido, Flávio Tartuce assevera que, em razão da substituição do critério médico pelo objetivo critério etário como fator de incapacitação absoluta, não há que se falar em maiores absolutamente incapazes - restando tal hipótese tão-somente aos menores de 16(dezesesseis) anos - sendo que o objetivo de tal alteração foi a plena inclusão da pessoa com

algum tipo de deficiência, tutelando a sua dignidade humana. Ademais, para o referido autor, a emancipação mediante a presunção de capacidade jurídica às pessoas com deficiência, trata-se de uma opção do Estatuto da Pessoa com Deficiência em dispensar proteção de tais pessoas como vulneráveis para garantir a liberdade das mesmas. Em outras palavras, para Flávio Tartuce, a emancipação às amarras da incapacidade, baseada na “*dignidade-liberdade*” substitui a antiga proteção de “*dignidade-vulnerabilidade*”.¹⁵⁰

Portanto, a par das alterações emancipatórias proporcionadas pelo advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), todas as pessoas com a deficiência que eram elencadas no art. 3º anterior passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil. Todavia, há de se ressaltar que, eventualmente, podem ser tidas como relativamente incapazes, em algum enquadramento do art. 4º do Código Civil, também alterado.

Sobre as alterações realizadas na sistemática de incapacidade, Heloísa Helena Barboza e Vítor Almeida sustentam que a correlação entre incapacidade absoluta e deficiência mental, nos moldes tradicionais do regramento de capacidade civil, revelava verdadeira prática discriminatório que o Estatuto da Pessoa com Deficiência põe fim. Isso porque, a referência expressa no art. 3º do Código Civil à enfermidade ou deficiência mental induzia à presunção de que em tais casos não existia – via de regra – discernimento, situação que de fato nem sempre ocorria e gerava dificultosas discussões periciais que se davam, sempre, de forma prejudicial àquele que tem sua capacidade mental questionada. Para os autores, nesta revogada hipótese de incapacidade, ainda que a pessoa com deficiência viesse a ser considerada “apta” para prática dos atos da vida civil, restaria sempre o estigma da “anormalidade” sobre a mesma.¹⁵¹

À revogação de grande parte das hipóteses de incapacidade do art. 3º do Código Civil soma-se as demais alterações estruturais no dispositivo seguinte (art. 4º do CC/02), que trata as hipóteses de incapacidade relativa. Em sua redação original, consideravam-se relativamente incapazes à prática de certos atos: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e IV – os pródigos.

¹⁵⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 84.

¹⁵¹ BARBOZA, Heloísa Helena; JÚNIOR ALMEIDA, Vítor de Azevedo. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e lei brasileira de inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 261.

Com o advento da presunção de capacidade civil proporcionada pelo EPD, não se torna coerente tratar como incapaz o sujeito titular de direitos que em razão de deficiência mental tenha algum discernimento mental reduzido. Portanto, o EPD optou pela revogação da segunda parte do inciso II do art. 4º do CC/02, para retirar as pessoas com deficiência mental da hipótese de incapacidade relativa, mantendo apenas os ébrios e toxicômanos.¹⁵²

Com relação ao original inciso III do art. 4º do CC/02, o qual previa que os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo eram relativamente incapazes, assim associando deficiência à incapacidade, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ancorado em seu novo paradigma do modelo social, eliminou esta referência normativa e remeteu esta hipótese de restrição funcional à antiga expressão que se encontrava no anterior art. 3º, III, ora também revogado (“aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade”).

Com efeito, a inclusão das pessoas que “*por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade*” no rol dos relativamente incapazes revela um ponto de interseção entre a teoria das incapacidades e as pessoas com déficit psíquico e intelectual, uma vez que, uma pessoa com deficiência, em situação eventual, por algum fator pessoal, pode encontrar-se impossibilitada de manifestar a sua vontade, de forma temporária ou definitiva. Assim, somente nesta hipótese exclusiva, diante da impossibilidade de externar os seus desejos, a pessoa com deficiência poderia ser considerada relativamente incapaz.

Um bom exemplo da hipótese de limitação de capacidade civil da pessoa com deficiência pelas vias da incapacidade relativa seria o caso de uma pessoa privada totalmente de discernimento mental, que não tem condições de expressar a sua vontade. Neste caso, por opção legislativa do EPD, reconhece-se tais pessoas como incapazes relativamente. Todavia, deve-se ressaltar que a causa incapacitante, nessa hipótese, não reside na patologia ou no estado psíquico, mas na impossibilidade de exteriorizar a vontade e o reconhecimento dessa incapacidade jurídica exige um procedimento judicial de curatela, prevista no Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 747 e seguintes.¹⁵³

Desta forma, conclui-se que a partir das alterações substanciais promovidas pelo EPD, as hipóteses de deficiência psíquica e intelectual foram eliminadas do rol de incapacidade

¹⁵² MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 104/2016, mar – abr/2016, DTR/2016/4625, p.8.

¹⁵³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 347.

absoluta (art. 3º do CC/02) sedo que, apenas em casos específicos e judicialmente comprovados de deficiência severa, assim considerada a situação que impede a manifestação de vontade do sujeito, verificar-se-á restrição à capacidade da pessoa por meio da curatela. Nesse sentido, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias lecionam que o liame entre a capacidade para a incapacidade de uma pessoa com deficiência não mais se atrela à deficiência por si própria, mas no fato da pessoa com déficit funcional encontrar-se em uma situação que as impeça, por qualquer motivo, de expressar sua vontade, senão vejamos:

À luz do exposto, excepcionalmente, a incapacidade jurídica pode alcançar uma pessoa com deficiência quando não puder exprimir vontade. Chame-se, porém, a atenção para um detalhe substancial: as pessoas com deficiência que não podem exprimir vontade foram removidas do rol dos absolutamente incapazes, previsto na redação primitiva do Código Civil, e enviadas para o catálogo dos relativamente incapazes, como uma nova filosofia de tratamento. Corretamente, o legislador optou por restringir o alcance da incapacidade ao conjunto de circunstâncias que evidenciam a impossibilidade real e duradoura de entender, de querer e de poder se manifestar claramente, a ponto e justificar a curatela. O ser humano não mais será reduzido à curatela pelo simples fato de ser portador de patologia psíquica. Frise-se à exaustão: o divisor de águas da capacidade para a incapacidade de uma pessoa com deficiência não mais reside nas características da pessoa, mas no fato de se encontrar em uma situação que as impeça, por qualquer motivo, de expressar sua vontade. Prevalece o critério da impossibilidade de o cidadão maior tomar decisões de forma esclarecida e a autônoma sobre sua pessoa ou bens ou de adequadamente as exprimir ou lhes dar execução.¹⁵⁴

Portanto, sendo a regra geral para as pessoas com déficit funcional o acesso à capacidade jurídica plena – dissociando-se capacidade jurídica da experiência da deficiência -, os dispositivos do Código Civil vigente que tratam sobre a teoria da incapacidade, a partir da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, passam a se delinear nos seguintes arquétipos:

Absolutamente incapazes (art. 3º do CC)	Relativamente incapazes (art. 4º do CC)
<p>“Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.</p> <p>I- (Revogado);</p> <p>II- (Revogado);</p> <p>III - (Revogado);</p>	<p>“Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p>I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II- os ébrios habituais e os viciados em tóxico;</p>

¹⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 348.

	III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade; IV – os pródigos
--	---

Como se viu, a Lei de Inclusão Brasileira (LBI) além de (re)afirmar a capacidade civil da pessoa com deficiência e lançar proteção aos seus direitos básicos enquanto grupo que carece de tutela especializada, também assegura o direito ao exercício da conquistada capacidade em igualdade de condições com os demais (art.84). Desta forma, privilegiou-se à pessoa com deficiência, especialmente àquelas com déficit psíquico e intelectual, o direito ao exercício de sua autonomia moral, o direito a decidir sobre o seu projeto espiritual de vida, o direito à criação de sua identidade própria, o direito de fazer suas escolhas serem respeitadas em âmbito patrimonial e existencial, vale dizer, o direito ao livre desenvolvimento à personalidade singular.

Todavia, a norma estatutária não desconsiderou as situações em que o exercício pessoal e independente da capacidade de exercício assegurada, mesmo diante da superação de barreiras e adaptações do meio, não é favorável ou exige sacrifício e/ou sacrifício evitável à pessoa com deficiência, ou em um contexto mais gravoso, não é possível de se realizar pela própria pessoa sem prejuízo de seus próprios interesses, como é o caso das deficiências de natureza severas. Para estas situações, o Estatuto previu a criação de dois instrumentos de apoio, em consonância, com as diretrizes da CDPD: a Tomada de Decisão Apoiada, destinada às pessoas com deficiência simples, assim consideradas plenamente capazes e a curatela excepcional, apoio vocacionado às pessoas com deficiência grave. (art. 84, §1º, EPD).¹⁵⁵

2.5 Os contornos do instituto da tomada de decisão apoiada

Alinhado ao escopo teleológico da CDPD, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) materializou o reconhecimento da autonomia e da independência de vida das pessoas com déficit funcional ao outorgar-lhes a possibilidade de exercício da capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 84 – EPD).

No entanto, referida legislação não descurou que a eficácia positiva do pretendido giro

¹⁵⁵ Art. 84, EPD: “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.”

de dignidade-liberdade¹⁵⁶ pelas vias da capacidade jurídica pode depender de acesso a mecanismos de apoio por parte da pessoa deficiente, conforme a diversidade funcional e diversidade orgânica¹⁵⁷ experimentados pelos destinatários da norma.

Descortinando contrastes jurídicos entre deficiência simples e deficiência severa para medir o grau de suporte à pessoa, o Estatuto fixou a tomada de decisão apoiada como instrumento de apoio que busca encampar proteção funcionalizada ao exercício da capacidade jurídica do deficiente, protegendo-lhe os interesses patrimoniais e existenciais com a máxima preservação da dignidade, autonomia, poder de escolha, das vicissitudes, das crenças e do direito à criação de projeto singular de vida.¹⁵⁸

Com efeito, a necessidade de funcionalizar os sistemas de apoio ao nível e natureza de deficiência, bem se justifica pela estrutura emancipatória do EPD, que fixou plena capacidade e autonomia às pessoas que manifestam simples déficit cognitivo, intelectual e mental e, por isso, estão situadas no intermédio entre as pessoas (sem deficiência) que possuem total aptidão para o exercício autônomo dos atos da vida civil e as pessoas com deficiência qualificada, que reclamam a intervenção da curatela por não possuírem o discernimento necessário à emissão de vontade controlada¹⁵⁹.

Logo, por conservarem plenitude de capacidade, tais deficientes, que ainda são vulneráveis, necessitam de apoio menos interventivo que a curatela, vale dizer, necessitam de modelo promocional que seja capaz de se modular ao amplo poder de eleição e autonomia que lhe são inerentes, ao se ter em mente que, em contextos específicos, podem tornar-se fragilizados à prática de determinados atos, por conta do déficit que apresentam.

¹⁵⁶ TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência): **Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II, 26/08/2015**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com.>>. Acesso em: 19 out. 2017

¹⁵⁷ De acordo com Agostina Palacios, em respeito à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a tutela da pessoa deficiente deve ser promovida em atenção à diversidade funcional manifestada, de sorte que, na hipótese desta diversidade representar prejuízo ao exercício da autonomia e independência de vida, ao invés de retirar-lhe a capacidade, em conformidade com o princípio da solidariedade, o Estado deve conferir apoio especializado à pessoa, a fim de garantir-lhe acesso à capacidade, porta de acesso aos direitos humanos, direitos fundamentais e direitos de personalidade do sujeito. PALACIOS, Agostina y ROMANACH, Javier. **El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad em la diversidad funcional**. Epaña: Ediciones Diversitas, p. 208.

¹⁵⁸ ROSENVALD, Nelson. **A tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência**. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/07/16/A-Tomada-de-Decis%C3%A3o-Apoiada_16/07/2015.>. Acesso em: 15 jun. 2017.

¹⁵⁹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Joyceane Bezerra de Menezes (Coord.). Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 616.

Igualmente, os deficientes que preservam a capacidade de compreensão plena, porém apresentam impedimentos físicos ou sensoriais (a exemplo dos tetraplégicos, obesos mórbidos, cegos, pessoas com manifestações sequelares de AVC e portadores de demais patologias que as privem de deambulação para prática de negócios jurídicos), podem encontrar-se impedidos de exercerem seus próprios interesses, tal qual aqueles que possuem déficit cognitivo, intelectual e mental de natureza simples, necessitando também de apoio diferente da curatela, funcionalizado com seu grau de autonomia para a promoção de sua dignidade.¹⁶⁰

Assim, atender ao desiderato de proteção da dignidade e concreção da igualdade substancial que conduz o efetivo exercício da capacidade legal dos deficientes considerados plenamente capazes¹⁶¹, o estatuto fixou suporte por meio da Tomada de Decisão Apoiada, instituto inspirado na figura do *amministratore di sostegno* da legislação italiana.

Com previsão legal referenciada sob a dicção do art. 116 da Lei Brasileira de Inclusão (LBI), a tomada de decisão apoiada foi disciplinado no Código Civil (LGL\2002\400) em redação dada pelo art.1.783-A¹⁶² e onze parágrafos, lançando-se como instrumento de apoio ao

¹⁶⁰ ROSENVALD, Nelson. **A TOMADA DE DECISÃO APOIADA – Primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência**. In: Revista IBDFAM Famílias e Sucessões, vol. 10 – jul/ago. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 11.

¹⁶¹ Nesse sentido, veja-se entendimento jurisprudencial no sentido de que a Tomada de Decisão Apoiada é o modelo protetivo que assiste pessoas com deficiência que não possuem comprometimento da capacidade de compreensão, resultando em inadequação do antigo procedimento de interdição. Apelação cível. Família. Ação de interdição. Contradição das provas angariadas ao feito. Necessidade de nova perícia por equipe multidisciplinar. Sentença desconstituída. Razoável a desconstituição da sentença, a fim de que seja realizada nova perícia por equipe multidisciplinar, nos termos do artigo 1.771 do Código Civil (LGL\2002\400) (com nova redação dada pela Lei 13.146/15), com vistas a especificar minuciosamente a capacidade e as responsabilidades de Jéssica, em conformidade com a ótica do Estatuto da Pessoa com Deficiência ou, se for o caso, o procedimento especial de Tomada de Decisão Apoiada, destinado às pessoas que possuem algum tipo de deficiência, mas que podem exprimir vontade, na forma prevista no artigo 1.783-A do Código Civil (LGL\2202\400), introduzido pela Lei nº 13.146/15. RECURSO PROVIDO. (TJ-RS. Apelação Cível 700709668980. Relator Desembargadora Liselenaschifino Robles Ribeiro; Sétima Câmara Cível; Data do julgamento 28.09.2016)

¹⁶² Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no **caput** deste artigo.

§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

§ 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

§ 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contrassinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

exercício da capacidade jurídica de pessoas plenamente capazes que, em razão de alguma deficiência física, sensorial ou intelectual/cognitiva de nível simples, podem vir a experimentar estado de vulnerabilidade¹⁶³ no momento de celebração de atos jurídicos de maior grau de complexidade, portanto, necessitando obter diretrizes, orientações e esclarecimentos sobre delimitados assuntos, para que suas escolhas não lhe sejam prejudiciais.

Insurgindo lateralmente aos tradicionais modelos protetivos da pessoa natural (tutela e curatela), a tomada de decisão apoiada corresponde à materialização legislativa do art. 12.3¹⁶⁴ da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, comando jurídico que encampa o paradigma emancipatório promovido à pessoa deficiente, ao insculpir sistema de apoio que tem o mérito de nivelar eventuais fragilidades daquele que guarda diversidade funcional sem, no entanto, comprometer-lhe a autonomia, permitindo o exercício de capacidade legal em igualdade de condições com os demais.

A Tomada de decisão apoiada nada mais é do que um acordo de apoio, cuja dinâmica de promoção à capacidade se realiza por iniciativa da própria pessoa com deficiência, que dirige pedido a um juiz de competência da vara de família, mediante processo de jurisdição voluntária¹⁶⁵, postulando a nomeação de pelo menos (02) duas pessoas idôneas - que gozem de sua confiança – para prestar-lhe apoio na tomada de decisões de delimitados atos da vida civil, incumbindo aos apoiadores a oferta de informações, elementos e orientações necessárias para

§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.

§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.

§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela

¹⁶³ Importante destacar que a sistemática do art. 1783-A não restringe qual a natureza de déficit funcional pode ensejar o voluntário processo de Tomada de Decisão Apoiada, uma vez que tal modelo promocional de apoio à capacidade jurídica pode ser perfeitamente manejado por pessoas com deficiência física que necessitem superar barreiras cotidianas, pessoas com limitações sensoriais como surdos e cegos e pessoas portadores de transtornos mentais e/ou impedimento de natureza intelectual e mental, mas que podem exprimir vontade, como é o caso de portadores de síndrome de down. Com efeito, o escopo do instituto não se relaciona com a existência de uma deficiência, por si só, mas sim, com eventuais contextos de vulnerabilidade que podem permear o sujeito no exercício de sua capacidade jurídica com autonomia.

¹⁶⁴ Art. 12.3 – Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem ao exercício de sua capacidade legal. Convenção de Nova York, 2007.

