

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

RENATO DE SOUZA NUNES

**O IMPACTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NOS CONTRATOS
DE CONSUMO CELEBRADOS POR PESSOAS COM DÉFICIT PSÍQUICO OU
MENTAL**

**UBERLÂNDIA
2019**

RENATO DE SOUZA NUNES

**O IMPACTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NOS CONTRATOS
DE CONSUMO CELEBRADOS POR PESSOAS COM DÉFICIT PSÍQUICO OU
MENTAL**

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
2019

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

N972i
2019 Nunes, Renato de Souza, 1986-
 O impacto do Estatuto da Pessoa com Deficiência nos contratos de
 consumo celebrados por pessoas com déficit psíquico ou mental [recurso
 eletrônico] / Renato de Souza Nunes. - 2019.

 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.2019.621>
 Inclui bibliografia.

 1. Direito. 2. Deficientes - Estatuto legal, leis, etc. - Brasil. 3.
Deficientes - Emancipação. 4. Contratos. I. Martins, Fernando
Rodrigues, 1964- (Orient.) II. Universidade Federal de Uberlândia.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

Gerlaine Araújo Silva - CRB-6/1408

**O IMPACTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NOS CONTRATOS
DE CONSUMO CELEBRADOS POR PESSOAS COM DÉFICIT PSÍQUICO OU
MENTAL**

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

Uberlândia/MG, 25 de fevereiro de 2019.

Dr. Fernando Rodrigues Martins
UFU - Orientador

Dra. Keila Pacheco Ferreira
UFU – Banca Examinadora

Dra. Joyceane Bezerra de Menezes
UNIFOR – Banca Examinadora

Ao meu filho, Benício Santoni

Aos meus alunos

AGRADECIMENTOS

A conclusão do curso de mestrado foi uma tarefa árdua em que muitas pessoas especiais contribuíram para que isso se tornasse possível. A distância foi um fator que muito dificultou a obtenção do tão sonhado título de mestre. Foram aproximadamente 40 mil quilômetros entre idas e vindas da casa por trabalho, do trabalho para o mestrado e do mestrado para casa. Nos últimos dois anos minha vida se limitou a BR 365 no constante e intenso trajeto entre Patos de Minas, Patrocínio e Uberlândia.

Diante de todas as dificuldades trazidas não só pela distância, com todo o cansaço físico e mental, mas também pelas obrigações do trabalho e do mestrado, inicialmente, tenho que agradecer a Deus por, além de ter me dado a vida, ter permitido que eu passasse por todo esse período com saúde, permitindo que eu pudesse honrar todas as obrigações que eu assumi nessa jornada.

Agradeço, também, a minha esposa Daniela pela compreensão e companheirismo e apoio durante esse período de ausência, principalmente pelo fato de estarmos com um bebê em casa.

Ao meu filho, Benício Santoni, que completou dois anos juntamente com o tempo de conclusão de mestrado. Embora ainda não pudesse compreender que todo o sacrifício estivesse direcionado justamente para seu bem-estar, com certeza também sentiu a falta do pai, principalmente durante o período de integralização dos créditos em 2017.

Deixo um agradecimento especial ao meu orientador Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins, que prontamente aceitou o encargo de me orientar e sempre foi extremamente educado e prestativo em todas as vezes que demandei sua atenção.

Não poderia deixar de registrar meus sinceros agradecimentos aos meus empregadores UNICERP e UNIPAM, que não mediram esforços para que eu pudesse concluir o curso, adequando meus horários de aulas aos horários do PPGD de modo que tudo pudesse ficar conciliado e possível. Não bastasse todo o apoio moral, agradeço ainda pelas ajudas de custo que foram imprescindíveis para a conclusão do curso.

Aos meus colegas de mestrado que dividiram comigo toda angústia, ansiedade e alegrias, em especial, Murilo, Naiara e Jaqueline pelo compartilhamento

dos conhecimentos, almoços, cafés e pela amizade e companheirismo durante essa jornada.

Aos meus amigos e à minha família que torceram por mim, mãe, sogra, avós, tios, irmãos, etc., em especial, minha irmã Ana Paula que me recebeu em sua casa durante o período de créditos, facilitando muito minha vida nesse período.

A todos os demais professores e funcionários do PPGD da UFU pelos conhecimentos compartilhados.

Por fim, registro um agradecimento mais que especial àqueles que foram os responsáveis pela conclusão do mestrado: meus alunos. A minha principal motivação em todo trajeto para obtenção do título de mestre foi a imensa vontade de oferecer uma aula cada vez melhor e com a qualidade que vocês sempre mereceram. Por isso, não poderia deixar de ressaltar a importância da compreensão de vocês durante esse período. Com certeza, sei que o cansaço fez com que algumas aulas não saíssem da forma que eu gostaria, mas o carinho que recebi durante todo esse período difícil não tem preço. Espero não os decepcionar. Deixo, do fundo do coração, meu muito obrigado!

“Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.

(Boaventura de Sousa Santos)

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constituições Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CCB/1916	Código Civil Brasileiro de 1916
CCB/2002	Código Civil Brasileiro de 2002
CCJ	Comissão de Constituição e Justiça
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CDH	Comissão de Direitos Humanos
CDPD	Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo - Nova York, 2007
Cf.	Confira
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Coord.	Coordenador(a)
Coords.	Coordenadores
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Dec.	Decreto
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
Ed.	Edição
EPD	Estatuto da Pessoa com Deficiência
LBI	Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência
MP	Ministério Público
ONG	Organização não governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
Org.	Organizador(a)
PLS	Projeto de Lei do Senado Federal
PPGD	Programa de Pós-Graduação em Direito
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

TDA	Tomada de Decisão Apoiada
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UFU	Universidade Federal de Uberlândia
UNIFOR	Universidade de Fortaleza

RESUMO

O impacto das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência na teoria das incapacidades, em decorrência do sistema protetivo-emancipatório inaugurado pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York em 2007, promoveu inquietação doutrinária ao ponto de se questionar se a emancipação concedida às pessoas com deficiência psíquica ou mental se deu de forma adequada. O objetivo geral da pesquisa é a análise desse impacto na celebração de contratos de consumo, mormente no que diz respeito aos efeitos patrimoniais e à garantia da dignidade das referidas pessoas. Deste modo, propõe-se responder a seguinte indagação: o Estatuto, ao promover essa alteração na teoria das incapacidades, não mais considerando como absolutamente incapaz a pessoa com déficit funcional psíquico ou mental, incidiu em proteção insuficiente com relação a esse sujeito, deixando-o desprotegido para celebrar contratos de consumo? Como hipótese, aventa-se que as disposições do Estatuto ao emancipar a pessoa com deficiência psíquica ou mental pode ter configurado proteção insuficiente, uma vez que não verificou as particularidades de cada pessoa ao conceder a todos a capacidade plena, colocando o patrimônio da pessoa com deficiência mental em risco ao permitir que a mesma celebre contratos de consumo sem assistência ou auxílio de terceiros, não observando, ainda, a dignidade humana da pessoa com déficit mental. O referencial teórico da pesquisa é o empoderamento das pessoas historicamente excluídas, papel esse desenvolvido tanto pelas convenções internacionais humanitárias, como internamente pelo direito civil constitucional, como pelo reconhecimento dos vulneráveis, com o estudo do novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. A pesquisa foi desenvolvida na forma de pesquisa teórica, baseado na coleta e revisão de artigos, obras jurídicas e demais materiais bibliográficos relacionados à temática apresentada, valendo-se dos métodos analítico-dogmático e crítico-normativo, sendo a orientação metodológica desenvolvida por meio do método argumentativo (método de abordagem), uma vez que foram trabalhados direitos fundamentais, cujo conteúdo reflete caráter fortemente valorativo. Concluiu-se que embora a nova legislação tenha incidido em proteção insuficiente, por não observar as salvaguardas efetivas para prevenir abusos, a mesma foi necessária para garantir a dignidade da pessoa com deficiência. Deste modo, a solução de eventual conflito de normas deve ser pautada na ideia de complementariedade das normas, pela teoria do diálogo de fontes, objetivando garantir a interpretação mais favorável à pessoa com deficiência e garantindo a mesma o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Palavras-chave: Incapacidade. Deficiência. Emancipação. Hipervulnerabilidade. Diálogo de Fontes.

ABSTRACT

The impact of the changes promoted by the Disabled Person Statute on disability theory, as a result of the protection-emancipatory system inaugurated by The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, signed in New York in 2007, prompted doctrinal question whether the emancipation granted to persons with mental or psychic deficits has taken place adequately. The general objective of the research is the analysis of this impact in the celebration of consumer contracts, mainly with respect to the patrimonial effects and the guarantee of the dignity of disabled people. In this way, it is proposed to answer the following question: the Statute, by promoting this change in the theory of disabilities, no longer considering as absolutely incapable the person with functional or mental deficiency, focused on insufficient protection since it allowed that person to enter into consumer contracts freely? As a hypothesis, it is pointed out that the provisions of the Statute in emancipating the person with mental deficit may have set up insufficient protection, since it did not verify the particularities of each person by granting all the full capacity, placing the person's mental disability at risk by allowing it to enter into consumer contracts without assistance or support from other peoples, not yet observing the human dignity of the person with mental deficit. The theoretical reference of research is the empowerment of historically excluded people, a role that is developed both by international humanitarian conventions and internally by civil constitutional law, as well as by the recognition of the vulnerable, by studying the new private law and protecting the vulnerable. The research was developed in the form of theoretical research, based on the collection and revision of articles, legal works and other bibliographical materials related to the presented theme, using the analytical-dogmatic and critical-normative methods, being the methodological orientation developed through the argumentative method, once fundamental rights have been worked, whose content reflects strongly value character. It was concluded that although the new legislation has focused on insufficient protection, failing to observe effective safeguards to prevent abuses, it has been necessary to ensure the dignity of the disabled person. In this way, the solution of any conflict of norms should be based on the idea of complementarity of norms, by the theory of the dialogue of sources, aiming to guarantee the interpretation more favorable to the person with disability and guaranteeing the same the right to the free development of the personality.

Keywords: Disability. Deficiency. Emancipation. Hypervulnerability. Sources Dialog.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA NOVA PROTEÇÃO COM PERSPECTIVA HUMANIZADA E SEUS REFLEXOS NA TEORIA DAS INCAPACIDADES	19
1.1 Um longo caminho para a igualdade de direitos	21
1.2 O novo conceito de pessoa com deficiência	24
1.3 O reconhecimento da vulnerabilidade como instrumento de concretização da igualdade material	30
<i>1.3.1 Vulnerabilidade agravada: a hipervulnerabilidade</i>	<i>37</i>
<i>1.3.2 A vulnerabilidade da pessoa com deficiência à luz do EPD e o conflito de normas com o CDC</i>	<i>40</i>
1.4 Os reflexos na teoria das incapacidades	44
<i>1.4.1 A capacidade civil como medida jurídica da personalidade</i>	<i>45</i>
<i>1.4.2 O novo modelo de incapacidades</i>	<i>48</i>
<i>1.4.3 Um novo sistema protetivo: da substituição da vontade para um sistema de apoios</i>	<i>51</i>
1.4.3.1 A tomada de decisão apoiada	54
1.4.3.2. O novo tratamento legal da curatela	63
2 O NOVO PERFIL DA CAPACIDADE DA PESSOA COM DÉFICIT FUNCIONAL PSÍQUICO, MENTAL OU INTELECTUAL E SUA RELAÇÃO COM OS CONTRATOS DE CONSUMO	68
2.1. Negócio jurídico: aspectos gerais	69
<i>2.1.1. A existência, a validade e a eficácia dos negócios jurídicos</i>	<i>71</i>
<i>2.1.2 A capacidade civil da pessoa com déficit psíquico, mental ou intelectual como requisito de validade do negócio jurídico</i>	<i>76</i>
2.2. A importância da aferição do grau de afetação da autonomia como condição para aferimento do grau de vulnerabilidade	82
2.3. A relação do novo sujeito emancipado com os contratos de consumo ..	90
<i>2.3.1. A proteção jurídica da pessoa com deficiência na sociedade de consumo</i>	<i>91</i>

2.3.2. <i>Contratos de consumo: aspectos gerais</i>	94
2.3.3. <i>O livre desenvolvimento da personalidade da pessoa com déficit psíquico ou mental</i>	100
3 O NOVO MODELO DE PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA OU MENTAL EM RAZÃO DA EMANCIPAÇÃO PROMOVIDA PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	111
3.1 A proteção da pessoa com deficiência como dever de proteção e a proibição de proteção insuficiente	113
3.2 A teoria do diálogo de fontes como alternativa viável para a solução de conflitos de normas	116
3.3. Prospectos para uma proteção adequada da pessoa com deficiência psíquica e mental	129
3.2.1 <i>O Projeto de Lei 757 de 2015: risco de retrocesso?</i>	133
3.2.2. <i>A interpretação mais favorável à pessoa com deficiência</i>	141
CONCLUSÃO	147
REFERÊNCIAS	154

INTRODUÇÃO

A pessoa com deficiência sempre encontrou dificuldades para que pudesse ter uma participação na sociedade de forma plena e em igualdade de condições com as demais pessoas. A luta dessas pessoas em busca de igualdade, inclusão e eliminação de discriminação é histórica e passa por períodos exclusão e, inclusive, de eliminação do convívio social.

Por outro lado, nota-se que após a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e, conseqüentemente, com a proteção dos direitos humanos, minorias e grupos vulneráveis que até então ficavam à margem da sociedade passaram a ganhar voz na incansável busca pelos seus direitos, a fim de garantir-lhes igualdade e dignidade.

Não foi diferente com as pessoas com deficiência. Uma série de instrumentos normativos internacionais objetivam a proteção desse grupo social e, em especial, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (CDPD), assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

A CDPD se tornou marco de proteção dessas pessoas, e teve por escopo promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, além de promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Sendo o Brasil signatário da CDPD, seus preceitos que já ficam sendo internalizados pela referida Convenção, foram ratificados pela Lei Federal n. 13.146/2016, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

O EPD é um instrumento normativo protetivo digno de aplausos e tomou por base o paradigma protetivo-emancipatório da CDPD, que advoga pela capacidade civil plena das pessoas com deficiência, uma vez que o conceito de incapacidade não deve ser atrelado ao de deficiência.

Deste modo, o EPD promoveu alterações substanciais na teoria das incapacidades, uma vez que alterou os arts. 3º e 4º do Código Civil Brasileiro de 2002 (CCB/2002) e acabou por emancipar aquelas pessoas que, em razão de alguma enfermidade ou deficiência mental, não tinham o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil.

Essa significativa alteração na teoria das incapacidades no Código Civil, feita pelo referido Estatuto, ao emancipar as pessoas com deficiência mental, retirando-as da categoria dos absolutamente incapazes, vem promovendo caloroso debate entre os civilistas, ao argumento de que a emancipação feita pelo EPD foi insuficiente, já que deixou desamparada a pessoa com deficiência psíquica ou mental no que tange à proteção de seu patrimônio.

Deste modo, a presente pesquisa possui como tema o impacto do EPD nos contratos de consumo celebrados por pessoas com déficit psíquico ou mental. Enquadra-se na linha de pesquisa “Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais” e se inclui na área de concentração “Direitos e Garantias Fundamentais” do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia/MG.

Tem por objetivo geral da pesquisa a análise o impacto da emancipação das pessoas com déficit psíquico ou mental feita pelo EPD na celebração de contratos de consumo, mormente no que diz respeito aos efeitos patrimoniais e à garantia da dignidade das referidas pessoas.

Para o desenvolvimento da pesquisa, torna-se necessária a observância de três objetivos específicos, quais sejam: 1) analisar as novidades do EPD e os modelos de incapacidades, com o estudo da teoria das incapacidades na concepção clássica e na nova roupagem dada pelo EPD, fazendo um paralelo entre as críticas quanto ao sistema antigo e o atual, principalmente no que diz respeito à dignidade da pessoa que tem transtornos mentais (déficit funcional mental, intelectual ou psíquico); 2) Compreender a importância da autonomia no negócio jurídico, especificamente nos contratos de consumo, bem como em que medida/grau as pessoas com déficit psíquico ou mental podem ter sua autonomia negocial afetada, fixando-se, assim, o novo perfil da capacidade da pessoa com deficiência sob a ótica da teoria geral dos contratos; e 3) Analisar se o EPD foi fiel à CDPD ou se incidiu em proteção insuficiente ao emancipar as pessoas com déficit psíquico ou mental e como isso afeta de fato essas pessoas no dia a dia, bem como oferecer um prospecto de proteção adequada da pessoa com deficiência.

Sendo assim, o problema que norteia a pesquisa é: o EPD, ao promover essa alteração na teoria das incapacidades, não mais considerando como absolutamente incapaz a pessoa com déficit funcional psíquico ou mental, incidiu em

proteção insuficiente com relação a esse sujeito, deixando-o desprotegido para celebrar contratos de consumo?

Como hipótese, aventa-se que as disposições do EPD ao promover uma alteração significativa na teoria das incapacidades pode ter configurado proteção insuficiente para a pessoa com deficiência mental, uma vez que não verificou as particularidades de cada pessoa ao conceder a todos a capacidade plena, colocando o patrimônio da pessoa com deficiência mental em risco ao permitir que a mesma celebre contratos de consumo sem assistência ou auxílio de terceiros, não observando, ainda, a dignidade humana da pessoa com déficit mental.

Discute-se, ainda, se uma solução intermediária poderia ser ofertada sem ferir os preceitos da CDPD, valendo-se da teoria do diálogo de fontes, de modo a reincluir no rol absolutamente capazes apenas pessoas que tenham determinados déficits mentais que interfiram em grau elevado na autonomia negocial de forma a proteger seus patrimônios e manter, assim, a *ratio legis* que é acabar com a discriminação e promover a inclusão social.

Observa-se que as consequências dessa modificação provocada pelo EPD no CCB/2002 podem afetar diretamente os direitos fundamentais das pessoas com déficit psíquico ou mental, bem como afetar os direitos fundamentais da outra pessoa com quem tiver feito a negociação.

Deste modo, o referencial teórico da pesquisa é o empoderamento das pessoas historicamente excluídas, papel esse desenvolvido tanto pelas convenções internacionais humanitárias, como internamente pelo direito civil constitucional pela UERJ (Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes) e UNIFOR (Joyceane Bezerra), como pelo reconhecimento dos vulneráveis (Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem), com o estudo do novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.

Não se pode olvidar que há diversas fontes do direito que tratam sobre o tema, sejam nacionais ou internacionais. Lado outro, em tempos pós-modernos, há casos em que os critérios para solução das antinomias (hierárquico, especialidade e cronológico) são insuficientes, devendo o intérprete valer-se do diálogo das fontes para dar uma noção de complementariedade e não de exclusão.

Assim, considerando que o EPD foi elaborado com base nas diretrizes da CDPD bem como há outros instrumentos normativos internacionais, faz-se necessário a utilização da teoria do diálogo das fontes para resolução da problemática, assegurando-se a melhor interpretação para o sujeito vulnerável, no caso da

pesquisa, a pessoa com déficit psíquico ou mental na celebração dos contratos de consumo.

A fim de cumprir a proposta apresentada, a pesquisa será desenvolvida na forma de pesquisa teórica, baseado na coleta e revisão de artigos, obras jurídicas e demais materiais bibliográficos relacionados à temática apresentada, valendo-se dos métodos analítico-dogmático e crítico-normativo, sendo a orientação metodológica desenvolvida por meio do método argumentativo (método de abordagem), uma vez que serão trabalhados direitos fundamentais, cujo conteúdo reflete caráter fortemente valorativo.

O primeiro capítulo desse trabalho se dedica à apresentação da nova perspectiva humanizada de proteção da pessoa com deficiência, dando-se destaque ao EPD e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, na teoria das incapacidades.

Para tanto, será demonstrado, ainda que forma sucinta, que as conquistas obtidas pelas pessoas com deficiência vieram a custo de muito sacrifício e exclusão durante séculos. Assim, justifica-se um estudo pela compreensão da alteração do novo conceito de pessoa com deficiência, destacando-se a importância que uma nomenclatura pode ter no sentido de evitar o preconceito e exclusão social.

Para compreensão da essência da CDPD e do EPD, pautados em discriminação positiva, o estudo do reconhecimento da vulnerabilidade como instrumento de concretização da igualdade material é imprescindível, principalmente para destacar que a situação da pessoa com deficiência enquanto consumidora importa uma situação de hipervulnerabilidade.

Por fim, encerra-se o referido capítulo com estudo aprofundando sobre a capacidade civil como medida jurídica da personalidade, destacando-se o novo modelo de incapacidades e, principalmente o novo sistema protetivo que é pautado em um sistema de apoios, dando-se preferência para a vontade externada pela pessoa com deficiência. Assim, torna-se necessário apontar as principais mudanças no sistema da curatela, que teve que se adequar a esse novo sistema protetivo, bem como apresentar o novo instituto do direito civil brasileiro, a tomada de decisão apoiada (TDA).

O segundo capítulo é responsável por apresentar o novo perfil da capacidade da pessoa com déficit psíquico ou mental, bem como sua relação com os contratos de consumo.

Deste modo, apontar-se-á os aspectos gerais dos contratos de consumo e se fará um estudo sobre os planos do negócio jurídico: a existência, a validade e a eficácia. Assim, pode-se verificar que a capacidade civil da pessoa com deficiência deve ser tratada como um requisito de validade do negócio jurídico.

Embora seja um requisito de validade, ao ser confrontada com a emancipação concedida às pessoas com deficiência, torna-se imperiosa a aferição do grau de afetação da autonomia da pessoa para que se possa aferir o seu grau de vulnerabilidade e, assim, justificar uma proteção diferenciada, capaz de invalidar o contrato celebrado.

Merece destaque o fato de que o novo paradigma de proteção da pessoa com deficiência é pautado na sua capacidade e, conseqüentemente, nas possibilidades dessa pessoa poder escolher e traçar o seu projeto de vida próprio, garantindo-lhe, assim, o livre desenvolvimento da personalidade. Por conta disso, a intervenção estatal na manifestação da vontade externada pela pessoa com deficiência psíquica ou mental deve se dar apenas no caso concreto, quando for observado prejuízo ao sujeito vulnerável.

Por fim, o terceiro e último capítulo trata do novo modelo de proteção da pessoa com deficiência psíquica ou mental em razão da emancipação sofrida pelo EPD.

Propõem-se, então, que a proteção da pessoa com deficiência seja tratada como dever de proteção, cabendo ao Estado garantir a proteção adequada e não promover uma proteção insuficiente.

Em resposta ao conflito normativo instaurado, conforme destacado, o estudo da teoria do diálogo das fontes é necessário para que se possa garantir maior proteção normativa e, assim, assegurar a dignidade da pessoa com deficiência pautando-se por um sistema de complementariedade de normas e não de exclusão, como poderia se dar a solução de antinomias com base nos critérios tradicionais propostos por Norberto Bobbio.

Ao último capítulo ainda cabe a tarefa de traçar prospectos para uma proteção adequada da pessoa com deficiência. Não se trata da imposição de uma única solução, mas sim da discussão de possibilidades que garantam maior proteção e dignidade à pessoa com deficiência.

Considerando que o impacto do EPD na teoria das incapacidades promoveu debates antes mesmo que o referido estatuto entrasse em vigor, tendo, inclusive,

projeto de lei que trata de nova alteração no sistema de incapacidades, será feito um estudo do Projeto de Lei de Iniciativa do Senado Federal (PLS) n. 757/2015, diante da relevância para compreensão de como o Poder Legislativo está enfrentando os problemas causados pelo EPD.

Entretanto, urge ressaltar que revogar os dispositivos do EPD que provocaram a alteração da teoria das incapacidades, retornando-se, assim, ao antigo sistema, revela-se um retrocesso, uma vez que a capacidade para as pessoas com deficiência é medida que se impõe.

A necessidade de uma interpretação mais favorável à pessoa com deficiência, ressaltando-se a superioridade das normas de direitos humanos e assegurando a essas pessoas um tratamento com dignidade e respeito, se revela como medida adequada de corretiva de eventuais prejuízos que possam ser causados em decorrência da emancipação conquistada.

1 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA NOVA PROTEÇÃO COM PERSPECTIVA HUMANIZADA E SEUS REFLEXOS NA TEORIA DAS INCAPACIDADES

Com a promessa de garantir mais direitos à pessoa com deficiência e com uma visão mais humanizada voltada à vedação da discriminação e à inclusão social a Lei n. 13.146/2015, chamada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), teve boa aceitação pela doutrina brasileira, inobstante tenha recebido severas críticas quanto à ausência de proteção patrimonial desse sujeito vulnerável.

Entretanto, a nova lei não foi uma benesse do legislador brasileiro. O Estatuto é consequência de obrigação assumida pelo Brasil como signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (CDPD), assinados em Nova York, em 30 de março de 2007¹.

Luigi Ferrajoli destaca que as legislações humanitárias refletem a perda de soberania estatal e ainda acrescenta:

A soberania, inclusive externa, do Estado – ao menos em princípio – deixa de ser, com eles (Carta da ONU e Declaração Universal dos Direitos do Homem), uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo de paz e a tutela dos direitos humanos².

Não se pode ignorar que a CDPD tem destaque ímpar no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que por força do Decreto Legislativo n. 186/2008 e do Decreto n. 6.949/2009³ foi aprovada com status de emenda constitucional, em conformidade com o disposto no art. 5º, §3º da Constituição da República Federativa

¹ Art. 4º da CDPD: “1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a: a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção; b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência (...)”.

² FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-40.

³ BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

do Brasil de 1988 (CRFB/1988)⁴. Deste modo, considerando que o EPD tem por base⁵ a CDPD, o mesmo está sujeito a dois controles, tanto ao de constitucionalidade quanto ao de convencionalidade, já que deve (ou deveria) ter observado os preceitos da Convenção.

O escopo da Convenção é claro e está estampado no seu art. 1º: “O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

Nesse aspecto, não há dúvidas que o EPD não se desviou dessa finalidade. Conforme leciona Fernando Rodrigues Martins “a fundamentação (base pré-legislativa) do EPD não apresenta aporia: há sustentação correta, humanitária, discursiva, inclusiva e democrática”⁶.

Segundo Flávio Tartuce, verifica-se, contudo, que a doutrina brasileira dividiu-se em duas vertentes: a primeira que defende que a proteção da pessoa com deficiência deveria ser pautada na tutela dignidade-vulnerabilidade e que condena as modificações trazidas pelo Estatuto, não na sua integralidade, mas principalmente quanto à ausência de proteção patrimonial da pessoa com deficiência e a segunda que defende que a proteção deve se dar pela tutela dignidade-liberdade, assim como teria feito o EPD⁷.

⁴ Art. 5º, §3º da CF: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

⁵ Art. 1º do EPD: 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.

Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁷ 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. **Migalhas**. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>> Acesso em: 07 jan. 2018.

Inobstante o dissenso doutrinário quanto à efetividade ou não das medidas previstas nas legislações quanto à proteção patrimonial da pessoa com deficiência, não se pode negar que a nova lei traz uma verdadeira conquista social, especialmente porque homenageia o princípio da dignidade humana.

Nesse aspecto, a doutrina não se divide, uma vez que há inúmeros dispositivos no EPD que promovem a dignidade da pessoa com deficiência e objetivam a vedação da discriminação e ainda, conforme o §4º do seu art. 4º, deixa bem claro que pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa. Assim, observa-se que o intuito do legislador foi justamente evitar que a nova lei fosse taxada como assistencialista ou paternalista.

Todavia, a nova legislação é alvo de críticas por parte da doutrina, principalmente pela alteração que provocou no Código Civil no que diz respeito ao regime de incapacidades, uma vez que não teria cuidado da proteção patrimonial do sujeito que visa proteger e, assim, poderia criar situações prejudiciais à pessoa com déficit psíquico ou mental.

1.1 Um longo caminho para a igualdade de direitos

A luta da pessoa com deficiência pelo reconhecimento de direitos e garantias essenciais para a vida digna é histórica. Desde os tempos em que o sujeito com algum tipo de deficiência grave sequer era considerado “pessoa” até a sociedade pós-moderna, observa-se que a proteção legislativa da pessoa com deficiência muito evoluiu, embora ainda possa apresentar lacunas.

Após as atrocidades no período das grandes guerras do século XX, a dignidade da pessoa humana ganhou destaque e preocupação no cenário internacional, inaugurando uma fase de proteção dos direitos humanos, cuja essência é a preservação dos direitos de grupos específicos, dentre eles, as pessoas com deficiência.

Com a criação da ONU no período pós-guerra, a proteção dos direitos humanos e conseqüentemente a proteção da pessoa com deficiência passou a ser mais concreta. Em 1975 a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes da ONU elevou a nível internacional a ideia de medidas protetivas.

Todavia, a CDPD se mostra como ponto de destaque para os direitos humanos no que diz respeito à proteção da pessoa com deficiência, uma vez passou

a determinar aos seus Estados Partes uma série de obrigações no intuito de se assegurar a dignidade dessas pessoas, deixando de lado o aspecto paternalista e assumindo uma postura mais inclusiva.

A partir da CDPD torna-se mais nítida a preocupação internacional em garantir a inclusão da pessoa com deficiência, superando as diversas barreiras impostas pela sociedade. Houve um comprometimento por parte dos Estados Partes não apenas em garantir a acessibilidade da pessoa com deficiência criando estruturas físicas para isso, mas também se nota a preocupação no combate à discriminação de modo a possibilitar o desenvolvimento de aptidões e habilidades da pessoa com deficiência e, conseqüentemente, garantir a mesma a plena participação na sociedade.

Conforme já mencionado, no Brasil, a referida Convenção, que tem status de emenda constitucional, contribuiu para a publicação do EPD, que trouxe uma série de direitos para a pessoa com deficiência de modo a tentar assegurar sua dignidade, promover a inclusão e social e evitar a discriminação.

Embora a evolução histórica da luta pela proteção dos direitos das pessoas com deficiência não seja o objeto desse trabalho, é importante traçar, ainda que forma sucinta, o modo como o Estado viu e tratou essas pessoas ao longo do tempo, tendo em vista que as conquistas das pessoas com deficiência não se deram sem sofrimentos e lutas.

A história relata que na Idade Média a pessoa com deficiência era queimada viva, pois era considerada possuída pelo demônio. Com passar do tempo, o modo que ela era visto foi mudando, sendo que do século XIX ao início do século XX, a pessoa com deficiência física foi vista como um ser inferior e era tratado como uma aberração. Entre os anos 1930 a 1940 a pessoa com déficit físico era esterilizada ou mesmo exterminada. Essa ideia de extermínio dos deficientes ganhou força na Alemanha Nazista, com seu programa de eutanásia para crianças que tivessem algum tipo de deficiência⁸.

Merece destaque o fato de que na Antiguidade Clássica as pessoas com deficiência não possuíam quaisquer direitos, sendo as mesmas impedidas pela lei de viverem em sociedade, uma vez que os pais eram ordenados a matar seus filhos que

⁸ LOPES, Gustavo Casimiro. O preconceito contra o deficiente ao longo da história. EFDeportes.com, **Revista Digital**. Buenos Aires, ano 17, nº 176, janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www.efdeportes.com/efd176/o-deficiente-ao-longo-da-historia.htm>> Acesso em: 22 jul. 2017.

nascessem com algum tipo de deficiência. Mesmo na Idade Média⁹ as pessoas com deficiência não recebiam qualquer tipo de proteção por parte da nobreza, sendo que no período da Santa Inquisição, com surgimento nos séculos XIII e XIV, as pessoas com deficiência eram perseguidas e mortas. Tal período ficou marcado não pela exclusão das pessoas com deficiência, mas sim pelo período de eliminação dessas pessoas¹⁰.

Deste modo, observa-se que no Estado absolutista o que se verifica é um período de total abstenção estatal em relação à proteção as pessoas com deficiência. Em que pese o Cristianismo ter sido um marco importante para os contornos iniciais dos direitos humanos, a Igreja Católica, impondo o seu dogma, perseguiu e matou as pessoas com deficiência na Idade Média. A abstenção estatal em relação aos direitos das pessoas com deficiência perdurou após a Revolução Francesa, durante o Estado Liberal¹¹.

Em que pese a igualdade ter sido um dos fundamentos da Revolução Francesa, conforme destaca Adolfo Nishiyama, ela não teve o mesmo peso que a liberdade para os revolucionários. Entretanto, “o Estado passou a interferir nas relações entre os particulares, culminando com a preocupação de inclusão social dos grupos vulneráveis na era moderna”¹².

Ainda com relação à evolução histórica da proteção da pessoa com deficiência, Cristina Pasqual e Marco Pasqual relatam que:

⁹ Michel Foucault ao discorrer sobre a história da loucura, aponta que a hanseníase (antigamente chamada de lepra) desapareceu no mundo ocidental no final da Idade Média. Todavia, do século XIV ao XVII surgiu uma “nova encarnação do mal, um outro esgar do medo, mágicas renovadas de purificação”. A referida doença acabou sendo substituída por doenças venéreas, sendo que o autor aponta que “sob a influência do modo de internamento, tal como ele se constituiu no século XVII, que a doença venérea se isolou, numa certa medida, de seu contexto médico e se integrou, ao lado da loucura, num espaço moral de exclusão”. Entretanto, o autor destaca que não foram as doenças venéreas a verdadeira herança da hanseníase, mas sim um fenômeno bastante complexo “Esse fenômeno é a loucura. Mas será necessário um longo momento de latência, quase dois séculos, para que esse novo espantinho, que sucede à lepra nos medos seculares, suscite como ela reações de divisão, de exclusão, de purificação que no entanto lhe são aparentadas de uma maneira bem evidente. Antes de a loucura ser dominada, por volta da metade do século XVII, antes que se ressuscitem, em seu favor, velhos ritos, ela tinha estado ligada, obstinadamente, a todas as experiências maiores da Renascença”. Assim, começa o período de exclusão das pessoas com déficit psíquico ou mental, então tratadas como “loucos”. In FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. Tradução de José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1972, p. 7-12.

¹⁰ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá. 2016, p. 27-29.

¹¹ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá. 2016, p. 31.

¹² NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá. 2016, p. 33.

Eventos de repercussão mundial, como as grandes guerras, que acabaram por trazer um número significativo de mutilados, cegos e surdos, provocaram uma atenção especial à situação dos deficientes, surgindo como decorrência da preocupação com este grupo social a adoção pela ONU de compromissos formais em apoio às pessoas com deficiência, a Declaração do Direito das Pessoas Deficientes em 1975, a celebração no ano de 1981, como o Ano Internacional da Pessoa Deficiente, a criação da Convenção da Guatemala e principalmente a aprovação da consagrada Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.¹³

A realidade é que a pessoa com déficit funcional sempre foi tratada com preconceito e rotulada como incapaz. Por isso, o EPD bem como toda a legislação internacional assecratória dos direitos humanos merecem aplausos, já que no novo modelo social de direitos humanos não há que se fazer uma associação entre incapacidade e deficiência, sendo a deficiência apurada com base no contexto social em que a pessoa vive.

O Estatuto, de fato, preza pela igualdade¹⁴ e não discriminação da pessoa com deficiência. De início deve-se destacar a preocupação na própria alteração conceitual, conforme será demonstrada no próximo tópico. Para a obtenção de um conceito adequado e mais inclusivo, desfoca-se a atenção da pessoa com déficit funcional e olha-se para sociedade que diariamente oferece barreiras que podem obstruir a plena e efetiva participação da pessoa com deficiência no meio social em igualdade de condições com as demais pessoas.