¹⁶⁵ Importante destacar que o Novo Código de Processo Civil não estabeleceu a proceduralização do apoio a ser realizado por meio da Tomada de Decisão Apoiada. Desta forma, o requerimento e trâmite processuais deverão observar as diretrizes estampadas na previsão do Art. 1.783-A e parágrafos correspondentes do Código Civil (LGL\2002\400).

que as escolhas e a capacidade do apoiado possam ser exercidas com segurança.¹⁶⁶

No referido pedido, além da nomeação de apoiadores idôneos indicados pelo próprio apoiado, deverá constar um termo assinado pelo beneficiário e pelos indicados ao múnus de apoio, o qual fixará quais serão os limites do apoio a ser prestado e o prazo de vigência do acordo. Antes de homologar o acordo de apoio, todavia, o juiz ouvirá o representante do Ministério Público e, munido de assistência de equipe multidisciplinar, também ouvirá pessoalmente a pessoa com deficiência requerente e as pessoas designadas para o apoio.¹⁶⁷

Portanto, a fim de proteger e promover a autonomia da pessoa com déficit funcional, garantindo-lhe a realização independente de suas próprias escolhas e projeto espiritual de vida próprio, caberá aos apoiadores oferecer ao apoiado corretas informações sobre as características e desdobramentos de eventual ato jurídico de caráter patrimonial/existencial, assim como possibilitar e favorecer a comunicação entre o apoiado e eventual sujeito contratual. Nesse sentido, esclarece a professora Joyceane Bezerra de Menezes o escopo do apoio a ser desenvolvido na tomada de decisão apoiada, veja-se:

O apoio pode envolver o esclarecimento acerca dos fatores circundantes à decisão, incluindo a ponderação sobre os seus efeitos, além do auxílio na comunicação dessa decisão aos interlocutores. Tudo para que a pessoa possa decidir de acordo com as suas preferências, mas com a ciência de todos os efeitos da sua escolha, incluindo-se aqueles mais gravosos. Ao fim, importa em garantir à pessoa o direito de decidir. Direito este que vem se convertendo em uma bandeira à luta humanitária, voltada para consolidar a mudança de paradigma na apreciação da autonomia do sujeito com deficiência.¹⁶⁸

No que se refere à legitimidade para requerimento da Tomada de Decisão Apoiada, os juristas Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald destacam que, apesar da lei adjetiva civil adotar norma restritiva¹⁶⁹, no sentido de que somente a pessoa com deficiência poderia deflagrar o procedimento de apoio, é possível esposar o entendimento com lastro na regra de “quem pode

¹⁶⁶ NYSHIYAMA, Adolfo Mamoru e TOLEDO, Roberta Cristina Paganini. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões sobre a capacidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 974/2016, dez/2016, DTR\2016\24514, p.8/9.

¹⁶⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no brasil após a convenção sobre a pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 527.

¹⁶⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no brasil após a convenção sobre a pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 525

¹⁶⁹ Art. 1.783-A, § 2º: O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no **caput** deste artigo. (LGL\2002\400).

mais pode o menos” para autorizar que as pessoas que estão legitimadas para a curatela também estão para o requerimento de Tomada de Decisão Apoiada, a exemplo dos familiares do apoiado e do Ministério Público.

Com a implementação da tomada de decisão apoiada, Maurício Requião ressalta a emancipatória opção legislativa em prestigiar o espaço de escolha das pessoas com deficiência - sobretudo às pessoas portadoras de déficit mental, cognitivo e intelectual – que por meio do novo instituto podem constituir em volta de si uma rede de apoiadores baseado na voluntariedade e na confiança que neles se deposita, para orientá-los em algum ato da vida.¹⁷⁰

Sobre a constituição de apoiadores, a lei evidencia a obrigatoriedade de o apoiado eleger 02(duas)¹⁷¹ pessoas – que estão no pleno exercício da capacidade civil – para exercer diretivas de coadjuvação e orientação, condicionando a nomeação judicial de tais pessoas à demonstração de características como a idoneidade, a confiança e vínculo relacional com o apoiado.

Ressalva-se, todavia, que tal vínculo não deve ser necessariamente jurídico (parentesco, conjugalidade ou convivência estável), sendo admitido os vínculos de afetividade expressiva e duradoura, desde que o candidato à apoiador também concentre os demais requisitos de idoneidade e confiança em relação ao apoiado.

Não obstante o requerente¹⁷² do apoio indique 02 (duas) pessoas que preencham os requisitos legais de idoneidade, confiança e vínculo relacional, a fim de assegurar a autonomia do postulante do apoio, o magistrado pode negar-se a homologar a nomeação, uma vez que, vislumbrando a existência de qualquer conflito de interesse entre apoiado e candidato à

¹⁷⁰ REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 6/2016, Jan/Mar.2016, DTR\2016\436, p.7.

¹⁷¹ O doutrinador Anderson Schreiber - em artigo intitulado “ Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade? ” - afirma ser amplamente criticável a opção do legislador brasileiro em exigir a indicação de pelo menos 2 (duas) pessoas idônea” para o exercício da função de apoiador, pois o mesmo argumento que se a ideia era prevenir o apoiado de eventuais abusos pelo apoiador, o fato de que formem um par contribui muito pouco para a prevenção, na verdade, dificultando a vida do apoiado, que não poderá contar com apenas uma pessoa de confiança, mas terá que ter, no mínimo, duas para se valer do novo instituto. SCHEIBER, Anderson. **Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual a sua utilidade?** Jornal Carta Forense, 03/06/2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso: 01 out. 2017.

¹⁷² Em entendimento diverso, Nelson Rosenvald defende que a escolha dos apoiadores é uma decisão que deve resguardar os interesses do beneficiário apoiado, por isso, seria possível que o magistrado – de ofício ou por iniciativa do Ministério Público -, justificadamente, designasse um ou até mesmo 02(dois) apoiadores em substituição àqueles indicados pela pessoa com deficiência requerente do acordo de apoio. ROSENVALD, Nelson. **A Tomada de Decisão Apoiada – Primeiras Linhas Sobre um Novo Modelo Jurídico Promocional da Pessoa com Deficiência**. In: Revista IBDFAM Famílias e Sucessões, vol. 10 – jul/ago. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 14

apoiador, a exemplo da pressão exagerada que o apoiador possa exercer sobre o beneficiário, a indicação poderá ser rejeitada, cabendo somente ao requisitante do apoio eleger outra pessoa para o exercício do múnus de suporte.

Como se pode notar, a legislação cuidou de estabelecer critérios para que a atuação dos apoiadores não mine o poder de eleição da pessoa apoiada, não altere o status de capacidade plena, bem como lhe traga prejuízos por ação abusiva ou omissão desidiosa.

Assim, caso o apoiador seja denunciado por agir de forma negligente, por exercer pressão abusiva sobre o apoiado ou por descumprir sua função, após ouvida o beneficiário de apoio e o Ministério Público, o juiz poderá destituir o referido apoiador (art. 1.783-A, § 7º, permitindo a substituição do mesmo.

Destaca-se, inclusive, que eventuais atos praticados pelo apoiado em razão de pressão abusiva do apoiador poderão ser anulados, por iniciativa do Ministério Público, do próprio apoiado e de seus herdeiros.¹⁷³ Na mesma esteira, se a atuação desidiosa resultar em prejuízo ao apoiado, estabelece a legislação a responsabilização subjetiva do apoiador pelos danos suportados.

Como o escopo da tomada de decisão apoiada é promover a dignidade-liberdade dos novos sujeitos capazes mediante apoio a eventuais vulnerabilidades, evitando um processo de substituição de vontade, é possível vislumbrar o cenário em que o apoiador discorde da escolha feita pelo apoiado no que diz respeito à realização de determinado ato jurídico. Diante de tal situação, o apoiador deverá comunicar o juiz sobre a prejudicialidade e risco da escolha que é objeto de divergência. O juiz, na hipótese acima, ouvirá o Ministério Público e decidirá.

Sobre a divergência entre apoiador e apoiado, Maurício Requião alerta que a necessidade da intervenção de um juiz para dirimir a controvérsia se dará somente quando se estiver diante de casos em que a celebração do negócio possa trazer risco ou prejuízo de grande relevância para a esfera de direitos do apoiado, de forma que, por força de interpretação sistemática do próprio estatuto, o doutrinador afirma que, tratando-se de divergência que não implique em riscos relevantes, a escolha do apoiado deverá prevalecer em relação à manifestação contrária dos apoiadores.

Assim, tratando-se de escolha de realização de negócio jurídico que possa repercutir prejuízos significativos à pessoa apoiada, ao ser suscitada a divergência do apoiador, o

¹⁷³ ROSENVALD, Nelson. Curatela. **Tratado de direito das famílias**. Minas Gerais: IBDFAM, 2015, p. 759.

magistrado levará em consideração se a pessoa que requereu o apoio ainda conserva capacidade de agir relativamente ao negócio jurídico em formação, ou seja, se a pessoa ainda pode entender e compreender os resultados advindos do negócio que pretende firmar. Estando a capacidade de agir preservada, não haverá necessidade de interferência estatal na consumação do negócio eleita pelo apoiado.

Afinal, como ressaltam os autores Carlos José Cordeiro e Josiane Araújo Gomes, a Tomada de Decisão Apoiada não implica em extinção da capacidade do apoiado, mas tão somente, a possível limitação de legitimidade para prática de delimitados atos de natureza patrimonial:

“[...] com a adoção da tomada de decisão apoiada, tem-se a promoção da autonomia existencial da pessoa com capacidade de discernimento reduzida, pois não haverá limitação da sua capacidade de agir e de sua autodeterminação como ocorria com a incidência do instituto da curatela na versão originária do Código Civil ora em vigor. Com efeito, o que se pode verificar, na espécie, é a possível ausência de legitimação para a prática de certos atos, que tenham, notadamente, nítido caráter patrimonial, devido à necessidade da presença dos apoiadores, de acordo com os limites do apoio constante do termo (§ 1º, do art. 1.783-A), ou pela exigência manifestada por terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial (§ 5º).”¹⁷⁴

Ao tratar sobre a divergência entre apoiado e apoiador, Anderson Schreiber avalia que a oitiva do Ministério Público se mostra como uma exigência equivocada. Para o referido doutrinador, como o apoiado é plenamente capaz, “[...] a intervenção do Parquet não encontra fundamento jurídico senão no próprio preconceito que o Estatuto pretendia extirpar: o de se tratar a pessoa com deficiência como alguém inapto a decidir sobre seus próprios rumos.”¹⁷⁵ (grifo nosso)

Por fim, delineado a estrutura procedimental do novel mecanismo de apoio, resta saber qual a repercussão jurídica do mesmo sobre esfera de terceiros. Como a tomada de decisão apoiada qualifica-se como um acordo celebrado entre o apoiado e os apoiadores que não afeta a capacidade civil da pessoa com deficiência, os negócios realizados pelo apoiado, mesmo sem a participação do apoiador são válidos. Todavia, tendo o conhecimento de que a pessoa está sob

¹⁷⁴ CORDEIRO, Carlos José, GOMES, Josiane Araújo: Mal de Alzheimer e Tomada de Decisão Apoiada: Análise do novel instituto jurídico sob o enfoque do filme “Para Sempre Alice”. In: **Direito e Arte: os desafios da personalidade**. Maria de Fátima Freire de Sá, Taisa Maria Macena de Lima, Wilba Lúcia Maia Bernardes (Org.), Belo Horizonte, Arraes Editores, 2016, p. 155

¹⁷⁵ SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual a sua utilidade? **Jornal Carta Forense**, 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 01 set. 2017.

tomada de decisão apoiada, é facultado ao contratante solicitar que os apoiadores também assinem o instrumento de contratação na função de apoiador.

Como tomada de decisão apoiada é procedimento requerido com base na voluntariedade das pessoas com deficiência que são plenamente capazes, entre elas, pessoas com déficit mental, intelectual e cognitivo de natureza simples, questiona-se: qual seria o destino deste modelo de apoio, se no curso do apoio, o requerente fosse acometido pelo do agravamento do seu nível de impedimento funcional, com o progressivo comprometimento da sua capacidade de compreensão? Haveria, nesse caso, a fungibilidade automática entre a Tomada de Decisão Apoiada e a curatela?

Sobre esses questionamentos, Nelson Rosenvald aponta que, oportunizando ao apoiado todas as garantias processuais do devido processo legal, a medida de apoio poderia ser cessada em razão da decretação de curatela, com a conseqüente substituição dos apoiadores por um curador designado pelo magistrado. Como se vê, a migração de modelos protetivos não é automática, depende de que se realize amplo contraditório com o apoiado para que verifique que a curatela é a alternativa excepcional que se exige à proteção da dignidade da pessoa deficiente.¹⁷⁶

Ademais, a lógica de sucessão entre a Tomada de Decisão Apoiada e a curatela pode se manifestar na hipótese de um planejamento pessoal de pessoa com déficit funcional mental de natureza simples com prognóstico de iminente agravamento, a exemplo do diagnóstico de Alzheimer. Isso porque, nas primeiras fases da dita patologia, a Tomada de Decisão Apoiada pode servir à promoção da autonomia desta pessoa vulnerável, momento em que, ainda dispendo de condições intelectivas suficientes, tal pessoa pode programar a sua autocuratela, ou seja, já apontar um representante duradouro de sua confiança que a representará em eventual curatela.

2.6 A curatela e a interdição à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD): a limitação da capacidade na medida das necessidades da pessoa humana

No regime originalmente fixado pelo Código Civil (LGL\2002\400), a ausência ou a redução de discernimento proveniente de déficit ou enfermidade mental implicavam em

¹⁷⁶ ROSENVALD, Nelson. A Tomada de Decisão Apoiada – Primeiras Linhas Sobre um Novo Modelo Jurídico Promocional da Pessoa com Deficiência. *Revista IBDFAM Famílias e Sucessões*, v. 10 – jul/ago., Belo Horizonte, IBDFAM, 2015, p. 14

automática subsunção do sujeito aos limites da incapacidade civil (relativa ou absoluta)¹⁷⁷, remetendo o dito incapaz aos auspícios da curatela, medida protetiva destinada à pessoa maior que, incluída nas hipóteses açambarcadas pelo derogado art. 1.767, tinha a sua incapacidade declarada.¹⁷⁸

Sob o tradicional regime de restrição da capacidade civil, pautado no esquema genérico do “tudo-ou-nada”, o pedido de curatela se deflagrava por meio da interdição, traduzindo-se em verdadeira medida de substituição de vontade do curatelado, por meio da qual um terceiro assumia um encargo, definido por lei, para administrar a pessoa e os bens daquele considerado incapaz de fazê-lo por si mesmo.¹⁷⁹

Apesar da *ratio* do instituto ter sido idealizada com o escopo de proteção dos interesses da pessoa incapaz na medida de sua dignidade, a pronúncia da interdição, com base no rígido critério da falta de discernimento, acabou por tutelar os diferentes âmbitos de atuação patrimonial e existencial da pessoa como se fossem incidíveis, provocando a supressão dos direitos fundamentais que permeiam os aspectos existenciais do consórcio humano.

A rigor, no antigo procedimento de curatela, a convicção processual de que o déficit mental incapacitava o indivíduo à prática de relações patrimoniais era igualmente vertida no trato das suas situações subjetivas existenciais. Sem que se avaliasse concretamente se, a despeito do déficit, o curatelado conservava capacidade para traçar o livre desenvolvimento de sua personalidade, a interdição ancorada na substituição de vontade, não raramente, se operava sem medida sobre o rol de direitos existenciais indisponíveis do sujeito.

Vale dizer que, pelo antigo regime de incapacidade, o exercício da atividade existencial da pessoa humana com impedimento mental ou intelectual, ao cabo e ao fim, estava

¹⁷⁷ Art.3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos;

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art.4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e os menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos

Parágrafo único: A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

¹⁷⁸ ABREU, Célia Barbosa. **A flexibilização da curatela para o psicopata: uma interpretação constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <<http://ppgdc.sites.uff.br/wp-content/uploads/sites/34/2017/06/197-245-1-SM.pdf>> Acesso em: 22 jul. 2017.

¹⁷⁹ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do Estatuto da Pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015), nas legislações Civil e Processual Civil. **Revista do Direito Privado**, São Paulo, v. 66, abr-jul/2016, DTR2016\4447, p.14.

diretamente subordinado ao estigma do modelo médico de deficiência, para o qual a existência de déficit funcional, muitas vezes, assim como nas relações patrimoniais, reclamava a substituição da vontade da pessoa concreta na figura de outra, tida como plenamente capaz, para viabilizar seus interesses.

Nesse sentido, Nelson Rosenvald ao discorrer sobre a densidade do mecanismo de substituição de vontade do curatelado destaca que, pronunciada a interdição, a imposição de limites à atuação do curador apenas verificar-se-ia quando a sentença fixasse a incapacidade do sujeito como relativa, de modo que, tratando-se de interdição promovida em razão de uma incapacidade absoluta de agir, à pessoa incapacitada por deficiência mental não mais restaria espaços de autonomia, sendo a mesma condenada à substituição de sua vontade em toda sorte de atos jurídicos de seu interesse, em uma verdadeira morte civil.¹⁸⁰

A curatela revelava-se, pois, modelo de proteção funcionalizado à gestão patrimonial da pessoa incapaz, refletindo seus efeitos limitantes indistintamente sobre o núcleo indisponível da personalidade humana sem que se provasse especificamente a incapacidade para titularizar relações existenciais. Vale dizer: era medida que se impunha precipuamente no interesse protecionista de terceiros, sem ter em conta as crenças, as vontades, as vicissitudes e o projeto espiritual de vida que a pessoa com déficit funcional poderia manifestar.

Todavia, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como alicerce fundamental da República Federativa do Brasil, composta pelos princípios da liberdade privada, da integridade psicofísica, da igualdade substancial (art. 3º, III, CF) e da solidariedade social (art. 3º, I, CF), realçou a necessária distinção entre a tutela qualitativa aplicável ao indivíduo no âmbito das relações jurídicas existenciais e a aplicável nas relações jurídicas patrimoniais, de forma que, impunha-se a ressignificação de muitos institutos do direito civil funcionalizados à lógica patrimonial, a exemplo da curatela e interdição.¹⁸¹

A insuficiência normativa da curatela para proteger e promover o acesso e a efetivação do catálogo de direitos fundamentais da pessoa com déficit funcional em aspectos extrapatrimoniais, especialmente no que se refere à possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade, antes mesmo do advento da lei estatutária (EPD) já era destacada pela doutrina abalizada, a exemplo de Célia Barbosa Abreu, para a qual:

¹⁸⁰ ROSENLVAD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: **Direito & Justiça Social**. NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.) São Paulo: Editora Altas, 2013, p. 153.

¹⁸¹ NETO, Jäder de Figueiredo Correia, MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Interdição e Curatela no novo CPC à luz da dignidade da pessoa humana e do direito civil constitucional**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=029b50deea7a25c4>>. Acesso em: 23 set.2017.

Deferir a medida de interdição sem consideração às diversas potencialidades de uma pessoa consiste em afronta aos seus direitos fundamentais, contrariando o princípio da dignidade humana nas suas dimensões negativa e positiva. A dimensão negativa do princípio consiste na imposição de limite à atuação do Estado que possa importar a violação à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, expressos e implícitos no texto constitucional. A dimensão positiva do princípio atribui ao Estado o dever de promover a realização do ser humano, de tal forma que deva criar condições para o incapaz, dentro de suas possibilidades concretas, alcançar a condição de pessoa útil, não sendo considerado peso morto para a sociedade.¹⁸²

No mesmo sentido, a citada doutrinadora, a fim de adequar a operatividade da curatela ao princípio da dignidade humana proclamado pela Constituição da República, propôs nova leitura para o derogado art. 1.772 do Código Civil, sugerindo que a curatela parcial, tornasse passível de ser concedida a todos aqueles que necessitassem efetivamente, não se restringindo aos sujeitos classificados na hipótese do art. 167, III e IV, conforme previsto no art. 1.772. Em outras palavras, sustentou-se que o art. 1.772 do CC/02 deveria ser interpretado como se cláusula geral fosse.¹⁸³

Apesar do esforço doutrinário, a ressignificação da curatela à cláusula geral de proteção humana é questão que se resolveria no âmbito da legislação infraconstitucional a partir das propostas emancipatórias encampadas pela Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência (CDPD) e, posteriormente pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), instrumentos que buscam proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com déficit funcional, fulcrando a presunção de capacidade legal das mesmas como porta de acesso à dignidade e demais direitos humanos fundamentais.

Afinal, diante do já citado processo de ressignificação da personalidade da pessoa com deficiência, bem como das alterações paradigmáticas e ideológicas no âmbito da teoria das incapacidades que, lançadas pela Convenção de Nova Iorque (CDPD), foram albergadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), a curatela restou materialmente esvaziada como medida de substituição de vontade para se equalizar ao giro emancipatório que desvinculou o conceito de deficiência de incapacidade. Nesse sentido, Joyceane Bezerra de Menezes alerta que, com o advento do Lei de Inclusão:

¹⁸² ABREU, Célia Barbosa. **Curatela & Interdição Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.165.

¹⁸³ ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p.547.

A curatela perde o fôlego enquanto medida de substituição de vontade e, no seu estabelecimento, passa-se a atribuir maior relevo às circunstâncias pessoais do próprio curatelado, notadamente às suas preferências, aos seus vínculos de afetividade e aos seus interesses fundamentais. Consolida-se aquele perfil funcional que determina o respeito às “escolhas de vida que o deficiente psíquico for capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão”. Pois, em razão do status personae, todo ser humano é titular de situações existenciais como o direito à vida, à saúde, à integridade corporal, ao nome, à manifestação do pensamento, cujo exercício prescinde das suas capacidades intelectuais e é fundamental para o desenvolvimento de sua personalidade.¹⁸⁴

Com a guinada promocional da esfera de autonomia moral das pessoas com deficiência mental e intelectual proposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), o instituto da curatela foi redimensionado para eliminar sua insuficiência metodológica e procedimental face a emancipação das pessoas com déficit funcional, atualmente inseridas no grupo dos “novos sujeitos de direitos”, pela proeminência dos direitos fundamentais e sociais que asseguram o direito à diversidade.

Por força das alterações da *ratio* do regime de incapacidade, imantada no paradigma do modelo social de direitos humanos, a capacidade jurídica da pessoa com deficiência tornou-se a regra positivada no Código Civil (LGL\2002\400), sendo a hipótese de incapacidade (relativa), frise-se, situação extraordinária que reclama ser reconhecida pela via judicial por meio da curatela.

O exercício da capacidade jurídica pelos novos sujeitos emancipados foi facilitado por meio do novel instituto da Tomada de Decisão Apoiada, sendo que a curatela foi relegada à excepcionalidade, podendo ser utilizada nos restritos limites da necessidade do curatelado e para atender aos seus interesses.¹⁸⁵

Sobre a incapacitação do sujeito como medida de excepcionalidade e a necessidade de limitação da curatela em atendimento às necessidades específicas do curatelado, Maria José Santo Móron já afirmava antes mesmo da elaboração da Convenção de Nova Iorque:

¹⁸⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 528.

¹⁸⁵ Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

La incapacitación de un individuo debe estar regida, en primer lugar, por el que podríamos denominar – empleando nuevamente la terminología alemana – “ principio de necesidad”, en virtud del cual sólo debe incapacitarse a un individuo cuando sea estrictamente necesario, es decir, cuando no sea posible proteger sus intereses de otro modo. Ello implica, asimismo, que la limitación de facultades del incapacitado debe ser también la indispensable. Es decir, la actuación del representante legal del incapacitado (o, en su caso, del curador) debe extenderse sólo a aquellos asuntos en los que sea necesaria su intervención.¹⁸⁶

Desta forma, com o advento da norma estatutária, partindo-se da presunção de plena capacidade civil das pessoas com deficiência, não mais é possível a fixação de curatela de uma pessoa pela simples razão de sua deficiência psíquica e intelectual, uma vez que, a curatela se confirma como medida extrema que somente poderá ser empregada nos restritos limites da necessidade do curatelado, restrito ao âmbito patrimonial e para atender os seus interesses precípuos.

¹⁸⁶ SANTOS MORÓN, María José. La situación de los discapacitados psíquicos desde la perspectiva del derechos civil. In: **Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas**. Ignacio Campoy Cervera (org.). Madrid: Dykinson, S. L.,2005.

3 A EMANCIPAÇÃO INSUFICIENTE DA PESSOA COM DÉFICIT FUNCIONAL PSÍQUICO E INTELLECTUAL: A AUSÊNCIA DE CONTRACAUTELAS NORMATIVAS, A VULNERABILIDADE EVENTUAL E O RISCO DE LESIVIDADE PATRIMONIAL

3.1 O diagnóstico jurídico da emancipação insuficiente da pessoa com déficit psíquico e intelectual promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) fulcrrou verdadeiro giro emancipatório ao núcleo de dignidade-liberdade das pessoas com déficit funcional, uma vez que, guiando-se pela base conceitual do modelo social de direitos humanos, a novel legislação teve o mérito de desconstruir o rígido estigma de causalidade apriorística entre deficiência e incapacidade para promover o gozo e a capacidade de pleno exercício dos direitos humanos pela pessoa deficiente - no contexto de sua diversidade funcional e concretude existencial –, reconhecendo-a como ente dotado de liberdade de eleição e de liberdade moral, capacitado a participar com autonomia e independência dos processos sociais e desenvolver seu próprio projeto singular de vida, em igualdade de condições com os demais.¹⁸⁷

Conforme afirmado por Ana Carolina Brochado Teixeira e Joyceane Bezerra de Menezes, a lei estatutária buscou reafirmar o princípio da dignidade humana em duas perspectivas: a dignidade como dever que impõe ao Estado à realização de prestações específicas para emancipar, empoderar e promover as pessoas com deficiência e a dignidade como a autodeterminação que sustenta a personalidade do sujeito, desta forma, justificando-se a outorga de plena capacidade civil (art. 6º EDP) às pessoas com impedimentos funcionais e, como consequência, a revogação parcial dos artigos 3º e 4º do Código Civil.¹⁸⁸

A emancipação da pessoa com deficiência pelas vias de acesso à capacidade jurídica plena como a projeção da igualdade substancial que se apoia e se reconhece no direito à diferença e na dignidade concebida como síntese da liberdade moral e da igualdade, revela a

¹⁸⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p.608.

¹⁸⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, MENEZES, Joyceane Bezerra de. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 21, nº 2, maio/ago., 2016, p.582.

louvável opção do legislador estatutário de evitar, sempre que possível for, a tutela da pessoa deficiente sob o signo do paternalismo e do assistencialismo, conferindo-lhe autonomia e independência para gozar efetivamente dos direitos fundamentais que lhe garantem o exercício de sua personalidade, vale dizer, na medida de suas preferências, vontades, escolhas, identidade pessoal e liberdade moral.

Nas palavras de Fernando Rodrigues Martins, a outorga de presunção de plena capacidade civil às pessoas com déficit funcional faz com que o EPD represente a técnica jurídica de “*ultrapassagem da pessoa com deficiência “estaticamente passiva” (receptora de assistência) para a pessoa “funcionalmente ativa” (formadora de pensamento e inserida nos ramos sociais)*”¹⁸⁹, empoderando-a em suas potencialidades para viver com a máxima autonomia e independência possível, nos âmbitos exponenciais de atuação humana (patrimonial e existencial).

Com efeito, a tônica emancipatória encampada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, com arrimo metodológico na diretrizes internacionais que lhe subjaz materialmente, prepondera e justifica a necessária reestruturação da teoria da incapacidade originalmente concebida pelo diploma civil vigente, uma vez que, os extintos modelos apriorísticos de incapacidade, balizados por critério biopsicológico, na lógica de tudo ou nada, representariam óbices à efetivação da autonomia moral (liberdade moral e eletiva) da pessoa com deficiência mental, em igualdade de condições com os demais, no âmbito patrimonial e existencial.

Contudo, em que pese a lei brasileira de inclusão ter ressignificado a operatividade do regime de capacidade civil à luz dos direitos humanos e do princípio da dignidade humana enquanto cláusula geral de tutela e promoção da personalidade¹⁹⁰, viabilizando às pessoas com deficiência psíquica e intelectual, acesso efetivo aos direitos humanos e garantias fundamentais que imantam o núcleo de liberdade de autodeterminação e eliminando barreiras atitudinais que tinham sede no próprio ordenamento, o diploma normativo acabou por incidir em insuficiência

¹⁸⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 104/2016, mar – abr/2016, DTR/2016/4625, p.10.

¹⁹⁰ De acordo com Fernanda Borghetti Cantali, “[...] embora a constituição de 1988 não contenha um princípio que consagre expressamente o livre desenvolvimento da personalidade ao lado da consagração da dignidade, como ocorre, por exemplo, no direito Alemão, a tutela geral, inequivocamente, decorre do princípio da dignidade humana. Nesta linha de pensamento, sustenta-se que o princípio da dignidade, considerado como princípio fundamental diretor através do qual todo o ordenamento jurídico deve ser lido e interpretado, constitui a cláusula geral de proteção e promoção da personalidade, na medida em que a pessoa natural é a primeira e a última destinatária da ordem jurídica.” CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 88.

protetiva, no campo patrimonial, ao instrumentalizar os efeitos jurídicos decorrentes da nova capacidade jurídica que, original e ideologicamente, estaria vocacionada a retirar o deficiente da condição de abstrato sujeito incapaz e alçá-lo à condição de pessoa humana tutelada emancipatoriamente em concretude patrimonial e existencial.

Ignorando a fixação de deveres de proteção em prol do exercício da autonomia da pessoa deficiente, prescritos pela Convenção (CDPD), a norma estatutária promoveu a emancipação da pessoa com deficiência mediante a concessão de plena capacidade jurídica para titularizar, igualmente, o exercício de relações jurídicas no âmbito das situações subjetivas existenciais e patrimoniais, sem, no entanto, preservar ou criar mecanismos protetivos adequados à proteção da novel capacidade conquistada pela pessoa com deficiência na esfera patrimonial, sobretudo no que tange às relações de consumo.

Explica-se, nesse sentido que, junto aos modelos apriorísticos de incapacidade relacionados à deficiência, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) eliminou os efeitos protetivos que decorriam da incapacidade na esfera patrimonial, a exemplo da prescrição, da decadência, da proteção contratual, entre outros efeitos, sem fixar ou funcionalizar correspondentes medidas tutelares com a mesma densidade para o deficiente mental agora considerado capaz.

Desta forma, parece que Estatuto considerou que a emancipação legal tem o condão de atuar, por si só, como o marco saneador de quaisquer fragilidades, dificuldades e vulnerabilidades que o déficit funcional pode representar para a atuação independente do deficiente na esfera patrimonial. Esqueceu-se o legislador que o novo emancipado requer mecanismos de proteção não mais em razão de sua incapacidade necessária, mas sim em razão de sua condição inerente de vulnerabilidade. De forma mais grave, esqueceu-se o legislador que a sociedade e a lógica do mercado de consumo, sem a fixação de contracautelas específicas, não vão pressupor o grau do déficit de cognoscibilidade do sujeito para realizar contratações diárias e, assim, conferir-lhes tratamento respeitoso em sua dignidade.

Conforme adverte Fernando Rodrigues Martins, apesar da louvável proposta emancipatória do Estatuto da Pessoa com Deficiência em âmbito existencial, caberia ao microsistema, em consonância com as diretrizes da convenção que lhe tangencia, ir além da mera emancipação da pessoa deficiente por meio de um novo modelo apriorístico e abstrato de caráter promocional, que é a presunção plena de capacidade jurídica, e paralelamente, jungir ao exercício da autonomia e da independência da pessoa com deficiência, salvaguardas jurídicas que, em atenção às vulnerabilidades concretas representadas pelo déficit funcional, não

importasse em minoração da capacidade conquistada e da dignidade-liberdade promovida, sobretudo em aspecto patrimonial.¹⁹¹

Nesse sentido, observa-se que a própria Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) ao positivar a emancipação em sede patrimonial e existencial, impõe que os Estados Partes devem oferecer às pessoas com deficiência, mecanismos efetivos e apropriados para garantir que as mesmas participem do tráfego jurídico patrimonial de forma idônea, sem sofrer abusos por parte do mercado e sem sofrer prejuízos no seu acervo de bens.¹⁹²

Conforme dito, é justamente neste ponto que o Estatuto da Pessoa com deficiência incide em insuficiência protetiva, ensejando até mesmo controle de convencionalidade neste tema, pois, apesar de promover a emancipação pela via da capacidade jurídica, a legislação elimina as salvaguardas jurídicas que protegiam à pessoa com déficit psíquico e intelectual em âmbito patrimonial e a lança às agruras e intempéries do mercado de consumo, como se a mesma não tivesse nenhuma vulnerabilidade ou déficit que lhe prejudique a compreensão.

Ora, não se pode descurar que o mercado e as relações de consumo, no contexto da pós-modernidade, são marcados pela incessante lógica do lucro a todo custo, muitas vezes em detrimento da incolumidade econômica e existencial do consumidor padrão - aqui considerado aquele que não possui déficit funcional -, seja por meio de inadequações na oferta de produtos e prestações de serviço, seja pela fixação de cláusulas abusivas em contratos de adesão, seja pela publicidade enganosa, seja por diversas técnicas de assédio ao consumidor. Assim, no contexto da deficiência psíquica e intelectual, o mercado de consumo revela-se ainda mais pernicioso ao novo sujeito de direitos, ao considerar-se que a existência de déficit na faculdade de cognição, em muitas das vezes, pode facilmente enredar o deficiente em incalculáveis prejuízos na seara das contratações diárias.

Sobre os nefastos prejuízos causados pela emancipação insuficiente, com a extinção de garantias de proteção patrimonial, Fernando Rodrigues Martins aduz que:

Via de consequência, pode ser asseverado que a emancipação proporcionada pelo EPD sem a preservação dos efeitos gerais protetivos derivados da incapacidade e desde que adequado aos novos status de autossuficiente impõe

¹⁹¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 104/2016, mar – abr/2016, DTR/2016/4625, p.10.

¹⁹² Art. 12, item 5, CDPD: “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.”

ameaças incalculáveis às pessoas com deficiência. Basta para essa verificação situá-las na sociedade de consumo e cotejar se a ausência de cargas de zelo patrimonial intensifica o ingerente grau de déficit funcional.¹⁹³

Ao eliminar os efeitos de proteção patrimonial que decorriam do antigo regime de incapacidade, pretendeu a legislação interna coadunar-se com a perspectiva de reconhecimento da autonomia moral da pessoa com déficit psíquico e intelectual, de forma que, ressignificado os contornos do sistema de incapacidade, os efeitos dela espargidos também deveriam ser excluídos.

Contudo, neste ponto, o EPD ignorou que tais efeitos tutelares, tais como a prescrição, a decadência, a invalidade contratual, a responsabilidade civil, entre outros que militavam em prol do deficiente, deveriam ser mantidos na nova sistemática, não em razão de reconhecimento de eventual incapacidade, mas em razão do reconhecimento de que as pessoas com deficiência, ainda que plenamente capazes, são sujeitos de vulnerabilidade agravada, que necessitam de medidas efetivas e apropriadas, por parte do Estado, para atuar no âmbito patrimonial sem sofrer prejuízos e abusos.

Todavia, não bastasse a exclusão da incapacidade e dos seus efeitos protetivos de forma descurada, o regramento estatutário considerou ser a pessoa com deficiência sujeito de vulnerabilidade apenas eventual, reconhecida apenas em situação de emergência ou calamidade pública (art. 10 EPD), o que só faz rebaixar, ainda mais, proteção àqueles que, a despeito de serem emancipados pela letra da lei, podem apresentar impedimentos funcionais que, não contornados com efetividade pela Tomada de Decisão Apoiada e pela Curatela, estão relegados à abusos, lesividades e prejuízos irremediáveis à sua esfera de direitos patrimoniais.

Nesse sentido, demonstrado que a emancipação jurídica da pessoa com deficiência ocorreu de forma insuficiente, sem a fixação de contracautelas em âmbito patrimonial, colocando a incolumidade existencial e econômica dos novos sujeitos de direito em risco, passa-se à análise dos impactos e reflexos patrimoniais ocasionados pela nova estrutura de capacidade civil, especialmente no que tange à exclusão das antigas salvaguardas jurídicas que militavam em prol da pessoa com deficiência psíquica e intelectual, também dando-se a devida ênfase à insuficiência protetiva que o giro emancipatório outorgou na legislação interna ante o reconhecimento de vulnerabilidade apenas eventual à pessoa com déficit psíquico e intelectual.

¹⁹³ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 104/2016, mar – abr/2016, DTR/2016/4625, p.11.