Contudo, em uma sociedade que sempre discriminou e ainda discrimina as pessoas com deficiência, a nova legislação, inobstante seus deslizes, tem seu mérito, principalmente por positivar direitos subjetivos a essa parcela da população, com o claro objetivo de fortalecer o livre desenvolvimento da personalidade.

1.2 O novo conceito de pessoa com deficiência

A CDPD e o EPD retratam um modelo social de inclusão da pessoa com deficiência, deixando de lado o modelo médico de integração. Assim, tornou-se

¹³ PASQUAL, Cristina Stringari; PASQUAL, Marco Antonio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência como instrumento de tutela da vulnerabilidade e o novo regramento da incapacidade civil. **Revista de Direito Imobiliário**. v. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁴ O EPD trata-se de verdadeiro caso de discriminação positiva. Para Marcelo Neves: “dada a sedimentação e cristalização de discriminações sociais negativas que impedem ou dificultam o acesso a direitos fundamentais, impõe-se a discriminação jurídica positiva para que se afirme o princípio da igualdade” In. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 69.

necessária uma alteração conceitual, uma vez que as antigas expressões que se referiam à pessoa com deficiência não coadunavam com esse novo modelo de proteção.

Segundo Ana Paula Barbosa-Forhrmann e Sandra Filomena Wagner Kiefer:

A CDPD retrata o modelo social, predominante nos dias de hoje (ao menos em teoria e de acordo com as disposições legais), baseados em direitos, também conhecido como “modelo moderno-institucional”, “modelo de direitos humanos da deficiência” ou “modelo de barreiras sociais”. Nele, o foco não se encontra na pessoa, mas na inabilidade e na falta de preparo da sociedade para se adaptar a ela, reconhecendo-a como sujeito de direitos. Na verdade, entende-se que resulta de sua relação com as barreiras sociais e das relações de poder.¹⁵

O tratamento destinado às pessoas com deficiência no modelo social de direitos humanos não deve estar limitado a um critério exclusivamente científico, com uma simples operação matemática. Ainda que se possa levar em consideração um fundamento científico, o que é preponderante no modelo social é um fundamento social. O reconhecimento de uma deficiência é um fenômeno complexo que não está limitado a um atributo médico. Pelo contrário, há um contexto social que deve ser levado em consideração para que sejam verificadas e eliminadas as barreiras impostas que sociedade que impedem a efetiva participação da pessoa com deficiência em condições de igualdade¹⁶.

Nesse aspecto, Fernando Martins e Keila Pacheco apontam que

o modelo médico se fixa exclusivamente na pessoa, mediante ética assistencialista, sob o escopo de cura e reabilitação, na perspectiva de reconhecimento de necessidades especiais e gestão de serviços institucionalizados, adotando cultura de manutenção na deficiência e compensando as pessoas pelas respectivas incapacidades. Já o modelo social parte da inadequação dos contextos sociais às pessoas com foco na sociedade e nas barreiras dela advindas, tendo ética baseada na igualdade de oportunidades, com o objetivo de habilitar a pessoa com deficiência, eliminar obstáculos e promover compatibilidades, onde os serviços são de

¹⁵BARBOSA-FORHMANN, Ana Paula; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. 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. 79.

¹⁶ ROSENLVAD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei n. 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. 100.

apoio e baseados na comunidade. Há promoção de direitos ao invés de 'alívio' de circunstâncias.¹⁷

Uma das grandes conquistas do EPD foi formular um novo conceito de pessoa com deficiência mais inclusivo e que objetiva eliminar as diferenças. Todavia, não se trata de conceito recente no ordenamento jurídico brasileiro. É bem verdade que tal conceito foi embasado no conceito já formulado pela Convenção de Nova York¹⁸, sendo que o EPD praticamente repetiu o texto já consolidado na CDPD. O novo conceito está positivado nos termos do art. 2º do EPD, que dispõe:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem 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.

A grande inovação do conceito é deixar de forma explícita que o meio ambiente econômico ou social pode ser a causa ou mesmo um fator de agravamento da deficiência. São as barreiras impostas pela sociedade que limitam a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência. Deste modo, a deficiência deve ser enxergada a partir da interação do sujeito com o meio ambiente e não como algo intrínseco à pessoa com deficiência¹⁹.

Conforme destacam Luiz Alberto Davi Araújo e Maurício Maia:

O novo conceito opõe-se ao modelo médico da deficiência, que considerava que a deficiência estaria nas pessoas, que, sob tal aspecto, necessitavam fundamentalmente de amparo à saúde e de políticas assistenciais. O núcleo do conceito no modelo médico eram as alterações de saúde (física ou mental) que acometiam as pessoas com deficiência, como se poderia anotar do Dec. 3.298/1999, art. 4.º. A partir do novo conceito de pessoas com deficiência, o ordenamento jurídico não mais ficará satisfeito apenas com a assistência à saúde de tais pessoas, com a busca de sua habilitação ou reabilitação, mas impõe a adoção de práticas de efetiva inclusão das pessoas com deficiência, com a atuação visando à eliminação das barreiras ambientais e sociais. Em suma, reconhece-se que a política dirigida às pessoas com deficiência não mais poderá ser pautada apenas na busca de seus cuidados, mas deverá

¹⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keila Pacheco. **Vulnerabilidade situada e a "interpretatio por hominis"**: contributos derivados da reciprocidade entre a promoção adequada da pessoa com deficiência e a hermenêutica jurídica. No prelo. 2019.

¹⁸ Art. 1º da CDPD: Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 284.

pautar-se pela adaptação da sociedade ao acolhimento desse grupo vulnerável.²⁰

Deve-se destacar que a atual expressão “pessoa com deficiência” já foi substituída por diversas outras expressões. Até o século XX, as pessoas que apresentavam algum tipo de limitação funcional eram chamadas de “inválidas”. A partir da década de 1960 começaram a ser chamadas de “incapazes” ou “incapacitadas” e, até a década de 1980, os termos utilizados foram pessoas “deficientes”, “defeituosas” e “excepcionais”. Posteriormente, utilizou-se expressão “pessoa deficiente” e, em seguida, “pessoas portadoras de deficiência” ou com “necessidades especiais” até o final da década de 1990. A partir do ano 2000 passou-se então a utilizar a expressão “pessoa com deficiência”²¹.

Conforme já mencionamos “a alteração foi mesmo necessária para garantir dignidade à pessoa com deficiência, pois os termos utilizados como ‘incapacitados’, ‘defeituosos’, ‘excepcionais’ tem caráter altamente discriminatório e impossibilita a inclusão social”²².

Deve-se destacar que o texto da CRFB/1988 está desatualizado quando se leva em conta o novo conceito de pessoa com deficiência. O texto constitucional, em todas as vezes que se refere à pessoa com deficiência, ainda utilizada a expressão “portador(a) de deficiência”²³. Todavia, conforme apontado, inobstante tal expressão ainda figurar no texto constitucional, a mesma deve ser rechaçada, já que, além da expressão se mostrar inadequada, o texto da CDPD ingressou no ordenamento jurídico com status de norma constitucional, promovendo verdadeira atualização desse conceito.

A expressão “portador de deficiência” já foi apresentada como a forma correta de ser referir às pessoas com deficiência, uma vez que a referida expressão

²⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

²¹ SASAKI, Romeu Kazumi. Como chamar pessoas que tem deficiência. **Instituto Rodrigo Mendes – Diversa**. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://diversa.org.br/artigos/como-chamar-pessoas-que-tem-deficiencia/>> Acesso em: 14 abr. 2018.

²² NUNES, Renato de Souza; OLIVEIRA, Thatiane Nara; CAMARGO, Beatriz. Correa. O reconhecimento da autonomia sexual e reprodutiva das pessoas com déficit cognitivo: a relevância do Estatuto da Pessoa com Deficiência para o crime de estupro de vulnerável. In: CAMARGO, Beatriz. Correa. *et al.*. (Org.). **A Insanidade do Mesmo**: ética e hermenêutica a céu aberto. 1ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. p. 109.

²³ Nesse sentido, cf. os seguintes artigos da CRFB/1988: 7º, XXXI, 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 40, §4º, I; 201, §1º; 203, IV e V; 208, III; 227, §1º, II e §2º; 244.

consta da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, sendo, inclusive, destaque no próprio nome dessa Convenção. A referida Convenção foi promulgada pelo Decreto n. 3.956/2001²⁴.

Todavia, conforme destaca Valério Mazuolli a expressão “portadora de deficiência” é inadequada uma vez que a deficiência faz parte da pessoa, não sendo, portanto, portada por ela. Assim, “tanto o verbo ‘portar’ como o substantivo ou o adjetivo ‘portadora’ não se aplicam a uma condição inata ou adquirida que faz parte da pessoa, porque não se pode ‘abandonar’ ou ‘deixar de lado’ uma deficiência”²⁵.

Já com relação ao novo conceito de pessoa com deficiência, Adolfo Nishiyama assevera que o que gera a incapacidade da pessoa é o binômio barreiras ambientais/pessoas com deficiência. O autor muito bem destaca que a deficiência não se encontra na pessoa, mas sim no ambiente, que dá origem à causa do impedimento na pessoa²⁶.

A formulação de um novo conceito não foi desnecessária e nem supérflua. A construção de um termo que evitasse a conotação pejorativa faz parte da aplicação do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Conforme demonstrado, os conceitos pretéritos são dotados de alto grau de preconceito e discriminação, não coadunando com o novo paradigma protetivo-emancipatório da pessoa com deficiência.

Cumprido destacar que inobstante o EPD apresentar um novo conceito de pessoa com deficiência em seu art. 2º, o ordenamento jurídico brasileiro não era carente de dispositivo legal sobre o tema. A lei n. 7.853/1989²⁷ que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social, foi regulamentada pelo

²⁴ BRASIL. Decreto n. 3.956 de 8 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm> Acesso em: 11 jan. 2019.

²⁵ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 359.

²⁶ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá. 2016, p. 107.

²⁷ BRASIL. Lei n. 7.853 de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm> Acesso em: 12 nov. 2018.

Decreto n. 3.298/1999²⁸ que já trazia em seus artigos 3º e 4º²⁹ o conceito de pessoa com deficiência.

Entretanto, não há que se falar em revogação tácita dos arts. 3º e 4º do Decreto n. 3.298/1999 pelo novo conceito de pessoa com deficiência estampado no art. 2º do EPD. Isto porque o Estatuto foi expresso em seu art. 123 quanto às disposições que seriam revogadas. Ademais, os conceitos não são excludentes, pelo contrário se complementam. O antigo tratamento legal estava mais voltado para o modelo médico de integração da pessoa com deficiência e, embora substituído pelo modelo social³⁰, não deve ser totalmente descartado.

²⁸ BRASIL. Decreto n. 3.298 de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1999. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm > Acesso em: 12 nov. 2018.

²⁹ Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplesia, triparésia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000HZ e 3.000HZ;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

³⁰ Em que pese a prevalência do modelo social sobre o modelo médico, Joyceane Menezes destaca que Agustina Palacios e Javier Romañach defendem uma alteração do modelo social para um modelo de diversidade, ao argumento de que o objetivo é de tutelar a pessoa com a diferença que a caracteriza: a diversidade funcional. Assim, sugere-se a substituição do termo deficiência pelo termo diversidade funcional ou diversidade orgânica. Sobre o assunto, cf. PALACIOS, Agustina. ROMANACH, Javier. **El modelo de la diversidad**: La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. España: Ediciones Diversitas, 2006. In: MENEZES, Joyceane Bezerra. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da

Conforme mencionado, o novo sistema de proteção não se pauta exclusivamente em um fundamento científico, mas por óbvio este também pode ser levado em consideração para, juntamente com demais fatores sociais, fornecer um sistema de proteção adequado para a pessoa com deficiência. Assim, não é simplesmente qualquer limitação física, sensorial ou mental que irá incapacitar, mas sim a associação dessa limitação com o ambiente social no qual a pessoa está inserido³¹.

Deste modo, o EPD dá um tratamento diferenciado quando não mais se refere à “pessoa deficiente”, mas sim pessoa com um déficit funcional, seja ele físico, mental, sensorial ou intelectual.

Pelo exposto, na presente dissertação serão utilizadas as expressões “pessoa com déficit psíquico, mental ou intelectual”; “pessoa com deficiência” e “pessoa com déficit funcional”, uma vez que tais expressões corroboram com os preceitos do EPD e substituem as antigas e preconceituosas expressões, especialmente “deficiente mental”.

1.3 O reconhecimento da vulnerabilidade como instrumento de concretização da igualdade material

Há tempos já se fala em despatrimonialização do direito civil, uma vez que o direito constitucional impôs uma releitura do direito privado, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República. Assim, tem-se a pessoa no centro do direito civil, devendo o intérprete buscar a concretização dos

capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 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. 609-610.

³¹ Laís de Figueirêdo Lopes, ao comentar os três primeiros artigos do EPD destaca que “o modelo social determina que barreiras arquitetônicas, de comunicação e atitudinais existentes devem ser removidas para possibilitar a inclusão das pessoas com deficiência e novas devem ser evitadas ou impedidas, com o intuito de gerar exclusão”. Assim, com intuito de melhorar a compreensão do modelo social, bem como para facilitar a identificação da pessoa com deficiência com base nesse critério que leva em conta não apenas a limitação funcional, mas o ambiente em que a pessoa está inserido, uma equação matemática ilustra o impacto do ambiente em relação à funcionalidade do indivíduo. É representada pela fórmula “*Deficiência = Limitação Funcional x Ambiente*”, de forma que se atribuído valor a zero ao ambiente, caso o mesmo não ofereça nenhuma barreira, ainda que seja tenha atribuído qualquer valor à limitação funcional da pessoa, a deficiência terá como resultado zero. In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 45-46.

objetivos fundamentais da República, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e promoção do bem comum de todos, vedando quaisquer formas de discriminação.

O princípio da isonomia aparece como instrumento capaz de controlar as desigualdades, já que sua acepção material vai muito além da compreensão de igualdade como igualdade de todos perante a lei, em razão da evolução no entendimento do referido princípio. Nesse aspecto, Gabrielle Sales e Ingo Sarlet identificam três fases que representam a mudança em relação ao entendimento sobre o princípio da igualdade:

a) igualdade compreendida como igualdade de todos perante a lei, em que a igualdade também implica a afirmação da prevalência da lei; b) a igualdade compreendida como proibição de discriminação de qualquer natureza; c) igualdade como igualdade da própria lei, portanto uma igualdade “na” lei.³²

Para se buscar a concretização da igualdade substancial, a vulnerabilidade ganha destaque no sentido de apontar quem são os sujeitos que estão em situação de desvantagem. Todavia, não se pode ignorar que a igualdade é pautada em parâmetros de comparação, já que o princípio da igualdade não arrola quem são os vulneráveis e quem merece proteção diferenciada. Conforme bem elucida Carlos Nelson Konder: “trata-se da decisão política sobre quais desigualdades fáticas serão reputadas injustas e sobre as quais o direito intervirá para reequilibrá-las”³³.

Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem destacam que os novos estudos europeus sobre a vulnerabilidade propõem sua distinção conceitual em relação ao conceito de igualdade. Tal fato se justifica porque “o paradigma de igualdade parte de uma visão macro, do homem e da sociedade, noção mais objetiva consolidada, onde a desigualdade se aprecia sempre pela comparação de situações e pessoas”. Para os autores, a vulnerabilidade, entretanto, é filha do princípio da igualdade, “mas noção flexível e não consolidada, com os traços de subjetividade que a caracterizam: a

³² SALES, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (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. 136-137.

³³ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos”³⁴.

A vulnerabilidade aparece então como um princípio derivado do princípio da igualdade e que objetiva extrapolar sua aceção formal e garantir uma igualdade material. Para Iuri Reis³⁵ essa é a perspectiva da vulnerabilidade que é capaz de alçá-la à condição de princípio na qual se busca a adoção de ações afirmativas capazes de igualar a relação originalmente desigual.

Em uma abordagem francesa do estudo da definição da vulnerabilidade, Yann Favier destaca:

A vulnerabilidade em direito aparece em uma relação de forças quando se faz necessário compensar desigualdades consideradas como “naturais” e resultantes de um fato considerado objetivo (idade ou estado de saúde) ou como resultado de uma situação voluntária instituída entre pessoas privadas (em relação às obrigações). O direito fazendo uso de noções apriorísticas – as “qualificações” jurídicas – recebe dificilmente esta noção, pois é muito difícil de definir a priori a vulnerabilidade.³⁶

A CRFB/1988 ao alçar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e adotar como um seus objetivos fundamentais a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, adotando-se, assim, o princípio da igualdade substancial, acabou por condicionar o intérprete e o legislador ordinário a esses preceitos constitucionais, inclusive a matéria reservada ao direito privado.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva asseveram:

Nesta perspectiva, o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa humana nas suas mais variadas configurações é aspecto a ser destacado na Constituição da República de 1988. Com efeito, ao elevar a dignidade a vértice do ordenamento jurídico, optou o constituinte por se afastar das categorias abstratas e formais em prol de hermenêutica emancipatória. Tal diretriz axiológica tem sido designada como mecanismo de repersonalização promovido pela Constituição da República, que desloca a proteção do sujeito

³⁴ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 119-120.

³⁵ REIS, Iuri Ribeiro Novais dos. O princípio da vulnerabilidade como núcleo central do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, vol. 956. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³⁶ FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. Tradução de Vinicius Aquini e Káren Rick Danilevitz Bertocello. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

de direito abstrato e neutro para a pessoa concretamente considerada, em atenção aos princípios da solidariedade social e da isonomia substancial.³⁷

Os referidos autores apontam que a dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora da dogmática e das estruturas do direito civil, sendo que pessoa humana deve ser protegida de acordo o grau de vulnerabilidade que apresenta, torna-se a categoria central do direito privado³⁸.

Objetivando a isonomia entre os sujeitos, determinadas pessoas são alçadas a condição de vulneráveis por estarem em situação de desvantagem em certas situações, como por exemplo, o consumidor, o idoso, a criança e o adolescente e, também, a pessoa com deficiência.

Segundo Lorezenti “vulnerável é o sujeito que é fraco contra outro em uma relação legal e, portanto, precisa de proteção do direito. É uma situação de risco especial na vida privada”³⁹. O autor ainda destaca que vulnerabilidade, parte fraca, hipossuficiência, são todos termos que foram testados para traçar este perfil, mas o mesmo opta por vulnerabilidade por sua amplitude e por sua clareza.

Para o jurista argentino a vulnerabilidade aparece como uma desigualdade específica, enquanto a noção de igualdade é genérica e nem sempre demanda normas protetivas. A vulnerabilidade demanda proteção específica e é um aspecto de desigualdade, que se consubstancia numa desigualdade de recursos que o sujeito tem para relacionar-se com os demais⁴⁰.

Embora o estudo da vulnerabilidade não seja uma exclusividade do direito privado, para o que se propõe com a presente pesquisa, o tema em epígrafe é mais bem trabalhado no âmbito do direito do consumidor, uma vez que o art. 4º, I do Código de Defesa do Consumidor (CDC) reconhece expressamente o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor como um de seus princípios norteadores.

³⁷ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. 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: Editora Processo, 2016, p. 228-229.

³⁸ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. 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. 228-229.

³⁹ No original: “vulnerable es un sujeto que es débil frente a otro en una relación jurídica, y por ello necesita protección del derecho. Es una situación de riesgo especial en la vida privada”. In: LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de derecho privado**: Código civil y Comercial da la Nación Argentina. Buenos Aires: La Ley, 2016, p. 325. Tradução livre.

⁴⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de derecho privado**: Código civil y Comercial da la Nación Argentina. Buenos Aires: La Ley, 2016, p. 326.

Konder adverte que: “a vulnerabilidade como categoria jurídica insere-se em um grupo mais amplo de mecanismos de intervenção reequilibradora do ordenamento, com o objetivo de, para além da igualdade formal, realizar efetivamente uma igualdade substancial”⁴¹.

Bruno Miragem afirma que a vulnerabilidade é princípio básico que fundamenta a própria existência do direito do consumidor. Se há necessidade de proteger o consumidor é porque o mesmo é vulnerável, uma vez que há total desequilíbrio entre fornecedor e consumidor. O autor destaca que se trata de presunção legal absoluta que vai informar se as normas consumeristas devem ser aplicadas e como devem ser aplicadas⁴².

Ao dissertar sobre o conceito de vulnerabilidade Cláudia Lima Marques assevera:

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 identificado 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’ dessas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para sua boa aplicação, 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.⁴³

A autora gaúcha ainda faz uma divisão das espécies de vulnerabilidade em técnica, jurídica, fática e informacional⁴⁴. Embora alguns autores ofereçam outras espécies de vulnerabilidade⁴⁵, a divisão tradicional tem boa aceitação pela doutrina e pela jurisprudência.

Quando o consumidor não possui conhecimentos técnicos sobre o produto ou serviço que está contratando, ou seja, quando não possui os conhecimentos

⁴¹ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁴² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

⁴³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 323.

⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 324.

⁴⁵ Na obra *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*, Paulo Valério Dal Pai Moraes cita, ainda, como espécies de vulnerabilidade a neuropsicológica, a política, tributária e ambiental. Sobre o assunto cf. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

específicos daquilo que pretende adquirir e do outro lado, o fornecedor vale-se dessa ignorância, podendo enganá-lo facilmente quanto às características do bem, fala-se em vulnerabilidade técnica⁴⁶.

A vulnerabilidade jurídica ou científica pode ser definida como aquela que consiste na falta de conhecimentos de determinada ciência que norteia o objeto da relação, sendo presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. Já vulnerabilidade fática ou socioeconômica está relacionada à figura do fornecedor que, impõe sua superioridade com todos os seus contratantes, seja pelo grande poder econômico ou pela própria essencialidade do serviço⁴⁷.

Por fim, Claudia Lima Marques destaca que após seus estudos de pós-doutorado com o mestre Erik Jayme, se convenceu da existência de uma nova espécie de vulnerabilidade, a informacional, justamente porque o consumidor é caracterizado pelo seu déficit informacional. Embora a própria autora destaque que tal espécie já estaria englobada pela vulnerabilidade técnica, ela afirma: “hoje, porém, informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes desnecessária”. Conclui que essa espécie é essencial à dignidade do consumidor, principalmente como pessoa física⁴⁸.

Chama-se a atenção para uma nova espécie de vulnerabilidade atribuída ao EPD, a chamada vulnerabilidade de acesso. Sobre o tema, Nishiyama e Araújo aduzem:

O direito do acesso garante ao consumidor com deficiência a autonomia individual e a liberdade de fazer as escolhas dos produtos e serviços de consumo. A consecução deste objetivo ocorrerá por meio do oferecimento de adaptação razoável às pessoas com deficiência, o que se estende para as relações de consumo. Portanto, os fornecedores devem oferecer produtos e serviços promovendo-lhes as modificações e os ajustes necessários e adequados não podendo acarretar ônus desproporcional ou indevido aos consumidores com deficiência para que possam ter acesso a eles. ⁴⁹

⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

⁴⁷ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 327, 330-331.

⁴⁸ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 335-336.

⁴⁹ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; ARAÚJO, Luiz Alberto David. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a tutela do consumidor: novos direitos? **Revista de Direito do Consumidor**. v. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

A vulnerabilidade de acesso pode ser visualizada nas dificuldades impostas nos logradouros públicos, com obstáculos e barreiras, nos impedimentos cotidianos da pessoa com deficiência em acessar prédios públicos e privados sem acessibilidade, bem como na ausência de produtos e serviços adaptados à pessoa com deficiência⁵⁰.

Em que pese o entendimento que o direito de acesso possa abranger diversos aspectos, como a facilitação da locomoção e informação sobre utilização adequada de produtos e serviços, fato que coloca a referida espécie de vulnerabilidade dentro da própria vulnerabilidade informacional ou mesmo técnica, dependendo do caso concreto, defende-se a existência da vulnerabilidade de acesso, uma vez que se trata de mais um mecanismo que pode ajudar a redução das desvantagens sofridas pela pessoa com deficiência na sociedade de consumo.

Contudo, deve-se destacar que o conceito de vulnerabilidade não se equivale ao conceito de hipossuficiência. Nishiyama e Densa aduzem: “A hipossuficiência deve ser analisada pelo magistrado, no caso concreto, e é caracterizada quando o consumidor apresenta traços de inferioridade cultural, técnica ou financeira”⁵¹.

Por fim, também merece destaque o conceito de minorias. Embora as minorias também possuam vulnerabilidade, elas não se confundem com os grupos vulneráveis. Conforme demonstrado, o reconhecimento de um grupo vulnerável está umbilicalmente ligado a uma situação de desvantagem, como é o caso das pessoas com deficiência, dos consumidores, idosos, etc.

Já as minorias são identificadas como agrupamento de pessoas, com origem na mesma raça, credo religioso, costumes e língua, em que há um vínculo subjetivo de solidariedade entre seus membros para a proteção da sua identidade cultural. Assim, para ser reconhecido como vulnerável, não há necessidade de que a pessoa pertença a um grupo de minoria⁵².

Assim, independentemente da classificação dada, o fato é que o reconhecimento da vulnerabilidade é um instrumento importante para concretização

⁵⁰ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 44.

⁵¹ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁵² NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45-46.

do princípio da igualdade. Não se pode deixar de mencionar que existem sujeitos que estão em situação de hipervulnerabilidade, como é o caso da pessoa com deficiência como consumidora, e merece, ainda, atenção redobrada, tendo em vista que estão em situações em que o desequilíbrio contratual é ainda maior.

1.3.1 Vulnerabilidade agravada: a hipervulnerabilidade

A hipervulnerabilidade do consumidor é reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência e se trata de um agravamento da vulnerabilidade já reconhecida pelo CDC de modo que certas pessoas estão mais suscetíveis a eventuais prejuízos quando celebram contratos de consumo. Embora não haja expressa referência do CDC a doutrina reconhece sua existência dada à proteção especial do art. 39, IV que reconhece como prática abusiva prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

Conforme aduz Herman Benjamim

Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna.⁵³

Urge ressaltar que o EPD considera especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso com deficiência para que os mesmos sejam protegidos de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante, conforme preceitua o parágrafo único do seu art. 5º.

Esse agravamento da vulnerabilidade pode se dar pelos mais diversos fatores. Adalberto Pasqualotto e Flaviana Soares apontam que fatores biológicos como a idade (menores e idosos), a integridade física e a integridade psíquica

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 586.316 /MG. Relator: Ministro Herman Benjamim. **Pesquisa de Jurisprudência**. DJe 19/03/2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=683195&tipo=0&nreg=200301612085&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090319&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

(observada em situações em que há limitações que podem viciar o consentimento) são determinantes para o reconhecimento da hipervulnerabilidade⁵⁴.

Para os referidos autores, fatores sociais, culturais, educacionais, técnicos e econômicos, fatores vinculados ao próprio consumo e ainda o fator geográfico, também podem influenciar para o reconhecimento de sujeitos hipervulneráveis. Todavia, advertem que o seu reconhecimento ou não deve se pautar no caso concreto, uma vez que é possível que uma senhora idosa (aparentemente hipervulnerável em razão da idade), mas lúcida, capacitada e experiente, pode não ser considerada hipervulnerável para situações cotidianas como a aquisição de um eletrodoméstico⁵⁵.

Merece destaque o fato de que não é possível arrolar de forma exaustiva todos os sujeitos que podem ser enquadrados como hipervulneráveis, já que se torna imperiosa a análise dos diversos fatores apontados para o reconhecimento de uma situação que enseje a hipervulnerabilidade.

Por entenderem que a hipervulnerabilidade não é condição do sujeito, Adrianna Santos e Fernando Vasconcelos aduzem que:

A hipervulnerabilidade se apresenta não como qualificação do sujeito, mas como representação da potencialidade de risco de dano do evento de consumo. É como dizer que a situação é de hipervulnerabilidade e não que o consumidor é hipervulnerável. Tal compreensão aprimora as relações de consumo sem imputar custos adicionais decorrentes dos riscos do negócio para o fornecedor.⁵⁶

No presente estudo não há como dissociar a hipervulnerabilidade como forma de proteção da pessoa com deficiência. Umbilicalmente ligado ao objeto da pesquisa está a integridade psíquica como fator biológico apto a ensejar o reconhecimento da hipervulnerabilidade.

Não há como negar que uma pessoa que tenha algum déficit mental ou psíquico está em situação bem menos privilegiada daquela pessoa que está em

⁵⁴ PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁵⁵ PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁵⁶ SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal; VASCONCELOS, Fernando Antônio de. Novo paradigma da vulnerabilidade: uma releitura a partir da doutrina. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 116. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

perfeito gozo de suas faculdades mentais. Deste modo, impõe ao fornecedor atenção redobrada ao seu dever jurídico de cuidado quando o consumidor for pessoa com deficiência, observando-se os princípios da boa-fé e da confiança nas relações de consumo.

Na lição de Pasqualotto e Soares:

O dever jurídico do cuidado impõe a necessidade de desvelo e de proteção reconhecida como base fundante das relações de consumo, que incide no plano prático impondo uma imediata sujeição do fornecedor, na legítima expectativa criada no mercado de consumo no sentido de que esse cuidado tenha sido observado em cada produto colocado em circulação e em cada serviço oferecido, por ser necessário à proteção dos interesses legítimos do consumidor (notadamente vinculados aos seus direitos de personalidade) e como respeito a essa base fundante da vida em sociedade.⁵⁷

Todavia, deve-se destacar que o reconhecimento da vulnerabilidade não implica no afastamento da capacidade civil das pessoas. Embora em situação de desvantagem no mercado de consumo, as escolhas do consumidor devem ser respeitadas, tendo o mesmo plena capacidade para decidir o que irá ou não consumir. Assim, não há qualquer relação entre vulnerabilidade com a incapacidade.

Laura Silva⁵⁸ adverte que “a vulnerabilidade desenvolve relações variadas, mas nenhuma delas refere-se ao conceito jurídico de capacidade. O sujeito vulnerável, não necessariamente é um sujeito incapaz”.

Do mesmo modo, não se pode concluir que os hipervulneráveis são incapazes no mercado do consumo. A necessidade de proteção especial àqueles que estão em situação de vulnerabilidade agravada, por si só, não implica em condição de incapacidade, ainda quando se trata de relações de consumo, de modo que dispensa, ao menos num primeiro momento, qualquer necessidade de intervenção na autonomia dos hipervulneráveis.

No que tange especialmente à pessoa com deficiência psíquica ou mental e sua possibilidade de celebração de contratos de consumo, o entendimento diverso

⁵⁷ PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 81 – 109.

⁵⁸ SILVA, Laura Rodrigues Louzada da. **Promoção da pessoa vulnerável pela hermenêutica dialógica das fontes**. 2015. 133f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015, p. 59. Disponível em: < <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13239>> Acesso em: 23 nov. 2018.

em favor de sua incapacidade civil nesses casos contrariaria a própria essência da CDPD e do EPD, uma vez que a mesma foi emancipada.

Contudo, a análise aprofundada sobre os reflexos dessa emancipação para a pessoa com déficit psíquico ou mental nos contratos de consumo é objeto do segundo capítulo.

1.3.2 A vulnerabilidade da pessoa com deficiência à luz do EPD e o conflito de normas com o CDC

Antes da entrada em vigor do EPD a pessoa com deficiência já recebia a proteção dos dispositivos do CDC, não por ser vulnerável como pessoa com deficiência, mas sim por ser vulnerável como consumidor, uma vez que o princípio da vulnerabilidade goza de presunção absoluta para todos os consumidores que são pessoas físicas.

O CDC não trazia nenhum dispositivo que desse alguma proteção especial à pessoa com deficiência como consumidora, trazendo apenas uma agravante aos crimes tipificados no código quando o sujeito passivo for “pessoas portadoras de deficiência mental interditadas ou não”⁵⁹.

Lado outro, doutrina e jurisprudência sempre deram uma atenção diferenciada, por entender que esse sujeito se enquadrava no que se chama de “hipervulnerabilidade”, já que o próprio CDC assinala uma proteção especial em determinadas situações⁶⁰.

Nesse aspecto o EPD inovou e referiu-se expressamente ao consumidor com deficiência para determinar que o poder público observe sua vulnerabilidade informacional, estendendo expressamente aos mesmos as disposições do CPC quanto à oferta, publicidade e práticas abusivas⁶¹.

⁵⁹ Art. 76 do CDC. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código: (...) IV - quando cometidos: b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental interditadas ou não.

⁶⁰ Art. 39 do CDC: É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) IV: prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

⁶¹ Art. 69 do EPD: O poder público deve assegurar a disponibilidade de informações corretas e claras sobre os diferentes produtos e serviços ofertados, por quaisquer meios de comunicação empregados, inclusive em ambiente virtual, contendo a especificação correta de quantidade, qualidade, características, composição e preço, bem como sobre os eventuais riscos à saúde e à segurança do consumidor com deficiência, em caso de sua utilização, aplicando-se, no que couber, os arts. 30 a 41 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O Estatuto acrescentou, ainda, o parágrafo único ao art. 6º do CDC⁶², que trata dos direitos básicos do consumidor que determina que a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, também deve ser acessível à pessoa com deficiência.

Embora a alteração legislativa possa parecer desnecessária, tendo em vista que a pessoa com deficiência já era amparada pelo CDC pelo simples fato de ser vulnerável como consumidora, mais uma vez observa-se o caráter humanitário e inclusivo da nova legislação, que tenta evitar ao máximo todo tipo de discriminação contra a pessoa com deficiência, inclusive no mercado de consumo.

Ocorre que o legislador brasileiro ao tentar proteger a pessoa com deficiência nas relações de consumo e ao mesmo tempo tentar afirmar sua capacidade civil e independência na sociedade, acabou criando uma situação extremamente controversa no parágrafo único do art. 10 do EPD, que merece ser transcrito:

Art. 10. Compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida.

Parágrafo único. *Em situações de risco, emergência ou estado de calamidade pública, a pessoa com deficiência será considerada vulnerável*, devendo o poder público adotar medidas para sua proteção e segurança. (grifo nosso)

Para melhor reflexão do tema, é importante situar o referido artigo no Estatuto. O art. 10 inicia o capítulo I que trata do “Direito a Vida”, que está inserido no Título II, que trata “Dos Direitos Fundamentais”.

Verifica-se, assim, que para poder garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida, a mesma não poderá ser considerada vulnerável. Apenas em casos em risco, emergência ou de calamidade pública a pessoa com deficiência seria considerada vulnerável.

Ora, assim como o CDC existe pelo fato do consumidor ser considerado vulnerável, a *ratio legis* do EPD é justamente garantir a dignidade da pessoa com

⁶² Art. 6º do CDC: São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; [...] Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento.

deficiência, evitando a discriminação e garantindo a inclusão social, justamente porque a pessoa com deficiência é vulnerável pela sua própria condição. Se a pessoa com o déficit funcional fosse vulnerável somente nas situações elencadas no parágrafo único do art. 10, razão não haveria para existência dessa importante legislação. A vulnerabilidade não é pejorativa, pelo contrário, consiste em importante princípio para assegurar o princípio da isonomia.