3.2 A prescrição e decadência à luz do regime de incapacidade insculpido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº13.146/2015

A outorga de plena capacidade legal às pessoas com déficit funcional pelo advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), além de promover o rearranjo jurídico de um novo regime estrutural de incapacidades, reflexamente, também provocou alterações substanciais no que toca à operatividade dos institutos da prescrição e decadência.

Tanto a prescrição quanto a decadência insurgiram diante da necessidade de se juridicizar a estabilidade, a paz social, a segurança, a certeza e a tranquilidade da ordem jurídica ao tutelar relações jurídicas cujo tráfego se prolonga no tempo, tendendo a serem eternalizadas pelo seu titular acaso não sobrevenha limitação¹⁹⁴.

Vale dizer, neste contexto, que a prescrição e a decadência são os institutos que o sistema jurídico vocacionou para delimitar o prazo de exercício da pretensão que advém de um direito violado e até mesmo o prazo para o exercício do próprio direito, amparando-se no binômio tempo/inércia do titular¹⁹⁵.

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, a prescrição se funda “*no interesse da ordem pública e no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia de direitos [...]*” e parte do conceito de pretensão, encampado pela dogmática alemã, para a sua formação enquanto instituto. Nesta esteira de ideias, a pretensão, por sua vez, conceitua-se com a faculdade concedida pelo ordenamento ao titular de um direito subjetivo para que este busque a proteção judicial de seu direito. Ao mesmo tempo que se reconhece a pretensão, porém, a lei estabelece que ela seja exigida judicialmente em um prazo delimitado sob pena de ser extinta pela prescrição.¹⁹⁶

No mesmo sentido, aduz Maria Helena Diniz que a violação do direito subjetivo cria para o seu titular a pretensão, o direito de reclamar judicialmente a prestação devida – seja o cumprimento de norma legal infringida ou a reparação de um mal causado – dentro de um prazo legal (arts. 205 e 206 do CC), sendo que, se o titular deixar esgotar o lapso temporal para propor a ação judicial cabível à proteção de seus interesses, a sua inércia dará ensejo a uma sanção,

¹⁹⁴LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Da prescrição e da decadência**: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 1939, p.123.

¹⁹⁵ LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 594.

¹⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2010, p. 584.

que se materializa na prescrição por meio da extinção da pretensão e a perda da ação em sentido material.¹⁹⁷ De forma sucinta, pode-se conceituar a prescrição como a causa extintiva da pretensão de direito material pelo seu não exercício no prazo estipulado em lei.¹⁹⁸

De outro lado, passando-se para a análise da decadência, vê-se que necessidade de certeza jurídica que ordenamento reclama não se exaure apenas no exercício da pretensão decorrente de um direito subjetivo violado, mas também, como aponta Humberto Theodoro Júnior, na necessidade de se determinar a subordinação de certos direitos potestativos¹⁹⁹ ao exercício obrigatório em prazo estipulado, para que seu ao seu fim, se tenha como firme a situação jurídica das partes.²⁰⁰

Como explica Maria Helena Diniz, há direitos que carregam o “*germe da própria destruição*”, como é o caso dos direitos potestativos, que estão condicionadas ao exercício dentro de tempo certo, de modo que, o perecimento da relação jurídica é inerente ao próprio direito que se apoia nesta alterantiva: “*exerce-se no prazo estabelecido ou nunca mais*”.²⁰¹ Assim, o instituto da decadência pode ser conceituado como a perda de exercício do direito potestativo que não se realizou no prazo legal estabelecido.

Delineado o panorama que aponta ser a prescrição e decadência institutos de direito civil que convergem em prol da promoção da paz pública e da estabilização de segurança e de certeza aos negócios jurídicos, importante destacar que além do múnus genérico de tutela das relações jurídicas, ambos expedientes exerciam efeitos tutelares específicos às pessoas com deficiência psíquica e intelectual no sistema de incapacidade original do Código Civil.²⁰²

Com efeito, no claro intuito de proteger a vulnerabilidade patrimonial de alguns grupos, em sua edição original, o diploma civil distribuiu causas de impedimento e de suspensão da prescrição e da decadência em razão de alguns motivos (arts. 197, 198, 199 e 208 do CC/02),

¹⁹⁷DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro**, volume 1: teoria geral do direito civil. 25. Ed. atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o projeto de Lei nº 276/2007 – São Paulo: Saraiva, 2008, p.387.

¹⁹⁸ JÚNIOR, Nelson Nery, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 8. Ed. rev., ampl. e atual. até 12.07.2011. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 404.

¹⁹⁹ Os direitos potestativos, nas palavras de Moreira Alves, [...] são direitos sem pretensão, pois são insuscetíveis de violação, já que a eles não se opõem um dever de quem quer que seja, mas uma sujeição de alguém (o meu direito de anular um negócio jurídico não pode ser violado pela parte a quem a anulação prejudica, pois esta está apenas sujeita a sofrer as consequências da anulação decretada pelo juiz, não tendo, portanto, dever algum que possa descumprir)”. ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do projeto e Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 155.

²⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**, vol. 3, t.2: Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 355.

²⁰¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro**, volume 1: teoria geral do direito civil. 25. Ed. atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o projeto de Lei nº 276/2007 – São Paulo: Saraiva, 2008, p.590.

²⁰² 176

dentre os quais, destacou-se que a existência de específicas causas subjetivas unilaterais, relacionadas ao estado pessoal de apenas uma das partes da relação jurídica, a exemplo da incapacidade absoluta, justificaria que se declarasse o impedimento ou a suspensão dos efeitos da prescrição e da decadência em relação a tais pessoas.

O referido raciocínio de proteção patrimonial aos grupos dos vulneráveis dito como incapazes foi destacado pela lei civil sob a dicção de seu art.198, inciso I e art. 208 pelo quais se dispôs que a proteção advinda do impedimento da prescrição e da decadência abrange os menores de 16 (dezesesseis) anos e as pessoas com deficiência mental e/ou intelectual, que outrora eram tratadas como aqueles que: em razão de enfermidade ou doença mental, não possuíam o necessário discernimento para prática dos atos da vida civil ou que, por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

Conforme preleciona Humberto Theodoro Júnior, a opção legislativa de supressão dos efeitos prescricionais e decadenciais diante da situação de incapacidade do sujeito, aferida em aspecto biopsicológico, decorre justamente do fato da pessoa com deficiência mental e ou intelectual achar-se privada de discernimento suficiente para administrar com autonomia a sua atuação na vida jurídica, especialmente em âmbito patrimonial, estando na dependência da substituição de sua vontade por representantes legais para a defesa de seus direitos. Por isso, nas palavras do citado doutrinador, o impedimento da prescrição e da decadência em favor das pessoas com déficit funcional, “*converte-se em um benefício destinado a complementar a tutela especial que ordem jurídica confere aos incapazes*”.²⁰³

O escopo protetivo dos institutos da prescrição e da decadência em cotejo com o regime de incapacidade inicial do Código Civil, seguindo a regra de que não corre prazo prescricional e decadencial contra as pessoas com deficiência mental e/ou intelectual, valendo, contudo, os efeitos jurídicos do tempo a seu favor, revela a preocupação com os hipossuficientes, aqueles que estão em situação de desvantagem no tráfego jurídico patrimonial.²⁰⁴

A tutela protetiva adicional aos incapazes, veiculada pela interrupção de efeitos da prescrição e da decadência em desfavor dos vulneráveis, não se manifesta tão-somente na hipótese de incapacidade absoluta, também alcançando aqueles reputados como relativamente

²⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**: v. 3. t. 2, dos atos jurídicos lícitos, dos atos ilícitos da prescrição e da decadência, da prova. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 236

²⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo, BARBOSA, Heloisa Helena, BODIN, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 198

incapazes. Assim, por força do art. 195 do código, prescrevia-se a possibilidade dos relativamente incapazes demandarem judicialmente os assistentes ou representantes legais que deram ensejo ao exercício tempestivo dos direitos ou deixaram de suscitar a perda do direito, por terceiros demandantes, em função do transcurso temporal.²⁰⁵

De acordo com Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, o impedimento da ação fulminadora da prescrição e da decadência contra os deficientes mentais e intelectuais reputados como absolutamente incapazes era deflagrado independentemente de estar o incapaz representado ou não²⁰⁶. No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior aduziu que o impedimento se dava desde o momento em que a incapacidade se manifesta, não sendo necessário, para obstar a prescrição e a decadência, que a pessoa com déficit tenha sido interditada.²⁰⁷

Para além desta controvérsia, a doutrina e a jurisprudência, ao tratar dos incapazes em razão da superveniência de déficit mental e/ou intelectual, digladiava-se para posicionar se o impedimento e a suspensão do prazo prescricional e decadencial dependiam da decretação judicial por meio de interdição.

Para Carvalho Santos, a decretação da interdição seria condição indispensável para que o deficiente mental e/ou intelectual gozasse da dimensão protetiva da prescrição e da decadência, afirmando que “o alienado não interdito não está incluído no número dos que gozam desse favor, porque enquanto não interdito, o alienado não pode ser havido como absolutamente incapaz”.²⁰⁸

Em sentido contrário, Câmara Leal afirmou que se a loucura é causa da incapacidade, por limitar a pessoa com debilidade funcional psíquica de sua razão e capacidade para consentir, torna-se claro que essa incapacidade decorre de um fato anterior à interdição, e a interdição apenas a reconheceria e declararia. Não seria, pois, a interdição que determina a incapacidade, mas, pelo contrário, é a incapacidade que determina a interdição.²⁰⁹

Seguindo o raciocínio de Câmara Leal, doutrinadores da lavra de Humberto Theodoro Júnior, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Marina Celina Bodin de Moraes filiaram-

²⁰⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1., p.374.

²⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo, BARBOSA, Heloisa Helena, BODIN, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 198

²⁰⁶COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: parte geral. 3. ed.São Paulo: Saraiva, 2009, v.1., p.374

²⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**: v. 3, t.2, dos atos jurídicos lícitos. dos atos ilícitos, da prescrição e da decadência, da prova. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 237.

²⁰⁸ CARVALHO SANTOS, J.M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 2 ed. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937, v. 3, p.409.

²⁰⁹ LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Da prescrição e da decadência**: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 1939, p.31.

se à posição de que uma vez constatada a enfermidade ou a deficiência mental é a partir deste marco que o prazo prescricional deixa de fluir, pois não é a interdição que determina a incapacidade, mas, ao contrário, é a incapacidade que determina a interdição. Desta forma, justifica-se o art. 198 prevê que a prescrição não corre contra os incapazes sem, no entanto, fazer menção à respectiva interdição.

Outra questão na qual doutrina se debruçava, no que toca à extensão dos efeitos tutelares da prescrição e da decadência contra os absolutamente incapazes, resvalava no questionamento se proteção especial da suspensão da prescrição e da decadência se daria após a nomeação de curador.

De acordo com a doutrina e jurisprudência²¹⁰ majoritária, encampada pela jurista Mirna Cianci, a nomeação de curador, que adquire o poder e o dever de representar o incapaz em juízo, na extensão de todos os seus interesses, suprindo-lhe a incapacidade, inclusive tendo direito de ação, é o marco legal para que a prescrição e a decadência voltem a se iniciar.²¹¹

Da mesma forma, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que a nomeação de curador ao absolutamente incapaz implica na fluência da prescrição, porque a interpretação que considera não tenha curso a prescrição contra o absolutamente incapaz, após nomeação de curador, gera insegurança jurídica e acaba por invalidar o instituto.²¹²

Tencionando posicionamento diverso, Caio Mário da Silva Pereira afirma que, em cotejo com as razões defensivas e de proteção espargidas pelo regime de incapacidade, o legislador pátrio adotou a suspensão ou o impedimento dos prazos prescricionais e decadenciais na pendência de incapacidade absoluta a fim de não sujeitar o incapaz ao ônus de uma ação regressiva contra seu representante.²¹³

²¹⁰ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO – OCORRÊNCIA- ACÓRDÃO QUE NÃO ACOLHE A PRESCRIÇÃO EM FACE DA INCAPACIDADE DE BENEFICIÁRIO, DETERMINADO O PROSEGUIMENTO DO FEITO NA INSTÂNCIA DE ORIGEM – ESTADO QUE DEMONSTRA A PRESENTEÇA DE CURADOR NOMEADO – POSSIBILIDADE DE RETOMADA DO PRAZOS DA VIDA CIVIL – ACOLHIMENTO – CONTRA INCAPAZ NÃO CORRE PRESCRIÇÃO, SALVO NOMEAÇÃO DE CURADOR – INCAPACIDADE SUPRIDA – PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO – EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. (TJPR – 6º C.Cível – EDC 872633-4/01 – Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – Rel.: Luiz Osorio Moraes Panza – Unânime – J. 27.11.2012.

²¹¹ LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Federal n. 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p.180.

²¹² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa M. de A. **Código Civil Comentado.** 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 407.

²¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 584.

Todavia, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), as citadas celeumas doutrinárias que discutiam a mais benéfica técnica de operatividade dos institutos da prescrição e da decadência em favor das pessoas com déficit funcional severo - outrora albergadas como absolutamente incapazes no regime de incapacidade anterior -, esvaziam-se totalmente diante do rearranjo classificatório que a lei estatutária provocou para concretizar a dignidade-liberdade das pessoas com deficiência, cedendo espaço para o esforço doutrinário no sentido de adotar técnica hermenêutica que não desguarneça os novos relativamente incapazes de proteção especial no âmbito patrimonial.²¹⁴

Isso porque, repise-se, partindo da concepção social de deficiência, a lei de inclusão retirou as pessoas com deficiência mental e enfermidade mental do rol de absolutamente incapazes, de modo que, a proteção especial conferida por força do art. 198, I, do Código Civil – suspensão e impedimento dos prazos de prescrição e decadência -, não mais se aplica em favor das pessoas com deficiência psíquica e/ou intelectual, já que preservou-se a regra de que tais prazos não correm somente contra os absolutamente incapazes, no caso, os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Disso resulta que, em razão de uma desconexão entre os conceitos de deficiência e curatela, com a reestruturação de capacidade jurídica provocada pelo diploma emancipatório, os prazos extintivos de prescrição e decadência passam a correr contra toda e qualquer pessoa deficiente, alçando-as à situação de potencial risco no tráfego das relações patrimoniais, especialmente nas relações de consumo.²¹⁵

Com efeito, o giro de dignidade-liberdade pretendido pelo estatuto abstraiu-se no modelo apriorístico de presunção de plena capacidade jurídica da pessoa com deficiência em prol da promoção existencial de todos aqueles que se apoiam no contexto da diversidade funcional, no entanto, aprofundando-se em abstração que não lança olhar às vulnerabilidades que a deficiência pode ocasionar ao titular de direitos no trato de relações patrimoniais, uma vez que o estatuto, apesar de valer-se de louvável técnica emancipatória, não tem o condão de eliminar a realidade da limitação funcional e os efeitos prejudiciais que dela pode advir na esfera de direitos patrimoniais do indivíduo.

²¹⁴ LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Federal n. 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. P.183.

²¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB.** 15. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 356.

A alteração legislativa foi criticada por José Fernando Simão, para o qual a retirada das pessoas com deficiência mental e intelectual severa do rol dos absolutamente incapazes representa grande desvantagem jurídica, pois os deficientes passam a sofrer os efeitos da prescrição em situação que claramente os prejudica.²¹⁶

Ressaltando que os institutos da prescrição e decadência se prestavam a especiais efeitos tutelares às pessoas com deficiência mental e intelectual qualificada, Gustavo Rene Nicolau afirma que a atual inaplicabilidade de tais garantias a esses vulneráveis importará em grande risco patrimonial e, para tanto, usa o seguinte exemplo comparativo: uma pessoa, maior de idade, com grave deficiência mental, recebe de herança um apartamento, que está alugado. Sob à égide do antigo sistema de incapacidade, tendo em vista que o locador era considerado pessoa absolutamente incapaz, na hipótese de inadimplemento por parte do locatário, o prazo prescricional para o locador (pessoa com deficiência) ajuizar ação de cobrança ou de execução não teria sido deflagrado, em razão da incapacidade, protegendo o deficiente. De outro modo, sob a sistemática do EPD, tratando-se o locador de pessoa relativamente incapaz, na hipótese de inadimplemento do locatário, contra o deficiente correrá normalmente o prazo de prescrição, podendo trazer-lhe prejuízos.²¹⁷

Diante da constatação que a proposta emancipatória do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) aboliu efeitos tutelares indispensáveis à tutela das vulnerabilidades e fragilidades que a pessoa com grave déficit funcional pode experimentar no tráfego de situações subjetivas patrimoniais, a exemplo da atual inaplicabilidade da suspensão de prescrição e decadência, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald propõe a resolução do problema com apoio da teoria *contra non valentem agere non currit praescriptio* (contra aqueles que não podem agir não fluem os prazos de prescrição), assim dispondo:

Louvando-nos, declaradamente, da teoria aludida, pensamos que em casos especiais, com fundamento em algum fortuito, não imaginado pelo legislador, mas que tirou, por completo, do titular da pretensão a possibilidade de agir, poder-se-ia admitir a suspensão ou interrupção do prazo prescricional contra o relativamente incapaz. Tratar-se-ia de situação nitidamente casuística e episódica. E a boa-fé objetiva (comportamento ético do titular) deve ser o referencial a ser utilizado para admissão de outras hipóteses suspensivas ou interruptivas não contempladas em lei. Se o seu comportamento revela, de

²¹⁶ SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa Perplexidade (Parte I). **Revista Consultor Jurídico**, 2015. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade#author>>. Acesso em: 28 set. 2017.