O problema ainda vai além. Se agora a pessoa com deficiência só será considerada vulnerável nas situações extremas elencadas no EPD, deixou ela de ser considerada vulnerável e de receber a proteção do CDC?

Ao que parece, em um primeiro momento a resposta poderia ser afirmativa, uma vez que o EPD acabou dando poderes demais à pessoa com deficiência, criando assim um hipersujeito na sociedade que teria condições inclusive de se igualar ao fornecedor nas relações de consumo.

Nesse sentido, Fernando Martins destaca:

Duro golpe no direito privado de direitos humanos, pois se a presunção de vulnerabilidade no Código de Defesa do Consumidor já é indicativa do risco, no EPD o legislador fez lógica inversa, exigindo a manifestação da situação arriscada para a concretude do mencionado princípio, abandonando o caudaloso instrumental da técnica presuntiva. E não só, ainda no EPD a vulnerabilidade restou atrelada alternativamente à emergência ou calamidade pública, conceitos indeterminados de direito público caracterizados pela singularidade e raridade. Em situações de normalidade, portanto, a pessoa com deficiência não é vulnerável.⁶³

A situação chega a ser dramática para o consumidor com deficiência. Imagine-se no caso em que ele tentar comprar um produto no supermercado e o fornecedor se nega a vender mesmo tendo o produto em estoque. Tal situação configura uma prática abusiva prevista no art. 39, II do CDC. Contudo, como não se trata de nenhuma das hipóteses previstas no parágrafo único do art. 10 do EPD, essa pessoa com deficiência não pode ser considerada vulnerável frente a esse fornecedor e, aparentemente, não poderia receber a proteção do CDC.

Nota-se que o legislador na tentativa de demonstrar para sociedade que a pessoa com deficiência é plenamente capaz acabou deixando-a desprotegida na sociedade de consumo com seu patrimônio exposto e desamparado.

⁶³ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Nesse aspecto o EPD merece uma crítica. É bem verdade que a emancipação da pessoa é imprescindível para o livre desenvolvimento da personalidade. Porém, em uma tentativa de se afastar do Direito Civil o “ter” e aproximá-lo do “ser”, verifica-se que o EPD preocupou-se exclusivamente com o aspecto existencialista, ignorando o patrimonialista⁶⁴. Contudo, é impossível dissociar o patrimônio do sujeito, uma vez que para ter uma vida digna a pessoa também precisa do seu patrimônio. Além da substância a pessoa tem a possibilidade de ter subsistência⁶⁵.

Conforme aponta Giovanni Nanni, não é tarefa fácil encontrar o meio termo entre a supervalorização do conceito de dignidade da pessoa humana e a coisificação do sujeito⁶⁶. A ideia de valorizar a pessoa com deficiência, concedendo-lhe capacidade plena está em consonância com o respeito à sua dignidade. Todavia, isso não implica em total abandono às diretrizes que lhe garantam o patrimônio.

Nesse ponto, Nanni adverte que “é preciso ressaltar que o direito patrimonial e seus clássicos institutos não devem ficar marginalizados, como se fossem um sacrilégio”⁶⁷.

Nota-se que o legislador disse bem mais do que queria e principalmente do que deveria, já que a CDPD⁶⁸ adverte que embora os Estados signatários devam assegurar à pessoa com deficiência o direito de administrar seus bens, os mesmos também assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens, fato que se torna de difícil concretude quando se considera vulnerável a pessoa com deficiência apenas nos casos previsto no EPD.

Ademais, pode-se argumentar que o parágrafo único do art. 5º do EPD, ao afirmar que são especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o

⁶⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Regime de incapacidades no Estatuto da Pessoa com Deficiência**. In: Escola Institucional do Ministério Público. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=LOLt3hgKDwk&feature=youtu.be>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

⁶⁵ Para Walter Moraes a relação entre personalidade e pessoa é de subsistência e substância. Substância pode definir-se como o que é em si e não em outra coisa. Subsistência vem a ser, pois, aptidão para ser sem dependência. Sobre a concepção tomista de pessoa cf. MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁶⁶ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p.155.

⁶⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p.161.

⁶⁸ Art. 12, 5 da 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.

idoso, com deficiência, estaria, afirmando, indiretamente que a pessoa com deficiência também é vulnerável.

Trata-se, contudo, de problema que não é insolúvel. Em primeiro lugar deve-se ressaltar que se está tratando de direitos humanos e direitos fundamentais, tendo vista que a CDPD ingressou no ordenamento jurídico com status de norma constitucional. Assim, valendo-se da hermenêutica e sempre buscando o melhor interesse da pessoa vulnerável, no caso da pessoa com deficiência, propõe-se uma solução para esse conflito de normas com base na complementariedade pelo diálogo de fontes, que será trabalhada no último capítulo.

1.4 Os reflexos na teoria das incapacidades

O EPD promoveu substancial alteração na teoria das incapacidades ao alterar os artigos 3º e 4º do Código Civil brasileiro de 2002 (CCB/2002), que passa a reconhecer como absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos. Para maioria da doutrina a alteração foi louvável, uma vez que a deficiência não pressupõe a incapacidade, sendo perfeitamente possível uma pessoa com déficit mental exercer os atos da vida civil sem qualquer tipo de representação.

O Estatuto repete a linha inclusiva e humanitária da CDPD. O art. 12.2 da Convenção é claro: “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”.

A exclusão das pessoas com déficit mental do rol dos absolutamente incapazes também trouxe outros impactos em relação à sua proteção. Não sendo mais considerada absolutamente incapaz para o exercício dos atos da vida civil, a pessoa com déficit psíquico perdeu a proteção dos artigos 198, I e 208 do CCB/2002⁶⁹

⁶⁹ Eduardo Nunes de Souza e Rodrigo da Guia Silva investigam de que modo o discernimento do titular do direito ou do dever jurídico influencia o regime jurídico da prescrição e da decadência. Assim, os autores apresentam soluções inovadoras para problemas relacionados à prescrição em face do relativamente incapaz e das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual após a reforma promovida pelo EPD. Sobre o tema cf. SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Influências da incapacidade civil e do discernimento reduzido em matéria de prescrição e decadência. **Pensar**. v. 22. n. 2. Fortaleza, 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6854>> Acesso em: 12 jan. 2019.

que afirmam que não correm os prazos de prescrição e decadência contra os absolutamente incapazes⁷⁰.

Outrossim, também foi afastada a proteção do art. 928 do CCB/2002⁷¹ que trata da responsabilidade civil do incapaz e a possibilidade do mesmo ser responsabilizado apenas subsidiariamente permitindo, assim, que a pessoa com déficit funcional mental ou psíquico possa responder diretamente com seus bens por eventuais danos causados a terceiros⁷².

Contudo, o objeto da pesquisa é impacto promovido na teoria das incapacidades em relação à proteção patrimonial da pessoa com déficit mental que agora está emancipada para livremente celebrar contratos de consumo sem qualquer representação ou assistência, razão pela qual o estudo dos reflexos promovidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência será direcionado sob esta ótica.

1.4.1 A capacidade civil como medida jurídica da personalidade

Nos termos do art. 1º do CCB/2002, toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Trata-se do que a doutrina aponta como a aptidão que todo sujeito tem de participar das relações jurídicas. Conforme destacam Tepedino e Oliva

⁷⁰ Por entenderem que tal situação é extremamente injusta e penosa para a pessoa com deficiência quando ela não puder exprimir sua vontade, Cristiano Chaves, Rogério Sanches e Ronaldo Pinto admitem o uso da teoria *contra non valentem agere non currit praescriptio* em casos especiais. Para eles: “As raízes etimológicas da expressão permitem uma tradução explicativa: *contra aqueles que não podem agir, não fluem os prazos de prescrição*. Buscando as raízes da teoria, nota-se que o seu fundamento é de conteúdo ético: um prazo prescricional não pode correr contra aquele que está incapacitado de agir, mesmo não havendo previsão legal para a suspensão ou interrupção do prazo. A proposição, destarte, diz respeito a uma compreensão equitativa, e não legalista, das hipóteses de suspensão e interrupção dos prazos extintivos (...). Trata-se situação nitidamente casuística e episódica. E a boa-fé objetiva (comportamento ético do titular) deve ser o referencial a ser utilizado para a admissão de outras hipóteses suspensivas ou interruptivas não contempladas em lei. Se seu comportamento revela, de fato, uma absoluta impossibilidade do exercício da pretensão, deve se admitir uma ampliação do rol previsto em lei. Seria exatamente a hipótese do relativamente incapaz que não pode exprimir sua vontade, consoante as novas regras de incapacidade emanadas do Estatuto da Pessoa com Deficiência”. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p.317.

⁷¹ Art. 928 do CCB/2002. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

⁷² O estudo dos impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no âmbito da responsabilidade civil é assunto importante que não comporta discussão aprofundada neste trabalho por se distanciar do objeto da pesquisa. Sobre o assunto, cf. MULHOLLAND, Caitlin. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual. 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.

“essa noção qualitativa é tradicionalmente designada pela doutrina como personalidade, ou, ainda, como capacidade de direito ou de gozo”⁷³.

Pode-se afirmar que a capacidade de direito se confunde com a própria noção de personalidade⁷⁴, uma vez que se trata da aptidão genérica reconhecida universalmente para que alguém seja titular de direitos e obrigações. É atribuída a toda pessoa natural pela simples condição de pessoa⁷⁵.

Já aptidão para a praticar pessoalmente os atos da vida civil é denominada de capacidade de fato ou de exercício. Não se trata de capacidade conferida a todas as pessoas, uma vez que é necessária a aferição do grau de discernimento, pautada no cumprimento de determinados requisitos legais, para que a pessoa tenha, além da capacidade de direito, a capacidade de exercício. A capacidade de fato é o objeto da teoria das incapacidades.

Carlos Roberto Gonçalves afirma que:

Por faltarem a certas pessoas alguns requisitos materiais como a maioridade, saúde, desenvolvimento mental, etc., a lei, com intuito de protegê-las, malgrado não lhes negue a capacidade de adquirir direitos, sonega-lhes o de se autodeterminarem, de os exercer pessoal e diretamente, exigindo sempre a participação de outra pessoa, que as representa ou assiste.⁷⁶

Tepedino e Oliva apontam, ainda, a importante e necessária distinção entre personalidade, subjetividade, capacidade e legitimidade⁷⁷. Para eles, há dois sentidos

⁷³ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. 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. 231.

⁷⁴ Na lição de Pontes de Miranda: “A personalidade é a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito. A personalidade, como possibilidade, fica diante dos bens da vida, contemplando-se e querendo-os, ou afastando-os de si; o ser sujeito de direito é entrar no suporte fático e viver nas relações jurídicas como um dos termos delas. Para se ser pessoa, não é preciso que seja possível ter quaisquer direitos; basta que possa ter um direito. Quem pode ter um direito é pessoa. (...) Pessoa é o titular do direito, o sujeito de direito. Personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções. Capacidade de direito e personalidade são o mesmo. Diferente é a capacidade de ação, de ato, que se refere a negócios jurídicos (capacidade negocial) ou a negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*; ou a atos ilícitos (capacidade delitual) (...) A capacidade de direito é a capacidade de ter direitos, a possibilidade de ser titular de direitos. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: Tomo 1. Campinas: Bookseller, 2000. p. 207-211.

⁷⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p.900.

⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: volume 1 – parte geral**. 15 ed. Saraiva: São Paulo, 2017.

⁷⁷ Destacam os autores que a legitimação é “a aptidão para figurar com parte em determinadas relações jurídicas especificamente consideradas pelo legislador” In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas** –

técnicos para o conceito de personalidade, sendo o primeiro relacionado com a noção de capacidade de gozo, que pode ser atribuído tanto às pessoas jurídicas quanto às pessoas físicas; o segundo, “traduz o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção prioritária pelo ordenamento, sendo peculiar, portanto, à pessoa natural”⁷⁸.

Os referidos autores ainda destacam:

A equiparação conceitual entre personalidade (na acepção subjetiva) e capacidade deve ser afastada de um sistema no qual a personalidade (entendida objetivamente) passa a ser objeto de proteção privilegiada, ocupando a dignidade da pessoa humana posição central no ordenamento. Preferível, assim, afirmar que tal como a pessoa humana, a pessoa jurídica é dotada de subjetividade, possuindo capacidade para ser sujeito de direito. A subjetividade, dessa forma, indica uma qualidade, a aptidão para ser sujeito de direito – correspondendo ao conceito de capacidade de gozo – ao passo que a capacidade de fato consiste na intensidade do seu conteúdo, sendo, por isso mesmo, considerada medida da subjetividade. Por conseguinte, a subjetividade, não já a personalidade, pode ser atribuída às pessoas jurídicas. Somente as pessoas naturais, por sua vez, são dotadas de personalidade e, por isso mesmo, constituem objeto de proteção máxima do ordenamento.⁷⁹

A alteração na teoria das incapacidades com os olhos voltados para realização da dignidade humana veio atribuir a capacidade de exercício àquelas pessoas que tenham algum déficit mental e que, até então, eram consideradas absolutamente incapazes. A distinção entre capacidade de fato e de direito ajusta-se apenas à estrutura dos direitos subjetivos patrimoniais, não se revelando adequada às situações existenciais, em que não se mostra possível a repartição da titularidade e do exercício⁸⁰.

Conforme bem destaca Pietro Perlingieri não se pode atribuir a disciplina da interdição em uma morte civil, uma incapacidade legal total, uma vez que “a

Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 232.

⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. 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. 232

⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. 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. 232

⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. 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. 237.

excessiva proteção traduzir-se-ia em uma tirania”⁸¹. Assim, as escolhas de vida de que a pessoa com deficiência mental pode exprimir devem ser privilegiadas, pois, ainda que mínimas, podem contribuir para o seu livre desenvolvimento da personalidade.

Nevarés e Schreiber afirmam que “impõe-se uma autêntica *personalização* do regime de incapacidades, de modo a permitir a modulação dos seus efeitos, seja no tocante à sua intensidade, seja no tocante à sua amplitude”⁸², uma vez que o regime de incapacidades planejado de forma geral e abstrata para proteger o incapaz, acaba por mutilar por completo sua autonomia e retirar sua dignidade.

Com bases nesses preceitos e buscando principalmente garantir a dignidade da pessoa com deficiência o sistema brasileiro de incapacidades foi reformulado pelo EPD, atento às diretrizes da CDPD. Todavia, questiona-se se o novo sistema se revela proteção adequada para o sujeito vulnerável.

1.4.2 O novo modelo de incapacidades

O estudo das incapacidades sempre foi de suma importância para o direito civil, que por muitos anos consolidou um entendimento clássico quanto aos incapazes e sua ausência de discernimento para o exercício pessoal dos atos da vida civil. As incapacidades, entretanto, apresentam reflexos na autonomia da pessoa que, segundo a legislação civil, ora vai impossibilitá-la totalmente para o exercício dos atos da vida civil (absolutamente incapazes), ora vai possibilitar à pessoa certo grau de autonomia, reputando que os atos praticados sem assistência serão anuláveis (relativamente incapazes).

A classificação em absolutamente e relativamente incapazes é antiga. Todavia, em razão da mutabilidade do direito, a teoria das incapacidades foi sendo alterada com o tempo, sendo que o EPD provocou uma alteração substancial no que tange à incapacidade da pessoa e seus reflexos no direito civil.

⁸¹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 781-782.

⁸² NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). **O direito civil entre o sujeito e pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 43.

Merece destaque o processo evolutivo do tema. O Código Civil de 1916 (CCB/1916) tratava do assunto nos seus arts. 5º e 6º, que dispunham:

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

- I. Os menores de dezesseis 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.

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

- I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).
- II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.
- III. Os pródigos.
- IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.

A Lei n. 4.121/1962⁸³ que dispôs sobre a situação jurídica da mulher casada, alterou o art. 6º do CCB/1916 para excluir do rol dos relativamente incapazes as “mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal”.

Com relação a esse exemplo da mulher casada como relativamente incapaz, Nevares e Schreiber fazem uma crítica ao antigo regime das incapacidades e obtemperam que “o regime abstrato e geral de ‘proteção’ ao incapaz acaba se convertendo em instrumento de uma abordagem excludente”⁸⁴.

Por sua vez, o CCB/2002 apresentou uma relevante alteração na classificação de pessoas relativamente e absolutamente incapazes, não obstante ainda ter mantido um sistema de proteção geral e abstrato. Observou-se uma profunda alteração conceitual no que tange ao tratamento das pessoas com deficiência psíquica ou mental. A redação original assim destacava:

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.

⁸³ BRASIL. Lei n. 4.121 de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm> Acesso em: 22 jul. 2018.

⁸⁴ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). **O direito civil entre o sujeito e pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 42.

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.

Observa-se que o CCB/2002 ao dispor sobre os absolutamente incapazes enquadrou nessa categoria pessoas em razão de um critério etário (menores de dezesseis anos) e em razão de um critério patológico (enfermidade ou deficiência mental). Com relação aos relativamente incapazes também manteve um critério etário (maiores de dezesseis e menores de dezoito anos) e um patológico (pessoa que por deficiência mental tiverem o discernimento reduzido e os excepcionais sem o desenvolvimento mental completo), além dos pródigos, que também estavam como relativamente incapazes na legislação anterior.

O CCB/2002, além de reduzir a maioridade civil de vinte e um para dezoito anos, apresentou profunda alteração no que tange ao reconhecimento da incapacidade das pessoas que possuem algum tipo déficit psíquico ou mental. Inicialmente, houve acertada exclusão da expressão “loucos de todo o gênero”, que trazia consigo conteúdo altamente discriminatório. Em seu lugar, a redação original do atual Código Civil incluiu as pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento da prática desses atos.

Seguindo os preceitos da CDPD o art. 6º do EPD destaca que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. Deste modo, a fim de se observar os preceitos inclusivos da nova lei e com intuito de garantir plena capacidade à pessoa com deficiência, eliminando a discriminação, foi imperativa a alteração no Código Civil. A emancipação da pessoa com deficiência psíquica ou mental foi mesmo necessária, uma vez que a própria redação original do Código Civil já possuía conteúdo discriminatório ao partir do pressuposto que qualquer pessoa com deficiência mental não tinha capacidade para o exercício dos atos da vida civil.

Deste modo, em sua redação atual, o art. 3º do CCB/2002 apenas arrola dos menores de dezesseis anos com absolutamente incapazes e o art. 4º passou a ter a seguinte redação:

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 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.

Nota-se que com o novo tratamento dado às incapacidades no direito civil brasileiro, a pessoa com deficiência psíquica ou mental não é mais considerada incapaz por um modo já preestabelecido na legislação. Poderá, contudo, ser considerada relativamente incapaz nos termos do art. 4ª, III do CCB/2002. Todavia, essa incapacidade relativa apenas se dará quando a deficiência do sujeito for capaz de impossibilitar que ele exprima diretamente a sua vontade.

1.4.3 Um novo sistema protetivo: da substituição da vontade para um sistema de apoios

A emancipação da pessoa com deficiência provocou verdadeiro impacto da estrutura do direito civil. A forma como a incapacidade era tratada não coadunava com o modelo de proteção social da pessoa com deficiência dado pelos direitos humanos. A doutrina civilista passa então a enfrentar o tema, tendo que sair da sua zona de conforto, uma vez que o sistema protetivo até então vigente, se mostrava enraizado na cultura nacional.

O sistema clássico estava pautado na substituição da vontade. A pessoa com déficit mental que, antes do EPD era considerada absolutamente incapaz, não podia exprimir sua vontade, assim, era necessária a sua representação por um curador.

Joyceane Menezes destaca que as pessoas sem discernimento poderiam ver comprometido o livre desenvolvimento de sua personalidade, à medida que sofriam os efeitos da interdição. A autora assevera que embora a lei permitisse a alternativa da interdição parcial, na prática, o poder judiciário acabava por aplicar a interdição total⁸⁵. Entretanto, obtempera:

⁸⁵ 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 n. 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra de

Ainda que se pudesse justificar a medida mais extrema para resguardar os interesses patrimoniais da pessoa sob curatela, a representação por substituição de vontade é prejudicial ao exercício e ao gozo de certos direitos fundamentais. Há direitos que, por sua natureza personalíssima, não permitem a separação entre capacidade de exercício e capacidade de gozo, como no exemplo do casamento, do planejamento familiar, da liberdade de crença e culto, dentre outros.⁸⁶

O incapaz que era submetido à interdição total tinha tolhida toda sua autonomia, uma vez não tinha capacidade sequer para situações existenciais. O próprio termo “interditado” já demonstra viés discriminatório e incompatível com o atual modelo de proteção da pessoa com deficiência. Tal fato fez com que parte da doutrina passasse a defender que o procedimento de interdição foi extinto, inobstante as previsões legais no novo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) sobre o tema⁸⁷.

Deste modo restou superado o antigo sistema de proteção dos incapazes, pautado exclusivamente na substituição da vontade. Com o reconhecimento da autonomia da pessoa com deficiência, possibilitando à mesma uma vida independente como expressão de uma liberdade moral, operou-se a mudança de um sistema protetivo pautado na substituição da vontade para um sistema de apoios⁸⁸.

Lado outro, não se pode ignorar que a pessoa com deficiência psíquica ou mental, embora tenha sido emancipada pelo EPD, pode não ter condições de exprimir sua vontade de forma plena. Questiona-se, então, se a emancipação se deu forma suficiente ou não.

(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. 605.

⁸⁶ 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 n. 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. 605.

⁸⁷ Embora o EPD não faça qualquer referência ao termo “interdição”, o Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor dois meses após o EPD, trata do procedimento de interdição nos seus artigos 747 a 759.

⁸⁸ 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 n. 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. 606.

Embora não se discuta que a deficiência não pressupõe incapacidade, fato é que a pessoa com déficit psíquico ou mental pode apresentar patologias que a incapacite de exercer os atos de vida civil. O entrave da questão é o discernimento, que aparece como fator decisivo da emancipação da pessoa com deficiência, já que a pessoa pode ter algum tipo de déficit psíquico ou mental e não ser considerada incapaz, mas pode ter um déficit mental elevado, capaz de influenciar no seu discernimento ao ponto de lhe tolher a autonomia.

A CDPD atenta que o exercício da capacidade legal pela pessoa com deficiência pode apresentar infortúnios, determina que os Estados Partes incluam salvaguardas⁸⁹ apropriadas e efetivas nas medidas tomadas, de modo que se evite que danos sejam causados. O referido diploma internacional ainda estabelece no seu art. 12.3 que “Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”.

No mesmo sentido, o EPD, no capítulo referente ao “Reconhecimento Igual Perante a Lei”, aduz no seu art. 84 que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”, fulminando o antigo sistema de proteção do incapaz.

Deste modo, destaca Joyceane Menezes que se inaugura um novo “sistema protetivo-emancipatório de apoio no qual a pessoa preserva a sua condição de sujeito com possibilidade de uma vida independente, valendo-se de algum suporte, se assim necessitar e na medida do que realmente precisar”⁹⁰.

Idealiza-se, então, que a pessoa com deficiência possa exercer livremente sua capacidade de forma direta, sem qualquer representação, sendo que a mesma poderá ser apoiada nas decisões sobre os atos da vida civil, inclusive nos negócios

⁸⁹Art. 12.4 da CDPD. 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.

⁹⁰ 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 n. 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: Editora Processo, 2016. p. 607.

jurídicos celebrados. Assim, o EPD traz um novo instituto: a tomada de decisão apoiada, bem como faz significativas alterações no tratamento legal da curatela, para adequá-la ao novo sistema de proteção da pessoa com deficiência.

1.4.3.1 A tomada de decisão apoiada

O EPD trouxe um novo instituto ao fazer uma alteração no Código Civil para incluir o art. 1.783-A⁹¹: a Tomada de Decisão Apoiada (TDA). Trata-se do processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil. É um instituto novo que não se assemelha com qualquer outro já existente no Brasil⁹².

O novo instituto aparece como instrumento viável para auxiliar a pessoa com deficiência a tomar decisões sobre atos de sua vida que tratem da disposição de direitos de natureza patrimonial e negocial. Diverge da curatela por ser instrumento menos agressivo na sua autonomia, uma vez que a pessoa com deficiência participa ativamente das decisões tomadas. Trata-se de instituto mais brando e mais alinhado ao modelo de proteção social da pessoa com deficiência.

A TDA aparece como instrumento hábil para as pessoas com deficiência que possuem algum tipo de limitação no exercício do autogoverno, mas que ainda preservam, ainda de que forma precária, a aptidão para expressar suas vontades e se fazer compreender. Submetê-las à curatela para decretação de sua incapacidade relativa não se mostra um caminho justificável, devendo tais pessoas valerem-se da

⁹¹ Art. 1.783-A do CCB2002. 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

⁹² Menezes aponta que Tomada de Decisão Apoiada guarda certa semelhança como a *amministrazione di sostegno* italiana e com o contrato de representação instituído pela *British Columbian* canadense, embora afirme que o instituto brasileiro não constitui cópia de qualquer deles. Destaca que o apoio a que se refere o novo Código Civil e Comercial argentino (art. 43), talvez é a figura que mais se aproxime com o novo instituto brasileiro. Sobre o apoio previsto no art. 43 do Código Civil e Comercial argentino, a autora conclui: “Ali, considera-se apoio toda e qualquer medida de decisões quando da celebração de negócios jurídicos, em geral, seja no âmbito patrimonial ou existencial. Como orienta a CDPD, esse apoio visa a promoção da autonomia e a facilitação da comunicação, compreensão da manifestação da vontade da pessoa no exercício de seus direitos”. In: 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 n. 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. 616.

TDA, que é um instrumento protetivo que garante o exercício pleno de sua capacidade civil⁹³.

A lei dispõe que a legitimidade para nomear os apoiadores é da própria pessoa apoiada, que deve fazer o pedido ao juiz⁹⁴. Trata-se, portanto, de legitimidade exclusiva daquele que pleiteia o apoio, sendo certo que a tomada de decisão apoiada jamais poderá requerida por terceiros⁹⁵. Nesse sentido, José Marcelo Menezes Vigliar⁹⁶ afirma que:

inviabilizada a obtenção da manifestação da vontade da pessoa com deficiência, impossível a obtenção da medida. Em outros termos, nem todas as pessoas com deficiência (e a impossibilidade da manifestação da vontade é a “barreira”) terão, mesmo que comprovada a condição exigida pelo art. 2º da LBI, a possibilidade de receber de seus apoiadores o suporte para que sua vontade seja realizada.

Por se tratar de procedimento judicial de jurisdição voluntária, em que é exigida a capacidade postulatória, a pessoa a ser apoiada deverá fazer o pedido representada por um advogado ou defensor público, caso não tenha condições financeiras para contratação de um advogado particular.

A legislação civil em nada mencionou sobre a competência para processar e julgar o pedido de tomada de decisão apoiada. Desta forma, aplicam-se as regras do CPC/2015 sendo que a ação judicial deverá ser proposta na vara de família⁹⁷ do

⁹³ FARIAS, Cristiano Chaves de.; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p.341.

⁹⁴ §2º do art. 1.783-A do CCB/2002: 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.

⁹⁵ Em sentido diametralmente oposto Farias, Cunha e Pinto defendem que deve ser feita uma ampliação construtiva e ampliativa do §2º do art. 1.783-A por se tratar de norma protecionista da pessoa humana. Para eles: “entendemos possível não apenas à própria pessoa acessar o regime de *Tomada de Decisão Apoiada*. Sem qualquer hesitação, com lastro seguro na tradicional regra de que ‘quem pode o mais, pode o menos’, temos convicção de que as pessoas que estão legitimadas para a ação de curatela, também estão para a *Tomada de Decisão Apoiada*, como, por exemplo, os familiares e o Ministério Público. Afinal, modelos jurídicos como esse materializam o princípio da Dignidade da Pessoa Humana na dupla acepção: protetiva e promocional das situações existenciais”. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p.344.

⁹⁶ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Tomada de Decisão Apoiada: aspectos sobre a confiança e a vontade da pessoa com deficiência. **Revista Brasileira da Advocacia**. vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁹⁷ Em sentido contrário, Vigliar advoga que “o juízo competente, para o exercício da jurisdição nesses casos, é o de primeiro grau de jurisdição e da justiça comum estadual. Aquele que exerce a denominada “competência residual” comum, ou seja, que exerce a jurisdição no âmbito da justiça comum estadual sem qualquer relação com a matéria que é objeto do processo nem em relação com a presença de pessoas que demandem juízos especializados (exemplos: varas da infância e juventude, varas da família e das sucessões, varas da Fazenda Pública)”. In: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Tomada de

domicílio da pessoa apoiada, aplicando-se, por analogia, as regras do procedimento de curatela. Todavia, em se tratando de competência relativa em razão do território, poderá ocorrer a prorrogação da competência se for interesse da pessoa apoiada e seus apoiadores ingressarem com a demanda em local diverso.

O intuito da lei não foi dificultar a vida da pessoa com deficiência, mas sim facilitá-la, de modo que as regras do procedimento de TDA devem ser flexibilizadas, principalmente, quando a forma como for solicitada a TDA se revela mais ágil e adequada para a proteção da pessoa com deficiência.

Conforme bem destaca Joyceane Menezes, em que pese a inclusão do instituto no CCB/2002 ter se dado pelos dispositivos do EPD, a utilização da TDA não é exclusiva das pessoas que tenham determinado tipo de deficiência. Deste modo, qualquer pessoa maior que julgue necessário o apoio para o exercício de sua capacidade legal poderá utilizar, como idosos ou pessoas que estão na fase inicial da doença de Alzheimer⁹⁸.

Na concepção da autora, trata-se, portanto, um instrumento apto a ajudar todas aquelas pessoas que precisem de apoio para exercer sua capacidade legal e não apenas para as pessoas com deficiência pois, conforme demonstrado, a deficiência não deve ser entendida como sinônimo de incapacidade.

O magistrado, antes de decidir sobre o pedido, deverá ser assistido por uma equipe multidisciplinar e, após a oitiva do Ministério Público (MP), ouvir pessoalmente o requerente bem como as pessoas que pretendem apoiá-lo (art. 1.783-A §3º do CCB/2002).

Pode-se, inclusive, fazer uma crítica a TDA nesse ponto. A necessidade do procedimento ser feito, obrigatoriamente, pela via judicial pode dificultar ou, pelo menos, retardar o seu uso. Por se tratar de medida direcionada a pessoa que consegue exprimir sua vontade sem a necessidade de representação, tal procedimento poderia ser feito por meio de escritura pública em cartório de notas.

Decisão Apoiada: aspectos sobre a confiança e a vontade da pessoa com deficiência. **Revista Brasileira da Advocacia**. vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

⁹⁸ 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 n. 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. 618-619.

Nesse sentido também pode-se questionar a obrigatoriedade de participação do MP no referido procedimento, tendo em vista que o art. 178, II do CPC/2015 determina a intervenção obrigatória do órgão ministerial quando houver interesse de incapaz.

Se o procedimento de TDA é direcionado justamente para as pessoas capazes que desejam obter apoio para determinados atos negociais, a obrigatoriedade da participação de MP pode induzir interpretação diversa, dando a entender que tal procedimento se trata de feito judicial que tem interesse de pessoa incapaz.

Lado outro, é imprescindível reconhecer a importância da atuação do MP quando se trata de proteção de pessoa com deficiência, não necessariamente de pessoas incapazes, sendo certo que sua atuação nos processos de TDA não se revela prejudicial à pessoa com deficiência que necessita de apoios, pelo contrário. Todavia, não se pode ignorar essa crítica, tendo em vista que nesse aspecto, a legislação manteve-se paternalista.

Nos termos do §1º do art. 1.783-A do CCB/2002 os interessados, pessoa apoiada e os apoiadores, deverão apresentar no pedido inicial, termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores. No referido termo já deve constar o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e ao interesse da pessoa que deve ser apoiada. Fica evidenciado que a TDA é um acordo entre o apoiado e seus apoiadores que tem por objetivo garantir a autonomia da pessoa no exercício de seus direitos. Todavia, não se trata de qualquer acordo que possa ser feito por instrumento particular, tendo em vista que obrigatoriamente o acordo terá que receber a chancela estatal.

A participação do juiz também será relevante quando houver divergência de opinião entre os apoiadores e a pessoa apoiada. Nesse caso, em se tratando de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante deverá o juiz decidir sobre a questão, após a oitiva do MP.

Questiona-se, então, qual será a decisão que deve prevalecer quando houver divergência entre as opiniões do apoiado e dos apoiadores em relação a pequenos negócios que não tem o condão de causar prejuízo relevante ao apoiado.

Maurício Requião responde afirmando que

A resposta a tal questão encontra-se implícita no próprio texto da lei, seja pela leitura do citado parágrafo, seja levando em conta interpretação sistemática do próprio Estatuto. Se há a especificação que o juiz somente atuará, proferindo a decisão final sobre a controvérsia, nos casos em que o negócio pode trazer risco ou prejuízo relevante para o apoiado, é porque, nos demais casos prevalecerá a escolha do apoiado em detrimento das manifestações dos apoiadores. No caso supracitado deve-se dar privilégio à autonomia do apoiado, até porque, não se perca de vista, a tomada de decisão apoiada só se constituiu a partir de interesse seu. Entretanto, acredita-se que em caso de divergências entre o apoiado e o apoiador, seja útil a este buscar registrar a sua opinião contrária ao negócio realizado, para que no futuro não possa de alguma maneira vir a ser acusado de negligência na sua atuação.⁹⁹

Nesse aspecto fica bem claro que mesmo que a pessoa com deficiência tenha um apoiador, tal fato em nada interfere na sua capacidade civil, ou seja, não há qualquer restrição na capacidade civil da pessoa apoiada nem mesmo transferência do poder de decisão da pessoa apoiada para a figura dos apoiadores.

Frisa-se que a TDA é instituto protetivo para pessoas plenamente capazes. Na lição de Cristiano Chaves, Rogério Sanches e Ronaldo Pinto:

não se trata, pois, de um modelo limitador de capacidade, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais de uma pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano.¹⁰⁰

Embora a decisão de ser apoiador é um ato livre que depende da manifestação da vontade do mesmo, concordando com sua indicação feita pela pessoa apoiada, a lei estabelece três pressupostos: a idoneidade, um vínculo com o apoiado e a confiança (art. 1.783-A, *caput* do CCB/2002). Assim, não é qualquer pessoa que está apta para apoiar a pessoa com deficiência nas suas decisões, tendo em vista os requisitos apontados. Embora o CCB/2002 não mencione nada a respeito, é uma decorrência lógica da condição de apoiador que o mesmo esteja no pleno exercício de sua capacidade civil.

Verifica-se, contudo, que a lei não exige que o vínculo entre apoiador e apoiado seja um vínculo de parentesco ou de conjugalidade, podendo ser um vínculo de afetividade. Neste caso, caberá ao juiz fazer uma análise sobre eventual conflito

⁹⁹ 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. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 37-54.

¹⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p.343.

de interesses entre a pessoa apoiada e seus apoiadores, devendo se recusar a homologar o acordo de tomada de decisão apoiada se os pressupostos não forem observados.

Joyceane Menezes assevera que o juiz ficará limitado a não homologar o pedido, uma vez que não poderá impor qualquer outro nome para ser apoiador, tendo em vista que a escolha do apoiador é um ato personalíssimo da pessoa apoiada¹⁰¹.

Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida entendem que embora a escolha dos apoiadores seja ato resguardado à pessoa apoiada, uma vez que a lei permitiu o controle judicial do pedido pelo magistrado, amparado em equipe multidisciplinar e parecer do MP, poderá o juiz, de ofício ou a pedido do representante do MP solicitar a substituição dos apoiadores quando verificar a ausência de vínculos com a pessoa apoiada¹⁰².

Com relação à controvérsia sobre a possibilidade de participação efetiva do magistrado no processo de TDA, a mesma nos parece meramente aparente. Por decorrência lógica do §3º do art. 1.783-A do CCB/2002 poderá o juiz deixar de homologar o acordo, caso verifique alguma inconsistência no mesmo, bem como poderá rejeitar o apoiador indicado, caso não verifique a presença dos três pressupostos citados que são utilizados para análise do vínculo entre pessoa apoiada e seus apoiadores. A questão seria se o magistrado poderá indicar para o apoiado nomes que o mesmo possa julgar adequado para serem seus apoiadores, valendo-se, por exemplo, do rol das pessoas legitimadas para requererem a curatela.

Sobre esse aspecto não vislumbramos nenhum óbice. Embora se tenha crítica sobre a necessidade desse procedimento se dar apenas de forma judicial, uma vez que a lei determinou a obrigatoriedade do feito sob controle judicial, faz parte do processo de TDA a preocupação com a segurança da pessoa com deficiência, sendo perfeitamente aceitável que o juiz, ao não concordar com a indicação dos apoiadores, indique pessoas que, a seu juízo, poderiam exercer o encargo.

¹⁰¹ 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 n. 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: Editora Processo, 2016. p. 620-621.

¹⁰² BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A capacidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. 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. 270.

Todavia, em todas as hipóteses que o juiz verificar algum empecilho para homologar o acordo, o mesmo deverá possibilitar as partes o exercício do contraditório, uma vez que, como se trata de procedimento de jurisdição voluntária, deve-se privilegiar a vontade das partes interessadas que podem, pelo exercício do contraditório, convencer o magistrado que a aquela pessoa inicialmente apontada como apoiador tem vínculos com a pessoa apoiada, bem como tem condições para o exercício da função.

Não nos parece, contudo, que o magistrado possa impor à pessoa apoiada um nome para exercer a função de apoiador. Tal conduta não coaduna com a essência do procedimento, que é justamente privilegiar a autonomia da pessoa com deficiência. Deste modo, insatisfeito com os nomes indicados para serem apoiadores, poderá o juiz intimar a pessoa apoiada para fazer prova do vínculo existente, ou mesmo indicar nomes de pessoas que entendem adequadas para o exercício da função, que obrigatoriamente deverão ser ratificados pela pessoa apoiada. Entretanto, jamais poderá impor quem deverão ser os apoiadores.

Uma vez que os apoiadores aceitarem o encargo e o juiz homologar o acordo, os mesmos devem agir com cautela e no interesse da pessoa apoiada. Não podem ser negligentes, exercer pressão indevida e não adimplir as obrigações assumidas¹⁰³. Nesses casos, qualquer pessoa, incluindo o próprio apoiado, poderá ofertar denúncia da conduta indevida dos apoiadores ao juiz ou ao MP. Sendo procedente a denúncia, o juiz irá destituir o apoiador e apenas nomeará outro em seu lugar se, após a oitiva do apoiado, o mesmo indicar outro nome de sua confiança (art. 1.783-A, §§7º e 8º do CCB/2002).

Tal controle é de suma importância conforme destaca Joyceane Menezes:

a figura do apoiador não se confunde com o papel de amigo a quem se consulta ou a quem se requer uma opinião. Não se trata de institucionalização de um palpite, pois os apoiadores ocupam um papel mais institucional na prestação de suporte à pessoa apoiada.¹⁰⁴

¹⁰³ Sobre a responsabilidade civil do apoiador cf. SAHYOUN, Najla Pinterich; SHAYOUN, Nacoul Badoui. A responsabilidade civil do apoiador na tomada de decisão apoiada. **Revista dos Tribunais**. v. 997. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

¹⁰⁴ 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 n. 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. 621.

Assim, observa-se a responsabilidade dos apoiadores que, ao aceitarem o encargo, terão de zelar pelos interesses da pessoa apoiada, devendo, inclusive, prestarem contas.

Embora a lei exija que o acordo de TDA já conste qual será o seu prazo de vigência, ninguém será obrigado a permanecer na condição de apoiado e apoiador. Deste modo, é possível que a pessoa apoiada solicite o término do acordo firmado no processo de TDA a qualquer tempo. Da mesma forma, o apoiador pode solicitar sua exclusão da condição do apoiador. Todavia, seu desligamento ficará condicionado à manifestação judicial sobre a matéria (art. 1.783-A, §§9º e 10º do CCB/2002).

Por fim, é importante destacar os reflexos dos negócios jurídicos celebrados pela pessoa apoiada, com ou sem apoio dos apoiadores, perante terceiros. O Código Civil é claro ao estabelecer que a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado¹⁰⁵. Contudo, quais seriam as consequências para um terceiro que contratasse com uma pessoa apoiada sem a assistência de seus apoiadores?

Ao dissertar sobre a repercussão da TDA na esfera de terceiros, Joyceane Menezes é enfática ao afirmar que os negócios jurídicos celebrados com terceiros pelo apoiado são totalmente válidos, ainda que não tenha qualquer participação do apoiador¹⁰⁶.

Tal entendimento pode parecer a melhor solução, principalmente quando se analisa a natureza jurídica da TDA, que se trata de acordo entre os apoiadores e a pessoa apoiada. Deste modo, não seria crível anular o negócio jurídico celebrado entre a pessoa com deficiência e um terceiro, que sequer participou do processo de TDA.

Ademais, mesmo que os apoiadores não tenham participado no negócio jurídico, assistindo a pessoa apoiada, os mesmos podem (e devem) solicitar a

¹⁰⁵ Art. 1.783-A, §4º do CCB/2002: “A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado”.

¹⁰⁶ 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 n. 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: Editora Processo, 2016. p. 623.

intervenção judicial toda vez que perceberem que o negócio jurídico poderá trazer riscos à pessoa apoiada, nos termos do já citado §6º do art. 1.783-A do CCB/2002.

Nos termos do §5º do art. 1.783-A do CCB/2002¹⁰⁷, o terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. A referida postura revela-se acertada no sentido de garantir a proteção adequada à pessoa apoiada. Ainda que eventual negócio jurídico celebrado entre pessoa apoiada e terceiro, sem qualquer intervenção dos apoiadores, não impliquem necessariamente na anulação do negócio jurídico, sempre que possível a assistência dos apoiadores, a mesma deverá ser solicitada de forma a garantir o objetivo da TDA, que é além de proteger a pessoa com deficiência, garantir a observância de da sua manifestação de vontade.

Deste modo, pode-se observar que a TDA é uma salvaguarda apropriada para prevenir eventuais abusos que possam ocorrer em razão. Todavia, pontos frágeis no tratamento desse novo instituto fazem com que o mesmo ainda não tenha aplicabilidade prática, não sendo, portanto, uma salvaguarda efetiva, como preza o art. 12.4 da CDPD.

Diversos fatores como a falta de averbação do termo de TDA e, conseqüentemente, da eficácia desse instituto perante terceiros, influenciando o plano da validade de eventuais negócios jurídicos celebrados, colocam em xeque a segurança jurídica dessas relações e fazem com que esse instituto seja colocado de lado pela comunidade. Tais pontos serão trabalhados no último tópico dessa dissertação.

¹⁰⁷ No Senado Federal encontra-se em tramitação o Projeto de Lei n. 757/2015 que tem por objetivo revogar algumas alterações feitas pela EPD no Código Civil, principalmente na teoria das incapacidades. Contudo, com relação à TDA o referido projeto, no seu texto original, prevê a inclusão do §12º do art. 1.783-A com a seguinte redação “Os negócios e os atos jurídicos praticados pela pessoa apoiada sem participação dos apoiadores são válidos, ainda que não tenha sido adotada a providência de que trata o § 5º deste artigo”. In: BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 757 de 2015. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=574431&ts=1529619581824&disposition=inline&ts=1529619581824>> Acesso em: 23 jun. 2018.

1.4.3.2. O novo tratamento legal da curatela

Historicamente, a proteção da pessoa com deficiência no Brasil se deu com base no modelo protetivo de substituição de vontades, no qual o maior e incapaz não podia manifestar sua vontade de forma plena, uma vez que, para garantir sua proteção, o mesmo deveria ser representado por um curador.

Deste modo, por meio da interdição a pessoa incapaz era interrogada pelo juiz e submetida à perícia médica para, ao final, comprovada sua incapacidade, o juiz prolatar uma sentença que sem sombras de dúvidas atingia a liberdade e a intimidade do incapaz, já que declara a incapacidade do “interditando” e nomeia um curador para representá-lo nos atos da vida civil.

Inobstante a legislação brasileira ter previsto a hipótese de interdição parcial no revogado art. 1.772 do CCB/2002¹⁰⁸, o que se revelava uma alternativa mais próxima de salvaguarda necessária prevista na CDPD, o fato é que na prática forense, as pessoas interditadas acabavam por sofrer restrição total na sua autonomia, não se aproveitando qualquer manifestação de vontade externada.

Com base no modelo social de proteção da pessoa com deficiência, a deficiência é aferida com base nas barreiras ofertadas pela sociedade que impedem a participação plena da pessoa na sociedade. Uma dessas barreiras é o próprio ordenamento jurídico, visto que o antigo regime de incapacidades e conseqüentemente o tratamento legal dado à curatela não coadunava com esse novo modelo de proteção, tendo a mesma que ser repensada para privilegiar a autonomia da pessoa com deficiência.

Para Pietro Perlingieri

É preciso, ao contrário, privilegiar sempre que for possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma ‘morte civil’. Quando concretas, possíveis, mesmo se residuais, faculdades intelectivas e afetivas podem ser realizadas de maneira a contribuir para o livre desenvolvimento da personalidade, é necessário que sejam garantidos a titularidade e o exercício de todas aquelas expressões de vida que,

¹⁰⁸ Art. 1.772 do CCB/2002. Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782

encontrando fundamento no *status personae* e no *status civitatis*, sejam compatíveis com a efetiva situação psicofísica o sujeito.¹⁰⁹

Seguindo esse entendimento, a doutrina e a jurisprudência já sinalizavam afeição com aquilo que foi chamado de “flexibilização da curatela”, uma espécie de curatela sob medida¹¹⁰, ao argumento que ela poderia ser estendida a todo aquele que necessitasse da interdição parcial prevista no art. 1.772 do CCB/2002 e não só das pessoas arroladas no art. 1.767, III e VI do CCB/2002¹¹¹.

Assim, o EPD promoveu uma alteração substancial no tratamento legal dado à curatela, fazendo alterações no CCB/2002 no capítulo referente ao tema. Pouco tempo depois entrou em vigor o CPC/2015 revogando as disposições do procedimento de curatela do CCB/2002 e, conseqüente, as inovações trazidas pelo EPD. De toda forma, antes que sejam abordadas essas inovações, cumpre analisar esse suposto conflito normativo.

Embora o EPD seja norma mais recente (Lei 13.146 de 06 de julho de 2015), a mesma foi submetida a um período de *vacatio legis* menor de 180 dias, entrando em vigor em janeiro de 2016. Já o CPC/2015, embora seja norma anterior ao EPD (Lei 13.105 de 16 de março de 2015), foi submetida a um período de vacância de um ano após a sua publicação e entrou em vigor apenas em março de 2016.

Cumpre ressaltar que o CPC/1973 e o CCB/2002 previam em seus textos disposições e referências ao processo de interdição. O EPD em nenhum momento fez referência ao termo, notadamente pelo seu viés humanista que objetiva evitar o tratamento discriminatório e pejorativo. Não há dúvidas que o termo “interditado” é dotado de alta carga pejorativa, o que não coaduna com os preceitos da CDPD e do EPD.

Deste modo, o art. 114 do EPD alterou o art. 1.768 do CCB/2002 modificando a expressão “a interdição deve ser promovida” para “o processo que define os termos da curatela deve ser promovido”. Tal alteração foi suficiente para que a doutrina questionasse se a interdição tinha sido extinta ou não.

¹⁰⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 164-165.

¹¹⁰ Sobre o tema cf. ABREU, Célia Barbosa. **Curatela & Interdição Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

¹¹¹ ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC.. 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. 547.

Ocorre que meses depois, a entrada em vigor do CPC/2015 revogou expressamente os arts. 1.768 a 1.773 do CCB/2015 e trouxe em seu texto novo tratamento legal para o processo de interdição nos arts. 747 a 758. O EPD embora norma publicada posteriormente, estranhamente silenciou-se com relação ao tema e insistiu em alterar dispositivos no CCB/2002 que seriam revogados meses depois com a entrada em vigor do CPC/2015.

Sobre esse aparente conflito de normas Daneluzzi e Mathias¹¹² concluem

De nossa parte, procurando contribuir com o debate, entendemos que essa questão pode ser vista, também, sob outro prisma, considerando que a problemática reside na análise de normas processuais, constantes do Código Civil, Código de Processo Civil (1973 e o atual) e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Assim sendo, normas processuais podem ser revogadas por normas processuais posteriores. Queremos dizer com isso que: as disposições processuais do Código Civil, no que tange ao tema, foram revogadas pelo Código de Processo Civil (inc. II do art. 1.072), todavia o Estatuto da Pessoa com Deficiência (art. 114) determina, por seu turno, revogação de dispositivos processuais do Código Civil, revogados pelo Código de Processo Civil. A manutenção da coerência do sistema nos leva a fazer a seguinte reflexão: todas as normas são processuais, e desta forma, podem ser revogadas por outras normas processuais, considerando sua cronologia e especialidade, independentemente, do diploma em que estejam inseridas. Nada obsta, destarte, segundo esse raciocínio que as regras processuais previstas no Estatuto, possam alterar o Código de Processo Civil, ainda que fizesse menção ao Código Civil, porque estaria a alterar uma norma processual. Em suma: as modificações impostas pelo Estatuto nas normas processuais vão incidir no Código de Processo Civil (arts. 747/759).

Todavia, em que pese o dissenso doutrinário, o que se propõe na presente pesquisa com relação aos conflitos normativos não é a exclusão dos dispositivos legais, mas sim a complementação por meio do diálogo de fontes, de modo a garantir maior proteção à pessoa com deficiência.

Assim, as inovações quanto à curatela promovidas pelo EPD, como a possibilidade da própria pessoa requerer sua curatela¹¹³ devem ser mantidas, uma vez que se objetiva uma interpretação pelo modelo dialógico, preservando-se as normas que garante melhor proteção ao vulnerável.

¹¹² 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 de Direito Privado**. vol. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹¹³ Sobre reflexões sobre a autocuratela na perspectiva dos planos do negócio jurídico cf. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Reflexões sobre a autocuratela na perspectiva dos planos do negócio jurídico. 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.

Neste aspecto, verifica-se que não há extinção do processo de interdição pelo EPD. Ocorre que a curatela poderá agora ser deferida com ou sem o processo de interdição, seguindo o regramento normativo do CPC. Da mesma forma, deve-se evitar o termo interdição devindo ao seu caráter pejorativo.

O EPD faz uma ressalva importante em seu art. 85 no sentido que a curatela afetará apenas os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. O EPD destaca expressamente que a curatela é medida extraordinária¹¹⁴, o que evidencia a excepcionalidade do instituto. Fica evidenciado que o curador da pessoa com deficiência não poderá interferir em atos de natureza pessoal, como o casamento e o direito ao voto, por exemplo, uma vez que para essas situações o texto legal reafirma a capacidade plena da pessoa com deficiência.

Não há dúvida que a curatela é medida mais extrema, que deve ser evitada sempre que possível. Menezes afirma que “enquanto mecanismo protetivo extremo e extraordinário, a curatela não implica, necessariamente, a interdição da pessoa, mas a viabilização de um cuidado especial”¹¹⁵. Deste modo, defende uma curatela por representação e não por interdição.

Pelo exposto, é possível observar que embora a CDPD tenha sinalizado pela emancipação da pessoa com deficiência, afirmando sua capacidade plena, a mesma advertiu que os Estados Partes devem incluir salvaguardas necessárias e efetivas para previr abusos e garantirem a plena proteção da pessoa com deficiência. Entretanto, ressaltou que essas salvaguardas devem ser proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

Nessa linha, o EPD trouxe para o direito brasileiro a TDA e reformulou o instituto da curatela. Todavia, será abordado no último capítulo se tais medidas são

¹¹⁴ Art. 85 do EPD. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

^{§1º} A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

^{§2º} A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

^{§3º} No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

¹¹⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 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. 529.

necessárias, apropriadas e suficientes para proteção da pessoa com deficiência psíquica ou mental, que foi emancipada pelo EPD.

2 O NOVO PERFIL DA CAPACIDADE DA PESSOA COM DÉFICIT FUNCIONAL PSÍQUICO, MENTAL OU INTELECTUAL E SUA RELAÇÃO COM OS CONTRATOS DE CONSUMO

Com a emancipação da pessoa com deficiência psíquica, mental ou intelectual, em razão das alterações promovidas pelo EPD no CCB/2002, pode-se observar a íntima relação do discernimento com a capacidade para a prática dos atos da vida civil. É pela análise do discernimento que se verifica se a pessoa tem ou não capacidade para prática desses atos.

Assim sendo, torna-se imperiosa uma análise sobre esse novo perfil de capacidade da pessoa com déficit psíquico ou mental para que se possa obtemperar os argumentos sobre a proteção insuficiente dada pelo EPD em razão à proteção patrimonial dessas pessoas.

Isto porque a dúvida que permeia a pesquisa se dá justamente em razão dos impactos do EPD na capacidade civil e, conseqüentemente, nos negócios jurídicos celebrados por essas pessoas que até então eram incapazes, especificamente, nos contratos de consumo. Deste modo, torna-se necessário discorrer sobre a existência, validade e eficácia do negócio jurídico e, conseqüentemente, situar a capacidade civil da pessoa com déficit psíquico ou mental como requisito de validade do negócio jurídico.

Como bem já se destacou, a emancipação promovida pelo EPD corrobora com o atual modelo de proteção dos direitos humanos da pessoa com deficiência, em que se opta por um sistema de apoios, em detrimento de um sistema de substituição de vontades.

Todavia, não se pode negar que, no caso da pessoa com déficit psíquico, mental ou intelectual, há que se aferir o grau de afetação na autonomia desse sujeito, sob pena de se emancipar de forma insuficiente essa pessoa e promover verdadeira desproteção, afastando-se do que propõe a legislação internacional e nacional sobre o tema em questão.

Igualmente, não merece contestação o fato de que agora esse novo sujeito emancipado está livre para celebrar negócios jurídicos sem qualquer tipo de representação. Nesse aspecto, a doutrina não diverge no sentido de que, após a alteração promovida na teoria das incapacidades, a pessoa com déficit psíquico,

mental ou intelectual será, no máximo, relativamente incapaz, quando não conseguir exprimir sua vontade.

Deve-se destacar que o recorte dessa pesquisa limitou essa análise aos contratos de consumo, assim, buscar-se-á a relação do novo sujeito emancipado com os contratos de consumo de modo a se reconhecer a sua condição de hipervulnerável, bem como garantir o seu livre desenvolvimento da personalidade.

2.1. Negócio jurídico: aspectos gerais

A capacidade do agente figura-se como um dos requisitos de validade do negócio jurídico, conforme se extrai do art. 104, I do CCB/2002. Assim, antes do advento do EPD, caso o negócio jurídico fosse celebrado por pessoa com deficiência mental que não tivesse discernimento para prática desse ato, o mesmo seria nulo.

Ocorre que, conforme demonstrado, o EPD, seguindo os preceitos da CDPD, concedeu capacidade plena às pessoas com déficit funcional mental, partindo do pressuposto que a deficiência, por si só, não pressupõe a incapacidade. Deste modo, questiona-se se os negócios jurídicos celebrados por pessoa com déficit psíquico ou mental (no caso, contratos) seriam válidos ou não.

Para tanto, impõe-se a conceituação do que vem a ser negócio jurídico. Fernando Noronha afirma que “negócio jurídico é a manifestação da vontade de uma ou diversas partes, tendo por finalidade regulamentar os seus interesses, nos limites da esfera da autonomia conferida aos particulares pela ordem jurídica”¹¹⁶.

Em obra clássica sobre o tema, Antônio Junqueira de Azevedo assevera que:

negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.¹¹⁷

Na doutrina de Nelson Nery Júnior e Rosa Nery, verifica-se que o negócio jurídico é fruto do poder normativo privado, sendo conceituado como o “ato de

¹¹⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 409.

¹¹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16

autonomia privada, fruto da liberdade e da inteligência humana, por meio do qual o sujeito decide sobre a própria esfera jurídica, pessoal ou patrimonial, criando regras particulares às quais se submete”¹¹⁸.

O negócio jurídico é uma espécie de ato jurídico *lato sensu*, que tem a vontade como um elemento nuclear do suporte fático e pode ser dividido em negócios jurídicos unilaterais e bilaterais. Os primeiros se aperfeiçoam apenas com a declaração de vontade do seu autor. Já os segundos necessitam de pelo menos duas pessoas externando suas vontades.

O contrato se consubstancia numa espécie do negócio jurídico, sendo um negócio bilateral que se aperfeiçoa com a manifestação de vontade de mais de uma pessoa. O contrato, na sua concepção tradicional pautada na sociedade liberal do século XVIII, estava centrado na ideia do “valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundos da relação jurídica contratual”¹¹⁹.

Pode-se conceituar contrato como um “acordo de vontades (negócio jurídico bilateral) de duas ou mais pessoas com pretensões antagônicas, para construir, regular ou extinguir entre si uma relação jurídica patrimonial”¹²⁰.

A nova concepção do contrato não afasta a importância da manifestação da vontade, entretanto, também se ocupa dos efeitos desse contrato na sociedade, tratando-se de uma concepção social desse instrumento que leva em conta a condição social e econômica das pessoas envolvidas. Soma-se a isso a busca por um equilíbrio contratual, sendo que a lei ganha destaque como limitadora dos abusos e valoriza a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes. Assim, ganham destaque normas imperativas, como as do CDC¹²¹.

Segundo Lorezenti

A ordem jurídica atual não deixa em mãos dos particulares a faculdade de criar ordenamentos contratuais, equiparáveis ao jurídico, sem um interventor. O Estado requer um Direito Privado, não um direito dos particulares. Trata-se de evitar que a autonomia privada imponha suas valorações particulares à

¹¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Marida de Andrade. **Código Civil Comentado**. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 460.

¹¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 57.

¹²⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Marida de Andrade. **Código Civil Comentado**. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 461.

¹²¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 210-211.

sociedade; impedir-lhe que invada territórios socialmente sensíveis. Particularmente, trata-se de evitar a imposição a um grupo, de valores individuais que lhe são alheios. Aqui faz seu ingresso a ordem pública de coordenação, e de direção.¹²²

Se o novo modelo de proteção contratual já demonstra um viés social, colocando-se o interesse da sociedade em detrimento do interesse individual, a proteção da pessoa com deficiência psíquica ou mental no momento da celebração de contratos de consumo, merece atenção redobrada.

Conforme destacado, a pessoa física como consumidora tem presunção absoluta de vulnerabilidade. Já a pessoa com deficiência que é consumidora, figura-se como sujeito hipervulnerável. Todavia, verifica-se que o EPD, em seu art. 10, aparentemente fez lógica inversa ao afirmar que a pessoa com deficiência será vulnerável apenas em situações de risco, emergência e calamidade pública.

Em que pese a confusão da legislação e o dissenso doutrinário sobre o tema, incontestemente é fato de que a pessoa com déficit mental ou psíquico agora tem capacidade civil para celebrar contratos de consumo, inobstante sua condição de vulnerável ou não.

Registre-se o caráter inclusivo dessa importante alteração legislativa que objetiva acabar com a discriminação da pessoa com deficiência. Lado outro, não se pode ignorar o fato de que a pessoa com deficiência ficou totalmente desprotegida na celebração desses contratos de consumo e assim, questiona-se a validade desses contratos celebrados após a vigência do EPD sem qualquer tipo de representação ou assistência.

2.1.1. A existência, a validade e a eficácia dos negócios jurídicos

A divisão do mundo jurídico nos planos da existência, validade e eficácia tem importante destaque no estudo no negócio jurídico. Deste modo, é necessário compreender se o contrato celebrado por pessoas com déficit psíquico e mental existe, é válido e eficaz.

Sobre o tema, Pontes de Miranda afirma que

¹²² LOREZENTTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 540.

Para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou de invalidade a respeito do que não existe. A questão da existência é questão prévia. Somente depois de se afirmar que existe é possível pensar em validade ou em invalidade. Nem tudo que existe é suscetível de a seu respeito discutir-se se vale, ou se não vale. Não se já que afirmar que de negar que o nascimento, ou a morte, ou a avulsão, ou pagamento valha. Não tem sentido. Tampouco, a respeito do que não existe: se não houve ato jurídico, nada há que possa ser válido ou inválido. Os conceitos de validade ou de invalidade só se referem a atos jurídicos, isto é, a atos humanos que entraram (plano da existência) no mundo jurídico e se tornaram, assim, atos jurídicos.¹²³

Conforme se extrai do próprio conceito de negócio jurídico dado por Antônio Junqueira de Azevedo, há uma expressa referência aos referidos planos. Para o autor, o “plano da existência, plano da validade e plano da eficácia são os três planos nos quais a mente humana deve sucessivamente examinar o negócio jurídico, a fim de se verificar se ele obtém a plena realização”¹²⁴.

Na hipótese em apreço, Marcos Bernardes de Mello aponta que

O fato jurídico existe como resultado da incidência de uma norma sobre o seu suporte fático suficientemente composto. O ser válido (valer), ou inválido (não-valer), já pressupõe a existência do fato jurídico. Da mesma forma, para que se possa falar da eficácia (= ser eficaz) é necessário do que o fato jurídico exista. A recíproca, porém, em ambos os casos, não é verdadeira. O existir independe, completamente, de que o fato jurídico seja válido ou que se eficaz. O ato jurídico nulo é fato jurídico como qualquer outro, só que deficientemente. A deficiência do elemento do suporte fático o faz inválido. Assim, também ocorre com a eficácia.¹²⁵

Assim, considerando que se trata de uma análise sucessiva, num primeiro momento deve-se analisar o plano da existência. Deste modo, o plano da existência “cuida-se de verificar a concreção do suporte fático hipotético, ou seja, se um determinado fato verificou-se como suporte fático concreto”¹²⁶.

Tudo aquilo que compõe a sua existência no campo do direito é considerado elemento do negócio jurídico. Os elementos do negócio jurídico podem ser divididos em: elementos gerais, ou seja, aqueles comuns a todos os negócios jurídicos; elementos categoriais, ou seja, aqueles relativos a determinado tipo de

¹²³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 4. Campinas: Bookseller, 2001. p. 39.

¹²⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 24

¹²⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 11.

¹²⁶ GRAU, Eros Roberto. O negócio jurídico inexistente e o plano da existência: são eles categorias precisas na análise dos negócios jurídicos? **Revista de Direito Privado**. v. 71. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

negócio jurídico; e elementos particulares, ou seja, aqueles que existem em determinado tipo de negócio jurídico específico¹²⁷.

Segundo a doutrina de Azevedo, a forma, objeto e as circunstâncias negociais, pautadas na manifestação da vontade, são os elementos gerais intrínsecos ou constitutivos dos negócios jurídicos. Todavia, o autor adverte que além desses três elementos, há também outros três que, embora não façam parte integrante do negócio, são indispensáveis à sua existência. Assim, sendo o negócio jurídico uma espécie de ato jurídico, são elementos gerais extrínsecos o agente, o lugar e tempo. Azevedo ainda destaca que tais elementos “são não apenas extrínsecos, mas também elementos pressupostos, no sentido preciso de que existem antes de o negócio ser feito”¹²⁸.

Convém rememorar a esta altura que não se pretende fazer um estudo aprofundado sobre o negócio jurídico, principalmente porque tal análise demandaria desvio do objeto de pesquisa. Objetiva-se, aqui, verificar se o negócio jurídico celebrado por uma pessoa com déficit psíquico ou mental, no caso, um contrato de consumo, é um negócio existente, válido ou eficaz.

Conforme destacado pela doutrina, não há que se analisar a validade de determinado contrato, sem antes verificar se o mesmo ultrapassou o plano da existência, seguindo-se, assim, a escada ponteana.

Portanto, examina-se, então se a emancipação dada à pessoa com déficit psíquico ou mental foi capaz de abalar a estrutura de um contrato de consumo celebrado por ela, a ponto de poder se afirmar que tal contrato sequer existe.

Nesse aspecto, pode-se afirmar que não há qualquer motivo pelo qual se possa imputar à emancipação da pessoa com deficiência a inexistência de um contrato de consumo celebrado¹²⁹.

Para bem precisar, toma-se como exemplo uma pessoa com déficit mental, agora capaz para os atos da vida civil, que contrata com um banco um financiamento habitacional na forma prevista em lei. Não há dúvidas que todos os elementos que

¹²⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32.

¹²⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32-33.

¹²⁹ Importa deixar registrado que nessa pesquisa não será abordado o problema de direito intertemporal, consistente na validade dos negócios celebrados por pessoas que então era consideradas incapazes e agora com a alteração da teoria das incapacidades foram emancipadas, embora ainda formalmente tenham um curador.

compõe o plano da existência, quais seja, agente, objeto, forma e vontade, estão presentes, não havendo que se falar em inexistência desse contrato pelo simples fato de ter sido celebrado por pessoa com déficit mental.

Deste modo, superado o plano da existência, impõe-se uma análise sobre validade desse contrato, de modo a se verificar se houve eventual abalo no plano da validade o fato da pessoa com déficit psíquico ou mental agora não figurar mais como absolutamente incapaz e, na maioria dos casos, nem mesmo como relativamente incapaz, conforme já se destacou.

Segundo Marcos Bernardes de Mello “válido é o ato jurídico cujo suporte fático é perfeito, isto é, os seus elementos nucleares não tem qualquer deficiência invalidante, não há falta de qualquer elemento complementar”. Assim, o autor destaca que a noção de validade no que concerne a ato jurídico, apresenta-se como sinônimo de perfeição, uma vez que significa a “plena consonância com o ordenamento jurídico”¹³⁰.

No que tange à validade do negócio jurídico deve-se observar o que dispõe o art. 104 do CCB/2002¹³¹. Deste dispositivo se depreende que a validade do negócio jurídico requer: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Há de se destacar que o art. 104 do CCB/2002, embora trate da validade do negócio jurídico, o mesmo imprimiu tal termo de forma ampla, pois, conforme visto, tal artigo também enumera elementos de existência do negócio jurídico, além dos requisitos de validade. Deste modo, aponta-se como requisitos de validade do negócio jurídico a capacidade do agente, a manifestação livre da vontade, ou seja, sem qualquer vício, bem como a licitude e possibilidade do objeto. São condições que estão diretamente ligadas à capacidade, ao consentimento, ao objeto e à causa¹³².

Assim sendo, para a produção de todos efeitos, bem como para ter reconhecimento pleno pelo ordenamento jurídico, o negócio jurídico deve observar

¹³⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 3.

¹³¹ Art. 104 do CCB/2002: A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

¹³² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Marida de Andrade. **Código Civil Comentado**. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 464-465.

esses requisitos de validade, de modo que sua inobservância implicará na sua nulidade ou anulabilidade.

Em relação ao estudo que se propõe, pode-se notar que o fato da pessoa com deficiência mental ou psíquica ter se tornado plenamente capaz, por si só, não tem qualquer relevância com os requisitos de validade do objeto lícito, possível, determinado ou determinável, bem como com a forma prescrita ou não vedada pela lei, que são condições objetivas de validade.

Verifica-se, portanto, que é a capacidade do agente o requisito de validade diretamente afetado pelas alterações do EPD no CCB/2002 no que tange à teoria das incapacidades. No caso em apreço, destaca-se que se trata das incapacidades genéricas. Assim, se uma criança com 8 anos de idade celebrar um negócio jurídico, ele será inválido, em razão de sua incapacidade.

Todavia, de modo a não quebrar a sequência lógica do texto, a análise da capacidade como requisito de validade do negócio jurídico será feita no próximo tópico e nesse momento, passa-se a discorrer sobre o último plano do mundo jurídico, qual seja, o plano da eficácia.

Conforme propõe Antônio Junqueira de Azevedo, no último plano a ser analisado busca-se a eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos. Assim, adverte o autor que não se trata de toda e qualquer eficácia prática do negócio jurídico celebrado, mas sim da sua eficácia jurídica¹³³.

No magistério de Hamid Charaf a “eficácia revela, pois, a produção dos efeitos jurídicos, de modo que um contrato é eficaz quando produz efeitos jurídicos, ou seja, quando altera a relação jurídica existente até então”¹³⁴.

Segundo Pontes de Miranda,

A eficácia jurídica é irradiação do fato jurídico; portanto, depois da incidência da regra jurídica no suporte fático, que assim, e só assim, passa a pertencer ao mundo jurídico. Incidência é *prius*; e a incidência supõe a regra jurídica e o suporte fático, sobre o qual ela incide. A eficácia é, pois, logicamente, *posterius*; o que não exclui a produção posterior de eficácia desde antes ou até da incidência, ou da própria regra jurídica, ou da concepção e elaboração da mesma regra jurídica. O legislador, quando à eficácia, tem toda a liberdade; os limites a essa liberdade de conceber no passado, no presente ou no futuro, a eficácia, dependem de outras regras jurídicas, superiores

¹³³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

¹³⁴ BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9.

àquela cuja incidência resulta a eficácia (e.g., regras de direito constitucional, e.g., art. 5º, XXXVI da Constituição de 1988, regras de direito das gentes).¹³⁵

Assim, o negócio jurídico pode conter elementos acidentais, ou seja, elementos que são dispensáveis, mas, uma vez presentes, interferirão na eficácia do negócio jurídico. Cita-se, como exemplo, a condição, o termo ou o encargo.

Por estar o negócio jurídico no âmbito da autonomia privada, as modificações de sua eficácia ou até mesmo sua abrangência decorrem da vontade exclusiva das partes. Essa determinação voluntária de efeitos é apontada como característica basilar dos negócios jurídicos. Todavia, como o assunto foi apresentado considerando o negócio jurídico como gênero, importa destacar que nem todos podem ser modificados, em razão da sua natureza, como por exemplo o casamento, a aceitação testamentária ou repúdio à herança¹³⁶.

Entretanto, não se objetiva com o presente trabalho fazer uma análise pormenorizada dos planos do negócio jurídico tampouco do plano da eficácia. Por não ser objeto da pesquisa a eficácia dos contratos de consumo celebrados pelas pessoas com deficiência que foram emancipadas pelo EPD, embora ela possa aparecer como a consequência da validade desses contratos, focar-se-á no estudo da capacidade como requisito de validade do negócio jurídico e, conseqüentemente, no impacto do EPD na validade dos contratos de consumo celebrados por pessoas com deficiência psíquica ou mental.

2.1.2 A capacidade civil da pessoa com déficit psíquico, mental ou intelectual como requisito de validade do negócio jurídico

Conforme se destacou, a capacidade civil do agente é um requisito de validade do negócio jurídico. Deste modo, as alterações promovidas pelo EPD na teoria das incapacidades, com a alteração dos arts. 3º e 4º do CCB/2002, impactam diretamente no plano da validade dos contratos de consumos celebrados pelos novos emancipados.