²¹⁷ NICOLAU, Gustavo Rene. O Estatuto da Pessoa com Deficiência protege o incapaz? Não! **Jornal Carta Forense**, 2015. Disponível: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-protege-o-incapaz-nao/15733>>. Acesso em: 28 out.2017.

fato, uma absoluta impossibilidade de exercício da pretensão, deve se admitir uma ampliação do rol previsto em lei. Seria exatamente a hipótese do relativamente incapaz que não pode exprimir a vontade, consoante as novas regras emanadas do Estatuto da Pessoa com Deficiência.²¹⁸

Ressalta-se, todavia, que a referida teoria resvala em incongruência para a sanar a inconsequente emancipação da pessoa com deficiência, uma vez que, o sistema jurídico brasileiro trata as hipóteses de impedimento e suspensão da prescrição e da decadência como taxativas, não comportando interpretações analógicas ou enlastecimentos.

Com efeito, pretendendo-se alinhar às diretrizes emancipatórias positivadas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), a Lei Brasileira de Inclusão (LBI), inspirada no modelo social abordagem, cuidou de eliminar as barreiras que obstavam o giro de dignidade e liberdade moral/eletiva das pessoa com déficit psíquico e intelectual, a exemplo da alteração da tônica do regime de incapacidade original do CC/02, sem no entanto, atentar-se que a efetiva autonomia e independência da pessoa com déficit funcional não depende tão somente da eliminação de barreiras atitudinais e sociais, mas também de acessibilidade em sentido amplo, assim entendia com a habilitação da sociedade em deveres de proteção e cuidado para que a dignidade-liberdade dos novos sujeitos de direitos possam ser exercidas em igualdade com demais, se que isso, porém, traga prejuízos à pessoa com deficiência em razão de algum impedimento que ostenta.

Nesse sentido, a eliminação dos efeitos tutelares decorrentes da prescrição e da decadência no âmbito das contratações realizadas por pessoas com deficiência de natureza psíquica e intelectual revela-se como uma premissa de igualdade formal que desconsidera às diferenças que se busca tutelar com dignidade, pois ignora a possível restrição de autonomia funcional, a vulnerabilidade e a concretude da pessoa com deficiência, assim retirando-lhe proteção, ao se considerar que, alterado regramento sobre a teoria da incapacidade, por consequência, a limitação funcional também seria extirpada automaticamente e não mais traria prejuízos ao sujeito.

Assim, não obstante reconheça-se capacidade jurídica à pessoa com deficiência, não se pode exigir que a sociedade, por si só, sem a fixação de deveres de proteção e de cuidado por parte do Estado, considere o grau de capacidade e cognoscibilidade da pessoa com deficiência para contratações e realização de negócios jurídicos no âmbito patrimonial, de sorte que, a

²¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Ed.JusPodivm, 2017, p. 357.

preservação dos efeitos tutelares que se espargiam do antigo regime de incapacidade, a exemplo, da prescrição e da decadência, é medida que deveria ser mantida, a fim de não tornar a legislação estatutária meramente simbólica e fonte de prejuízos à promoção da pessoa deficiente.

3.3 A validade dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e intelectual à luz do novo regramento de capacidade civil e a necessária proteção da pessoa em sua vulnerabilidade concreta

Os contornos atuais da autonomia privada representam foco de tensão permanente para o direito privado. Afinal, se por um lado, a autonomia é significada como um princípio que atribui juridicidade aos atos que o particular elege para o regramento de seus interesses, reconhecendo-lhes aptidão para produzir efeitos jurídicos no bojo de situações jurídicas subjetivas, por outro lado, os efeitos decorrentes destas situações subjetivas criadas pela vontade individual devem ser tutelados para se compatibilizarem com os valores preponderantes do ordenamento jurídico.²¹⁹

Diante do binômio representado pela força da autonomia privada e o necessário controle jurisdicional, o imperativo de tutela jurídica dos atos produzidos no âmbito da autonomia encontrou respaldo no princípio da legalidade, donde determinou-se que os negócios jurídicos praticados pelos particulares deveriam submeter-se a um controle negativo de legitimidade - de natureza estrutural - por meio do qual se entendia que os atos cuja exteriorização não fosse proibida pela ordem privada estariam aptos a deflagrar efeitos jurídicos.

Mais tarde, ao controle da legalidade dos atos jurídicos sob a perspectiva estrutural, adicionou-se a novas instâncias de controle, enfocadas na compatibilidade funcional da atuação privada relativamente aos valores do ordenamento, denominando-se como: controle funcional positivo e controle funcional negativo.

De acordo com Eduardo Nunes de Souza e Rodrigo da Guia Silva, a evolução da

²¹⁹ SOUZA, Eduardo Nunes de, SILVA, Rodrigo da Guia. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável. In: **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. Joyceane Bezerra de Menezes (Org). Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 278/279.

hermenêutica jurídica exigiu a criação de novas formas de controle que, para além da perspectiva meramente estrutural, pudessem verificar a compatibilidade funcional e valorativa dos atos que emanam da autonomia privada frente ao ordenamento e, de forma mais atual, também pudessem exercer um controle funcional positivo, privilegiando, em caso de atos particulares conflitantes, aquele que melhor promovesse os valores do sistema.²²⁰

Embora passível de se manifestar de forma isolada, o controle de legalidade da esfera de autonomia privada, muitas vezes, se exterioriza por meio de mecanismos que combinam o controle funcional junto ao controle estrutural, sendo que, nesta seara de tutela, insere-se a categoria de validade dos atos jurídicos. Isso porque, a categoria de invalidade se presta a exercer controle valorativo sobre os atos de autonomia privada a partir da avaliação de falha em sua estrutura de configuração, de forma que:

[...] embora se trate de uma análise deflagrada por vícios originários do ato, isto é, verificados em abstrato apenas sobre a estrutura do mesmo, ainda se está diante de uma análise valorativa – ainda que restrita, em um primeiro momento, aos limites ínsitos à natureza geral e abstrata da norma legislada.²²¹

Sobre a configuração estrutural em que a categoria de validade se apoia para tutelar os valores da ordem jurídica, Marcos Bernardes de Mello preleciona que a atribuição de validade impõe que os requisitos essenciais ao modelo jurídico sejam atendidos por aqueles que dele se utilizam. Desta forma, se os requisitos que incidem sobre o conteúdo, a forma, a capacidade, e outros elementos do ato jurídico são inobservados, o ordenamento justifica a sua repulsão ao negar-lhe validade jurídica e inutilizá-lo para as finalidades pretendidas pelos que o realizam.²²²

Mesclando a proteção estrutural e funcional da categoria da validade, Bobbio afirma que a atribuição de invalidade de um ato jurídico constitui mecanismo de salvaguarda da integridade do ordenamento jurídico, que, ao recusar utilidade jurídica aos atos inquinados de violação às normas estruturais, protege a sua valência como um todo e de cada uma de suas normas, em particular.²²³

²²⁰ SOUZA, Eduardo Nunes de, SILVA, Rodrigo da Guia. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável. In: **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. Joyceane Bezerra de Menezes (Org). Rio de Janeiro: Processo, 2016, p.279.

²²¹ SOUZA, Eduardo Nunes de, SILVA, Rodrigo da Guia. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável. In: **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. Joyceane Bezerra de Menezes (Org). Rio de Janeiro: Processo, 2016, p.281

²²² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40.

²²³ BOBBIO, Norberto. **Teoria della norma giuridica**. Torino: Giappicheli, 1958, p.188.

Com base na aferição de irregularidade estrutural do ato jurídico em cotejo com os valores centrais do ordenamento, prevê o legislador os regimes da nulidade e da anulabilidade para regular os efeitos decorrente de atos jurídicos inquinados de vício no seu plano de validade.

Nesse sentido, repisa-se que a invalidade é gênero a partir do qual se dessumem duas espécies: a nulidade e a anulabilidade. As referidas espécies podem ser distinguidas por vários fatores, porém, o fator prevalente radica no grau de ofensa estrutural e funcional do ato, uma vez que, enquanto na nulidade há uma afronta mais grave, relacionada a um motivo interesse público, a anulabilidade resulta de uma violação menos grave, tutelando-se um interesse particular.²²⁴

Sobre a distinção das espécies de invalidade, César Peluso afirma que, ao se considerar uma estrutura irregular representativa de situação jurídica, quando inválidos, os negócios jurídicos se classificam como nulos ou anuláveis. Os primeiros, também considerados inquinados por nulidade absoluta, estão impossibilitados de produção de qualquer efeito, porque ofende a ordem pública. Já os atos dito como anuláveis, por interessarem basicamente à ordem privada, produzem efeitos, até que algum interessado promova a anulação (art. 169 e 177 do CC).²²⁵

Os valores que impelem o intérprete a modular os efeitos jurídicos da invalidade contratual, em sentido amplo, são os mais variados, podendo-se destacar a vedação do enriquecimento sem causa, o princípio da boa-fé objetiva, a manutenção da vontade negocial, o princípio da segurança jurídica ou a necessidade de proteção dos vulneráveis.²²⁶

Como escopo deste trabalho, centralizar-se-á atenção na necessária proteção dos vulneráveis, caracterizados por pessoas com déficit funcional psíquica e intelectual, no âmbito de celebração dos negócios jurídicos, como o valor que se vinculava os casos de invalidade negocial em razão da incapacidade do agente.

Com efeito, no regime do atual Código Civil, os atos jurídicos praticados pelas pessoas ditas como incapazes são considerados inválidos, pois a tarefa de revestir tais negócios de tutela e exigibilidade jurídica em benefício de outra pessoa poderia colocar em risco o patrimônio do incapaz e, de outra forma, tornar este ato válido apenas no que beneficiasse o incapaz, o que

²²⁴ TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 313.

²²⁵ PELUSO, Cesar EL AL. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. César Puluso (coord). 6.ed. Barueri, SP: Manoele, 2012.

²²⁶ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184.

desequilibraria o negócio jurídico, motivo pelo qual prevaleceu a regra geral de que a invalidade é oponível contra ambas as partes.²²⁷

Assim, a depender do tipo de incapacidade civil do agente, um tipo de invalidade era previsto pela ordem privada: tratando-se de ato praticado por absolutamente incapaz sem representação, declarar-se-ia a nulidade da avença e, tratando-se de negócio praticado por relativamente incapaz, sem assistência, modular-se-iam os efeitos da anulabilidade do negócio.

No caso das pessoas com deficiência psíquica e intelectual, no regime de incapacidade original, em razão de suposta ausência de fundamento subjetivo para que o agente possa ser cobrado pelo cumprimento de deveres negociais, os negócios jurídicos realizados pelo incapaz podiam ser discutidos em face da ausência de representação legal, vale dizer, na ausência da representante legítimo, eleito no bojo de ação de interdição.

Nesse sentido, muito se discutiu na doutrina sobre a natureza jurídica da sentença de interdição no que se refere a sua eficácia prospectiva ou retroativa. Parte da doutrina abalizava que a sentença de interdição possuiria natureza constitutiva, não se limitando a declarar uma incapacidade preexistente, mas também, constituindo uma nova situação jurídica de sujeição do interdito à curatela, com efeito *ex nunc*.²²⁸ Nesse sentido, a sentença de interdição seria o marco temporal de início do estado jurídico da incapacidade.

Alinhado a esta concepção, a nulidade do ato negocial praticado por pessoa com déficit psíquico e intelectual somente efetivar-se-ia se, após a sentença de interdição que constituísse o estado de incapacidade do agente a consequente nomeação de um curador, a pessoa com deficiência praticasse ato jurídico sem representação.

De outro lado da doutrina, irrompeu o entendimento de que a sentença de interdição teria natureza declaratória, ao argumento de que o estado natural de incapacidade decorreria da deficiência mental e, assim, necessariamente anterior à decisão judicial.²²⁹

Em um terceiro momento, sob a divergência processual posta, emerge concepção intermediária no âmbito da civilística, trazendo o entendimento de que a existência de sentença

²²⁷ SOUZA, Eduardo Nunes de, SILVA, Rodrigo da Guia. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável. In: **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. Joyceane Bezerra de Menezes (Org). Rio de Janeiro: Processo, 2016, p.288.

²²⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 1: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 121.

²²⁹ Nesse sentido, destaca-se o posicionamento da 4ª Turma do STJ, para o qual: “A sentença de interdição tem caráter declaratório e não constitutivo. Assim, o decreto de interdição não cria a incapacidade, pois esta decorre da doença. Desse modo, a incapacidade, mesmo não declarada, pode ser apreciada caso a caso” (STJ, REsp. 1.206.805/PR, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, julg. 21.10.2014).

de interdição não elimina a atividade do intérprete em avaliar o grau de discernimento da pessoa no momento de realização do ato. Desse modo, seria possível o reconhecimento da invalidade de atos jurídicos praticados por pessoa com déficit psíquico e intelectual em momento anterior à declaração de interdição. Para a aplicação de tal entendimento, todavia, a jurisprudência apoiava-se em alguns requisitos como: i) a existência de efetivo prejuízo à pessoa com deficiência mental, ii) demonstração de notória ausência de discernimento à época de realização do fato e iii) ausência de discernimento perceptível ao outro contratante.²³⁰

Nesta esteira, quanto aos atos jurídicos praticados pelo incapaz em razão de déficit psíquico e intelectual, o entendimento jurisprudencial prevalente era de que apenas após a sentença de interdição poderia haver a declaração de nulidade do ato praticado pelo incapaz sem a devida representação, salvo se a incapacidade psíquica e intelectual era notória ou se houver nítido prejuízo ao incapaz, preservando-se os interesses de terceiros de boa-fé. Nesse sentido, Eduardo Nunes de Souza e Rodrigo da Guia Silva afirma que:

De outra parte, no caso da incapacidade decorrente da condição psíquica ou intelectual do agente, a necessidade de participação do representante ou assistente na prática do ato sempre ofereceu grande insegurança. Nesses casos, sempre se entendeu que a representação não seria legal, mas sim judicial: seria necessário que ao incapaz fosse conferido pelo juiz um curador, por meio do procedimento denominado interdição. Antes da constituição da curatela, os atos praticados pelo incapaz não careciam, na prática, de participação de terceira pessoa e, assim, acabavam sendo reconhecidos como válidos na maior parte dos casos, notadamente quando a condição psíquica da pessoa não fosse notória.²³¹

Desta forma, na perspectiva apresentada, conclui-se que, antes do advento da lei estatutária, os negócios jurídicos praticados por pessoas com déficit psíquico e intelectual em momento anterior à sentença de interdição, em regra, eram considerados válidos, sendo ressalvado, contudo, a possibilidade da referida nulidade retroagir à data do ato, se verificada a notável incapacidade do agente. Além disso, após declarada a interdição civil, as pessoas com deficiência psíquica e intelectual, consideradas incapazes, deveriam estar assistidas ou representadas para realizar negócios jurídico válidos, sob pena de nulidade absoluta ou relativa.

²³⁰ SOUZA, Eduardo Nunes de, SILVA, Rodrigo da Guia. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável. In: **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. Joyceane Bezerra de Menezes (Org). Rio de Janeiro: Processo, 2016, p.307.

²³¹ SOUZA, Eduardo Nunes de, SILVA, Rodrigo da Guia. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável. In: **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. Joyceane Bezerra de Menezes (Org). Rio de Janeiro: Processo, 2016, p.294.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência e as alterações significativas no regime de incapacidade, materializadas pela supressão da causa de incapacidade civil absoluta relacionada à ausência de necessário discernimento em razão de enfermidade ou doença mental (revogado inciso II do art. 3º), bem como pela eliminação das hipóteses de incapacidade relativa vinculadas à redução de discernimento em decorrência de déficit mental e ausência de desenvolvimento mental completo (revogado inciso III do art. 4º), a pessoa com deficiência psíquica e intelectual é considerada plenamente capaz na esfera civil, apenas podendo ser enquadrada como relativamente incapaz e, submetida à curatela, em situações excepcionais, quando a severidade de sua deficiência impedir-lhe a manifestação de vontade.

A respeito do giro de dignidade-liberdade pretendido pela Lei Estatutária por meio da outorga de presunção de capacidade jurídica às pessoas com deficiência psíquica e intelectual, no que se refere à validade dos negócios jurídicos, verifica-se a necessidade de interpretar as alterações propostas em atenção à vulnerabilidade concreta da pessoa humana, pois, conforme asseverado pelos autores Rodrigo da Guia Silva e Eduardo Nunes de Sousa, a mera interpretação literal dos novos dispositivos legais, pertinentes à capacidade civil e ao âmbito de validade dos negócios jurídicos (arts. 3º e 4º c/c arts. 166, I, e 171, I, todos do Código Civil), levariam à interpretação simplista de que todo e qualquer efeito negocial seria reputado válido independentemente da constatação específica do grau de vulnerabilidade da pessoa humana enquanto agente de relação jurídica patrimonial e dos valores merecedores de tutela no caso concreto.

Isso porque, as soluções de proteção oferecidas por modelos apriorísticos e generalistas, seja no sentido de considerar tal grupo de deficientes como incapazes ou, de outro modo, considerá-los como plenamente capazes, não dão conta de tutelar as múltiplas vulnerabilidades concretas e os variados graus de discernimento que podem ser apresentados pelo agente, de sorte que, em arrimo com as diretrizes da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, certos âmbitos de atuação patrimonial da pessoa com deficiência psíquica e intelectual merecem ser tuteladas de forma individualizada, à luz do caso concreto e com proteção suplementar específica por parte do Estado.

Diante da reestruturação do regime de capacidade civil, com a fixação da curatela excepcional, através de decisão judicial, a realização de negócio jurídico de natureza patrimonial em desconformidade com os termos da sentença acarretará a anulabilidade do ato.

Assim, pode-se compreender que a sentença instituidora da curatela, no âmbito da invalidade negocial, implica em presunção relativa de anulabilidade dos atos praticados pela

pessoa com déficit psíquico e intelectual severo sem a presença do curador. A presunção de relatividade decorre justamente do fato de que a avaliação do caso concreto é situação que pode apresentar fundamentos idôneos para modulação dos efeitos da invalidade ou até mesmo a afirmação da plena validade do ato, conforme a recente abertura de entendimento jurisprudencial que se apontou acima.