¹³⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 5. Campinas: Bookseller, 2000, p. 33.

¹³⁶ MEIRELES, Rosa Melo Vencelau. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). **A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 207.

Pode-se extrair do art. 104, I do CCB/2002, ao tratar de agente capaz como requisito de validade, que essa incapacidade se refere às causas de incapacidades genéricas, objeto de estudo da teoria das incapacidades.

Todavia, Caio Mário da Silva Pereira adverte que:

Além das incapacidades genéricas a lei prevê ainda motivos específicos, que obstam a que o agente, sem quebra de sua capacidade civil, realize determinados negócios jurídicos. A fim de não colidirem tais restrições com a teoria das incapacidades, é preferível designá-las como “impedimentos”¹³⁷. Com o nome, pois, de impedimentos ou de incapacidades especiais é positiva a restrição que a lei impõe a uma pessoa, em dadas circunstâncias, quanto à realização de certos atos, vigorantes apenas para aquele caso específico, enquanto o agente guarda a sua liberdade de agir em tudo mais.¹³⁸

Em que pese a colocação de Caio Mário a respeito desses motivos específicos que impedem que o agente, mesmo capaz, celebre um negócio jurídico, nesse ponto, objetiva-se a análise da capacidade civil, tratada de forma genérica, como requisito de validade do negócio jurídico.

Adverte-se que a capacidade que se refere o art. 104, I do CCB/2002 é a capacidade de fato, ou seja, aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil, conforme já trabalhado nesse estudo, não se tratando, pois, de capacidade de direito, que é um elemento de existência do negócio jurídico.

Trata-se, portanto, de uma norma que tem por escopo a proteção dos próprios incapazes, de modo que o próprio Código¹³⁹ impede que incapacidade relativa de uma partes seja invocada pela outra em proveito próprio.

Deste modo, retoma-se ao objeto da pesquisa que é analisar se houve proteção ou desproteção da pessoa com déficit psíquico ou mental quando a mesma celebra contratos de consumo.

Não há dúvidas que a intenção do legislador, amparado na CDPD, foi de conceder capacidade plena à pessoa com deficiência, excluindo, ou pelo menos reduzindo a discriminação sofrida em razão de ter sido rotulada como “incapaz”. Lado

¹³⁷ Para alguns, é tratado como legitimação. Emilio Betti afirma que legitimidade “é uma posição de competência, caracterizada quer pelo poder de realizar actos jurídicos que tenham um dado objecto, quer pela aptidão para lhes sentir os efeitos, em virtude de uma relação em que a parte está, ou se coloca, com o objecto do ato”. In: BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 11.

¹³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 485-486.

¹³⁹ Art. 105 do CC/2002: A incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveita aos co-interessados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum

outro, não se pode negar que esse novo emancipado ficou livre para celebrar contratos sem qualquer representação ou assistência, podendo facilmente ser vítima de golpes, tendo seu patrimônio ficado desprotegido.

Pode-se afirmar que, numa interpretação literal do novo texto legal, esse contrato de consumo celebrado por uma pessoa com deficiência psíquica ou mental que tenha o discernimento reduzido, mesmo sem qualquer assistência ou representação, é válido, tendo em vista que hoje essa pessoa figura-se como plenamente capaz para o exercício dos atos da vida civil.

Quando da vigência do texto original do CCB/2002, essa pessoa era considerada absolutamente incapaz e, nesse caso, não havia que se atribuir validade a esse contrato, uma vez que o mesmo teria sido celebrado sem a anuência do representante legal dessa pessoa que até então era incapaz.

Hoje, o problema vai além. Não se trata simplesmente de categorizar o negócio jurídico como válido ou inválido. Há outras consequências desse negócio jurídico que deixa de ser celebrado por absolutamente incapaz.

Na esteira da legislação civil mais atualizada não se admite a figura de absolutamente incapaz que não seja do menor de 16 anos. Deste modo, não há como incluir a pessoa com deficiência mental que tenha o discernimento reduzido nessa categoria.

Em tese, com a alteração na teoria das incapacidades, essa pessoa deixou de ser absolutamente incapaz e se tornou plenamente capaz. Lado outro, a depender do caso concreto e dependendo do grau dessa deficiência mental, será possível incluir essa pessoa na categoria dos relativamente incapazes, consoante a disposição do art. 4º, III do CC/2002, desde que a ela não consiga exprimir sua vontade.

De certa forma, embora ainda seja possível que uma pessoa com deficiência mental seja considerada relativamente incapaz, tal fato se distancia um pouco do problema proposto, uma vez que o permissivo do art. 4º, III do CC/2002 é claro no sentido de que será relativamente incapaz aquele que, por causa transitória ou permanente, não conseguir exprimir sua vontade.

Nesse caso, trazendo a questão para o âmbito dos contratos de consumo, nem há que se falar em problema da validade desse contrato, uma vez que a ausência da manifestação da vontade implica na própria inexistência do negócio jurídico e, não existindo, não há que se falar na validade.

De fato, o problema permanece para aqueles que, em razão da deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, mas que, por óbvio, conseguem exprimir sua vontade. Tem-se, portanto, um problema de validade no negócio jurídico, no caso de um contrato de consumo, em que a pessoa pretende contratar, mas que, em razão da sua deficiência mental e seu discernimento limitado, não terá noção da consequências e eventuais prejuízos que esse contrato possa lhe trazer.

Não se pode negar que o sujeito, ao assumir qualquer responsabilidade patrimonial por meio de um contrato, deve ter totais condições de aferir as conveniências desse negócio jurídico, livres de quaisquer interferências de “elementos que perturbem ou alterem gravemente o procedimento de exteriorização de sua declaração negocial e de concluir o negócio com determinado conteúdo”¹⁴⁰.

Importa salientar que quando há invalidade, essa se apresenta como uma sanção em razão da inobservância dos preceitos legais, de modo que o autor do negócio inválido não usufrua dos resultados vantajosos desse negócio jurídico, caso o mesmo fosse válido.

Deste modo, quando a manifestação da vontade – elemento essencial do negócio jurídico – se revela viciada o ordenamento jurídico invalida o negócio jurídico, seja porque o sujeito pode ter sido desviado no momento de avaliar a oportunidade e a conveniência daquele contrato, incidindo nas hipóteses de defeitos do negócio jurídico¹⁴¹ ou mesmo porque lhe faltou discernimento para compreensão daquele ato, por razões físico-psíquicas.

Assim, sendo invalidado o negócio jurídico, estaria ocorrendo a proteção daquele sujeito que não tinha condições de fazer uma manifestação de vontade livre. O negócio será, portanto, nulo ou anulável, a depender do grau de infringência da norma.

Na análise precisa do plano validade, cumpre destacar que nele ingressam apenas os atos jurídicos, especialmente os negócios jurídicos. Conforme bem preleciona Paulo Lôbo,

¹⁴⁰ 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. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 210 Disponível em: < <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19707>> Acesso em: 12 nov. 2018.

¹⁴¹ O CCB/2002 trata dos defeitos do negócio jurídico dos arts. 138 a 165, reputando ser anulável o negócio jurídico celebrado com esses vícios. Tratam-se do erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores.

Os fatos jurídicos em sentido estrito e os atos-fatos jurídicos não se sujeitam ao plano da validade, sendo diretamente eficazes ou não. O plano da validade é uma espécie de filtro da sanidade dos atos jurídicos, para que possam produzir os efeitos que lhes são próprios. Juridicamente, os negócios jurídicos ou são válidos ou inválidos, exame que se faz conferindo os requisitos de validade que o direito adota. O suporte fático de ato jurídico inválido é deficiente, ainda que seja suficiente, pois para ser deficiente é necessário que exista = seja suficiente. Se o suporte fático for insuficiente não terá atingido o plano da existência; não terá existido.¹⁴²

Paulo Lôbo ainda destaca que o desenvolvimento dos três planos do mundo jurídico é recente, sendo que no Direito Romano desconhecia a distinção entre nulidade de existência. Por isso, ainda é perceptível certa confusão entre nulidade e inexistência, que deve ser evitada na medida que se tratam de coisas distintas. É importante frisar que os negócios jurídicos são nulos ou anuláveis e, portanto, existentes e capazes de produzir efeitos no mundo jurídico¹⁴³.

É importante fazer a distinção entre nulidade e anulabilidade, que são espécies de invalidade.

Quando o ordenamento jurídico considera que o que foi violado extrapolou os interesses privados, atingindo, também, valores sociais ou públicos, fala-se em causas de nulidade. Verifica-se algumas hipóteses nos arts. 166 e 167 do CCB/2002. Nesses casos, pode o juiz conhecer de ofício a nulidade, sendo que tal negócio não poderá ser convalidado, diante da gravidade da violação.

A nulidade também pode ser uma opção do legislador, principalmente quando se tratar de proteção de vulneráveis, conforme se verifica, por exemplo, na proteção do consumidor quando CDC classifica como abusivas as cláusulas que atingem a coletividade de utentes e adquirentes de produtos e serviços lançados no mercado de consumo¹⁴⁴.

Por outro lado, será anulável o negócio jurídico quando não houver interesse público, limitando-se aos interesses dos envolvidos, sendo que tal negócio poderá ser convalidado e a anulabilidade poderá ser suscitada apenas pelas partes interessadas.

¹⁴² LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 309.

¹⁴³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 310

¹⁴⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 310

Em que pese as diferenças, ambos tem um ponto em comum¹⁴⁵ que consiste na privação do negócio jurídico de produzir efeitos, agindo de forma retroativa para apagar os efeitos parciais ou totais até então produzidos pelo negócio jurídico desde início na maioria dos casos¹⁴⁶. Isto por ser extraído do art. 182 do CCB/2002 que dispõe que “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”.

Cumprido destacar que não se pretende nesse trabalho abarcar todas as hipóteses de negócio nulo ou anulável e tampouco adentrar nas discussões doutrinárias sobre a possibilidade ou não de um negócio nulo produzir efeitos. Objetiva-se, aqui, tão somente demonstrar os principais aspectos do tema, tendo em vista que, na hipótese de se considerar se um contrato de consumo celebrado por uma pessoa com déficit mental é inválido, é importante apontar se tal invalidade se revela numa hipótese de nulidade ou de anulabilidade.

Por se tratar de assunto umbilicalmente ligado à teoria das incapacidades, há um ponto na distinção entre o nulo e o anulável que merece atenção. Trata-se da possibilidade ou não da aplicação de prazos decadenciais e prescricionais para alegação da invalidade.

No negócio jurídico nulo não há que se falar em decadência de prescrição, enquanto os anuláveis são submetidos a tais prazos. Nesse aspecto, importa a análise dos arts. 198¹⁴⁷ e 208¹⁴⁸, que apontam que não correm os prazos de prescrição e decadência contra os absolutamente incapazes quando realizam negócios jurídicos.

Embora já se tenha feito a ressalva que tal assunto trata de problema de pesquisa diverso, que comporta análise detalhada, não se pode ignorar o reflexo dessa importante alteração legal no objeto desse trabalho.

Se na vigência da redação original do art. 3º do CCB/2002 a pessoa com deficiência mental que tinha o discernimento reduzido para a prática dos atos da vida civil era absolutamente incapaz, conseqüentemente os negócios jurídicos por ela celebrados, sem a devida representação eram nulos.

¹⁴⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 312

¹⁴⁶ Destaca-se que nem sempre será possível apagar os efeitos produzidos pelo negócio jurídico. Assim, pode-se afirmar que um negócio jurídico nulo pode ser eficaz. No campo do Direito das Famílias fica mais evidenciado a dificuldade da aplicação da teoria das invalidades de forma plena. Exemplifica-se com o casamento putativo.

¹⁴⁷ Art. 198 do CC/2002: Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º.

¹⁴⁸ Art. 208 do CC/2002: Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.

Todavia, na esteira da nova legislação não há que se atribuir invalidade a tal negócio jurídico em razão da capacidade plena atribuída a essa pessoa. De tal modo, conforme já mencionado, a única opção possível seria enquadrá-la como relativamente incapaz (embora torna-se difícil tal situação para análise do que se propõe, uma vez que faltaria a manifestação de vontade e conseqüentemente o negócio jurídico seria inexistente).

Lado outro, ainda que se enquadrasse tal pessoa como relativamente incapaz já seria possível observar uma desproteção em relação ao texto original da lei, uma vez que, nesse caso, o negócio jurídico não será mais nulo, mas sim anulável e conseqüentemente tal invalidade não poderá ser conhecida de ofício, bem como estará sujeita aos prazos previstos em lei.

Conforme destacado, em razão do texto legal, não há que se falar em invalidade desse negócio, já que agora essa pessoa plenamente capaz. Todavia, deve-se analisar os eventuais prejuízos desse contrato no caso concreto e contrapor essa validade legal com os princípios constitucionais, bem como com a legislação internacional de modo a harmonizar essa capacidade que foi conferida às pessoas com déficit psíquico ou mental com os direitos humanos da pessoa com deficiência, análise que será abordada no terceiro tópico dessa dissertação.

2.2. A importância da aferição do grau de afetação da autonomia como condição para aferimento do grau de vulnerabilidade

No tópico anterior restou evidenciado o destaque ímpar da manifestação da vontade na celebração dos negócios jurídicos. Destacou-se que vontade não pode ser viciada para que o negócio jurídico fique em consonância com o ordenamento jurídico, estando, pois, perfeito e apto para produzir efeitos.

Ocorre que a situação da pessoa com déficit psíquico ou mental é peculiar, uma vez que agora a mesma pode celebrar contratos sem qualquer tipo de assistência ou de representação, tendo em vista alteração promovida pelo EPD na teoria das incapacidades no CCB/2002.

Embora se reconheça o viés inclusivo e humanitário da CDPD ao promover a capacidade plena da pessoa com deficiência, não se pode ignorar que essa pessoa ostenta condição de sujeito hipervulnerável, que merece atenção redobrada e uma proteção diferenciada para que não ocorra um desequilíbrio contratual.

Deste modo, para fins de proteção jurídica, não se parece adequado igualar a pessoa com déficit psíquico ou mental com uma pessoa que tenha total autonomia de suas faculdades mentais. Muito menos quando se tratar de contratos de consumo, que por si só, já coloca essa pessoa em posição de desvantagem pelo simples fato de ser consumidora, e não necessariamente por ser pessoa com deficiência.

Por outro lado, dar proteção excessiva à pessoa com deficiência, em postura altamente paternalista, vai contra os preceitos da CDPD e, conseqüentemente, do EPD, de modo que uma interpretação totalmente protetiva pode configurar, inclusive, um retrocesso às conquistas normativas das pessoas com deficiência nas últimas décadas.

Conseguir o meio termo é tarefa árdua. Num primeiro momento pode-se afirmar que não há igualdade entre as partes, tendo em vista que o discernimento daquele que tem deficiência mental está prejudicado frente a uma pessoa sem qualquer tipo de deficiência mental ou psíquica. Num segundo momento, verifica-se que não se pode tolher a capacidade contratual dessa pessoa, uma vez que a mesma consegue exprimir sua vontade, não sendo o caso de classificá-la como relativamente incapaz nos termos do art. 4º, III do CCB/2002.

Entretanto, é possível notar que cerne da questão é pautado no discernimento. Sendo o discernimento o ponto de destaque da teoria das incapacidades deve-se aferir o grau de afetação desse discernimento, para que se possa determinar o grau de proteção dessa pessoa com deficiência mental, com vistas a não afastar a sua capacidade que lhe fora concedida.

Em que pese o texto da CRFB/1988 datar de três décadas, com seu projeto personalista, o Direito Civil ainda sofria (ou mesmo ainda sofre) com o então caráter binário da teoria das incapacidades, pautado numa simplificação inadmissível da questão, que tem por reduzir o problema de proteção das pessoas com o discernimento limitado à criação de duas espécies comunicáveis: os capazes e os incapazes¹⁴⁹.

Conforme já se destacou, tornou-se imperiosa a necessidade de se graduar a forma de trabalhar a incapacidade de pessoa, que se encontrava numa verdadeira

¹⁴⁹ SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável. 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. 275.

prisão dentro do antigo sistema de incapazes, uma vez que era pautado na substituição de vontades e, conseqüentemente, não estava apto para lidar com os diferentes graus de discernimento das pessoas.

Em que pese o sistema até então fechado da teoria das incapacidades, a doutrina mais atenta à promoção dos direitos humanos da pessoa com deficiência já criticava o antigo sistema e defendia uma forma de proteção mais individualizada, de modo a atender as necessidades de cada pessoa, tendo em vista especificamente a sua deficiência¹⁵⁰.

Na lição de Stefano Rodotà

Trata-se agora de reconhecer esse andamento *irregular* da vida, substituindo um direito que já decidiu uma vez por todas por uma disciplina que reconhece e acompanha a variedade das situações concretas, fazendo de vez em quando emergir aquelas nas quais pode assumir relevo a vontade da pessoa que, de outra forma, seria reputada incapaz [...] Nasce, assim, um direito fático, que não afasta de si a vida, mas busca penetrá-la; que não fixa uma regra imutável, mas desenha um procedimento para o contínuo e solidário envolvimento dos sujeitos diversos; que não substitui à vontade do “débil” o ponto de vista de um *outro* (como quer a lógica do paternalismo), mas cria as condições que o “débil” possa desenvolver um ponto de vista *próprio* (segundo a lógica do apoio).¹⁵¹

Deste modo, com as alterações na teoria das incapacidades provocadas pelo EPD, observa-se a premente necessidade de se prestigiar as escolhas da pessoa com deficiência psíquica ou mental, em especial, em matérias existenciais. Todavia, também não se pode ignorar as escolhas dessa pessoa em assuntos patrimoniais, principalmente porque ela agora está apta a celebrar negócios jurídicos sem assistência ou representação.

Inobstante a crítica apontada ao parágrafo único do art. 10 do EPD com relação à vulnerabilidade da pessoa com deficiência que passa a se dar apenas em casos específicos como situações de risco, emergência ou estado de calamidade

¹⁵⁰ Sobre o assunto, Célia Barbosa Abreu já destacava a necessidade de flexibilizar a curatela, de modo a fazer uma releitura do instituto à luz da CRFB/1988. Demonstra a necessidade da fixação dos limites da curatela no caso concreto, evitando-se, assim, que o instituto seja aplicado de forma genérica. Fala-se então na “curatela sob medida”. In: ABREU, Célia Barbosa. **Curatela & Interdição Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

¹⁵¹ RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole: tra diritto e non diritto**. Roma: La Feltrinelle, 2006. apud SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável. 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. 277. Tradução livre dos referidos autores e grifos do original.

pública, não ignora o fato da pessoa com deficiência ser vulnerável pelo simples fato de ter qualquer tipo de deficiência.

Questiona-se, então, se é possível atribuir graus à vulnerabilidade da pessoa com deficiência psíquica ou mental, de modo a observar a afetação do comprometimento da autonomia e, conseqüentemente, analisar a validade de determinado contrato de consumo no caso concreto.

Isto porque a maior ilusão seria acreditar que todas as pessoas com deficiência psíquica ou mental estariam nas mesmas condições. Há diversos tipos de déficits mentais que afetam o grau de discernimento do sujeito e, conseqüentemente, sua autonomia.

À vista disso, revela-se de suma importância identificar esse grau de afetação no discernimento do sujeito de modo a verificar se é necessária ou não, uma interferência estatal na sua liberdade de contratar. Garantir a autonomia do sujeito é, portanto, a condição para que se possa trabalhar com a ideia de isonomia entre as partes de um contrato.

Entretanto, a conceituação de autonomia¹⁵² não é tarefa simples e muito menos pacífica na doutrina.

No magistério de Joseph Raz

a autonomia se opõe a uma vida escolhas forçadas. Ela contrasta com uma vida de ausência de escolhas ou de se deixar levar pelas correntezas da vida, ao longo da mesma, sem jamais exercer sua capacidade de escolha. É evidente que a vida autônoma exige que a pessoa tenha, até certo grau, consciência de si mesma.¹⁵³

No âmbito do Direito Civil a noção de autonomia está umbilicalmente ligada aos negócios jurídicos. Observa-se, contudo, uma evolução do conceito de autonomia da vontade para a autonomia privada.

¹⁵² Para John Christman “ser autônomo é ser a própria pessoa, ser dirigido por considerações, desejos, condições e características que não são simplesmente impostas externamente a uma, mas fazem parte do que pode de alguma forma ser considerado autêntico. A autonomia neste sentido parece um valor irrefutável, especialmente porque o seu oposto - guiado por forças externas ao eu e que não se pode abraçar autenticamente - parece marcar o auge da opressão. Mas especificar mais precisamente as condições da autonomia inevitavelmente desencadeia controvérsias e convida o ceticismo sobre a afirmação de que a autonomia é um valor não qualificado para todos os indivíduos”. CHRISTMAN, John. Autonomy in Moral and Political Philosophy. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring 2015 Edition. Edward N. Zalta ed. Stanford: Metaphysics Research Lab, 2015. Tradução Livre.

¹⁵³ RAZ, Joseph. **A moralidade da liberdade**. Tradução de Henrique Blecher, Leonardo Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 348.

A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do Direito Privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de Direito Privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o Direito Obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do Direito, psicológica, autonomia privada, poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas. Se quisermos tornar mais específico o tema, podemos dizer que subjetivamente, autonomia privada é o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, em oposição ao caráter dos ordenamentos constituídos por outros.¹⁵⁴

Segundo Caio Mário¹⁵⁵ a autonomia da vontade é pautada como princípio pelo qual se lhe reconhece o poder criador dos efeitos jurídicos que se “enuncia por dizer que o indivíduo é livre de, pela declaração de sua própria vontade, em conformidade com a lei, criar direitos e contrair obrigações”.

Todavia, o próprio autor ressalva que há um estreitamento da participação da autonomia da vontade cada vez mais acentuado, uma vez que em razão das regras de convivência social, tal princípio se subordina às imposições de ordem pública, que implica numa restrição da autonomia da vontade¹⁵⁶.

Luigi Ferri assevera que a autonomia privada deve ser caracterizada como um poder normativo, enquanto o negócio jurídico é uma fonte normativa¹⁵⁷. O autor ainda destaca que o reconhecimento da dignidade humana pressupõe que a pessoa pode se realizar autonomamente, situação na qual não seria possível se não fosse reconhecida uma esfera de liberdade¹⁵⁸.

Nas lições de Marcelo Schenk Duque

Autonomia privada é um princípio abstrato, que adquire no ordenamento jurídico privado uma configuração concreta [...] Autonomia privada significa, portanto, o reconhecimento da autodeterminação do particular na configuração de suas relações jurídicas, mesmo frente a determinações alheias. Dizer que se reconhece ao particular o direito desenvolvimento de

¹⁵⁴ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 478-479.

¹⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 478-479.

¹⁵⁷ FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Granada: Comares, 2001, p. 87-88.

¹⁵⁸ FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Granada: Comares, 2001, p. 202.

sua personalidade, significa que se reconhece a possibilidade de autodeterminação dos objetivos e meios de sua atuação. Com isso, a autonomia privada aparece como uma forma de proteção da liberdade garantida jurídico-fundamentalmente.¹⁵⁹

Objetivando promover uma distinção entre autonomia privada patrimonial e autonomia da vontade, Rodrigo Pereira Moreira destaca que a autonomia da vontade está pautada numa concepção individualista e liberal, principalmente a partir das obras de Kant, de modo a garantir a possibilidade das pessoas realizarem uma auto-regulamentação de seus interesses a partir da liberdade de firmar obrigações. O autor ainda destaca que esta autonomia está fundada no dogma de uma vontade livre e ilimitada para celebração de negócios jurídicos, situação que não ocorre no campo da autonomia privada, uma vez que esta sofre as limitações impostas pelo ordenamento jurídico. Assim, a vontade a prevalecer não é mais aquela interna, mas sim aquela visualidade do ponto de vista externo¹⁶⁰.

Na doutrina de Pietro Perlingieri pode-se extrair um conceito de autonomia privada – para um mero ponto de partida, conforme destaca o autor - como “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequências de comportamentos – em qualquer medida – livremente adotados”¹⁶¹.

Segundo Emílio Betti

A autonomia – como autoridade, e como *potestas*, de auto-regulação dos próprios interesses e relações exercidas pelo próprio titular deles – pode ser reconhecida pela ordem jurídica estadual com duas funções distintas e diversas: a) Pode ser reconhecida como fonte de normas jurídicas, destinadas a fazer parte integrante da própria ordem jurídica, que a reconhece, precisamente, como fonte de direito subordinada e dependente; b) Pode ser, além disso, reconhecida como pressuposto e causa geradora de relações jurídicas já disciplinadas, em abstracto e em geral, pelas normas dessa ordem jurídica.¹⁶²

¹⁵⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: *drittwirkung* dos direitos fundamentais**, a construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 150-151.

¹⁶⁰ MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: caminhos para proteção e promoção da pessoa humana**. 2015. 290f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015, p. 221. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13228>>. Acesso em 04 jan. 2019.

¹⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 335.

¹⁶² BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1950, p. 97-98.

Para o jurista italiano a autonomia privada é aquela reconhecida pela ordem jurídica no campo do direito privado, exclusivamente na segunda das funções indicadas, ou seja, como uma atividade que cria, modifica ou extingue relações jurídicas particulares, é causa geradora das relações jurídicas já disciplinadas. Segundo o autor, a manifestação precípua dessa autonomia é o próprio negócio jurídico¹⁶³.

Verifica-se, assim, que pelo princípio da autonomia privada, pode-se facilmente identificar, no direito civil, o poder de autodeterminação da pessoa. Nessa seara, o indivíduo pode desenvolver sua personalidade, tendo sua vontade como fato primordial para organizar sua vida, desde que respeitados os limites legais¹⁶⁴.

Perlingieri¹⁶⁵ ainda destaca a impossibilidade de se propor uma noção de autonomia baseada somente sobre o privado, principalmente quando a regulação de interesses é fruto do encontro de vontades de entres públicos. Assim, o autor adverte que a expressão “autonomia privada” pode induzir a erro e destaca que a expressão “autonomia negocial” é mais idônea a acolher a vasta gama das exteriorizações da autonomia, também sendo capaz de se referir às hipóteses dos negócios com estrutura unilateral, bem como daqueles com conteúdo não patrimonial.

Deste modo, Perlingieri conceitua autonomia negocial como “o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento jurídico ao sujeito de direito público ou privado de regular suas próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos, ainda que não necessariamente próprios”¹⁶⁶.

De certa forma, não se propõe aqui a fazer uma análise detalhada sobre a autonomia¹⁶⁷ e, conseqüentemente, sobre suas espécies, seja pelo afastamento do objeto de pesquisa, bem como pela própria impossibilidade de tratar de assunto totalmente controvertido em poucas páginas.

O que se pretende é demonstrar que para a validade do negócio jurídico, a autonomia da pessoa com déficit psíquico ou mental tem que ser preservada, de modo

¹⁶³ BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1950, p. 98.

¹⁶⁴ MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: caminhos para proteção e promoção da pessoa humana**. 2015. 290f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015, p. 219-220. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13228>>. Acesso em 04 jan. 2019.

¹⁶⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338.

¹⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338.

¹⁶⁷ Sobre autonomia e suas limitações, cf. REQUIÃO, Maurício. Autonomia e suas limitações. **Revista de Direito Privado**. v. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

que a mesma tenha noção dos limites do que está contratando. Assim, deve-se ter em mente qual o grau de afetação na autonomia, em razão de sua debilidade mental, para que se possa aferir a extensão da sua vulnerabilidade.

Conforme se destacou, a teoria das incapacidades está ligada ao grau de discernimento do sujeito. Há pouco tempo atrás estava-se diante de um critério que não admitia gradação desse discernimento, de modo que o sujeito era considerado capaz ou incapaz.

Demonstrou-se que tal sistema se revelava insuficiente para a proteção da pessoa com deficiência, uma vez que sua vontade deve ser observada, sob pena de excluir a pessoa com deficiência mental da sociedade.

Lado outro, da mesma forma que a generalização entre “capaz” e “incapaz” se mostrava insuficiente para a proteção das pessoas com deficiência, se todas essas pessoas forem tomadas como “capazes”, notadamente alguns desses sujeitos serão levados a um caminho de desproteção, principalmente por não ter o mesmo grau de autonomia de outras pessoas com deficiência.

Não se pretende aqui valer-se de conceitos da medicina para determinar quais déficits mentais são incapacitantes e, conseqüentemente, qual o grau de autonomia cada um pode retirar do sujeito. Sabe-se que tal problema deve ser aferido no caso concreto. Até mesmo porque uma doença pode tolher determinar grau de autonomia de modo diverso em cada pessoa.

O que se objetiva é deixar claro que se deve evitar a generalização proposta inicialmente pelo EPD no sentido de que todas as pessoas com deficiência psíquica, mental ou intelectual são capazes, uma vez que apenas no caso concreto será possível aferir o grau de afetação da autonomia do sujeito e, conseqüentemente, o discernimento de cada um para a prática de atos negociais, no caso, de contratos de consumo.

Deste modo, tem-se pela impossibilidade de uma análise genérica de pessoa com deficiência mental ou psíquica para que se possa delimitar os parâmetros de sua proteção. Há que se reconhecer a capacidade atribuída as pessoas com deficiência pelo EPD, bem como não se deve descartar o fato de que algumas pessoas com déficit psíquico ou mental não estão nas mesmas condições de outras pessoas com esses déficits. Deve-se, contudo, na análise do caso concreto identificar o grau de afetação no discernimento dessas pessoas para assim verificar o grau de vulnerabilidade de cada um, com vistas a fornecer uma proteção adequada,

garantindo sua capacidade e sua dignidade, mas não deixando seu patrimônio exposto e desprotegido.

2.3. A relação do novo sujeito emancipado com os contratos de consumo

Conforme foi trabalhado no primeiro tópico, a pessoa com deficiência psíquica ou mental não gozava de proteção legal diferenciada em razão de sua deficiência, quando celebrava contratos de consumos.

Nesse caso, recebia a proteção normativa do CDC pelo fato de ser vulnerável como consumidor. Importa recordar que o CDC não fazia qualquer referência expressa à pessoa com deficiência enquanto consumidora. Deste modo, além da proteção genérica da legislação consumerista, a pessoa com deficiência mental também recebia a proteção genérica da legislação civil, pautada no sistema de substituição de vontades, uma vez que para que essa pessoa pudesse celebrar contratos de consumo ela deveria estar representada, sob pena de invalidade do negócio jurídico celebrado.

Todavia, em que pese a ausência de expresse dispositivo legal em relação aos direitos da pessoa com deficiência no CDC, pode-se extrair uma proteção diferenciada quando o código¹⁶⁸ considera como prática abusiva o fato do fornecedor se valer da fraqueza ou ignorância do consumidor em razão de sua saúde para lhe impor produtos ou serviços. Trata-se da figura do hipervulnerável, trabalhada em tópico próprio.

Outrossim, a doutrina e a jurisprudência reconheciam a situação peculiar da pessoa com deficiência exposta ao mercado de consumo, compreendendo que a mesma não poderia figurar em situação de igualdade com outras pessoas que não tinham qualquer tipo de deficiência.

Entretanto, conforme já explanado, o EPD, além de promover a substancial alteração na teoria das incapacidades, alterando o CCB/2002 para emancipar as pessoas com déficit psíquico ou mental, que não tinham discernimento para a prática dos atos da vida civil, também se referiu expressamente à pessoa com deficiência enquanto consumidora, quando trata do acesso à comunicação e à informação, no

¹⁶⁸ Art. 39, IV do CDC

citado art. 69¹⁶⁹, que determina que o fornecedor deve deixar de forma clara e precisa as informações sobre eventuais riscos à saúde e à segurança do consumidor com deficiência.

Por outro lado, em que pese o esforço legislativo de assegurar a proteção ao consumidor com deficiência, conforme expressa referência no art. 69 do EPD, o verdadeiro dispositivo parece desnecessário, uma vez praticamente repete a essência art. 31 do CDC¹⁷⁰, dispositivo que, inclusive, faz expressa referência.

Assim, embora o art. 69 do EPD possa aparentar ser supérfluo ou até mesmo desnecessário, o mesmo tem por intuito reforçar a ideia de proteção diferenciada que a pessoa com deficiência merece, especialmente nas relações de consumo, diante da sua condição de sujeito hipervulnerável.

Deste modo, quando a pessoa com déficit psíquico ou mental, na condição de consumidora, celebra contratos com determinado fornecedor de produtos ou serviços, os chamados contratos de consumo, deve-se atentar não apenas à base principiológica contratual ofertada pelo CDC, bem como aos direitos humanos dessas pessoas, especialmente aos preceitos da CDPD, de modo a garantir proteção adequada à pessoa com deficiência.

2.3.1. A proteção jurídica da pessoa com deficiência na sociedade de consumo

As pessoas com deficiência também estão inseridas no mercado de consumo, tendo em vista que o ser humano em todos os dias se figura como consumidor, em diversas situações da sociedade atual.

A proteção dessas pessoas extrapola o campo normativo do CDC e ganha destaque, inclusive, no texto constitucional que dispõe de uma série de dispositivos

¹⁶⁹ Art. 69 do EPD: O poder público deve assegurar a disponibilidade de informações corretas e claras sobre os diferentes produtos e serviços ofertados, por quaisquer meios de comunicação empregados, inclusive em ambiente virtual, contendo a especificação correta de quantidade, qualidade, características, composição e preço, bem como sobre os eventuais riscos à saúde e à segurança do consumidor com deficiência, em caso de sua utilização, aplicando-se, no que couber, os arts. 30 a 41 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990.

¹⁷⁰ Art. 31 do CDC. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével.

ressaltando a obrigação de se dar proteção adequada às pessoas com deficiências, a exemplo do art. 227, §2º da CRFB/1998 que determina sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas com deficiência.

Registre-se, ainda, a proteção dada pela CDPD, incorporada ao ordenamento jurídico com status de norma constitucional e, conseqüentemente, o EPD que enraizou no Brasil os preceitos da referida Convenção e atraiu a atenção da doutrina brasileira, que começou a (re)discutir o papel da pessoa com deficiência na sociedade.

Todavia, em que pese o farto conteúdo normativo, a pessoa com deficiência por muitas vezes é esquecida pelos fornecedores no sentido de que também participa da sociedade de consumo.

Conforme bem destaca Adolfo Mamoru Nishiyama é provável que não se trate de um simples esquecimento, mas sim de uma verdadeira exclusão social, principalmente em razão dos elevados custos que a acessibilidade traz para os empresários e para o próprio Estado. Segundo o referido autor “os chamados ‘consumidores falhos’ são um custo para a sociedade e, por essa razão, é mais fácil excluí-los do mercado de consumo. Esse é um cálculo utilitarista que viola dos direitos humanos”¹⁷¹.

Zygmunt Bauman refere-se aos “consumidores falhos” como ervas daninhas do jardim de consumo, sendo aquelas pessoas que não se empolgam com as ações de marketing, não tem dinheiro e nem cartões de créditos e, por isso, os fornecedores precisam identificar esses clientes para excluí-los e assim, gastarem seu tempo com quem tem maiores condições de consumir¹⁷².

Nessa situação, é possível incluir as pessoas com deficiência, uma vez que conforme se destacou, há elevados custos com acessibilidade que fazem com que a pessoa com deficiência seja, não apenas irrelevante para o fornecedor, mas acabe sendo considerada como um peso, tendo em vistas as disposições legais que obrigam a adoção de determinadas medidas em favor da pessoa com deficiência.

¹⁷¹ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá. 2016, p. 200.

¹⁷² BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 11.

É lamentável verificar que inobstante a grande proteção normativa em favor da pessoa com deficiência, as empresas diariamente violam seus direitos com intuito de aferirem cada vez mais lucros.

A questão central da proteção constitucional das pessoas com deficiência nas relações de consumo é a acessibilidade. Sem acessibilidade, não há consumo. Sem acessibilidade, não há inclusão. A autonomia das pessoas com deficiência no mercado de consumo passa necessariamente pelo acesso. Esse direito começa pela acessibilidade dos logradouros públicos e passa por meio de transporte coletivo. Os prédios públicos e privados também devem ser acessíveis.¹⁷³

Em que pese o reconhecimento do direito à acessibilidade¹⁷⁴ como um direito fundamental da pessoa com deficiência não ser o objeto desse trabalho, é impossível dissociar a participação efetiva da pessoa com deficiência psíquica ou mental em um contrato de consumo, quando não há acessibilidade.

A total ausência de acessibilidade impede, inclusive, o enfretamento do problema de pesquisa proposto, uma vez que se analisa os impactos causados pela emancipação da pessoa com deficiência psíquica ou mental em contratos de consumos celebrados.

Conforme se tem discutido, estar-se-á diante de um problema de validade do negócio jurídico, uma vez que a capacidade do agente pode se revelar como um pronto de entrave para o aperfeiçoamento desse negócio jurídico. Assim, parte-se do pressuposto que na celebração de eventual contrato de consumo a pessoa com deficiência não tenha enfrentado problemas de acessibilidade, oportunidade em que se analisará se a mesma tinha discernimento para prática daquele ato, bem como todos as vantagens e todos os prejuízos que ela poderia ter com a celebração daquele negócio.

Contudo, não se ignora que o problema da pessoa com deficiência na sociedade de consumo vai muito além do seu discernimento para a celebração dos chamados contratos de consumo, pois, conforme se verificou, a pessoa com deficiência já enfrenta problema histórico com relação à acessibilidade, sempre tendo ficado em situação de desvantagem na sociedade.

¹⁷³ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá. 2016, p. 202.

¹⁷⁴ Sobre o direito fundamental à acessibilidade, cf. NUNES, Renato de Souza. Reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência na garantia do direito fundamental à acessibilidade. In: OLIVEIRA, Alexandre Máximo; BORGES, Guilherme Caixeta; ALAMY, Naiara Cardoso de Gomide da Costa. **Tendências constitucionais no direito do século XXI**. Patos de Minas: FEPAM, 2018.

Desta forma, não se pode esquecer ou ignorar a situação peculiar da pessoa com deficiência na sociedade de consumo, devendo-se, assim, promover uma proteção adequada.

Conforme aponta Adolfo Nishiyama as normas matrizes ou normas origens da defesa do consumidor estão nos arts. 5º, XXXII¹⁷⁵ e 170, V¹⁷⁶ da CRFB/1988, bem como no art. 48 do ADCT¹⁷⁷. Por sua vez, são nos arts. 227, §2º¹⁷⁸ e 244¹⁷⁹ da CRFB/1988 que podem ser extraídas as normas matrizes da proteção da pessoa com deficiência. Assim, a partir dessas normas constitucionais podem-se traçar os caminhos para a proteção das pessoas com deficiência na sociedade de consumo. O autor ainda destaca que “o sistema jurídico permite o diálogo e a integração entre a proteção das pessoas com deficiência e a defesa do consumidor. A *origem* dessa integração é a Constituição Federal”¹⁸⁰.

Pelo exposto, considerando as normas constitucionais e principalmente pelo fato de ser a dignidade humana um dos fundamentos da República, resta evidenciado que a proteção das pessoas com deficiência na sociedade de consumo é necessária, principalmente diante de sua vulnerabilidade agravada quando ostenta a condição de consumidora. Deste modo, deve-se promover a integração das normas protetivas por meio de um diálogo, de modo a garantir a dignidade humana da pessoa com deficiência.

2.3.2. *Contratos de consumo: aspectos gerais*

Conforme já se destacou, o contrato é um negócio jurídico bilateral em que se representa um acordo de vontades entre as partes envolvidas, consistindo na criação de obrigações, bem como o conteúdo delas.

¹⁷⁵ Art. 5º, XXXII da CRFB/1988: o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

¹⁷⁶ Art. 170 da CRFB/1988: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor.

¹⁷⁷ Art. 48 do ADCT: O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor

¹⁷⁸ Art. 227, §2º da CRFB/1988: A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

¹⁷⁹ Art. 244 da CRFB/1988: A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2.

¹⁸⁰ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá. 2016, p. 206-207.

O conceito de contrato de consumo pode ser extraído das lições de Cláudia Lima Marques como sendo “todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens e serviços”. A autora ainda destaca que esta terminologia tem como mérito “englobar todos os contratos civis e mesmo mercantis, nos quais, por estar presente em *um dos polos* da relação um consumidor, existe um provável desequilíbrio entre os contraentes”¹⁸¹.

Pelo próprio conceito de contrato de consumo, torna-se necessário identificar e compreender quem pode ser considerado consumidor e quem será considerado fornecedor. De toda forma, cumpre ressaltar que não é objeto dessa pesquisa propor o que seria uma conceituação adequada desses dois termos, principalmente tendo em vista a discussão doutrinária sobre o assunto.

O conceito legal de consumidor pode ser extraído do art. 2º do CDC que é claro ao afirmar que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Trata-se do que a doutrina chama de consumidor “standard”. O parágrafo único do referido artigo informa o quem é o consumidor por equiparação quando afirma que “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Cláudia Lima Marques conceitua consumidor como

o não profissional, aquele que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto e serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada de sociedade “de consumo” ou de massa¹⁸².

Embora o conceito legal de consumidor possa parecer simples, Bruno Miragem destaca que é a expressão “destinatário final”¹⁸³ que demanda uma atenção

¹⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 301.

¹⁸² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 302.

¹⁸³ A doutrina apresenta três teorias para explicar o conceito de consumidor. De forma sintetizada, segundo Humberto Theodoro Júnior, com apoio em Cláudia Lima Marques, temos: a) *A teoria finalista*, que “restringe a conceituação de consumidor, para abarcar apenas o não profissional, seja ele pessoa física ou jurídica. Desta forma, estar-se-ia conferindo um maior nível de proteção, pois ‘a jurisprudência será construída sobre casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede’”; b) *A teoria maximalista* entende o CDC como “um Código geral sobre o consumo, aplicável a ‘todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de

diferenciada, tendo em vista que ela pode admitir diversas interpretações. Assim, o autor defende que o conceito de consumidor deve ser interpretado a partir de dois elementos: o primeiro, a aplicação do princípio da vulnerabilidade e o segundo, a destinação econômica não profissional do produto ou serviço¹⁸⁴.

Já o conceito legal de fornecedor pode ser extraído do art. 3º do CDC que dispõe:

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

§1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Conforme ensina Cláudia Lima Marques tal conceito se trata de uma definição bem ampla. A autora aponta que quanto ao fornecimento de produtos o critério que caracteriza é o desenvolvimento de atividades tipicamente profissionais, como a importação, produção e comercializando, indicando também a necessidade de certa habitualidade, como a transformação e distribuição de produtos. Marques ainda destaca que quanto ao fornecimento de serviços o CDC foi mais conciso, uma vez que mencionou apenas o critério de desenvolver atividades de prestação de serviços¹⁸⁵.

Compreendidos os conceitos de consumidor e fornecedor, pode-se avançar nos aspectos gerais dos contratos de consumo, uma vez que só há relação de consumo quando há presença dos dois sujeitos, sendo que o objeto dessa relação será um produto ou um serviço.

fornecedores, ora de consumidores'. Desta forma, ampliam sobremaneira a noção de consumidor, adotando um critério puramente objetivo". Para essa teoria "destinatário final, portanto, é conceituado segundo uma análise meramente fática: é quem retira o produto ou o serviço do mercado e o utiliza, o consome, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço'. O aspecto econômico, destarte, não é relevante"; c) *A teoria do finalismo aprofundado*, que segundo Theodoro Júnior abrandou a concepção finalista para incluir no conceito de destinatário final a ideia de hipossuficiência. Deste modo, leva-se em conta a destinação fática do bem ou serviço bem como a vulnerabilidade do adquirente. In. THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor** [livro eletrônico]. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹⁸⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

¹⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 407-408.

Pelo conceito legal de fornecedor, pode-se verificar que tanto uma pessoa física quanto uma pessoa jurídica podem ser enquadradas como fornecedoras. Deste modo, pode-se questionar se é possível que uma pessoa com déficit psíquico ou mental possa celebrar contratos de consumo na condição de fornecedora e se esse contrato também seria válido pelos menos motivos até então apontados, ou seja, em razão da emancipação promovida pelo EPD em razão das alterações promovidas no CCB/2002 na teoria das incapacidades.

Nesse aspecto, não há dúvidas de que a pessoa com deficiência psíquica ou mental possa celebrar contratos na condição de fornecedora. Impedir essa situação também configuraria desrespeito e discriminação da pessoa com deficiência. Ademais, conforme já tratado exaustivamente, agora não há qualquer restrição em sua capacidade civil, uma vez que a pessoa com deficiência tem plena capacidade e pode celebrar qualquer negócio jurídico.

Todavia, é importante destacar que essa análise não tem relação com o objeto da pesquisa. Aqui, pretende-se analisar a condição da pessoa com deficiência psíquica ou mental na relação de consumo, tão-somente na condição de pessoa consumidora com deficiência.

Até porque a inquietação que justifica essa pesquisa reside justamente no fato da pessoa com deficiência psíquica ou mental já ser vulnerável em razão da sua condição de pessoa com deficiência poder celebrar contratos de consumo e figurar como consumidora, ou seja, também vulnerável, mas não em razão de sua condição como pessoa com deficiência, mas sim em razão da própria presunção de vulnerabilidade absoluta das pessoas físicas consumidoras, estando em situação de hipervulnerabilidade.

Superado o aspecto conceitual, retoma-se às generalidades dos contratos de consumo, de modo a explicitar sua condição diferenciada dos contratos civis em geral e ressaltar a importância de uma proteção diferenciada à pessoa com deficiência que tenha um déficit psíquico ou mental ao celebrar esse tipo de contrato.

Conforme se destacou, a tradicional concepção do contrato perdeu força para uma nova realidade contratual, permitindo-se intervenção estatal num campo até então reservado exclusivamente à iniciativa das partes.

Com isso, pautado nessa nova visão do contrato, o mesmo deixou de ser campo livre e exclusivo para a vontade criadora dos indivíduos, já que hoje a função social do contrato “como instrumento basilar para o movimento das riquezas e para a

realização dos legítimos interesses dos indivíduos exige que o contrato siga um regramento legal rigoroso”. Assim, conforme bem destaca Cláudia Lima Marques “a nova teoria contratual fornecerá o embasamento teórico para a edição de normas cogentes, que traçarão o novo conceito e os novos limites da autonomia da vontade, com fim de assegurar que o contrato cumpra sua função social”¹⁸⁶.

Nessa nova concepção contratual pode-se observar uma limitação da liberdade contratual, sendo que o CDC traz um capítulo específico de proteção contratual e delimita normas gerais, como por exemplo, a obrigatoriedade de interpretação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor¹⁸⁷.

Merece destaque o fato do CDC arrolar uma série de cláusulas contratuais como abusivas¹⁸⁸, determinado que as mesmas sejam consideradas nulas de pleno

¹⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 268.

¹⁸⁷ Art. 47 do CDC: As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor

¹⁸⁸ Art. 51 do CDC: Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

§ 3º (Vetado).

direito, além de trazer uma presunção de vantagem exagerada sempre que houver ofensa aos princípios fundamentais do sistema jurídico.

No que tange a essa limitação da liberdade contratual, Marques aponta que ela possibilita a inclusão de novas obrigações no contrato, mesmo que não oriundas da vontade das partes, seja em virtude da lei ou mesmo em virtude de uma interpretação construtiva dos juízes, destacando o papel predominante da lei em relação à vontade nessa nova concepção contratual¹⁸⁹.

Aponta-se, ainda, como característica dessa nova concepção contratual atrelada aos contratos de consumo a relativização da força obrigatória dos contratos, já que a vontade das partes não é mais a única fonte de interpretação do contrato.

Segundo Cláudia Lima Marques, esse postulado da força obrigatória dos contratos “encontra-se muito modificado pelas novas tendências sociais da noção de contrato. O papel dominante agora é a lei, que, com seu intervencionismo, restringe cada vez mais o espaço para autonomia da vontade”¹⁹⁰.

Por fim cumpre destacar que o CDC elenca em seu texto uma série de princípios contratuais que devem ser observados em relação aos contratos de consumo, com intuito de se assegurar o equilíbrio contratual, uma vez que o consumidor é o sujeito vulnerável da relação. Embora não seja objeto a análise profunda deles, é relevante citá-los a título de exemplificação: princípio da transparência; princípio da boa-fé; princípio da confiança; princípio da equidade nas relações contratuais; princípio da vulnerabilidade contratual do consumidor, entre outros.

Pelo exposto, a condição de sujeito hipervulnerável da pessoa consumidora com deficiência psíquica ou mental é fator determinante para dar a mesma proteção e tratamento jurídico diferenciando em razão de sua exposição à sociedade de consumo, de modo a garantir sua proteção.

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.

¹⁸⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 271.

¹⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 279.

2.3.3. O livre desenvolvimento da personalidade da pessoa com déficit psíquico ou mental

A possibilidade de uma pessoa poder fazer suas próprias escolhas, moldando o seu projeto de vida sem que haja qualquer intervenção de terceiros está intimamente ligada a ideia do livre desenvolvimento da personalidade.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade “possui como âmbito de proteção a tutela da individualidade humana, um direito geral de liberdade e uma cláusula geral de tutela da personalidade ou direito geral de personalidade”¹⁹¹.

Segundo Carlos Bernal Pulido o direito ao livre desenvolvimento da personalidade “não deve ser interpretado em um sentido perfeccionista, mas como a garantia de um âmbito reservado ao indivíduo, de um espaço para a tomada de suas decisões vitais”. O autor conclui que tal direito se trata de uma liberdade negativa, tendo em vista que em seu âmbito se nega poder o externo, a heteronomia¹⁹².

Ao discorrer sobre o conteúdo do livre desenvolvimento da personalidade, indagando se se trata apenas da soma das liberdades constitucionais específicas ou se se trata de um conteúdo distinto, Pulido, conclui que

Além do âmbito das liberdades constitucionais específicas, a liberdade negativa tem um *plus* ou um conteúdo adicional. Este *plus* ou conteúdo adicional constitui o âmbito do direito ao livre desenvolvimento da personalidade [...] Dentro desse âmbito encontra-se assuntos tão heterogêneos como a possibilidade de contrair matrimônios, viver em união livre ou permanecer solteiro, ser mãe, escolher o próprio nome, escolher a opção sexual, definir a aparência ou o tipo de educação que se queria ter ou procedimento médico que se está disposto a aceitar quando se está enfermo. Todas essas possibilidades que conformam aquela parte da liberdade não compreendida nas liberdades constitucionais específicas se incluem então dentro do conteúdo ao livre desenvolvimento da personalidade, que neste sentido se apresenta como cláusula geral residual de liberdade.¹⁹³

¹⁹¹ MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: caminhos para proteção e promoção da pessoa humana.** 2015. 290f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015, p. 264. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13228>>. Acesso em 04 jan. 2019.

¹⁹² PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais.** Tradução de Thomas da Rosas Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 234.

¹⁹³ PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais.** Tradução de Thomas da Rosas Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 235.

Soma-se a isto o fato de que “a proteção da individualidade da pessoa em relação à autodeterminação do seu próprio modelo de personalidade e de seu projeto de vida boa e feliz sem intervenções do Estado ou de particulares” extrapola o âmbito das escolhas existenciais. Há de se observar que há posições jurídicas fundamentais que atuam como pressupostos para garantir livre desenvolvimento da personalidade, devendo tais posições jurídicas também ser incluídas dentro do âmbito de proteção do livre desenvolvimento da personalidade¹⁹⁴.

A possível interferência estatal nos contratos de consumo celebrados por pessoas com déficit psíquico ou mental, de modo a invalidar o negócio jurídico pode, em tese, configurar uma afronta a esse livre desenvolvimento, uma vez que se trata de medida que, ao menos um primeiro momento, retira da pessoa sua capacidade de escolher o que deseja ou não contratar.

Trata-se, portanto, de assunto delicado na medida que a legislação protetiva das pessoas com deficiência caminha no sentido de inclusão social e ausência de discriminação, afirmando que a pessoa com deficiência é capaz e não necessita de proteção altamente paternalista, uma vez que essa pode levar justamente conclusão contrária ao que a legislação objetiva.

De certa forma, o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa com déficit psíquico ou mental está ligado à sua liberdade. Tal liberdade deve ser tomada em sentido amplo, com a possibilidade de escolher com quem contratar, o que fazer de sua vida, com quem casar ou constituir união estável, com a possibilidade do exercício de seus direitos sexuais ou reprodutivos, enfim, com a garantia do exercício de sua vida com dignidade¹⁹⁵.

¹⁹⁴ MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade**: caminhos para proteção e promoção da pessoa humana. 2015. 290f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015, p. 105. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13228>>. Acesso em 04 jan. 2019..

¹⁹⁵ Nesse aspecto, cumpre destacar que o EPD, em seu art. 6º reafirmou a capacidade da pessoa com deficiência e arrolou, de modo exemplificativo, alguns direitos relacionados à sua autonomia existencial: *in verbis*: A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e 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 pessoa.

Rodrigo Moreira aponta que o livre desenvolvimento da personalidade está relacionado com a dignidade da pessoa humana, uma vez que denota a possibilidade da pessoa fazer as suas escolhas referentes ao seu projeto de vida, tomando por consideração a sua própria percepção do que é uma vida boa, assim, ela está livre para decidir sobre a configuração da sua personalidade¹⁹⁶.

A dignidade da pessoa humana é trabalhada por Kant em sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”. O filósofo destaca

A vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis. E uma tal faculdade só se pode encontrar em seres racionais. Ora aquilo que serve à vontade de princípio objectivo da sua autodeterminação é o fim (Zweck), e este, se é dado pela só razão, tem de ser válido igualmente para todos os seres racionais. O que pelo contrário contém apenas o princípio da possibilidade da acção, cujo efeito é um fim, chama-se meio.¹⁹⁷

Em que pese a referida obra tenha sido dedicada a abordar a problemática de uma ação moral, Kant ao observar que a racionalidade diferenciava o homem de outros seres, concluiu que era em virtude da razão em que o ser humano deveria ser considerado um fim em si mesmo. A consequência disso é que o homem não pode servir como meio à consecução de algum objetivo, uma vez que é dotado de dignidade. Por este lado, a dignidade para Kant se dá a partir da junção da finalidade (o homem como fim em si mesmo) e a autonomia da vontade. A dignidade da pessoa humana encontra-se alicerçada puramente na razão¹⁹⁸.

Embora a noção de dignidade da pessoa humana não tenha surgido com Kant¹⁹⁹, a ideia de que a pessoa humana deve ser considerada como um fim e em si mesmo e não como um meio alicerça o fundamento de que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra suas bases no referido filósofo.

¹⁹⁶ MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade**: caminhos para proteção e promoção da pessoa humana. 2015. 290f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015, p. 81. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13228>>. Acesso em 04 jan. 2019.

¹⁹⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67.

¹⁹⁸ RIBEIRO, Bruno Quinquinato. A dignidade da pessoa humana em Immanuel Kant. **Portal E-Gov**. Santa Catarina: UFSC, 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/dignidade-da-pessoa-humana-em-immanuel-kant>> Acesso em: 25 dez. 2018.

¹⁹⁹ Sobre antecedentes da dignidade humana no âmbito do pensamento ocidental cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 .ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Todavia, a dignidade humana se apresenta como um termo vago, o qual se nota que ganhou concretude após os acontecimentos pós-guerra, com o reconhecimento dos direitos humanos. Nesse período, pode-se observar uma reaproximação entre o direito e a moral, afastando da lógica positivista de Kelsen, sendo que o referido fenômeno ficou conhecido como a “virada kantiana”.

Ainda que a concepção kantiana de dignidade possa ofertar indagações até então sem repostas, como quando começa e quando termina a dignidade do sujeito, Ingo Wolfgang Sarlet aponta que

De qualquer modo, incensurável [...] é a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim, e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano.²⁰⁰

Outrossim, em estudo histórico sobre as origens dos Direitos Humanos, Fábio Konder Comparato destaca que a terceira fase na elaboração teórica do conceito de pessoa, como sujeito de direitos universais anteriores e superiores a ordenação estatal advém da filosofia kantiana²⁰¹.

Com relação à dignidade da pessoa Comparato destaca que ela não consiste apenas do fato dela ser, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e não um meio para consecução de algum resultado. O autor destaca que

Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma. Pela sua vontade racional, a pessoa, ao mesmo tempo que se submete às leis da razão prática, é a fonte dessas mesmas leis, de âmbito universal, segundo o imperativo categórico — “age unicamente segundo a máxima, pela qual tu possas querer, ao mesmo tempo, que ela se transforme em lei geral”.²⁰²

²⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 .ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 34.

²⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 33.

²⁰² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 34.

Decerto, conseguir definição precisa do que vem a ser dignidade é tarefa carregada com extrema dificuldade. Se é que não se pode dizer que é tarefa impossível para o que se propõe com essa pesquisa, tendo em vista que se trata de análise que demandaria estudo científico próprio.

Todavia, conforme bem destaca Rizzatto Nunes, para que possa definir o que vem ser dignidade, deve-se levar em conta todas as violações que até então foram praticadas para, contra elas lutar. Pode-se extrair da experiência histórica que a dignidade nasce com o próprio indivíduo, sendo, portanto, inerente à pessoa²⁰³.

O autor ainda aponta que o termo dignidade aponta para pelo menos dois aspectos análogos, mas distintos, “aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna”²⁰⁴.

Sendo assim, não se pode ignorar a luta histórica das pessoas com deficiência em prol do reconhecimento de sua dignidade. De tal forma, as modificações realizadas pelo EPD no CCB/2002 relativas à teoria das incapacidades, tiveram por objetivo a afirmação da capacidade das pessoas com deficiência psíquica e mental de modo a garantir-lhes a dignidade.

Com efeito, invalidar contratos celebrados por pessoas com deficiência psíquica ou mental, em razão da existência da deficiência, ao argumento de que referidas pessoas não tem autonomia plena para manifestar suas vontades, por terem o discernimento reduzido, pode, num primeiro momento, indicar a inobservância do princípio da dignidade humana e, conseqüentemente, impedir o livre desenvolvimento da personalidade dessas pessoas.

Nesse sentido, o livre desenvolvimento da personalidade, por estar atrelado às escolhas feitas pela pessoa de modo a moldar o seu projeto de vida, engloba, também, a liberdade contratual, possibilitando à pessoa com deficiência decidir de deseja contratar ou não e, querendo contratar quais os termos e limites desse contrato, com a possibilidade de fixação de cláusulas contratuais sobre a forma, objeto, pagamento, etc.

²⁰³ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade humana**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 71.

²⁰⁴ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade humana**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 72.

Portanto, não há livre desenvolvimento da personalidade de uma pessoa que se vê impedida de celebrar contratos, principalmente pelo fato de hoje se viver em uma sociedade de consumo, sendo certo que as pessoas estão a todo momento, celebrando negócios jurídicos.

Todavia, questiona-se até que ponto se pode falar em livre desenvolvimento da personalidade da pessoa com deficiência psíquica ou mental quando tais contratos podem causar severos prejuízos a seu patrimônio, ante a falta de assistência ou de representação.

Afirmar que o exercício da liberdade de contratar é direito fundamental atrelado ao livre desenvolvimento da personalidade parece tarefa simples quando as partes envolvidas podem ser tratadas como iguais. O problema das pessoas com deficiência psíquica ou mental vai além.

Conforme bem destaca Renata Menezes pressupor a isonomia entre as partes está relacionado ao fato de reconhecer que “a autonomia privada se manifesta quando há o encontro das vontades unitárias em uma única e convergente, com um propósito em comum, que só é possível devido ao fato de o Direito reconhecer a universalidade da liberdade”²⁰⁵.

Contudo, conforme adverte a autora²⁰⁶, tal concepção é estabelecida a *priori* em condições equânimes, de modo que quando há discrepância entre as partes na relação jurídica, há de se aplicar a isonomia, com o intuito de equilibrar essa relação, de modo a impedir que uma parte tenha vantagem exacerbada às custas da outra.

Os antecedentes históricos do direito ao livre desenvolvimento da personalidade é matéria que foge ao objeto dessa pesquisa²⁰⁷. Todavia, pode-se notar

²⁰⁵ MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a tutela da vontade do paciente terminal**. 2015. 185 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Pernambuco. Programa de Pós-Graduação em Direito. Recife, 2015, p. 41 Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/22588>> Acesso em: 02 jan. 2019.

²⁰⁶ MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a tutela da vontade do paciente terminal**. 2015. 185 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Pernambuco. Programa de Pós-Graduação em Direito. Recife, 2015, p. 41 Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/22588>> Acesso em: 02 jan. 2019.

²⁰⁷ Rodrigo Moreira, ao fazer uma análise sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade nas Constituições de diversos países, destaca que embora a Constituição Germânica de 1949 não ter sido a primeira constituição a reconhecer tal direito, ela se refere ao livre desenvolvimento da personalidade no seu art. 2, §1º que dispõe: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, desde que não violem os direitos dos outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”. O autor ainda assevera que embora não ter sido a primeira a reconhecer tal direito foi a jurisprudência germânica a desenvolver uma maior normatividade em relação ao tema, interpretando o livre desenvolvimento da personalidade com a dignidade da pessoa humana,

que a nível internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH) trouxe em seu texto, nos artigos 22²⁰⁸, 26²⁰⁹ e 28²¹⁰ o livre desenvolvimento da personalidade com um direito humano.

Importa destacar que o CRFB/1988 não se refere expressamente ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade em seu texto, fato que não permite a conclusão de que o ordenamento jurídico brasileiro não assegura aos brasileiros tal direito.

Conforme demonstrado, o livre desenvolvimento da personalidade decorre diretamente da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República nos termos do art. 3º, II da CRFB/1988. Todavia, a própria cláusula de abertura prevista no art. 5º, §2º²¹¹ do texto constitucional permite o reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade como um direito atípico. Ademais, o reconhecimento do mesmo como um direito humano já bastaria para a proteção que se almeja.

Lado outro, em que pese a importância do reconhecimento ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade para a concretude da dignidade humana da

fundamentando um direito geral de personalidade e um direito à liberdade geral de ação. In: MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade**: caminhos para proteção e promoção da pessoa humana. 2015. 290f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015, p. 83-84. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13228>>. Acesso em 12 jan. 2019.

²⁰⁸ Art. 22 da DUDH: Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

²⁰⁹ Art. 26 da DUDH: 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

²¹⁰ Art. 29 da DUDH: 1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

²¹¹ Art. 5º, §º da CRFB/1988: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

pessoa com deficiência psíquica ou mental, não se pode reconhecer ao mesmo caráter absoluto.

Em que pese os direitos fundamentais abarcarem garantias em que o texto constitucional destaca valor diferenciado, a dinamicidade das relações sociais implica em situações de colisão entre direitos nas quais o legislador não poderia prever, de modo que se criam direitos gerais e abstratos que se solidificam com os casos concretos²¹².

Trata-se, portanto, de direito restringível que não é capaz de rechaçar qualquer interferência estatal. Desta forma, por não se tratar de uma liberdade absoluta, tal direito pode ser restringido pelo poder estatal ou mesmo por particulares, sempre que tais restrições forem proporcionais e razoáveis, principalmente em razão do desrespeito a outros direitos fundamentais. As intervenções, quando necessárias, devem se limitar a atingir um fim constitucionalmente legítimo.²¹³

Deste modo, embora não se trate de direito absoluto, as liberdades incluídas dentro do direito ao livre desenvolvimento da personalidade não podem ser restringidas por motivos fúteis e injustificados. Na lição de Pulido, a fórmula de Montesquieu, como o direito a fazer tudo que as leis permitem, deve ser modificada para que o livre desenvolvimento da personalidade possa ser concebido como

um direito fundamental que compreende toda posição jurídica de liberdade, não incluída dentro das margens semânticas das liberdades constitucionais específicas, de fazer ou omitir, tudo aquilo que se quiser e que não esteja proibido ou ordenado pela Constituição ou por outras normas jurídicas de inferior hierarquia que sejam por sua vez razoáveis e proporcionais.²¹⁴

Em que pese a possibilidade de limitações ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade em situações pautadas pela proporcionalidade e razoabilidade, a doutrina ainda aponta um outro fator relevante em termos de

²¹² MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a tutela da vontade do paciente terminal**. 2015. 185 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Pernambuco. Programa de Pós-Graduação em Direito. Recife, 2015, p. 130. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/22588>> Acesso em: 02 jan. 2019.

²¹³ PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução de Thomas da Rosas Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 237.

²¹⁴ PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução de Thomas da Rosas Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 238.

possibilidade de restrição ao referido direito, qual seja, o seu núcleo essencial, de modo que se impeça que o direito fundamental perca totalmente sua eficácia.

Segundo Rodrigo Moreira o reduto mínimo necessário para a construção da individualidade humana com a escolha do seu projeto de vida está relacionado com o núcleo essencial do direito ao livre desenvolvimento da personalidade²¹⁵. O autor conclui que

Para constituir o conteúdo essencial do livre desenvolvimento da personalidade seguindo a teoria mista, utilizaremos o conceito de *esfera do indecidível* concernente ao núcleo da existência em que nenhuma vontade externa pode substituir a vontade da pessoa em si. A escolha do próprio projeto de vida está dentro da *esfera do indecidível* a qual o legislador não pode interferir, ou seja, em nenhuma hipótese é possível ao Estado decidir o plano de vida da pessoa humana, podendo limitá-lo em sua realização de forma proporcional com vista a satisfazer direitos fundamentais de outras pessoas.²¹⁶

Deste modo, não pode o Estado agir substituindo a vontade do sujeito, de modo a extinguir a essência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Contudo, conforme destacado, havendo interesse coletivo ou ameaça desproporcional a direitos fundamentais de outras pessoas, o Estado pode limitar o exercício de determinado direito, como por exemplo, quando cria normas estabelecendo uma distância mínima da rua e do vizinho para que o particular possa construir.

Sendo assim, em que pese num primeiro momento a intervenção estatal na celebração de contratos de consumo celebrados por pessoas com déficit psíquico ou mental possa parecer violação ao livre desenvolvimento da personalidade dessa pessoa, pode-se observar que eventual invalidade desse contrato, declarada em prol da pessoa com deficiência, com intuito de proteger seu patrimônio ante a falta de discernimento para a prática do ato, revela-se como uma limitação plausível ao seu direito de contratar.

²¹⁵ MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade:** caminhos para proteção e promoção da pessoa humana. 2015. 290f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015, p. 182. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13228>>. Acesso em 12 jan. 2019.

²¹⁶ MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade:** caminhos para proteção e promoção da pessoa humana. 2015. 290f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015, p. 182-183. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13228>>. Acesso em 12 jan. 2019.

O que pode parecer uma interferência excessiva nas escolhas dessa pessoa com deficiência pode na verdade ser uma forma de garantir sua dignidade, sempre quando ficar verificada ausência de autonomia de modo a viciar a declaração de vontade, sendo que esta deve ser manifestada de forma livre e consciente para que possa validar eventual negócio jurídico.

Não se pode olvidar que as pessoas com deficiência se enquadram em grupo de vulneráveis que merecem proteção diferenciada. Essa proteção se originou na identificação de diversos sujeitos que se encontram em situação de desigualdade, figurando-se, no caso de contratos de consumo, em perfeito desequilíbrio contratual.

Objetiva-se, portanto, o reconhecimento da igualdade. Igualdade esta que segundo Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem “hoje pode ser resumida no ideal do justo representado pelos direitos humanos ou fundamentais”²¹⁷.

Pelo exposto, reconhece-se que a pessoa com deficiência, seja por déficit psíquico, mental ou intelectual, tem o direito de traçar o seu projeto de vida, sem sofrer qualquer tipo de discriminação em razão da sua condição de pessoa com deficiência. Outrossim, inclui-se nessa liberdade a possibilidade de celebrar contratos de consumo, tendo em vista o seu direito de ser consumidora de produtos e serviços, de modo a poder livremente escolher com quem irá contratar e quais os limites dessa contratação. Isso, em consonância com seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Lado outro, também se reconhece como uma limitação válida a esse direito a possibilidade de intervenção estatal para criar regras protetivas em favor da pessoa com déficit psíquico ou mental, de modo a observar o grau que a deficiência afeta a autonomia da pessoa, a saber o real comprometimento do discernimento na celebração do contrato.

O que parece ser uma afronta direta ao livre desenvolvimento da personalidade da pessoa com deficiência é a generalização no sentido que a pessoa com o déficit mental que tenha seu discernimento reduzido não possa celebrar qualquer contrato por ser incapaz, necessitando, para tanto, que seja representada ou mesmo assistida por alguém.

Conforme já foi bem salientado, não se pode presumir que a deficiência mental pressupõe a incapacidade da pessoa. Há que se reconhecer e respeitar as

²¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014., p. 130.

escolhas de vida dessa pessoa, de modo a garantir-lhe a sua dignidade com o livre desenvolvimento da personalidade.

Tolher da pessoa sua capacidade de celebrar contratos e a possibilidade de contratar com quem quer que seja pelo simples fato da mesma ter algum tipo de deficiência mental, sem analisar no caso concreto o real impacto dessa doença na autonomia da pessoa, configura verdadeiro desrespeito ao ser humano e discriminação da pessoa com deficiência.

Assim, pode-se traçar um novo perfil da pessoa com déficit psíquico ou mental na sociedade de consumo, uma vez que a mesma se relaciona no mercado com capacidade plena para a celebração de contratos de consumo, não podendo ser discriminada enquanto consumidora, mas podendo ser limitada quando restar evidenciado o comprometimento de sua autonomia, com redução do discernimento para a prática do ato.

3 O NOVO MODELO DE PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PSÍQUICA OU MENTAL EM RAZÃO DA EMANCIPAÇÃO PROMOVIDA PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A necessidade de se compensar as atrocidades sofridas pelas pessoas com deficiência durante grande período no mundo somada à dignidade humana como princípio balizador do ordenamento jurídico, provocaram uma mudança no modelo de proteção dessas pessoas.

Conforme foi salientado, no período seguinte à Segunda Guerra Mundial houve uma preocupação global no sentido de proteger a pessoa com deficiência, sujeito vulnerável que constantemente sofria discriminação e preconceito pela sociedade.

Deste modo, fala-se num sistema de proteção pautado nos direitos humanos, consubstanciado num modelo social em que a deficiência não é vista como causa de incapacidade, mas se configura em razão das barreiras ofertadas pela sociedade que impedem que a pessoa não consiga ter uma participação plena e efetiva em igualdade de condições com as demais.