Todavia, no que se refere à matéria de invalidade contratual, é preciso discutir as hipóteses em que a pessoa com déficit funcional psíquico e intelectual conseguem exprimir a sua vontade, ou seja, são plenamente capazes, porém apresentam restrições funcionais em sua esfera de cognoscibilidade, não tendo total discernimento sobre os negócios a serem concretizados. Afinal, pela regra emancipatória insculpida pela Lei Brasileira de Inclusão, a pessoa com déficit funcional psíquico e intelectual que consegue manifestar a sua vontade, ainda que tenha comprometimento cognitivo em razão de sua deficiência, é plenamente capaz e pratica atos jurídicos válidos.

Nesse sentido, José Fernando Simão aponta que a Lei Brasileira de Inclusão desguarneceu as pessoas com deficiência psíquica e intelectual de proteção suficiente no âmbito das relações patrimoniais, aduzindo que, pela sistemática anterior, os negócios jurídicos celebrados por pessoas com impedimentos funcionais eram facilmente anuláveis após a sentença de interdição, ao passo que, com o novo regramento sobre a capacidade jurídica aplicável ao contexto da deficiência, a anulação de atos jurídicos praticados por pessoas com déficit funcional simples estará restrita as hipóteses da prova de defeitos do negócio jurídico como o erro, o dolo e a lesão, situação que não resulta em benefício à pessoa com deficiência.²³²

Além disso, discute a doutrina sobre a validade negocial frente aos relativamente incapazes, caracterizada como pessoa com deficiência mental grave. Afinal, se inexistente nulidade absoluta para a referida hipótese, o negócio será apenas anulável e não mais nulo. Ademais, como relativamente incapaz, caberá à pessoa com déficit funcional grave à mera assistência e não a representação.

A oferta de mera assistência aos relativamente incapazes representa, em certos casos, o simbolismo da legislação de cunho emancipatório par a proteção da pessoa com deficiência mental grave, uma vez que, se a pessoa não consegue sequer manifestar a vontade própria, como será mantida a curatela como apoio e não como substituição de vontade? Nesse sentido, Atalá

²³² SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 04 set. 2017.

Correia aduz:

Como se sabe, a validade do ato jurídico, nessas situações, exige a assistência do curador. Isso quer dizer que o curatelado deve manifestar, conjuntamente com o curador, seus interesses, não podendo a vontade deste substituir a daquele. Contudo, se o interditado não detém qualquer possibilidade de manifestação de vontade, a nova legislação o colocou diante de um impasse: seu curador não pode representá-lo, pois ele não é absolutamente incapaz, e tampouco conseguirá externar seus interesses para que alguém lhe assista. Caso o quadro legislativo não se altere, será razoável tolerar uma hibridização de institutos, para que se admita a existência de incapacidade relativa na qual o curador representa o incapaz, e não o assiste. Entendida a questão de maneira literal, a interdição de pessoas teria pouco significado prático.²³³

A ausência de proteção específica e concreta às vulnerabilidades da pessoa com deficiência em matéria de invalidade contratual também se desdobra em outro ponto importante. Ao teorizar sobre a proteção do deficiente mental relativamente incapaz por meio da curatela, Atalá Correia questiona se haveria nulidade ou mera anulabilidade, afinal, apesar de regime de incapacidade relativa conduzir, invariavelmente à anulabilidade, na hipótese de incapacidade relativa, seria necessário um interessado para arguir a anulabilidade em prazo decadencial, antes de operada a convalidação. Assim, sustenta o doutrinador que deveria prevalecer o regime de nulidade, por este ser mais benéfico ao deficiente.²³⁴

Como ponto de omissão protetiva que se operou com a ressignificação do regime de capacidade civil promovido pela LBI, ainda no âmbito da invalidade contratual, também se cita que, com a presunção de plena capacidade civil às pessoas com déficit psíquico e intelectual, a quitação concedida por pessoa com deficiência, a teor da prescrição do art.310 do CC/02, terá validade e eficácia, ainda que a pessoa com déficit funcional não tenha condições de avaliar eventual prejuízo.²³⁵

²³³ CORREIA, Atalá. **Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>>. Acesso em: 04 set. 2017.

²³⁴ CORREIA, Atalá. **Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>>. Acesso em: 04 set. 2017.

²³⁵ SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 04 set. 2017.

3.4 O casamento e a união estável contraído pela pessoa com deficiência psíquica e intelectual: a necessária salvaguarda jurídica do vulnerável diante dos efeitos patrimoniais

Repise-se que a fim de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, em igualdade de condições com os demais, bem como garantir o respeito à dignidade humana desses vulneráveis, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), atribuiu presunção de capacidade jurídica às pessoas com déficit funcional (física, mental, intelectual e sensorial), firmando-lhes novo paradigma acerca da autonomia moral especialmente no que toca à projeção de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Dentre outros desdobramentos, a alteração da base conceitual da capacidade jurídica em prol da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência teve o mérito de projetar tal grupo ao integral desfrute de situações subjetivas existenciais que outrora lhe eram negadas, a *exemplo do direito* de constituir entidade familiar pela via do casamento e da união estável.²³⁶

²³⁶ Sobre o entendimento de que a deficiência impedia o reconhecimento do direito à constituição familiar do deficiente, a exemplo da união estável, veja-se decisão proferida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 03/02/2015: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. 1. ALEGAÇÃO DE RELAÇÃO DURADOURA, CONTÍNUA, NOTÓRIA, COM PROPÓSITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA SUPOSTAMENTE ESTABELECIDADA ENTRE PESSOA ABSOLUTAMENTE INCAPAZ, INTERDITADA CIVILMENTE, E A DEMANDANTE, CONTRATADA PARA PRESTAR SERVIÇOS À FAMÍLIA DO REQUERIDO. 2. ENFERMIDADE MENTAL INCAPACITANTE, HÁ MUITO DIAGNOSTICADA, ANTERIOR E CONTEMPORÂNEA AO CONVÍVIO DAS PARTES LITIGANTES. VERIFICAÇÃO. INTUITU FAMILIAE. NÃO VERIFICAÇÃO. MANIFESTAÇÃO DO PROPÓSITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA, DE MODO DELIBERADO E CONSCIENTE PELO ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. IMPOSSIBILIDADE. 3. REGRAMENTO AFETO À CAPACIDADE CIVIL PARA O INDIVÍDUO CONTRAIR NÚPCIAS. APLICAÇÃO ANALÓGICA À UNIÃO ESTÁVEL. 4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Controverte-se no presente recurso especial sobre a configuração de união estável entre o demandado, pessoa acometida de esquizofrenia progressiva, cujo diagnóstico fora constatado já no ano de 1992, e que, em ação própria, ensejou a declaração judicial de sua interdição (em 24.5.2006), e a demandante, contratada, em 1985, pelos pais do requerido para prestar serviços à família. Discute-se, nesse contexto, se, a despeito do estreitamento do convívio entre as partes, que se deu sob a mesma residência, na companhia dos pais do requerido, por aproximadamente vinte anos, seria possível inferir o propósito de constituir família, pressuposto subjetivo para a configuração da união estável. 2. Ressai evidenciado dos autos que a sentença de interdição, transitada em julgado, reconheceu, cabalmente, ser o ora recorrente absolutamente incapaz de discernir e compreender os atos da vida civil, o que, por consectário legal, o torna inabilitado, por si, de gerir sua pessoa, assim como seu patrimônio, nos termos do artigo 3º, II, da lei substantiva civil 2.1. Sem adentrar na discussão doutrinária, e até jurisprudencial, acerca da natureza da sentença de interdição civil, se constitutiva ou se declaratória, certo é que a decisão judicial não cria o estado de incapacidade. Este é, por óbvio, preexistente ao reconhecimento judicial. Nessa medida, reputar-se-ão nulos os atos e negócios jurídicos praticados pelo incapaz anteriores à sentença de interdição, em se comprovando que o estado da incapacidade é contemporâneo ao ato ou negócio a que se pretende anular. Em relação aos atos e negócios jurídicos praticados pessoalmente pelo incapaz na constância da curadoria, estes afiguram-se nulos, independente de prova. 2.2. Transportando-se o aludido raciocínio à hipótese dos autos, em que se pretende o reconhecimento do estabelecimento de união entre as partes litigantes, a constatação do estado de absoluta incapacidade do demandado durante o período de convivência em que a suposta relação teria perdurado enseja a improcedência da ação. 2.3. Sobressai dos autos, a partir do que restou apurado na presente

Prestigiando o giro emancipatório que dá concreção ao livre desenvolvimento da personalidade daqueles cujo projeto singular de vida era criado pela vontade alheia, a lei estatutária dispôs, em seu artigo 6º, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para casar-se e constituir união estável, bem como para titularizar direitos relacionados à constituição familiar própria, reconhecendo-lhes capacidade de exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; do direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; do direito de conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; do direito de exercer o direito à família, do direito de exercer a guarda, a tutela e a curatela, em igualdade de oportunidades com demais pessoas.

Como resultado imediato da reformulação do regime geral de incapacidades, que revogou a hipótese de incapacidade absoluta prevista pelo art. 3º, inciso II, do CC/02 - a qual abrangia as pessoas com deficiência psíquica e intelectual -, também ficou revogada a previsão exposta no art. 1.548, inciso I, do CC/02, que dispunha ser nulo o casamento contraído por pessoas com deficiência mental e/ou intelectual ao argumento de que tais pessoas não teriam discernimento suficiente para manifestar vontade de se projetar em relação matrimonial.

Desta forma, à luz das alterações promovidas pelo EPD, é possível questionar se o requisito do discernimento para manifestação de vontade foi preservado ou dispensado no que se refere ao exercício do direito de formação de entidade familiar de pessoas com deficiência qualificada.

Para resolver tal questão, apoia-se nos ensinamentos do autor Marcos Bernardes de Mello, para o qual o casamento constitui-se como fato jurídico “*cujo elemento nuclear do suporte fático é a manifestação consciente de vontade [...] (grifo nosso)*”²³⁷ e, no entendimento de Pontes de Miranda, o qual aduz que caso a demonstração de vontade não ocorra, o negócio

ação, assim como na ação de interdição, que a enfermidade mental incapacitante do recorrente, cujo diagnóstico há muito fora efetuado, não é apenas contemporânea à suposta relação estabelecida entre os litigantes, mas também anterior a ela, circunstância consabida por todos os familiares do demandado, e, especialmente, pela demandante. 2.4. Nesse contexto, encontrando-se o indivíduo absolutamente inabilitado para compreender e discernir os atos da vida civil, também estará, necessariamente, para vivenciar e entender, em toda a sua extensão, uma relação marital, cujo propósito de constituir família, por tal razão, não pode ser manifestado de modo voluntário e consciente. 3. Especificamente sobre a capacidade para o estabelecimento de união estável, a lei substantiva civil não dispôs qualquer regramento. Trata-se, na verdade, de omissão deliberada do legislador, pois as normas relativas à capacidade civil para contrair núpcias, exaustivamente delineadas no referido diploma legal, são in totum aplicáveis à união estável. Assim, aplicando-se analogicamente o disposto no artigo 1.548, I, do Código Civil, afigurar-se-ia inválido e, por isso, não comportaria o correlato reconhecimento judicial, o suposto estabelecimento de união estável por pessoa acometida de enfermidade mental, sem ostentar o necessário discernimento para os atos da vida civil. 4. Recurso provido, restabelecendo-se a sentença de improcedência.

²³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 6.ed.São Paulo: Saraiva, 1994, p. 160.

jurídico será nulo em razão de falta de elemento, no suporte fático, que o torna deficitário²³⁸, para concluir que a validade do casamento da pessoa com deficiência depende de manifestação de vontade nesse sentido.

Entretanto, em que pese o entendimento doutrinário acima esposado, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, alterando a redação do art. 1.550 do CC/02, afirma que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.

Tal previsão revela-se problemática, pois, em primeiro lugar, não há possibilidade de curador ou qualquer outro responsável exprimir a vontade da pessoa com deficiência se esta própria não tem condições de se manifestar e, por outro lado, se a própria norma estatutária confere autonomia para que as pessoas com deficiência mental e/ou intelectual exerçam seus atos existenciais, contraproducente se mostra impor assistência em ato de natureza personalíssima, como é o casamento.

Ademais, a inovação do parágrafo 2º do artigo 1.550, do CC/02 – que admite o consentimento do matrimônio ser efetuado por intermédio de curador ou responsável – insurge em descompasso com a *ratio* de autonomia e independência proposta pelo estatuto no que tange às situações jurídicas existenciais. Afinal, conforme dispõe o art. 85 do EPD, a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, de modo que, ao curador não assiste competência para atuar no núcleo de interesses existenciais e personalíssimas do curatelado, não podendo, portanto, atuar ativamente como o representante da vontade do curatelado quando este decidir por contrair núpcias.²³⁹

Nesse sentido, também vale destacar, que o mesmo raciocínio se aplica à situação de dissolução de matrimônio da pessoa com déficit funcional, sendo o divórcio um ato personalíssimo, somente os nubentes envolvidos são aptos a requerer o divórcio.

Por tais motivos, entende-se que o matrimônio que foi contraído mediante a manifestação de vontade expressada por um terceiro, por óbvio, alheio à esfera personalíssima e existencial que toca apenas à pessoa em sua concretude individual, deverá ser considerado

²³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte especial. Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. Atualizado por MELLO, Marcos Bernardes de; EHRHARDT JR., Marcos. T. III. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2012, p.63.

²³⁹ MENDES, Vanessa Correia. O casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual: possibilidades, inconsistências circundantes e mecanismos de apoio. In: **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas** – Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Joyceane Bezerra de Menezes (Org). Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 399.

inexistente.

Delineada a inovação legislativa que viabiliza o casamento das pessoas com deficiência mental e/ou intelectual e, superada a análise das inconsistências que circundam a operatividade que essa novel situação jurídica aventa, chama-se a atenção para a ausência de regramentos tendentes a salvaguardar juridicamente o binômio de conquista do direito à constituição familiar em cotejo com a proteção do deficiente vulnerável quanto aos riscos patrimoniais decorrentes do casamento e da união estável.

Com efeito, explica-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, apesar de normatizar alterações que viabilizam o casamento e a formalização de união estável pela pessoa com déficit funcional, acabou por prescindir comandos especializados no que se refere à estipulação de regime de bens dos nubentes plenamente emancipados, apenas ressaltando alguma proteção à situação do deficiente mental de natureza grave.

A rigor, tratando-se da hipótese de pessoas com deficiência psíquica e/ou intelectual severa ou qualificada, a Lei Brasileira de Inclusão, em seu art. 85, dispõe sobre a atuação colaborativa do curador no que se refere à prática de atos de natureza patrimonial e negocial de interesse do curatelado, de modo que, mesmo que a dicção literal art. 85 tenha omitido a necessidade de nomeação de curador especial para deliberação quanto ao regime bens dos nubentes relativamente incapazes, pode-se contornar o referido silêncio legislativo ao se interpretar a concreta possibilidade do curador, exercendo seu múnus, influenciar na estipulação do regime de bens do curatelado.

Todavia, ao se vislumbrar as pessoas cujos déficit mental e/ou intelectual são considerados simples e, por isso são plenamente capazes, tem-se que, a despeito da realidade de eventuais vulnerabilidades causadas pela limitação funcional, o estatuto as considerou aptas a deliberar com autonomia e independência sobre o regime de bens que lhes aprover.

A grave omissão legislativa do EPD, que não positivou a obrigatoriedade de nomeação de curador para a estipulação de regime de bens do curatelado e, no mesmo sentido, dispensou tutela especializada aos deficientes plenamente capazes no ato de escolha do regime de bens vinculado ao matrimônio, representa incongruência metodológica que alça o privilégio da conquista existencial ao ônus do risco patrimonial.

Afinal, ainda que o EPD tenha conferido capacidade plena aos deficientes mentais de natureza simples, o estatuto não tem o condão de alterar a realidade das limitações funcionais das mesmas, não sendo possível desconsiderar que tais limitações podem gerar aos novos

emancipados o contexto de vulnerabilidade no âmbito patrimonial, as quais precisam ser tuteladas por meio de salvaguardas jurídicas específicas. Vale lembrar que vulnerabilidade e incapacidade são conceitos distintos e, por isso, a eliminação da incapacidade não implica no não reconhecimento da vulnerabilidade.

Sobre a necessidade de auxílio para estipulação do regime patrimonial de bens da pessoa deficiente plenamente capaz, poder-se-ia aventar que o novel instituto da Tomada de Decisão Apoiada representaria a salvaguarda jurídica adequada, o que justificaria a omissão do legislador. Tal premissa, contudo, deve ser examinada com cautela, à luz dos limites de operatividade deste novo mecanismo de apoio.

Isso porque, a Tomada de Decisão Apoiada é modelo protetivo que se deflagra a partir do núcleo de voluntariedade do próprio beneficiário, de forma que, adotar o novo modelo protetivo como a salvaguarda jurídica suficiente para a eliminação de abusos e riscos patrimoniais no âmbito do negócio jurídico representado pelo matrimônio e união estável, significa transferir ao próprio beneficiário o ônus do reconhecimento de que o mesmo detém vulnerabilidade que o dificulta estipular o regime de bens que melhor lhe favoreça, reconhecimento autônomo este que nem sempre é possível verificar.

Afinal, o reconhecimento do estado de fragilização jurídica, muitas vezes, não é compreendido até mesmo por aqueles vulneráveis que não possuem deficiência, o que se dirá então daquele que convive com um déficit funcional que reflete em impedimentos de natureza mental e/ou intelectual?

Ademais, sendo a tomada de decisão apoiada mecanismo com limites fixos e que emanam da vontade e da confiança da pessoa a ser beneficiada, há de se aventar as hipóteses em que a pessoa com deficiência simples não requeira o procedimento e, por isso, fique desguarnecida de tutela protetiva no ato de escolha do regime de bens, embora sua vulnerabilidade permaneça.

Desta forma, apesar de ser uma alternativa para contornar a omissão legislativa, a tomada de decisão apoiada apresenta-se como uma salvaguarda jurídica de alcance insuficiente, posto que depende da vontade exclusiva daquele que, mesmo apresentando alguma vulnerabilidade em razão do déficit que lhe acomete, pode não entender necessário o auxílio.

A desconsideração da vulnerabilidade da pessoa com deficiência no que toca aos efeitos patrimoniais e sucessórios advindos do matrimônio é flagrante e se afasta, em muito, da orientação do próprio Código Civil sobre o tema, ao se ter mente que o sistema jurídico

reconhece a vulnerabilidade da pessoa idosa e dispensa proteção ao patrimônio da mesma por meio de seu art. 1.614, inciso II do Código civil.

Ventilando análise pormenorizada à constituição de entidade familiar pela via da união estável, destaca-se importante inconsistência no que se refere ao curatelado, pois o §1º do art. 85 dispõe que os curatelados não sofrem restrição quanto ao direito de contrair matrimônio, referenciando-se expressamente ao casamento e não à união estável, de modo que, poder-se-ia questionar sobre a possibilidade do curatelado constituir entidade familiar por meio da união estável.

Sobre a referida omissão do estatuto, Maurilio Casas Maia afirma que negar ao curatelado a faculdade de formação da entidade familiar por meio da união estável afrontaria o comando do art. 6º, I, do EPD e, ainda, resvalaria em possível conflito de constitucionalidade com a “regra de igual tutela estatal” exposta no §3º do art. 226 da Constituição da República e com o dever de proteção da família referenciado no caput do citado art. 226, o que possibilitaria que o curatelado tivesse acesso à união estável.²⁴⁰ Ademais, apesar da incongruência, a mera omissão à união estável no §1º do art.85 do EPD não poderia impedir o acesso à união estável pela pessoa com deficiência grave, porquanto o exercício dos direitos patrimoniais não são afetados pelo exercício da curatela.

Todavia, ao se considerar a informalidade subjacente à constituição da união estável, a constituição desta modalidade de entidade familiar pelo curatelado pode, como já mencionado, expô-lo à situação de vulnerabilidade quando se verificar que seu nível de discernimento e compreensão da situação familiar não é razoável.

Novamente, incide o Estatuto da Pessoa com Deficiência no ônus da emancipação insuficiente, uma vez que, outorgada à pessoa com deficiência possibilidade de constituição de entidade familiar de forma informal, a exemplo da união estável, descurou o estatuto de oferecer salvaguardas jurídicas vocacionadas à proteção dos efeitos sucessório-patrimoniais que o deficiente pode sofrer em razão de sua vulnerabilidade.

No esforço interpretativo de suprir a ausência de medidas protetivas que solapem o risco patrimonial ao qual a pessoa de vulnerabilidade marcada por limitação funcional pode experimentar, Maurílio Casas Maia sugere que, nos casos em que se fizer necessária a curatela, mostra-se importante que os estudos multidisciplinares definam se há possibilidade de

²⁴⁰ MAIA, Maurílio Casas. Os deficientes enquanto necessitados constitucionais e a tutela do vulnerável diante dos efeitos sucessório-patrimoniais da união estável. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 102/2017, jul-ago 2017, DTR\2017\2481, p.9.

compreensão do curatelado do fenômeno da união estável e dos efeitos patrimoniais que dela decorrem para avaliar se há necessidade de “*limitar a autonomia familiar do curatelado na decisão e curatela em decorrência dos efeitos patrimoniais da constituição da união estável.*”²⁴¹

Desta forma, propõe o referido autor que, diante da concreta necessidade de proteção do melhor interesse do deficiente, o magistrado poderia fundamentadamente restringir o direito à constituição de união estável pelo curatelado, se verificado que o mesmo não tem compreensão mínima dos efeitos patrimoniais e sucessórios que advém da formalização do referido negócio jurídico.

Com respeito ao entendimento esposado, pode-se entender, todavia, que a restrição do exercício de um direito de natureza extrapatrimonial (carreado em situações subjetivas existências em que o EPD afirmou não ter o deficiente a capacidade afetada), em razão de vulnerabilidade patrimonial não se adequa a *ratio* emancipatória da Convenção de Nova York e da Lei Brasileira de Inclusão, uma vez que, tal proposta parece repetir a antiga fórmula de incapacidade que, vocacionada à proteção patrimonial do sujeito, acabava por fulcrar igual incapacidade aos atos de natureza existencial.

3.5 O paradigma da vulnerabilidade eventual

Como visto, a resignificação da categoria de capacidade civil a fim de promover o giro emancipatório às pessoa com déficit psíquico e intelectual, além de ter sido proporcionada pelo EPD com a extinção da hipótese de incapacidade absoluta, como desdobramento, também solapou todas as garantias protetivas que decorriam do diagnóstico jurídico da incapacidade, a exemplo da prescrição e da decadência, das garantias de anulação e anulabilidade contratual, da responsabilidade civil e demais efeitos tutelares que guarneciam proteção à pessoa com deficiência no trato de negócios jurídicos patrimoniais.

A esse respeito, já se discorreu em tópicos pertinentes, sobre os reflexos jurídicos patrimoniais que são prejudiciais à pessoa com deficiência psíquica e intelectual em razão de uma emancipação inconsequente e insuficiente, ou seja, a emancipação que projeta a pessoa com déficit ao prestígio de sua existencialidade com autonomia, porém, ao mesmo tempo, retira

²⁴¹ MAIA, Maurílio Casas. Os deficientes enquanto necessitados constitucionais e a tutela do vulnerável diante dos efeitos sucessório-patrimoniais da união estável. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 102/2017, jul-ago 2017, DTR\2017\2481, p.9

da mesma a necessária proteção patrimonial enquanto sujeito composto de vulnerabilidades concretas.

Por esse motivo, não poderia ter o Estatuto da Pessoa com Deficiência projetado as pessoas com déficit funcional à esfera mercadológica, à possibilidade de livre contratação, sem ter garantido proteção integral à dignidade do deficiente enquanto novo sujeito de direitos, ainda que tal proteção implicasse em valorar o “ter em detrimento do ser” e nos efeitos dela decorrente, a exemplo da proteção que se proporciona ao consumidor enquanto sujeito constitucional necessitado de tutela jurídica específica: proteção da incolumidade existencial e, igualmente, proteção patrimonial.²⁴²

Desta forma, ao se propor a emancipação suficiente da pessoa com déficit psíquico e intelectual, em unidade e coordenação com as diretrizes da Convenção Internacional e dos valores do ordenamento jurídico pátrio, especificamente no que se refere à fixação de deveres de proteção ao exercício da autonomia conquistada pelos novos sujeitos de direitos, conclui-se que os efeitos tutelares da órbita patrimonial deveriam ser preservados ou funcionalizados às necessidades da pessoa com deficiência, não mais em razão de sua incapacidade pressuposta, mas em razão de sua vulnerabilidade negocial concreta, a qual pode se agravar em razão dos efeitos de déficit funcional (hipervulnerabilidade).

De acordo com Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem, a vulnerabilidade pode ser conceituada da seguinte forma:

Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça Equitativa.²⁴³

Oportuno, pois, verificar que há substancial diferença entre incapacidade e vulnerabilidade, pois, enquanto a incapacidade radica na constatação de ausência de requisitos

²⁴² MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**. Vol. 104/2016, mar – abr/2016, DTR/2016/4625, p.16.

²⁴³ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.120.

ao exercício autônomo de negócios jurídicos na ordem civil, a vulnerabilidade não se refere há requisitos de validade de ato jurídico, mas sim, denuncia a possível condição de fragilidade da pessoa situada em ambiente negocial.

Assim, a proteção da pessoa como sujeito vulnerável pelo novo direito privado, que se edifica na afirmação da diferença e na concreção da solidariedade, origina-se ante identificação de diversos novos sujeitos merecedores de proteção funcionalizada por e encontrarem em situação de desigualdade que os levam à fragilidade, construindo-se a partir desta constatação, um sistema de normas e subprincípios orgânicos para reconhecimento e efetivação dos direitos destes grupos de não iguais.²⁴⁴

No caso do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, a vulnerabilidade insurge como princípio de presunção absoluta de lei (CDC, art. 4º, inc. I) reconhecendo a existência de desequilíbrio de posições jurídicas entre o consumidor e o fornecedor, assim, outorgando *“direitos ao consumidor para alcançar a igualdade material dos desiguais, garantem-se direitos de escolha, reflexão, informação e transparência para proteger sua abalada liberdade ou autonomia da vontade dos consumidores nos contratos.”*²⁴⁵

Sobre a vulnerabilidade como situação de presunção do microsistema protetivo do consumidor, Fernando Rodrigues Martins aduz que referida presunção é instrumentalizada por princípio (mandado de otimização), condição que autoriza juízo de ponderação, flexibilizações e diferenciação de sujeitos para justiça distributiva, de modo que, torna-se fácil constatar que o consumidor é ente vulnerável na ordem mercadológica, senão vejamos:

Daí fica fácil “presumir” que o consumidor é agente vulnerável no mercado, porque a experiência humana traz a verdade obtida pela lógica jurídica de que a pessoa inserida neste meio circundante e desprovida de tutela eficaz está facilmente exposta a circunstâncias pesarasas, díspares e abusivas. Enfim, é sujeito de direitos constantemente sujeito a injustiças. Por isso, a presunção da vulnerabilidade conduz substancialmente a igualitária aplicação do Código de Defesa do Consumidor.²⁴⁶

Ocorre que a vulnerabilidade, como presunção do microsistema protetivo, é positivada instrumentalmente por princípio (mandado de otimização) e não via regra, o que autoriza juízo

²⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.127.

²⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.127.

²⁴⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 104/2016, mar – abr/2016, DTR/2016/4625, p.11.

de ponderação, densidade axiológica, flexibilidade, plasticidade e diferenciação de sujeitos para justiça distributiva, permitindo restrições (v.g., destinatário final e não profissional) e ampliações (que não sejam contraditórias ao sistema; v.g., finalismo aprofundado). Em outras palavras, presume-se por princípio (“modelo” argumentativo) e não regra (“modo” dedutivo).

Contudo, nesse aspecto, deve-se ressaltar que, para além da extinção da incapacidade e de suas garantias tutelares de forma inconsequente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), firmou o entendimento de que a situação de vulnerabilidade da pessoa com deficiência apenas deve ser reconhecida apenas de forma eventual e extraordinária.

Com efeito, em seu art. 10º, parágrafo único, a norma estatutária foi categórica ao disciplinar que a pessoa com déficit funcional será considerada vulnerável quando constatado que a mesma está em situação de risco, emergência ou situação de calamidade pública. Portanto, enquanto no CDC a vulnerabilidade é condição que se afere mediante presunção absoluta, assim considerando a posição de desvantagem, fragilidade e de desequilíbrio da pessoa física – absolutamente capaz - no mercado, em direção oposta, o EPD desconhece a presunção de vulnerabilidade àquele que possui déficit funcional e capacidade plena (emancipado), ainda que exista presunção militando em favor das pessoas físicas que não apresentam qualquer limitação ou desvantagem em sua autonomia funcional. Na lógica do EPD, somente situações comprovadamente atípicas dariam ensejo à vulnerabilidade da pessoa com déficit funcional nas relações de consumo e à tutela especial que dela decorre.

Nesta esteira, ante o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa com deficiência como condição eventual, atrelada à demonstração potencial de risco, emergência ou calamidade pública, como consequência, também resta diminuída a possibilidade de reconhecimento da hipervulnerabilidade como instituto de tutela promocional funcionalizado ao contexto das pessoas com deficiência. Sobre o conceito de hipervulnerabilidade, Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques destacam:

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, como sua idade reduzida (assim, o caso da comida pra bebês ou da publicidade para crianças) ou idade alentada (assim, os cuidados especiais com os idosos, tanto no Código em diálogo com o Estatuto do Idoso e da publicidade de crédito para idosos) ou sua situação de doentes (assim caso do Glúten e sobre informações na bula de remédios).²⁴⁷

²⁴⁷ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp.201/202.

Vale dizer, nesse sentido, que enquanto a vulnerabilidade generalista do art. 4º, I, se presume e é inerente a todos o grupo de consumidores, o reconhecimento de sua hipervulnerabilidade seria inerente à situação pessoal e específica de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental).

Diante deste panorama, pode-se concluir que a eleição da vulnerabilidade da pessoa com deficiência como condição eventual junto à inexistência de efeitos tutelares decorrentes do tradicional regime incapacidade, torna-se difícil o reconhecimento da hipervulnerabilidade da pessoa com déficit funcional enquanto consumidor, ignorando-a como instrumento de promoção da igualdade da pessoa com deficiência.

Assim, mais uma vez, repisa-se que, apesar da Lei Brasileira de Inclusão (LBI) ter exercido o múnus de empoderamento da pessoa com deficiência – transformando-a em “novo sujeito de direitos”, capaz de titularizar e exercer com autonomia seus direitos humanos fundamentais, sem ter de se submeter à substituição da vontade por outrem -, referido empoderamento se deu indiferentemente às vulnerabilidades que a condição pessoal do deficiente possa induzir, chegando até mesmo a desprezar a criação de salvaguardas jurídicas, e a manutenção de efeitos tutelares na esfera patrimonial, desta forma, equiparando a pessoa com deficiência psíquica e intelectual em posição de igualdade com o mercado e ao fornecedor.

Logo, oportuno constatar novamente: a lei estatutária incidiu em insuficiência de proteção à pessoa com déficit psíquico e intelectual, lançando-a à fruição de situações jurídicas subjetivas de caráter patrimonial sem gozar de salvaguardas jurídicas que possam tutelar a sua vulnerabilidade e, de forma mais prejudicial, sem possam valer-se da presunção de vulnerabilidade inerente ao grupo genérico de consumidores.

3.6 A hermenêutica dialógica das fontes como contributo à proteção da pessoa com déficit funcional psíquico e intelectual à luz do estatuto da pessoa com deficiência (EPD)

Constatados os nichos de insuficiência protetiva oportunizados pela disposição emancipatória do EPD, remanesce a imperiosa necessidade de fixação de deveres de proteção aos “novos sujeitos de direito”, vale dizer, às pessoas com déficit psíquico e intelectual que estão amplamente desguarnecidas de salvaguardas jurídicas em âmbito patrimonial e nem mesmo possuem a vulnerabilidade como princípio pressuposto em seu favor.

Não tendo o legislador promovido a criação das salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir que a pessoa com déficit funcional sofra abusos e espoliações em sua esfera de direitos patrimoniais, conforme premissa da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, os demais órgãos do Poder Judiciário podem fazê-lo mediante técnicas hermenêuticas que visam dar interpretação às legislações de forma equalizada com a completude e unicidade aos valores centrais do ordenamento pátrio. Portanto, é possível que o Poder Judiciário supra as falhas protetivas encabeçadas pelo EPD pois, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni, quando o magistrado exerce tutela sobre um direito fundamental, de modo a suprir eventuais falhas do legislador, o referido direito fundamental tem eficácia mediada pela jurisdição.²⁴⁸

Neste diapasão, ao se considerar que a matéria veiculada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência apresenta ampla ligação com os direitos humanos da pessoa com deficiência, o doutrinador Fernando Rodrigues Martins propõe a realização de interpretação dos dispositivos do Estatuto de forma inclusiva, “*pro homine*”, conforme a proposta dialógica das fontes (diálogo das fontes).²⁴⁹

O diálogo das fontes trata-se de um modelo de interpretação que, considerando a pluralidade de leis ou fontes normativas existentes no ordenamento jurídico, ao mesmo tempo, que podem possuir campos de aplicação que coincidem ou não, busca a coordenação interpretativa das fontes em prol da melhor forma de consecução dos direitos fundamentais ao invés de retirada de uma das leis do sistema jurídico.²⁵⁰

De acordo com Cláudia Lima Marques, precursora da teoria do Diálogo das Fontes no ordenamento jurídico brasileiro, nos tempos pós-modernos de aporte normativo de plúrimas fontes legislativas, a solução para conflitos de leis deve ser sistemática e tópica, de forma que, pode-se concluir que há possibilidade de convivência de leis com campos de aplicação diferentes, desde que as mesmas sejam aplicadas com coerência, simultaneidade e coordenação, sem que se mitigue a existência de nenhuma delas, em busca da melhor justiça para o caso concreto, para os direitos fundamentais e para a proteção do mais fraco na relação, senão vejamos:

²⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle da insuficiência da tutela normativa**. In: Direitos Fundamentais e jurisdição constitucional. Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire (Coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 710.

²⁴⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 104/2016, mar – abr/2016, DTR/2016/4625, p.17.

²⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das antinomias pelo diálogo da fonte: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. In: Revista do Direito do consumidor. v. 51, jul-set/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 35.

Seguirei aqui novamente a teoria de Erik Jayme, que propõe – em resumo – no lugar do conflito de leis, a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: o diálogo as fontes. Uma coordenação flexível e útil (effetutile) das normas em conflito no sistema, a fim de restabelecer a sua coerência. Muda-se, assim, o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do “monólogo” de uma só norma (à “comunicar” a solução justa), à convivência destas normas, ao “diálogo” das normas para alcançar a sua “ratio”, a finalidade visada ou “narrada” em ambas. Este atual e necessário “diálogo das fontes” permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes, com finalidade de proteção efetiva.²⁵¹

Cláudia Lima Marques cita a possibilidade de se realizar três diálogos entre as fontes plúrimas que tencionam um caso concreto: o diálogo sistemático de coerência – por meio do qual na aplicação simultânea de duas leis, uma lei especial pode servir de base conceitual para a outra; o diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade – por meio do qual na aplicação coordenada de duas fontes, uma lei pode complementar a aplicação da outra; e o diálogo de influências recíprocas sistemáticas, interpretação dialógica em que se verifica a influência das regras do sistema geral no sistema especial ou vice-versa, em um verdadeiro diálogo de coordenação e aplicação sistemática.²⁵²

Assentada as premissas do modelo hermenêutico dialógico, ao voltar-se à necessária tutela dos nichos de insuficiência de proteção patrimonial provocada pelo EDP à pessoa com deficiência, destaca-se que o autor Fernando Rodrigues Martins afirma que a aplicação do diálogo de fontes em sua modalidade de complementariedade permitirá a leitura do EPD de forma equalizada à tônica direitos humanos, protegendo com suficiência tanto os interesses patrimoniais como as situações existenciais enquanto pressupostos de ancoragem da dignidade da pessoa com deficiente.