No Brasil, verifica-se que o EPD provocou verdadeira inquietação acadêmica, uma vez que emancipou a pessoa com deficiência psíquica ou mental, concedendo à mesma capacidade civil plena para o exercício dos atos da vida civil, sendo, portanto, totalmente capaz.

Conforme exposto, em que pese ter sido o EPD o responsável por promover as alterações no CCB/2002 em relação à teoria das incapacidades em 2015, foi a CDPD a responsável por dar esse tratamento diferenciado à pessoa com deficiência, ressaltando a importância de lhe conceder a capacidade para a prática de diversos atos. Frise-se, novamente, que tal instrumento normativo internacional foi o primeiro a ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional, consoante previsão no art. 5º, §3º da CRFB/1998.

Aliás, merece destaque o fato de que o Tratado de Marraqueche, assinado em 27 de junho de 2013, que tem por objetivo a facilitação do acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual, foi o segundo instrumento

normativo internacional que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional²¹⁸, conforme Decreto n. 9.522/2018²¹⁹.

Embora o referido Tratado não seja o objeto dessa pesquisa, a internalização do mesmo pelo procedimento diferenciado do art. 5º, §3º da CRFB/1988 demonstra que ordenamento jurídico brasileiro não está alheio à proteção da pessoa com deficiência. Em que pese os eventuais problemas trazidos pela legislação, não se pode negar que não há carência normativa do assunto no Brasil.

Deste modo, ainda que se questione problemas de proteção ou desproteção trazidos pelo EPD, não se pode negar que muito já se avançou com relação ao tema, sendo certo que o EPD colocou a pessoa com deficiência em destaque na academia brasileira, provocando debates sobre a forma de lhe garantir uma proteção adequada.

O EPD é um instrumento normativo que provocou grande impacto no ordenamento jurídico, podendo ser destacada como a principal mudança a emancipação da pessoa com deficiência em decorrência da alteração provocada no CCB/2002.

Reconhece-se, contudo, que esse não foi o único impacto provocado na legislação civilista. Tampouco a única alteração passível de grande embate doutrinário.

Conforme já salientado, o EPD também promoveu alterações substanciais no que diz respeito ao casamento da pessoa com deficiência, sua possibilidade de testemunhar, curatela, prescrição e decadência, responsabilidade civil, além de inaugurar no ordenamento jurídico um novo instituto: a tomada de decisão apoiada.

Em que pese referidos impactos também merecerem uma discussão aprofundada, essa pesquisa aborda especificamente o problema da pessoa com déficit psíquico ou mental ser plenamente capaz e as consequências dessa capacidade quando a mesma celebra contratos de consumo. Tal medida revela-se

²¹⁸ O Congresso Nacional aprovou o Tratado por meio do Decreto Legislativo nº 261, de 25 de novembro de 2015, conforme o procedimento de que trata o §3º do art. 5º da CRFB/1998. Todavia, apenas em 08 de outubro de 2018, o Tratado foi promulgado pelo Presidente da República pelo Decreto n. 9.522/2018.

²¹⁹ BRASIL. Decreto n. 9.522 de 08 de outubro de 2018. Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9522.htm> Acesso em 12 jan. 2019.

proteção adequada para a pessoa com deficiência ou, de fato, o EPD promoveu proteção insuficiente ao deixar o patrimônio dessa pessoa desprotegido?

Para tanto, será trabalhada a ideia do dever de proteção de Estado como dever fundamental e então analisar-se-á se o EPD incidiu em proteção insuficiente. Outrossim, busca-se solucionar possíveis antinomias decorrentes do EPD com o CCB/2002 e CPC/2015, por meio do diálogo de fontes, além de ofertar prospectos para uma proteção adequada da pessoa com deficiência psíquica.

3.1 A proteção da pessoa com deficiência como dever de proteção e a proibição de proteção insuficiente

Seguindo uma tendência mundial, a CRFB/1988 arrolou uma série de direitos fundamentais do cidadão. Observou-se, assim, que o texto constitucional promoveu grande influência de valores constitucionais no direito privado, ao passo que doutrina começou a falar de constitucionalização do Direito Civil.

Até então, o Direito Civil era dotado de vertente liberal, pautado no dogma da autonomia da vontade na qual o que estava pactuado entre as partes era a lei, sem mesmo se preocupar se determinado negócio jurídico fosse capaz de tolher do sujeito sua dignidade.

Marcelo Schenk Duque destaca que o Estado, “além do dever de se abster de violar dos direitos fundamentais dos particulares, tem o dever de protegê-los, inclusive contra violações provenientes da esfera privada”²²⁰.

A ideia de deveres de proteção do Estado se fundamenta na concepção segunda a qual a ampla renúncia ao direito à autoproteção se justifica quando o indivíduo recebe em troca dessa renúncia uma efetiva proteção do Estado. Deste modo, a pessoa se abstém de fazer uso da justiça privada, sendo compensada com um nível satisfatório de segurança aos bens jurídicos tutelados por uma prestação estatal que garanta uma ordem social pacífica²²¹.

Duque reconhece que as relações de consumo são casos típicos de ligação manifesta entre direitos de proteção estatais e direitos fundamentais, especialmente

²²⁰ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: *drittwirkung*** dos direitos fundamentais, a construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 65.

²²¹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: *drittwirkung*** dos direitos fundamentais, a construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 316

quando se discute um mandamento dirigido ao legislador no sentido de se estabelecer restrições de natureza contratual para que oferte disposições protetivas para o livre exercício de um direito fundamental, principalmente quando se observa a ausência de um equilíbrio de forças entre as partes²²².

Nesse aspecto, o autor assevera que

É exatamente nesse quadro que se verificam os contornos principais da teoria dos deveres de proteção do Estado, bem como sua relação com a problemática da *Drittwirkung*. No momento em que a constituição prevê a dignidade humana como fundamento do Estado ou prega um mandamento de intangibilidade do seu conteúdo, fica claro que cabe o Estado respeitá-la e protegê-la. A doutrina dos deveres de proteção não é, portanto, estranha à constituição. Sendo os direitos fundamentais emanações em maior ou em menor grau do princípio da dignidade, surge para o Estado um dever de proteção geral e abrangente desses direitos, que pode ser compreendido, até mesmo, sobre a perspectiva de unidade do ordenamento jurídico, ao se levar em conta que pessoa é o valor supremo do ordenamento. Desse modo, o mandamento de vinculação dos órgãos estatais aos direitos fundamentais constitui a base jurídica dos deveres de proteção do Estado, onde se destaca a categoria dos objetivos e das tarefas estatais, ou seja, aquilo que o Estado tem que promover. Nessa linha pode-se afirmar que o ponto de sustentação básico da teoria é a constatação de um dever do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais dos seus cidadãos.²²³

Deste modo, pode-se traçar o ponto de interesse da teoria dos deveres de proteção com o objeto dessa pesquisa. Uma vez que a pessoa com déficit psíquico ou mental agora foi emancipada e está livre para celebrar contratos de consumo e considerando que a pessoa deve ser reconhecida como valor supremo do ordenamento, o Estado tem o dever de protegê-la de qualquer agressão, ainda que a mesma advenha de uma relação privada.

Nesse caso, fica ainda mais evidente esse dever de proteção do Estado, já que a relação de consumo, por si só, já pressupõe disposições protetivas diferenciadas, tendo em vista a fragilidade do consumidor. Outrossim, a condição de pessoa com deficiência também demanda olhar diferenciado, principalmente quando a mesma também ostenta o status de consumidora, situação nítida de hipervulnerabilidade.

²²² DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: *drittwirkung*** dos direitos fundamentais, a construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 318-319.

²²³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: *drittwirkung*** dos direitos fundamentais, a construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 319.

A atribuição de deveres de proteção ao Estado, por um lado, obriga o mesmo a legislar de forma adequada. Todavia, por outro lado, também o impõe o dever de que o bem jurídico tutelado tem que ser protegido de forma suficiente, sendo assim, vedado ao Estado que incida em proteção insuficiente.

Conforme adverte Canaris, a proibição de insuficiência também coincide com o dever de proteção, como se não tivesse, em relação a ele, qualquer função autônoma. Para a autor, “na pergunta pelo dever de proteção trata-se do ‘se’ da proteção, enquanto a proibição de insuficiência tematiza a pergunta pelo ‘como’”²²⁴.

Segundo o autor deve-se primeiro fundamentar a existência de um dever de proteção enquanto tal para então, verificar se o direito ordinário o satisfaz de forma suficiente ou se, neste aspecto, apresenta insuficiências²²⁵.

Deste modo, pode-se observar que os direitos positivados na CDPD são de natureza fundamental, tanto no seu aspecto formal quanto no seu aspecto material, uma vez que se trata de tratado internacional sobre direitos que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro como status de norma constitucional. Assim, entende-se por fundamentada a existência de um dever de proteção do Estado com relação à promoção adequada da pessoa com deficiência.

Apontando que o EPD incidiu em proteção insuficiente, Fernando Martins destaca

Ora, a observação atenta ao EPD no plano da capacidade desnuda que a emancipação, mediante concessão de autonomia e independência à pessoa com deficiência, deixou neste mesmo plano de apresentar restrições (salvaguardas) para os fornecedores e sequer esboçou deveres de proteção essenciais e preventivos aos eventuais efeitos patrimoniais negativos que possam ocorrer na órbita da pessoa emancipada. Por isso, quando o art. 85 do referido Estatuto permite a curatela apenas em questões patrimoniais, nos moldes da incapacidade relativa do Código Civil de 2002, demonstra que optou por proteção insuficiente - inviabilizou institutos que poderia regular adequadamente ao escopo da norma, como prescrição e decadência, proteção contratual, responsabilidade civil etc. - abrindo a guarda ao questionamento via controle de constitucionalidade e convencionalidade.²²⁶

²²⁴ CANARIS, Claus-Wilhel. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 122.

²²⁵ CANARIS, Claus-Wilhel. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 123.

²²⁶ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Assim, pode-se concluir que, inobstante o EPD tenha internalizado os preceitos da CDPD, especialmente em razão do sistema protetivo-emancipatório, o mesmo foi falho ao garantir as salvaguardas necessárias, de modo que incidiu, portanto, em proteção insuficiente.

3.2 A teoria do diálogo de fontes como alternativa viável para a solução de conflitos de normas

Por tudo que já foi explanado até aqui, percebe-se que a proteção da pessoa com deficiência se dá por diversas fontes normativas, em especial pela CDPD no âmbito internacional e pelo EPD, no Brasil.

A título de exemplo, no caso da celebração de contratos de consumo por pessoas com déficit psíquico ou mental pode-se verificar a incidência de normas do EPD, CDPD, CDC e CCB/2002. Outrossim, o CPC/2015 também pode ser utilizado, no que tange à possibilidade de assegurar os direitos da pessoa com deficiência pela via judicial.

O ordenamento jurídico não é composto de apenas uma norma. As diversas normas que formam o ordenamento podem entrar em conflito entre si, devendo o intérprete buscar soluções para esse problema.

No caso do EPD esse conflito parece evidente no que tange à vulnerabilidade da pessoa com deficiência. Conforme exposto, o parágrafo único do art. 10 diz que a pessoa com deficiência só será vulnerável em casos raríssimos, como situações de risco, emergência e calamidade pública. Por outro lado, o CDC tem norma protetiva mais favorável no seu art. 4º, I, que reconhece a vulnerabilidade de todos os consumidores como presunção absoluta, sem exigência de qualquer situação especial.

Já Convenção de Nova York sobre a pessoa com deficiência também é clara no sentido de que os estados signatários devem assegurar que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens. Tem-se, no caso, verdadeiro conflito de normas. Com relação ao reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa com deficiência qual norma deve prevalecer: a mais nova (EPD), a mais protetiva (CDC) ou a hierarquicamente superior (CDPD)?

Noberto Bobbio²²⁷ destaca que após seus estudos sobre a norma jurídica²²⁸ viu-se instigado a promover nova pesquisa, tendo em vista que as normas jurídicas nunca existem isoladamente. Esse complexo de normas é o ordenamento jurídico. O autor apresenta, ainda, as características desse ordenamento: a unidade, a coerência e a completude.

As lições de Bobbio quanto à coerência do ordenamento merecem destaque. Para ele um ordenamento coerente é aquele que não apresenta contradições, ou seja, que é capaz de resolver qualquer antinomia. O autor afirma, ainda, que a coerência não é condição de validade, mas sim de justiça do ordenamento²²⁹.

Antinomia pode ser conceituada como a situação de normas incompatíveis entre si. Bobbio compreende a antinomia na situação em que coexistem duas normas, das quais uma proíbe e a outra permite, ou uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite. Todavia, o próprio autor destaca que tal definição é incompleta uma vez que para que a antinomia possa existir é necessário a presença de duas condições, quais sejam: as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento jurídico e devem ter o mesmo âmbito de validade²³⁰.

Deste modo, conforme já manifestamos²³¹ “o conceito de antinomia jurídica pode ser definido como o cenário em que se verifica duas normas incompatíveis, concernentes ao mesmo ordenamento e cujo âmbito de validade é o mesmo”²³².

²²⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 20.

²²⁸ Referindo-se à obra “Teoria da Norma Jurídica”.

²²⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 113.

²³⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 86-87.

²³¹ SOUSA, Jaqueline Aparecida Fernandes; NUNES, Renato de Souza. Aspectos centrais da teoria do diálogo das fontes e sua aplicação como instrumento para superação das antinomias. In: MIRANDA GONÇALVES, Rubén; VEIGA, Fábio da Silva (Dirs.); MARTÍN RODRIGUES, Gonçalves (Coord.) **Estudios de Derecho Iberoamericano, vol. II**. Canaria: La Casa del Abogado Librería Jurídica, 2019.

²³² Bobbio distingue as antinomias em três tipos diferentes: 1) Se as duas normas incompatíveis têm igual âmbito de validade, a antinomia pode-se chamar *total-total*: em nenhum caso uma das duas normas pode ser aplicada sem entrar em conflito com a outra. Exemplo: “É proibido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema”. 2) Se as duas normas incompatíveis têm âmbito de validade *em parte igual e em parte diferente*, a antinomia subsiste somente para a parte comum, e pode chamar-se *parcial-parcial*: cada uma das normas tem um campo de aplicação em conflito com a outra, e um campo de aplicação no qual o conflito não existe. Exemplo: “É proibido, aos adultos, fumar cachimbo e charuto das cinco às sete na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar charuto e cigarro das cinco às sete na sala de cinema.” 3) Se, de duas normas incompatíveis, uma tem um âmbito de validade igual ao da outra,

Pelo fato de ser o ordenamento jurídico coerente, o mesmo não admite antinomias e, quando ocorre eventual conflito normativo, deve o intérprete buscar uma solução para esse conflito, de modo a extirpar do ordenamento uma das normas e permitir a aplicação de apenas uma, sob pena de deixar incoerente o ordenamento.

Como para Bobbio a coerência não é condição de validade²³³, mas sim condição de justiça do ordenamento²³⁴, resta evidente que diante de duas normas incompatíveis, mas válidas²³⁵, é possível que ocorra a aplicação de uma ou outra a depender daqueles que serão responsáveis por sua aplicação, sendo violadas duas condições imprescindíveis dos ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza e a exigência da justiça. A primeira corresponde aos ideais de paz ou da ordem e a última, corresponde ao valor da justiça²³⁶.

Sendo assim, na obra “Teoria do Ordenamento Jurídico” Bobbio propõe então três critérios para a resolução de antinomias: cronológico, hierárquico e de especialidade.

Chama-se de cronológico o critério pelo qual no conflito de normas deverá prevalecer a norma posterior, ou seja, a mais nova²³⁷. No caso de incompatibilidade de normas, utilizando-se o critério hierárquico, prevalecerá a norma hierarquicamente

porém mais restrito, ou, em outras palavras, se o seu âmbito de validade é, na íntegra, igual a uma parte da outra, a antinomia é total por parte da primeira norma com respeito à segunda, e somente parcial por parte da segunda com respeito à primeira, e pode-se chamar total-parcial. In. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 89.

²³³ Da mesma forma acredita Aldemiro Dantas, para quem a mera regularidade formal da norma não é suficiente para comprovar sua validade, “sob pena de duas normas de conteúdos contraditórios serem válidas concomitantemente, afetando um dos mais caros valores do ordenamento jurídico, que é a certeza sobre as consequências decorrentes de determinada conduta. In. DANTAS, Aldemiro; MALFATTI, Alexandre David. (coord.) **Lacunas do ordenamento jurídico**. Barueri: Manole, 2005, p. 20.

²³⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 113.

²³⁵ Para Bobbio, “onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e, portanto, ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria. In. BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 113.

²³⁶ SOUSA, Jaqueline Aparecida Fernandes; NUNES, Renato de Souza. Aspectos centrais da teoria do diálogo das fontes e sua aplicação como instrumento para superação das antinomias. In: MIRANDA GONÇALVES, Rubén; VEIGA, Fábio da Silva (Dirs.); MARTÍN RODRIGUES, Gonçalves (Coord.) **Estudios de Derecho Iberoamericano, vol. II**. Canaria: La Casa del Abogado Librería Jurídica, 2019.

²³⁷ *Lex posterior derogat priori*. No Brasil este critério está positivado no art. 2º, §1º da LINDB que dispõe “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”.

superior²³⁸. Por fim, pelo critério da especialidade²³⁹, a lei especial vai prevalecer sobre a lei geral²⁴⁰.

Os critérios tradicionais apontados pelo autor italiano têm grande importância na doutrina e são utilizados na prática forense diariamente para solução das antinomias. Contudo, o jurista ainda destaca que em determinadas situações pode haver conflitos entre os próprios critérios, exigindo-se do hermenêuta uma análise diferenciada. Bobbio assevera que nesses casos o critério cronológico sempre será o mais fraco, apontando que em caso de conflito deverá prevalecer ou o critério hierárquico ou critério da especialidade²⁴¹.

O problema seria em caso de conflito entre o critério hierárquico e o da especialidade. Nesse caso, qual dos dois deve prevalecer? O autor é categórico: “uma resposta segura é impossível” e a solução nesse caso dependerá do intérprete. Por isso a coerência é condição de justiça para o ordenamento, pois a aplicação de duas normas contraditórias gerará decisões diferentes a casos semelhantes e a violação dos princípios considerados importantes para o ordenamento jurídico: o princípio da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem) e o princípio da justiça (que corresponde ao valor da igualdade). Assim, para o jurista italiano em caso de conflito de normas, a solução da antinomia por um de seus critérios terá uma consequência certa: a norma que perder o conflito deve ser extirpada do ordenamento, uma vez que para ele é impossível a coexistência de duas normas conflitantes no mesmo ordenamento jurídico²⁴².

Destarte, ao tentar-se oferecer uma resposta para o problema apresentado em razão da vulnerabilidade da pessoa com deficiência, valendo-se da doutrina de Bobbio, tem-se que num primeiro momento poderia se dizer que o EPD venceria o conflito, já que se trata de nova mais nova (critério cronológico), além de ser norma especial em relação à pessoa com deficiência (critério da especialidade).

²³⁸ *Lex superior derogat inferiori.*

²³⁹ *Lex specialis derogat generali.*

²⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 93-96.

²⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 105.110.

²⁴² BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 113.

Ocorre que ao resolver o conflito valendo-se das lições do jurista italiano, surge um novo problema: considerar a pessoa com deficiência vulnerável apenas nos casos previstos no EPD é a melhor interpretação a se dar à luz dos direitos humanos?

Em que pese a importância da teoria de Bobbio e sua relevante contribuição para o direito, nesse aspecto, os critérios tradicionais apontados pelo referido jurista não conseguem ofertar uma resposta adequada ao referido problema em questão.

Outrossim, pode-se fazer o mesmo questionamento com relação ao problema dessa pesquisa. Atribuir a capacidade plena à pessoa com deficiência por si só é suficiente para impedir que a mesma obtenha algum tipo de proteção em razão do seu discernimento reduzido no momento da celebração de negócios jurídicos?

Verifica-se que, da mesma forma da questão anterior específica em relação à vulnerabilidade, pode-se afirmar que a partir do momento em que o EPD, norma mais nova e especial com relação à proteção da pessoa com deficiência, atribuiu capacidade plena à pessoa com deficiência psíquica ou mental, emancipando-a, não há que se invalidar qualquer negócio jurídico celebrado, salvo nos casos genéricos para quaisquer pessoas, como por exemplo, no caso de defeito do negócio jurídico como erro, dolo ou coação.

Todavia, ao fazer uma interpretação engessada, sem considerar as outras fontes normativas de proteção da pessoa com deficiência, pode-se prejudicar a pessoa vulnerável, não permitindo a aplicação concreta do princípio da dignidade humana.

Contudo, deve-se destacar que a expressão “fonte” é assunto controverso na doutrina. Maria Helena Diniz adverte que por ser uma expressão figurativa tem mais de um sentido, tendo em vista que no sentido próprio da palavra, revela-se o local onde brota uma corrente de água²⁴³.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior aponta que a expressão metafórica “fonte” é utilizada pela dogmática analítica como a forma de entrada das normas jurídicas no ordenamento, seus modos de formação. Todavia, o autor ressalta que embora a metáfora possa ser apropriada para o direito legislado, ela não se adequa

²⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 283.

perfeitamente quando se trata dos costumes, regras de razão ou de princípios éticos, como o sentimento de equidade²⁴⁴.

No que tange à fonte jurídica, Diniz aponta que a mesma “seria a origem primária do direito, confundindo-se com a gênese do direito. Trata-se da fonte material ou real direito, ou seja, dos fatores reais que condicionaram o aparecimento da norma jurídica”²⁴⁵.

Embora Hans Kelsen reconheça que a expressão “fontes do direito”²⁴⁶ também é empregada em sentido não jurídico, o mesmo destaca:

Fontes de Direito é uma expressão figurativa que tem mais do que uma significação. Esta designação cabe não só aos métodos acima referidos mas a todos os métodos de criação jurídica em geral, ou a toda norma superior em relação à norma inferior cuja produção ela regula. Por isso, pode por fonte de Direito entender-se também o fundamento de validade de uma ordem jurídica, especialmente o último fundamento de validade, a norma fundamental. No entanto, efetivamente, só costuma designar-se como “fonte” o fundamento de validade jurídico-positivo de uma norma jurídica, quer dizer, a norma jurídica positiva do escalão superior que regula a sua produção. Neste sentido, a Constituição é a fonte das normas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária; e uma norma geral é a fonte da decisão judicial que a aplica e que é representada por uma norma individual. Mas a decisão judicial também pode ser considerada como fonte dos deveres ou direitos das partes litigantes por ela estatuídos, ou da atribuição de competência ao órgão que tem de executar esta decisão. Num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito²⁴⁷.

Lorentti ressalta que o estudo da fonte deve ser feito no direito constitucional e na teoria da decisão judicial, uma vez que em um sistema de pluralidade é necessário estabelecer um ordenamento hierárquico. Segundo o autor deve ser buscado nas fontes dois critérios de legitimação, quais sejam: o critério da autoridade, fundado na hierarquia que o próprio ordenamento jurídico estabelece, que está atrelado à validade formal e o critério da razoabilidade, atrelado à validade material, é baseado na capacidade de argumentação convincente²⁴⁸.

²⁴⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

²⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 283.

²⁴⁶ Kelsen aponta que a expressão também é utilizada “quando com ela designamos todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito, tais como, especialmente, os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros”. Todavia, o autor adverte que tais fontes devem ser distinguidas de fontes do direito positivo, uma vez que essas são juridicamente vinculantes enquanto as demais não. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 163.

²⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 162-163.

²⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 77-78.

Em que pese o estudo aprofundado das fontes do direito não ser o objeto dessa pesquisa, é importante destacar, ainda que em síntese, a classificação clássica das fontes jurídicas, o que se faz com apoio da jurista Maria Helena Diniz, que explica o que seriam as fontes materiais e as fontes formais²⁴⁹, sejam elas estatais ou não estatais.

Por serem fontes de produção do direito positivo, as fontes materiais ou reais, “consistem no conjunto de fatos sociais determinantes do conteúdo do direito e nos valores que o direito procura realizar fundamentalmente sintetizados no conceito amplo de justiça”²⁵⁰.

Por outro lado, as fontes formais podem ser estatais e não estatais e tem como fundamento de validade de ordem jurídica. Cita-se como exemplo de fonte estatal a legislação, em sentido amplo como a constituição, leis ordinárias e complementares, decretos, convenções internacionais, medidas provisórias, etc, além da produção jurisprudencial, como súmulas, precedentes judiciais, sentenças. Já os costumes e a jurisprudências são tratados como fontes formais não estatais²⁵¹.

Conforme foi destacado, a proteção das pessoas com deficiência emana de diversas fontes jurídicas, como a Constituição Federal, as leis ordinárias como o CCB/2002 e o EPD, de convenções internacionais, sendo a mais importante delas a CDPD, enfim, de uma série de normas presentes no ordenamento jurídico.

Nesse aspecto, em que pese as diversas fontes jurídicas presentes no ordenamento jurídico, conforme foi apontado, para Bobbio o ordenamento jurídico é coerente e inadmite antinomias, razão pela qual o mesmo propõe a solução do conflito de normas pelos critérios destacados.

²⁴⁹ Miguel Reale adverte que “a antiga distinção entre fonte formal e fonte material do direito tem sido fonte de grandes equívocos nos domínios da Ciência Jurídica, tornando-se indispensável empregarmos o termo fonte do direito para indicar apenas os processos de produção de normas jurídicas”. O autor fixa a noção de que toda “fonte de direito implica uma estrutura normativa de poder, pois a gênese de qualquer regra de direito (nomogênese jurídica) [...] só ocorre em virtude da interferência de um centro de poder, o qual, diante de um complexo de fatos e valores, opta por dada solução normativa com características de objetividade”. Assim, o jurista destaca que quatro são as fontes do direito, uma vez que quatro são as formas de poder: o processo legislativo, que é a expressão do Poder Legislativo; a jurisdição, que é a expressão do Poder Judiciário; os usos e costumes, que é a expressão do poder social e a fonte negocial, que é a fonte da expressão negocial e da autonomia da vontade. In: REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 139; 141.

²⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287.

²⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Não se pode negar que os critérios tradicionais tiveram grande destaque na sociedade moderna. Lado outro, em tempos pós-modernos, numa sociedade plural e complexa, com a descodificação, a tópica e a micro-recodificação que trazem uma pluralidade de normas, o intérprete busca a denominada “coerência derivada ou restaurada”, objetivando harmonia e coordenação entre as diversas normas, buscando-se uma eficiência funcional do sistema plural e complexo do direito contemporâneo²⁵².

Conforme bem destaca Erik Jayme, “a pós-modernidade vive de antinomias, de pares contrapostos”. Em tempos pós-modernos há outros pensamentos em que a “pluralidade reaparece como um valor jurídico (*Rechtswert*); as diferenças entre ordens jurídicas passam a ser interessantes”²⁵³.

Desse modo, em razão globalização e num contexto de aparente desordem e de grande complexidade das relações, não pode o Direito se contentar com conceitos sedimentados, já que a liquidez do tempo está dia a dia a reinventar os institutos e ressignificar o conteúdo das normas que compõe o ordenamento jurídico. Assim, é paradoxal pensar que num ambiente marcado por diversidade de pensamento, pluralidade e complexidade não ocorra a existência de normas conflitantes²⁵⁴.

O pluralismo, a comunicação, a narração, o retorno dos sentimentos, denominado de “*le retour des sentiments*”, considerado o *Leitmotiv* da pós-modernidade a valorização dos Direitos Humanos, são os elementos e características da cultura pós-moderna no direito que podem ser extraídos das lições de Erik Jayme²⁵⁵.

Segundo Cláudia Lima Marques o pluralismo “manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou implosão dos sistemas genéricos normativos (*Zersplietierung*)”. Para autora, ele

²⁵² MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre CDC e o CCB/02. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 51/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

²⁵³ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**: Seleções de textos da obra de Erik Jayme. 2. ed. Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, 2004, p. 116-118.

²⁵⁴ SOUSA, Jaqueline Aparecida Fernandes; NUNES, Renato de Souza. Aspectos centrais da teoria do diálogo das fontes e sua aplicação como instrumento para superação das antinomias. In: MIRANDA GONÇALVES, Rubén; VEIGA, Fábio da Silva (Dirs.); MARTÍN RODRIGUES, Gonçalves (Coord.) **Estudios de Derecho Iberoamericano, vol. II**. Canaria: La Casa del Abogado Librería Jurídica, 2019.

²⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 169.

também se manifesta no pluralismo de sujeitos carentes de tutela e na diversidade de agentes ativos em uma mesma relação e “onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o *double coding*, e onde os valores são muitas vezes antinômicos”²⁵⁶.

Ricardo Lorezenti destaca que na atualidade o jurista se depara com uma pluralidade de normas, que muitas vezes até se contradizem e que nos casos em que os critérios tradicionais para solução das antinomias são insuficientes, o intérprete deve-se valer do diálogo das fontes, que permitirá uma noção de complementaridade e não de antinomia²⁵⁷.

A expressão “diálogo de fontes” foi idealizada pelo jurista alemão Erik Jayme e, diferentemente de Bobbio, o autor não acredita ser necessária a exclusão de uma norma quando da tentativa de solução de antinomias. Pelo contrário defende a aplicação simultânea das diversas fontes, uma vez que o direito deve ser interpretado como unidade de forma coordenada e sistematizada. Assim, o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma unitária, atuando diversas fontes com um viés de complementariedade e não de exclusão.

Nas palavras de Erik Jayme

O "diálogo das fontes" significa, que decisões de casos da vida complexos são hoje o somar, o aplicar conjuntamente, de várias fontes (Constituição, Direitos Humanos, direito supranacional e direito nacional). Hoje não mais existe uma fixa determinação de ordem entre as fontes, mas urna cumulação destas, um aplicar lado a lado. Os direitos humanos são direitos fundamentais, mas somente as vezes é possível deles retirar efeitos jurídicos precisos²⁵⁸.

Com a ideia de que a solução de conflitos de normas emerge como o resultado de um diálogo das mais diversas fontes, visto que elas não se excluem mutuamente mas conversam entre si, fica clara a mensagem trazida por Jayme dentro do contexto da pós-modernidade, já que os magistrados são obrigados a coordenar essas fontes, ouvindo o que elas dizem. Assim, a colaboração das partes e do juiz no

²⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 169-170.

²⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 78-79.

²⁵⁸ JAYME, Erik. Entrevista com o Prof. Erik Jayme. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**: Seleções de textos da obra de Erik Jayme. 2. ed. Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, 2004, p. 66.

caso concreto, permite a redução a complexidade até que alcance uma solução viável à demanda²⁵⁹.

A teoria de Jayme chegou ao Brasil pela jurista gaúcha Cláudia Lima Marques, que assevera:

Há “diálogo” porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpretação, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)²⁶⁰.

Assim, a teoria de Erik Jayme propõe a superação das antinomias por uma possibilidade de sistematização das diversas fontes normativas, uma vez que em tempos pós-modernos “a distinção impositiva dos direitos humanos e do ´droit à la différence´ (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser “igual” aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de ´mono-solução´”²⁶¹.

Deste modo, evolui-se de um sistema no qual a solução de antinomias se dava pela exclusão de uma norma para um sistema em que se aplica o diálogo de fontes, apto atender os anseios da pós-modernidade e pautado na proteção da pessoa humana. Assim, permite-se a aplicação simultânea das normas em conflito, na qual ser dará eficácia maior à norma que concretizar os direitos humanos envolvidos no conflito²⁶².

A teoria do diálogo das fontes foi desenvolvida no Brasil, principalmente em razão de estudos relacionados com o CDC e com os conflitos com o CCB/2002. Todavia, em que pese o foco ter sido à proteção jurídica do consumidor, nada impede a utilização da mesma para a proteção da pessoa com deficiência, principalmente pelo fato de que a referida teoria propõe a solução de antinomias pautada na

²⁵⁹ SILVA, Laura Rodrigues Louzada da. **Promoção da pessoa vulnerável pela hermenêutica dialógica das fontes**. 2015. 133f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015, p. 100. Disponível em: < <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13239>> Acesso em: 23 nov. 2018.

²⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

²⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre CDC e o CCB/02. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 51/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 15.

²⁶² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 628.

complementariedade das normas com o fim de assegurar os direitos humanos das pessoas vulneráveis.

Ademais, embora o objeto da pesquisa seja o impacto provocado na capacidade civil, no caso, ainda está a se discutir a possibilidade de celebração de contratos de consumo, regulados pelo CDC. Nesse caso, a teoria do diálogo das fontes só tem a somar com a proteção da pessoa com deficiência psíquica ou mental, mormente pela quantidade de fontes jurídicas que versam sobre a proteção da pessoa com deficiência no âmbito nacional e internacional.

Ainda com relação ao diálogo de fontes, Cláudia Lima Marques destaca os três tipos possíveis de diálogos entre o CDC e o CCB/2002: o diálogo sistemático de coerência, o diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais e o diálogo das influências recíprocas sistemáticas.

Opera-se o diálogo sistemático de coerência na aplicação simultânea de duas leis, quando uma pode servir de base conceitual para outra, principalmente quando uma se trata de lei geral e a outra especial ou quando uma é a lei central do sistema e a outra um microsistema específico²⁶³.

Já o diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais se dá na aplicação coordenada de duas leis, quando uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de sua aplicação no caso concreto, de modo a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas quanto de seus princípios²⁶⁴.

Por fim, o diálogo de influências recíprocas se dá “como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas pelo Código Civil”²⁶⁵.

Verifica-se, contudo, que a possibilidade de solução de antinomias pela teoria do diálogo de fontes não é assunto recente. De toda forma, sua aplicação no Brasil tem grande aceitação pela doutrina e pela jurisprudência brasileira.

²⁶³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 719.

²⁶⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 719-720.

²⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 720.

Todavia, em que pese a boa aceitação da teoria, a mesma não está imune a críticas, como por exemplo a ausência de novidade dos resultados trazidos pela teoria, uma vez que a interpretação sistêmica já está sedimentada na doutrina, bem como pelo fato de que a aplicação simultânea de normas aparentemente conflitantes ensejaria insegurança jurídica.

Nesse aspecto, Laura Louzada destaca

O diálogo das fontes surge como uma alternativa interpretativa, condizente com a ordem pós-moderna e capaz de trazer para o direito interno novos influxos externos, que são passíveis de trazer mais direitos e mais efetividade aos direitos já existentes no plexo normativo de determinado estado. As operações legislativas internas e as importações de ordenamentos externos trazem a possibilidade de interpretar a lei de forma mais benéfica aos vulneráveis. Repete-se a teoria não intenta ser exclusiva fonte interpretativa na pós-modernidade, subsistindo ainda outros paradigmas adequados a situações específicas da interpretação jurídica²⁶⁶.

Pelo exposto, propõe-se a solução do embaraço do EPD no que tange ao reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa com deficiência valendo-se da teoria do diálogo das fontes, pois se defende que não é necessário excluir nenhum dos instrumentos normativos apontados: EPD, CDC ou CDPD. Pelo contrário, todos os três se complementam no sentido de dar melhor proteção ao vulnerável.