Nesse raciocínio, Fernando Rodrigues Martins ressalta que exegese do art. 755 do CPC vigente a partir de 2016, o qual determina ao juiz a fixação dos “limites” da curatela - segundo o estado do desenvolvimento “mental” do emancipado -, poderá em diálogo de complementariedade com as normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência promover proteção patrimonial à pessoa com deficiência conforme o caso concreto, na medida do grau de

²⁵¹ MARQUES, Cláudia 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: Revista do Direito do consumidor. v. 51, jul-set/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 59.

²⁵² MARQUES, Cláudia 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: Revista do Direito do consumidor. v. 51, jul-set/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.60/61.

necessidade cognoscitiva do titular de direitos, uma vez que, nas palavras do próprio doutrinador:

Essa observação acena que, para hipótese fática específica, possa haver sentença concedendo a curatela do emancipado, no seguintes moldes: de um lado, estabelecendo limites para a contratação (ou mesmo objeção para a formação de um contrato), fixando divisas para a responsabilidade civil (explicitando a capacidade delitual), fornecendo marco para a proteção do acervo patrimonial e, até, analogamente, situando a prescrição e decadência tomando por base a ordem pública inerente ao direitos humanos, e de outro lado, ofertando concretude e ampliação aos interesses existenciais (sexuais, familiares, personalíssimos, etc) do titular de direitos. Dualidade de regimes em coordenação, ambos convergindo para a emancipação da pessoa com deficiência.²⁵³

Ademais, a complementariedade entre fontes diversas, por intermédio do recurso hermenêutico do diálogo das fontes, é instrumento interpretativo que pode ser utilizado para suprir os nichos de insuficiência emancipatória do EPD, tanto pelo diálogo de complementariedade da presunção de vulnerabilidade estampada pelo CDC, como pelo instituto interdição procedimentalizado pelo novo CPC, uma vez que, representam a interpretação mais favorável aos direitos humanos.

²⁵³ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 104/2016, mar – abr/2016, DTR/2016/4625, p.17.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), alinhada à carga axiológica da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), promoveu verdadeiro giro estrutural no rígido regramento de incapacidade albergado no Código Civil de 2002, com vistas à inclusão participativa, à promoção da dignidade e ao resguardo das liberdades fundamentais das pessoas com déficit funcional psíquico e intelectual, outorgando-lhes a presunção de plena capacidade jurídica para a prática de negócios jurídicos e admitindo a incindibilidade entre a capacidade de gozo e a capacidade de exercício no que se refere aos interesses existenciais que imantam os direitos da personalidade.

Com efeito, ao reconhecer todas as pessoas humanas em igual dignidade, tornou-se um imperativo de tutela do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) a outorga de igual capacidade jurídica às pessoas com déficit funcional, uma vez que, tal categoria jurídica constitui-se como porta de acesso ao exercício da autonomia moral, da liberdade de escolha e dos direitos fundamentais que permeiam a dimensão positiva do princípio da dignidade humana.

Desta forma, à luz do paradigma convencional do modelo social de deficiência e, no sistema privado brasileiro, à luz da dignidade da pessoa humana como cláusula geral de tutela da pessoa e de seus direitos de personalidade, não mais se podia admitir o instituto da capacidade civil como uma barreira institucional que potencializa a discriminação social e obsta o gozo dos direitos humanos, fundamentais e de personalidade por parte daqueles que têm o direito de ser diferente e de verem-se protegidos em sua concretude existencial.

Neste sentido, o art. 114 da norma estatutária revogou os tradicionais incisos do art. 3º e 4º do Código Civil/02, a fim de positivar que a capacidade jurídica (capacidade de fato e de gozo) reconhecida às pessoas com deficiência não se restringe apenas ao plano dos direitos existenciais, mas também atinge a seara patrimonial, de modo que, com a vigência da Lei Brasileira de Inclusão, a incapacidade absoluta ficou restringida aos menores de dezesseis anos e, valendo-se da presunção de plena capacidade jurídica às pessoas com deficiência, eventual limitação na esfera de capacidade das mesmas deve ser extraordinária - na hipótese de impossibilidade de manifestação de sua vontade - e fundamentada por meio de uma curatela funcionalizada, na medida das necessidades e das potencialidades do curatelado.

Ao conceder autonomia e independência às pessoas com deficiência - agora “novos

sujeitos de direitos” na ordem patrimonial e existencial -, a técnica emancipatória do Estatuto da Pessoa com Deficiência concretizou o desiderato de promover à transposição da pessoa com déficit funcional como sujeito meramente passivo - enclausurado ao assistencialismo comiserado – à pessoa humana dotada de ampla liberdade moral para se projetar como agente do discurso social e protagonista de seu próprio projeto espiritual de vida.

A emancipação promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), todavia, deveria guardar plena correspondência e sincronia com o instrumento internacional que lhe dá sustentação material, de modo que, além de promover o giro de dignidade-liberdade por meio da outorga de presunção de plena capacidade jurídica, assim possibilitando o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana no contexto de sua diversidade, deveria também fixar correspondentes deveres de proteção e salvaguardas jurídicas em prol das pessoas com deficiência psíquica e intelectual, para que as mesmas pudessem, sem prejuízo da capacidade conquistada, participar de tratativas patrimoniais com proteção especial.

Todavia, neste aspecto, conclui-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência incidiu em proteção insuficiente e inconsequente, pois, outorgando plena capacidade jurídica para as pessoas com déficit psíquico e intelectual se projetarem ativamente no âmbito das grandes contratações e nas relações de consumo, em igualdade com os demais, esqueceu-se a lei de fixar aparatos tutelares para a necessária proteção especial da pessoa com deficiência não mais em razão da sua incapacidade pressuposta, mas em razão da sua vulnerabilidade ou hipervulnerabilidade.

Nesse sentido, ao positivar os rearranjos estruturais tendentes à promoção da dignidade da pessoa com deficiência como capacidade de autodeterminação, além de extinguir o tradicional regime de incapacidade, a Lei Brasileira de Inclusão acabou por solapar toda sistemática de proteção que o sistema privado oferecia às pessoas com deficiência psíquica e intelectual - a exemplo da prescrição, da decadência, da teoria da invalidade contratual – sem criar novos instrumentos de proteção vocacionados a tutelar a incontestável vulnerabilidade e fragilidade destas pessoas para o trato das relações patrimoniais.

De forma mais gravosa, além de eliminar os aparatos de proteção patrimonial às pessoas com déficit funcional de natureza mental, o que certamente dará azo a grande lesividade patrimonial e abuso no âmbito das relações de consumo, a lei estatutária também firmou ser a vulnerabilidade da pessoa com deficiência uma condição apenas eventual e extraordinária, dependente de comprovação de situação de risco ou de calamidade pública. Portanto, no trato das relações patrimoniais consumeristas, se a pessoa absolutamente capaz que não possui déficit

funcional é considerada vulnerável pela exegese do Código de Defesa do Consumidor, para o EPD, a pessoa absolutamente capaz que possui déficit funcional não goza de presunção de sua vulnerabilidade e, portanto, a proteção decorrente desta presunção de vulnerabilidade também não lhe é espargida.

Desta forma, diante da eliminação de toda a proteção contratual e patrimonial que se deferia à pessoa com deficiência no âmbito do tradicional regime de incapacidade e diante da eliminação da proteção especial advinda da presunção de vulnerabilidade da pessoa com déficit funcional psíquico e intelectual, no âmbito das relações consumeristas, conclui-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência empoderou à pessoa deficiente, tornando-a um hipersujeito de direitos, capaz de atuar patrimonialmente em igualdade de condições até mesmo com o mercado e com o fornecedor, sem garantir qualquer proteção especial ao acervo de bens e à esfera patrimonial da mesma, dando a entender que, a partir da emancipação promovida pela Lei Brasileira de Inclusão (LBI), quaisquer fragilidades e vulnerabilidades da pessoa com deficiência, em razão de seu déficit funcional, passa a inexistir e operar efeitos.

Assim, tendo-se constatado a insuficiência de proteção patrimonial proporcionada pelo advento do EPD, em razão de omissões do legislador infraconstitucional no que tange à criação de salvaguardas jurídicas apropriadas à participação patrimonial da pessoa com deficiência no mercado de consumo e em demais relações de ordem patrimonial, verifica-se como solução imediata, a utilização da interpretação dialógica – diálogo das fontes -, a fim de que o rito protetivo da curatela promovido pelo Novo Código de Processo Civil possa ser aplicado para melhor funcionalizar mecanismos de proteção à pessoa com déficit funcional psíquico e intelectual (podendo, a depender do caso, fixar os limites de prescrição e decadência) e, por fim, para que a presunção de vulnerabilidade do consumidor, albergada no Código de Defesa do Consumidor (CDC) seja estendida como proteção precípua ao deficiente.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. **Curatela & Interdição Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

ABREU, Célia Barbosa. **A flexibilização da curatela para o psicopata**: uma interpretação constitucional pelo Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://ppgdc.sites.uff.br/wp-content/uploads/sites/34/2017/06/197-245-1-SM.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

ALMEIDA, Flávia Piva Leite, A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: amplitude conceitual – A busca por um modelo social. **Revista de Direito Brasileira**, v. 03/2012, jul-dez/2012, DTR/2012/450704

ALVES, Elioenai Dornelles Alves, BAMPI, Luciana Neves da Silva, GUILHEM, Dirce. Modelo social: uma nova abordagem para o tema da deficiência. **Revista Latino, Am.Enfermagem**, jul-ago.2010.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução, de acordo com o novo código civil. 5. ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: teoria geral, tomo 1. 3. ed São Paulo: Saraiva, 2010.

ASÍS ROIG, R. **Sobre el concepto y el fundamento de los derechos**: uma aproximación dualista. Col. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, n. 17, Dykinson, Madrid: 2001.

BARBOZA, Heloísa Helena; JÚNIOR ALMEIDA, Vítor de Azevedo. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e lei brasileira de inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

BARBOZA, Heloísa Helena; JÚNIOR ALMEIDA, Vítor de Azevedo. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 13, jul – set 2017.

BARIFFI, José Francisco. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y suas relaciones com la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos**. Série: Convención ONU. n. 11. Madrid: Cinca, 2014.

BATTISTELLA, Linamara Rizzo. Medicina de Reabilitação: reabilitação e o modelo da CIF. In: GUGEL, Maria Aparecida, MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (Org). **Deficiência no Brasil**: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Curitiba: Obra Jurídica, 2007.

BDINE JÚNIOR, HamidCharaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 7.ed. Revisor: Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1955.

BOBBIO, Norberto. **Teoria dela norma giuridica**. Torino: Giappicheli, 1958, p.188.

CALÒ, Emanuele. **Il ritorno dela volontà: bioetica, nuovi diritti e autonomia privata**. Milano: Giuffrè, 1999.

CAMPBELL, Jane. Growing Pains: Disability politics – the journey explained and described. In: BARTON, Len; OLIVER, Michael. **Disability Studies: past, present and future**. Leeds: The Disability Press, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Generale del Diritto**. 3. ed. Roma: Soc. Ed. del “Foro Italiano”, 1951.

CARVALHO SANTOS, J.M. de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 2. ed. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, v. 3, 1937.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral**, v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CORDEIRO, Carlos José, GOMES, Josiane Araújo: Mal de Alzheimer e Tomada de Decisão Apoiada: Análise do novel instituto jurídico sob o enfoque do filme “Para Sempre Alice”. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; LIMA, Maria Macena de; BERNARDES, Wilba Lúcia Maia (Org.) **Direito e Arte: os desafios da pessoalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. **Revista Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>>. Acesso em: 04 set. 2017.

COURTIS, Christian. Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos: algunos comentarios a partir da Ley 51/2003. **Jueces para la democracia**, nº 51, 2004.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do Estatuto da Pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015), nas legislações Civil e Processual Civil. **Revista do Direito Privado**, São Paulo, v.66, abr-jul/2016, DTR2016\4447.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil: teoria geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo, Brasiliense, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro**, v. 1: teoria geral do direito civil, atual. e ampl. de acordo com a reforma do CPC e com o projeto de Lei nº 276/2007. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Direito Civil: LICC e parte geral**. Salvador: JusPODIVM,

2009.

ERBELE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, Ed., 2006.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Ed.JusPodivm, 2017.

FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes e Waldir Macieira da Costa Filho. São Paulo, Saraiva, 2015.

FERREIRA, José Dias. **Código Civil Portuguez Anotado I**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1870.

FOHRMANN, Ana Paula Barbosa, KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. In: **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas e Lei Brasileira de Inclusão**. MENEZES, Joyceane Bezerra (Org.). Rio de Janeiro: Processo, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2005.

GARCIA, Maria. Comentários Introdutórios ao Estatuto da Inclusão e os direitos e liberdades. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARLAND, R. The eye of the beholder Deformity e Disability in the Graeco-Roman world. **Duckworth**, London, 1995.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 11. ed. Rio de Janeiro, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 1: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARLAND, R. The eye of the beholder Deformity e Disability in the Graeco-Roman world. **Duckworth**, London, 1995.

GUGEL, Maria Aparecida. **A pessoa com deficiência e sua relação com a humanidade**. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência (AMPID). Disponível em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php>. Acesso em: 05 set. 2017.

JUNIOR, Eroutlhs Cortiano. **A incapacidade civil, os diferentes e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: construindo um novo direito**. Disponível em: <<http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Marina/deficiencia1.pdf>>. Data de acesso: 27 set.

2017.

JÚNIOR, Nelson Nery, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1939.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Federal n. 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

LOPES, Laís de Figueirêdo. Comentários aos arts 1º, 2º e 3º do Estatuto da Pessoa com Deficiência. IN: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Diniz Gomes. COSTA FILHO, Waldir Macieira (Org.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOTUFO, Renan. **Código Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

MAIA, Maurílio Casas. Os deficientes enquanto necessitados constitucionais e a tutela do vulnerável diante dos efeitos sucessório-patrimoniais da união estável. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 102/2017, jul-ago 2017, DTR\2017\2481.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle da insuficiência da tutela normativa. In: **Direitos Fundamentais e jurisdição constitucional**. Clèmerson Merlin Clève e Alexandre Freire (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia 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: Revista do Direito do consumidor. v .51, jul-set/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista do Direito do Consumidor**, v. 104/2016, mar – abr/2016, DTR/2016/4625.

MEDEIROS, Marcelo. **Pobreza, Desenvolvimento e Deficiência**. Paper apresentado na Oficina de Alianças para o Desenvolvimento Inclusivo. Nicarágua: Banco Mundial, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 160.

MENDES, Vanessa Correia. O casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual: possibilidades, inconsistências circundantes e mecanismos de apoio. In: **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas** – Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Joyceane Bezerra de Menezes (org). Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MENEZES, Joyceane; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da

capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, v. 21, n. 2, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Joyceane Bezerra de Menezes (coord.). Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. MENEZES, Joyceane Bezerra de (org). Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: parte geral**, tomo I. 2. Ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NETO, Jáder de Figueiredo Correia, MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Interdição e Curatela no novo CPC à luz da dignidade da pessoa humana e do direito civil constitucional**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=029b50deea7a25c4>>. Acesso em: 23 set. 2017

NICOLAU, Gustavo Rene. O Estatuto da Pessoa com Deficiência protege o incapaz? Não! **Jornal Carta Forense**, 2015. Disponível: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-protege-o-incapaz--nao/15733>>. Acesso: em 28 set. 2017.

PALACIOS, Agustina. BARIFFI, Francisco. **La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Telefónica y CERMI. Madrid: 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**. Colección CERMI, Madrid: Ediciones Cinca, 2008.

PELUSO, Cesar EL AL. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002**. César Puluso (coord). 6. ed. Barueri: Manoele, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. Ed. Coimbra: **Editora**, 2005.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 6/2016, Jan/Mar.2016, DTR\2016\436.

RODRIGUES, Nina. **O alienado no direito civil brasileiro**. v. 165. Coleção Brasiliana. Brasília: Companhia das Letras, 1939.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol.1.

ROSENVLAD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: **Direito & Justiça Social**. NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.) São Paulo: Altas, 2013.

ROSENVALD, Nelson. A Tomada de Decisão Apoiada – Primeiras Linhas Sobre um Novo Modelo Jurídico Promocional da Pessoa com Deficiência. **Revista IBDFAM Famílias e Sucessões**, IBDFAM, Belo Horizonte, v. 10, 2015.

ROSENVALD, Nelson. Curatela. **Tratado de direito das famílias**. Minas Gerais: IBDFAM, 2015, p. 759.

SANTOS MORÓN, Maria José. La situación de los discapacitados psíquicos desde la perspectiva del derechos civil. In: **Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas**. Ignacio CampoyCervera (org.). Madrid: Dykinson, S. L., 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de e MOUREIRA, Diogo Luna. **A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Murilo Rezende dos. A proteção do pródigo e de sua família no direito civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, v. 55, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.104.

SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual a sua utilidade? **Jornal Carta Forense**, 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 01 out. 2017.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Por Falar em Classificação de Deficiências. **Revista Brasileira de Tradução Visual**, América do Norte, ano 3., v.12., n.2., out./dez. 2012 (não paginado, [1]). Disponível em: <<http://www.espanholacessivel.ufc.br/falar.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I) **Revista Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 04 set. 2017.

SIQUEIRA, Natércia. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da Convenção de Nova York. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos das

peessoas com deficiência e lei brasileira de inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

SOUZA, Eduardo Nunes de, SILVA, Rodrigo da Guia. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável. In: **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. Joyceane Bezerra de Menezes (Org). Rio de Janeiro: Processo, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II, 26/08/2015, Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 19 set. 2017.**

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, MENEZES, Joyceane Bezerra de. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 21, nº 2, maio/ago., 2016.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**, v. 3, t.2: dos atos jurídicos lícitos. dos atos ilícitos. da prescrição e da decadência. da prova. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VV.AA., **La Discapacidad Y la Rehabilitación em Juan Luis Vives**. Homo bomini par, POUIG DE LA BELLACASA, R., Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas cmoMinusvalía, Madrid, 1993.