Sob a ótica da CDPD fica evidenciado que o legislador brasileiro incidiu em proteção insuficiente ao tratar da vulnerabilidade da pessoa com deficiência. Todavia, o próprio documento normativo internacional expressamente destaca que nenhum dispositivo seu (e conseqüentemente das legislações derivadas) poderão retirar da pessoa com deficiência direitos já conquistados. O art. 4, item 4 da Convenção é claro:

Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.

²⁶⁶ SILVA, Laura Rodrigues Louzada da. **Promoção da pessoa vulnerável pela hermenêutica dialógica das fontes**. 2015. 133f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015, p. 117. Disponível em: < <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13239>> Acesso em: 23 nov. 2018.

Assim, por mais que o EPD afirme que a pessoa com deficiência só será vulnerável nos casos de riscos, emergência e calamidade pública, tal dispositivo não tem o condão de afastar a presunção de vulnerabilidade prevista no CDC que também é extensiva à pessoa com deficiência quando a mesma for consumidora. Trata-se de consequência lógica da aplicação do princípio *pro homine*.

Ademais, cumpre destacar que a CDPD em nenhum momento teve por intenção afastar essa presunção de vulnerabilidade do consumidor com deficiência. Pelo contrário, a CDPD se mostra mais rica que o próprio EPD, uma vez que ela defende sim a emancipação da pessoa com deficiência. Todavia, tal emancipação deve ser feita de forma consciente, observando-se as salvaguardas²⁶⁷ necessárias para também proteger o patrimônio da pessoa com deficiência, já que o patrimônio da pessoa é necessário para garantia completa da dignidade humana.

Nessa perspectiva, deve-se analisar o problema da emancipação da pessoa com deficiência psíquica ou mental frente à possibilidade de celebração de contratos de consumo sob a ótica da teoria do diálogo de fontes, na medida em que não é necessário excluir as modificações feitas pelo EPD no CCB/2002 no sentido de conferir à pessoa com deficiência psíquica ou mental capacidade plena.

Sendo assim, é válida a emancipação promovida pelo EPD no sentido de assegurar a dignidade da pessoa com deficiência. Lado outro, ao se observar eventual discrepância contratual em que se pode verificar que um contratante está se favorecendo de eventual debilidade da pessoa com deficiência para ter vantagem patrimonial, deve-se utilizar a teoria do diálogo das fontes para garantir a proteção adequada a essa pessoa lesada no caso concreto.

²⁶⁷ Art. 12, item 4 da Convenção: 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.

3.3. Prospectos para uma proteção adequada da pessoa com deficiência psíquica e mental

O EPD, ao internalizar no ordenamento jurídico brasileiro os preceitos da CDPD, acabou por gerar inquietação doutrinária quanto à possibilidade de ter desprotegido a pessoa com deficiência psíquica ou mental. Tal fato se deu pelas alterações provocadas no CCB/2002 no sentido de conferir capacidade plena a esse sujeito.

A discussão doutrinária se deu principalmente em virtude do viés inclusivo e humanitário da CPDC. Nesse ponto, esperava-se que o EPD viesse consolidar um sistema de proteção adequado à pessoa com deficiência, com objetivo de promover a dignidade humana e eliminar as discriminações sofridas, garantindo acessibilidade à pessoa com deficiência e conseqüentemente, promovendo a inclusão social.

De certa forma pode-se questionar: será que o EPD realmente falhou e incidiu em proteção insuficiente, provendo uma emancipação da pessoa com deficiência de forma desordenada?

Não há dúvidas que o texto do EPD não é perfeito. Conforme bem se destacou há muitos pontos de discussão liberados pela concessão de capacidade civil à pessoa que em razão de um déficit psíquico ou mental não tinha o completo discernimento para a prática de atos da civil.

Exemplifica-se, novamente, com os questionamentos a respeito da aplicação ou não de prazos decadenciais e prescricionais, bem como a forma de responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica ou mental que até então era considerada absolutamente incapaz e não respondia diretamente pelos danos praticados e tinha direito a uma indenização equitativa nos termos do art. 928 do CCB/2002²⁶⁸.

Soma-se ao que foi dito o atropelamento legislativo promovido pelo CPC/2015 que acabou por revogar as recentes modificações feitas pelo EPD no CCB/2002 a respeito do tratamento legal da curatela, restaurando o termo “interdição”

²⁶⁸ Art. 928 do CCB/2002: Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

que havia sido abolido pelo EPD em razão de seu caráter altamente pejorativo e discriminatório.

Observa-se, portanto, que se trata de uma lei que não passou imune às críticas e apontamentos doutrinários, merecendo assim um estudo aprofundado nos seus pontos de discussão mais controvertidos.

Mas então, o que pode se esperar do futuro do EPD e, conseqüentemente, da proteção jurídica da pessoa com deficiência no Brasil. Os dispositivos que provocaram a divergência doutrinária devem ser revogados? A pessoa com deficiência psíquica ou mental deve novamente ser rotulada como absolutamente incapaz para que possa receber uma proteção adequada?

Antes de se focar nesses questionamentos, importa destacar um fato importante a respeito do EPD, consistente a sua aplicabilidade na prática, ou seja, no dia-a-dia forense.

De início, deve-se ressaltar que não se trata de problema de aplicabilidade prática de todo o EPD e, nesse ponto, deve-se rechaçar as expressões de que o EPD seria uma lei desnecessária.

Tal afirmação é absurda. Os pontos controversos do EPD levantados nessa pesquisa não são suficientes para apagar o brilho desse instrumento normativo protetivo, que tem muito mais pontos positivos no que tange à proteção da pessoa com deficiência.

Embora a evolução histórica da proteção da pessoa com deficiência não seja o objeto do trabalho, não se pode ignorar todo o esforço na busca pela conquista dos direitos das pessoas com deficiência, superando toda a discriminação e exclusão sofridas por séculos.

Aliás, não se pode limitar as inovações do EPD à alteração promovida na teoria das incapacidades, em razão da alteração dos arts. 3º e 4º do CCB/2002. O EPD foi além, fixa pontos importantes com relação à igualdade e não discriminação da pessoa com deficiência, sendo a concessão de capacidade civil apenas um deles.

Seu texto arrola uma série de direitos fundamentais²⁶⁹, como direito à vida, habilitação e reabilitação, saúde, educação, moradia, trabalho, assistência social, previdência social, lazer, etc. Ademais, destaca no seu art. 53 que “a acessibilidade é direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de

²⁶⁹ EPD, Título II “Dos Direitos Fundamentais”, arts. 10 a 52.

forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social” e traz uma série de dispositivos²⁷⁰ com intuito de assegurar o direito à acessibilidade da pessoa com deficiência.

Assim, observa-se que se trata de uma legislação útil e necessário para proteção e garantia dos direitos da pessoa com deficiência.

Lado outro, o maior problema em torno das discussões acerca do EPD é justamente a alteração na teoria das incapacidades, ao argumento de que a emancipação promovida foi insuficiente, uma vez que a pessoa com deficiência psíquica ou mental ficou com seu patrimônio desprotegido, ao receber capacidade plena e estar apta para celebrar negócios jurídicos sem qualquer tipo de representação ou assistência.

Em que pese tal afirmativa poder ser verdadeira, principalmente porque se trata da hipótese dessa pesquisa, não se pode ignorar que o EPD trouxe algumas salvaguardas com intuito de proteger o patrimônio da pessoa com deficiência, entre elas, a TDA, que foi trabalhada no primeiro capítulo.

Retomando o assunto, o referido instituto se trata da possibilidade da pessoa com deficiência eleger pelo menos duas pessoas idôneas 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.

Conforme já se destacou, trata-se de instituto nobre, pautado no sistema de apoios, que é mais brando do que a curatela, uma vez que preza pela vontade da pessoa apoiada.

Da mesma forma, a curatela que agora só pode ocorrer para situações patrimoniais, apresenta esse novo contorno com o intuito de se adequar a esse sistema de apoios e sair do antigo sistema de substituição de vontades.

Embora o CPC/2015 tenha restaurado o termo “interdição”, que tinha sido extinto pelo EPD, que preferiu por adotar o termo “o processo que define a curatela”²⁷¹, a melhor interpretação é pela não adoção da palavra “interdição”, tendo em vista os preceitos do EPD e CDPD.

²⁷⁰ EPD, Título III “Da Acessibilidade”, arts. 53 a 78.

²⁷¹ O art. 114 do EPD alterou o art. 1.768 do CCB/2002 que dispunha “A interdição deve ser promovida” para “O processo que define os termos da curatela deve ser promovido”. Posteriormente, o CPC/2015 em art. 1.072, II, revogou os arts. 1.768 a 1.773 do CCB/2002, incluindo a recente modificação feita pelo EPD que, embora lei mais nova, entregou em vigor primeiro, já que o período de *vacatio legis* do CPC/2015 foi maior.

Da mesma forma é a possibilidade autocuratela, incluída pelo EPD por meio da inclusão do inciso IV ao art. 1.768 do CCB/2002, autorizando que o processo de curatela pudesse ser iniciado pela própria pessoa, que, igualmente, foi revogada pouco tempo depois pelas disposições do CPC/2015.

Com relação a esses aspectos, observa-se que há muita discussão doutrinária, mas há pouca aplicabilidade prática. Isso porque em simples consulta aos sites de Tribunais Superiores, não se observa a existência de demanda elevada de processos de TDA.

Importa destacar a ausência de dados estatísticos sobre o assunto no CNJ. Todavia, não se propõe nessa pesquisa fazer qualquer levantamento estatístico sobre determinado número de processos por cada tipo de assunto. Cita-se, nesse caso, apenas como dado exemplificativo e destaca inclusive a dificuldade da pesquisa, uma vez que se trata de assunto pautado como segredo de justiça.

Entretanto, não se ignora o fato de que o EPD está em vigor a pouco mais de três anos, sendo, inclusive, difícil que o assunto tenha chegado aos Tribunais Superiores, principalmente devido à morosidade do Poder Judiciário brasileiro.

Pode-se observar uma única referência ao termo “tomada de decisão apoiada” no STJ²⁷².

²⁷². CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. AJUIZAMENTO PELO CURADOR PROVISÓRIO. AÇÃO DE NATUREZA PERSONALÍSSIMA. EXCEPCIONALIDADE DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DO CÔNJUGE ALEGADAMENTE INCAPAZ PELO CURADOR. PRETENSÃO QUE NÃO SE REVESTE DE URGÊNCIA QUE JUSTIFIQUE O AJUIZAMENTO PREMATURO DA AÇÃO QUE PRETENDE ROMPER, EM DEFINITIVO, O VÍNCULO CONJUGAL. POTENCIAL IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO COM BASE EM REPRESENTAÇÃO PROVISÓRIA. 1- Ação distribuída em 26/03/2012. Recurso especial interposto em 22/11/2013 e atribuído à Relatora em 25/08/2016. 2- O propósito recursal consiste em definir se a ação de divórcio pode ser ajuizada pelo curador provisório, em representação ao cônjuge, antes mesmo da decretação de sua interdição por sentença. 3- Em regra, a ação de dissolução de vínculo conjugal tem natureza personalíssima, de modo que o legitimado ativo para o seu ajuizamento é, por excelência, o próprio cônjuge, ressalvada a excepcional possibilidade de ajuizamento da referida ação por terceiros representando o cônjuge - curador, ascendente ou irmão - na hipótese de sua incapacidade civil. 4- Justamente por ser excepcional o ajuizamento da ação de dissolução de vínculo conjugal por terceiro em representação do cônjuge, deve ser restritiva a interpretação da norma jurídica que indica os representantes processuais habilitados a fazê-lo, não se admitindo, em regra, o ajuizamento da referida ação por quem possui apenas a curatela provisória, cuja nomeação, que deve delimitar os atos que poderão ser praticados, melhor se amolda à hipótese de concessão de uma espécie de tutela provisória e que tem por finalidade específica permitir que alguém - o curador provisório - exerça atos de gestão e de administração patrimonial de bens e direitos do interditando e que deve possuir, em sua essência e como regra, a ampla e irrestrita possibilidade de reversão dos atos praticados. 5- O ajuizamento de ação de dissolução de vínculo conjugal por curador provisório é admissível, em situações ainda mais excepcionais, quando houver prévia autorização judicial e oitiva do Ministério Público. 6- É irrelevante o fato de ter havido a produção de prova pericial na ação de interdição que concluiu que a cônjuge possui doença de Alzheimer, **uma vez que não se examinou a possibilidade de adoção do procedimento de tomada de decisão apoiada, preferível em relação à interdição e que depende**

Outrossim, no TJMG²⁷³ ²⁷⁴há apenas duas referências ao referido termo. Ainda assim, em todos esses casos, pode-se verificar que não se trata do procedimento propriamente dito, mas mera referência à possibilidade do procedimento de tomada de decisão apoiada

Entretanto, quando se observa o assunto na prática forense, verifica-se que a comunidade jurídica está ignorando os preceitos do EPD, uma vez que as partes continuam entrando com ações de “interdição” e praticamente não aplicam o instituto da TDA que poderia ser utilizado como uma alternativa viável e mais benéfica para a pessoa com deficiência.

3.2.1 O Projeto de Lei 757 de 2015: risco de retrocesso?

Feitas as observações no que tange à falta de aplicabilidade prática do EPD retoma-se ao questionamento se a pessoa com déficit psíquico mental deve voltar a ser absolutamente incapaz para que possa ter proteção adequada, revogando-se, assim, as disposições do EPD que alteraram o CCB/2002.

No sentido da revogação das normas do EPD, objetivando retirar a plena capacidade das pessoas com deficiência psíquica ou mental, estava o Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) n. 757 de 2015²⁷⁵, de autoria dos senadores Antônio Carlos

da apuração do estágio e da evolução da doença e da capacidade de discernimento e de livre manifestação da vontade pelo cônjuge acerca do desejo de romper ou não o vínculo conjugal. 7- Recurso especial conhecido e provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1645612.** Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Dje: 12/11/2018. (grifo nosso).

²⁷³ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. CURATELA. PERÍCIA MÉDICA. ART. 2 DA LEI N.º 13.146/2015. IMPEDIMENTO FÍSICO. INCAPACIDADE RELATIVA DEMONSTRADA. A Lei n.º 13.146/15 reconhece o portador de impedimento físico como sendo "pessoa com deficiência", sendo-lhe garantida proteção através do instituto da curatela e da "tomada de decisão apoiada". Embora preservada a capacidade mental e intelectual da interditada, mas reconhecido o impedimento físico, capaz de impedir o exercício pleno de suas faculdades civis, em igualdade de condições com as demais pessoas, deve ser deferida a curatela, limitada aos atos de natureza patrimonial e negocial, resguardado o exercício dos demais direitos, tais como aqueles elencados no §1º do artigo 85 da Lei n.º 13.146/2015. Recurso conhecido e provido. MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0064.15.001206-6/001.** Relator: Desembargador Albergaria Costa. DJe: 16/10/2018.

²⁷⁴ DECISÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. No momento de análise sumária, se apresentam parcas as razões e motivações para que seja possível concluir pela necessidade da nomeação de um curador provisório ao interditando, sobretudo ante as alternativas que o recém vigente Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) passou a oferecer, como é o caso, por exemplo, do processo de tomada de decisão apoiada. Ausentes os requisitos essenciais à concessão da antecipação dos efeitos da tutela, na inteligência do artigo 300, do NCP, a manutenção da decisão é medida que se impõe. Recurso não provido. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento n. 1.0144.16.004464-6/001.** Relator: Desembargador Armando Freire. DJe: 16/03/2018.

²⁷⁵ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 757 de 2015. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a

Valadares e Paulo Paim. O referido projeto objetiva a alteração do CCB/2002, EPD e CPC/2015 para não vincular automaticamente a condição de pessoa com deficiência a qualquer presunção de incapacidade, mas garantindo que qualquer pessoa com ou sem deficiência tenha o apoio de que necessite para os atos da vida civil.

Além de propor alterações na curatela e na TDA o texto original do projeto propõe a expressa revogação do art. 114 do EPD e, conseqüentemente, restaura da teoria das incapacidades na forma originariamente prevista no CCB/2002. Todavia, propõe a alteração do inciso II do art. 3º do CCB/2002 de modo a não considerar mais absolutamente incapaz “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” e passa a incluir nesse rol “os que, por qualquer motivo, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”.

Joyceane Menezes critica a redação original do PLS 757/2015 no que tange à alteração no regime das incapacidades, por entender que o EPD, em conformidade com o art. 12 da CDPD, acertadamente excluiu a deficiência dos critérios incapacitantes do CCB/2002. Todavia, embora não seja o posicionamento atual da doutrinadora, a mesma chegou a entender que ao deixar como absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos, o EPD pecou por excesso de cuidado, uma vez que “deixou de considerar absolutamente incapaz aquela pessoa completamente faltosa de discernimento, sem qualquer capacidade de entendimento ou de manifestação de um querer”²⁷⁶.

Todavia, o texto original do PLS 757/2015 foi aprovado pela Comissão de Direitos Humanos (CDH), mas recebeu uma emenda substitutiva no Senador Telmário Mota que, além de promover correções de técnica legislativa, tendo em vista que o PLS original foi apresentado ainda no período de *vacatio legis* do EPD, alterou o que se pretendia modificar para manter como absolutamente incapaz, mantendo o art. 3º com o seguintes incisos “V – os que não tenham qualquer discernimento para a prática

Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada. Texto original. Disponível em: <
<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=574431&ts=1529619581824&disposition=inline&ts=1529619581824>> Acesso em: 23 jun. 2018

²⁷⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 12, p. 137-171, abr./ jun. 2017, p. 145-146. Disponível em: <
<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume12/247673.pdf>> Acesso em: 07 jan. 2019.

desses atos, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial” e “VI - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”²⁷⁷.

Essa alteração no PLS foi bem aceita por Joyceane Menezes, especialmente pelo fato de que a deficiência não foi usada como critério incapacitante, como era na versão original do art. 3º do CCB/2002. Na ocasião a autora sugeriu a alteração da redação no inciso V da expressão “prática desses atos” para “prática de nenhum ato”, bem como a inclusão de que a avaliação biopsicossocial seja feita por equipe multidisciplinar. Também sugeriu alteração no inciso VI “os que, mesmo por causa transitória, não puderem, sob qualquer forma, exprimir sua vontade”²⁷⁸.

Contudo, pode-se observar a rediscussão da matéria no Congresso Nacional no sentido de tornar a pessoa com deficiência psíquica ou mental novamente absolutamente incapaz. Assim, para muitas associações de ONG’s de proteção à pessoa com deficiência, o PLS 757/2015 se apresenta como um risco de retrocesso e prejuízo às conquistas das pessoas com deficiência²⁷⁹.

Por outro lado, Flávio Tartuce embora concorde que o PLS mereça alguns reparos, ele afirma que o mesmo não está tentando desconstruir os avanços do EPD, assim, o projeto não apresenta retrocessos

Primeiro, porque ele repara o citado problema dos atropelamentos legislativos provocados pelo novo CPC. Segundo, porque regula situações específicas de pessoas que não têm qualquer condição de exprimir vontade, e que devem continuar a ser tratadas como absolutamente incapazes, na opinião de

²⁷⁷ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 757 de 2015. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada. Emenda n. 1 CDH (substitutivo). Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374521&disposition=inline#Emenda1> > Acesso em: 07 jan. 2019.

²⁷⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 12, p. 137-171, abr./ jun. 2017, p. 147. Disponível em: < <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume12/247673.pdf> > Acesso em: 07 jan. 2019.

²⁷⁹ A indignação foi expressada por carta aberta à Senadora Lídice da Mata, relatora do projeto na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), após aprovação do PLS 757/2015 pela CDH no Senado. Dentre os principais pontos, destaca “O PLS nº 757/2015 parece ser um retrocesso a todas essas questões. A disposição mais preocupante da reforma proposta busca restabelecer as disposições do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) que autorizavam a interdição total de pessoas declaradas “incapazes”. Outro aspecto preocupante deste projeto é a proposta de extensão do uso do regime de curatela para questões relacionadas ao direito ao próprio corpo, sexualidade, matrimônio, privacidade, educação, saúde, trabalho e voto, das pessoas com deficiência”. In: BRASIL: rejeite o projeto de lei que compromete o direito das pessoas com deficiência; crie comissão legislativa especial, plural e multissetorial. **Human Rights Watch**. 2016. Disponível em: < <https://www.hrw.org/pt/news/2016/12/20/298364> >. Acesso em: 07 jan. 2019.

muitos. Ademais, penso haver problema no uso do termo retrocesso quando a lei tem pouco mais de três meses de vigência e vem causando profundos debates e inquietações nos meios jurídicos. O próprio texto da proposta demonstra essas divergências²⁸⁰.

Entretanto, embora o PLS 757/2015 ainda não tenha sido votado, o mesmo sofreu uma substancial alteração na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), por meio do parecer n. 70 de 06 de junho de 2018, de relatoria da senadora Lídice da Mata.

A CCJ entendeu que tanto o texto original quanto o substituído apresentado na CDH, ainda que sob o argumento de conferir maior proteção à pessoa com deficiência reinauguravam “o tratamento da pessoa com deficiência como civilmente incapazes e outras práticas incompatíveis não só com o seu direito à igualdade e à dignidade”²⁸¹.

Deste modo, o PLS 757/2015 recebeu uma nova emenda pela CCJ na qual manteve na íntegra²⁸² as alterações promovidas pelo EPD na redação dos arts. 3º e 4º do CCB/2002. Assim, foi proposta a inclusão de novo parágrafo ao art. 4º²⁸³ no

²⁸⁰ TARTUCE, Flávio. Entrevista sobre o Projeto de Lei 757/2015, que altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Novo Código de Processo Civil. Ibdfam. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/329119433/entrevista-sobre-o-projeto-de-lei-757-2015-que-altera-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-o-codigo-civil-e-o-novo-codigo-de-processo-civil-ibdfam>>. Acesso em: 08 jan. 2019.

²⁸¹ MATA, Lídice da. Parecer n. 70/2018 da CCJ. In: Projeto de Lei n. 757/2015 <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7741937&disposition=inline#Emenda2>> Acesso em: 07 jan. 2019, p. 8.

²⁸² Nos termos do parecer: “De acordo com o texto que ora se apresenta, deve ser mantida a revogação do artigo 3º do Código Civil pelo EPD, pois as pessoas com ou sem deficiência não podem ser incluídas no conceito de absolutamente incapazes, mesmo que não possam expressar a sua vontade, tendo em vista que o direito à capacidade plena, ainda que moral, é um direito humano fundamental. A redação do art. 4º do Código Civil, constante do EPD, também está correta, pois é respeitadora do princípio da igualdade, já que parte de um critério objetivo, qual seja, a possibilidade de manifestação ou não de vontade, não mais se admitindo a possibilidade de julgamento da qualidade do discernimento”. In: MATA, Lídice da. Parecer n. 70/2018 da CCJ. In: Projeto de Lei n. 757/2015 <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7741937&disposition=inline#Emenda2>> Acesso em: 07 jan. 2019, p. 10.

²⁸³ Art. 4º O art. 4º da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos, renumerando-se o parágrafo único como § 1º:

“Art. 4º.

§ 2º As pessoas com deficiência, inclusive mental ou intelectual ou deficiência grave, maiores de 18 (dezoito) anos, têm assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas, devendo os apoios e salvaguardas, de que eventualmente necessitarem para o exercício dessa capacidade, observarem o quanto segue:

I - a curatela, regulada pelos artigos 1.781 e seguintes deste Código, poderá ser utilizada para as pessoas com deficiência apenas quando apresentarem as condições previstas nos incisos II, III e IV do caput deste artigo;

II - a presença de deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, por si só, não configura a hipótese prevista no inciso III do caput deste artigo, sendo facultada a essas pessoas a tomada de decisão apoiada regulada nos artigos 1.783-A e seguintes deste Código;

sentido de suprir as omissões quanto aos procedimentos de curatela e tomada de decisão de apoiada. O PLS 757/2015 foi aprovado com base na emenda apresentada pela CCJ tendo seu texto original sido profundamente alterado no que tange ao regime das incapacidades.

A ideia de revogar as alterações promovidas na teoria das incapacidades não prosperaram sob o argumento de que uma boa legislação “respeitadora do direito à capacidade e da vontade da pessoa com deficiência, mas que lhe ofereça apoios que não sejam absolutamente substitutivos para o exercício dessa capacidade, é a que atenderá ao novo paradigma”²⁸⁴.

Nesse aspecto foi louvável a alteração proposta pela CCJ no PLS 757/2015. Não se desconhece das incongruências trazidas pelo EPD, principalmente o problema que se opera na prática forense em razão do atropelamento legislativo promovido pelo CPC/2015 em que muitos operadores do direito não sabe que tipo de ação manejar quando se está diante de uma pessoa com deficiência grave capaz de comprometer seu discernimento.

Todavia, retomar a antiga teoria das incapacidades revogando as alterações trazidas pelo EPD é atitude que não coaduna com os princípios trazidos pela CDPD, principalmente no que tange à ausência de discriminação e promoção da capacidade da pessoa com deficiência.

A teoria das incapacidades, na sua forma originária, está totalmente pautada em sistema de substituição de vontades, sistema esse que não possibilita o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa com deficiência. Pelo contrário, além de desrespeitar a dignidade dessa pessoa.

III - o acolhimento judicial do pedido de tomada de decisão apoiada pressupõe a vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, garantindo à pessoa apoiada a mesma proteção legal prevista nesta e em outras leis às pessoas relativamente incapazes.

§ 3º A curatela das pessoas referidas no inciso III do caput deste artigo outorga ao curador o poder de representação e os atos por ele praticados, nessa qualidade, devem ter como parâmetro a potencial vontade da pessoa representada.” (NR). In: BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 757 de 2015. Texto final revisado. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre o direito à capacidade civil das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas e sobre as medidas apropriadas para prover o acesso das pessoas com deficiência ao apoio de que necessitarem para o exercício de sua capacidade civil. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7889481&ts=1544004190652&disposition=inline>> Acesso em: 07 jan. 2019

²⁸⁴ MATA, Lídice da. Parecer n. 70/2018 da CCJ. In: Projeto de Lei n. 757/2015 < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7741937&disposition=inline#Emenda2>> Acesso em: 07 jan. 2019, p. 10

A substituição da vontade é sistema atrasado e não mais condiz com o direito que tem a pessoa em seu centro, que preza pela sua dignidade. O sistema de apoios, sem dúvidas, é o que melhor atende ao novo paradigma de proteção da pessoa com deficiência e que está alinhado à possibilidade do seu livre desenvolvimento da personalidade.

O texto final do PLS 757/2015 também resolve um grande problema relativo ao procedimento de TDA. Conforme apontado no tópico específico, questiona-se a validade dos negócios jurídicos (no caso do objeto da pesquisa, contratos de consumo) celebrados por pessoas com déficit psíquico ou mental, mas que tenham apoiadores, quando esses apoiadores não participam no negócio para dar anuência.

Conforme se destacou, tais negócios seriam reputados como válidos, ao argumento de que essa pessoa é capaz e que a TDA é apenas para auxiliar o apoiado, não configurando uma substituição à sua vontade sendo, simplesmente, uma meio para auxiliá-lo na tomada de decisões.

Todavia, quando se leva em conta o texto normativo que está em vigor a situação da validade dos negócios jurídicos celebrados por pessoa apoiada sem o consentimento de seus apoiadores cria insegurança jurídica com relação à validade desses atos, principalmente em relação ao terceiro com quem a pessoa contratou que pode sequer saber da existência da TDA.

O tratamento legal da TDA não prevê a averbação da decisão no registro civil, portanto, a eficácia perante terceiros fica seriamente comprometida. Aliás, o próprio instituto resta comprometido nesse sentido, afinal, qual seria a necessidade de eleger os apoiadores se o apoiado pode, indiscriminadamente, celebrar negócios jurídicos sem a anuência deles?

Um ponto que causa dúvida e insegurança jurídica é a falta de averbação da TDA no registro civil da pessoa com deficiência, de modo a garantir a segurança das relações jurídicas.

Embora essa alteração possa ser importante, é possível reconhecer que o EPD optou por não permitir a averbação da TDA no registro civil, com nítido intuito de proteger a pessoa com deficiência, uma vez que a TDA não se refere a pessoas incapacitadas. Ademais, os atos que devem ser registrados e averbados no registro civil são aqueles inerentes ao estado da pessoa, não sendo o caso da TDA.

Nessa perspectiva, pode-se, inclusive, defender que o EPD fez a opção correta a não permitir o registro da TDA no registro civil, já que deste modo, estaria resguardando a pessoa com deficiência.

Importa registrar que, diante da omissão legislativa quanto à possibilidade de averbação da TDA no registro civil, a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo editou o Provimento n. 32/2016 que determina o registro da sentença que decretar a TDA.

Nesse sentido, Beatriz Pontes assevera

Havendo lacuna legal, o Provimento 32/2016 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, cuja finalidade foi adequar as Normas de Serviço Notarial e Registral ao EPD, dispôs que a sentença que decretar a tomada de decisão apoiada deverá ser registrada no Registro Civil das Pessoas Naturais. Justificou-se esta exigência no fato de que a decisão tomada pela pessoa apoiada pode surtir efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado (artigo 1.783-A, §4º do Código Civil). Por ser o Registro Civil o local onde devem estar concentradas as informações sobre a capacidade civil da pessoa, a TDA deve estar registrada para o caso de eventual consulta pública sobre quem seriam os apoiadores, em quais atos se aplicaria e demais detalhes do apoio. Além disso, por não ser o rol de atos que devem ser encaminhados para registro elencados no artigo 29 da Lei 6.015/73 exaustivo, seriam aceitáveis acréscimos para adequá-lo a evoluções legislativas.²⁸⁵

Nesse aspecto, não se desconhece que a averbação da TDA no registro civil possa ser ofensiva para a pessoa com deficiência. Lado outro, também deve-se analisar os direitos dos terceiros que contratam com a pessoa com deficiência que não recebe o apoio do seu apoiador.

Assim, objetivando a segurança jurídica, é razoável aceitar o registro da sentença que decreta da TDA no registro civil, uma vez que o procedimento de TDA é uma escolha livre da pessoa com deficiência, não se tratando de imposição legal, bem como pode proteger a própria pessoa com deficiência caso a mesma tenha feito um negócio jurídico que lhe foi prejudicial, permitindo que a mesma consiga a declaração de invalidade do mesmo de forma mais fácil.

²⁸⁵ PONTES, Beatriz Oquendo. **Do modelo de substituição de vontade ao modelo de apoio ao exercício da autonomia**: a emergência da tomada de decisão apoiada. 2017. 131 f. Dissertação (Mestrado Acadêmico) - Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2017, p. 114. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F10663420180614141851893487/Dissertacao.pdf>> Acesso em 18 jan. 2019.

Nesse ponto, o texto final do PLS 757/2015 propõem a alteração do art. 9º III do CCB/2002²⁸⁶ para determinar que tomada de decisão apoiada seja registrada em registro público.

Evidente que o ideal seria a dispensa dessa informação no registro civil. Todavia, não se pode ignorar que essa medida tem levado, inclusive, a não aplicabilidade da TDA na prática.

O PLS 757/2015, prevê, ainda, alterações no procedimento de TDA²⁸⁷ no sentido de reputar válidos os negócios jurídicos celebrados sem anuência de apoiadores quando os mesmos não estejam arrolados no termo de tomada de decisão

²⁸⁶ Na proposta de alteração: Art. 3º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações: [...] “Art. 9º III – a curatela e a tomada de decisão apoiada, bem como seus respectivos limites;” (NR). In: BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 757 de 2015. Texto final revisado. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre o direito à capacidade civil das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas e sobre as medidas apropriadas para prover o acesso das pessoas com deficiência ao apoio de que necessitarem para o exercício de sua capacidade civil. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7889481&ts=1544004190652&disposition=inline>> Acesso em: 07 jan. 2019.

²⁸⁷ Art. 3º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações: [...]

Art. 1.783-A. As pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave que conseguem exprimir sua vontade, por qualquer meio, podem formular pedido judicial de tomada de decisão apoiada para a prática de ato ou atos sucessivos da vida civil, elegendo como apoiadores pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas.

§ 1º Os apoiadores devem ser pessoas com as quais a pessoa com deficiência mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre ato ou atos da vida civil, 4 fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

§ 2º O apoio será exercido nos limites e condições acordados entre a pessoa apoiada e os apoiadores, constantes de termo homologado judicialmente.

§ 3º Será indeferida a tomada de decisão apoiada às pessoas com deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave que não consigam manifestar sua vontade por meio algum.

§ 4º Os negócios e os atos jurídicos que não estejam abrangidos pelo termo de tomada de decisão apoiada terão validade e efeitos sobre terceiros, ainda que praticados pela pessoa apoiada sem a participação dos apoiadores. § 5º Nos atos abrangidos pelo termo de tomada de decisão apoiada é obrigatória a contra-assinatura dos apoiadores, a qual é hábil para demonstrar o fornecimento de elementos e informações necessários ao exercício da capacidade pela pessoa com deficiência.

.....

§ 7º (Revogado).

§ 8º (Revogado).

§ 9º (Revogado).

§ 10. (Revogado).” (NR) In: BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 757 de 2015. Texto final revisado. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre o direito à capacidade civil das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas e sobre as medidas apropriadas para prover o acesso das pessoas com deficiência ao apoio de que necessitarem para o exercício de sua capacidade civil. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7889481&ts=1544004190652&disposition=inline>> Acesso em: 07 jan. 2019.

apoiada. Além disso, todo o procedimento judicial da TDA passa a ser sistematizado no CPC/2015 pela proposta de inclusão dos arts. 747-A e seguintes.

O projeto ainda vai além, e cria nova hipótese de negócio jurídico anulável ao determinar a inclusão do III ao art. 171 do CCB/2002 com a seguinte redação “por inobservância dos termos da tomada de decisão apoiada homologada judicialmente e registrada em cartório” e determina que o prazo decadencial de quatro anos para anulação do negócio jurídico será contado “no caso de atos de incapazes ou de pessoas sujeitas a tomada de decisão apoiada, do dia em que cessar a incapacidade ou em que for homologado o término do termo de apoio”, conforme proposta de alteração do inciso III do art. 178 do CCB/2002.

Verifica-se, portanto, que o PLS 757/2015 embora no seu texto original tenha se inclinado a promover retrocessos no que tange à proteção da pessoa com deficiência, especialmente no que tange à restauração da teoria das incapacidades na sua forma originária, após a aprovação do seu texto final revisado, especialmente pelas alterações da CCJ, se virar lei, certamente poderá ajudar grande parte das discussões que o EPD provocou, de modo a contribuir ainda mais com a proteção da pessoa com deficiência.

3.2.2. A interpretação mais favorável à pessoa com deficiência

Diante do que foi exposto, é possível verificar que após a reforma do CCB/2002 pelo EPD no tocante à teoria das incapacidades, o novo emancipado ficou exposto ao mercado de consumo sem a devida proteção, tendo, portanto, maior propensão a ser vítima de fraudes e abusos do que o cidadão que tem pleno discernimento do contrato celebrado.

A capacidade plena conferida às pessoas com déficit psíquico ou mental de fato provoca abalos no que tange à aferição do real discernimento desse sujeito e, indiretamente, pode provocar riscos ao seu patrimônio. Deste modo, torna-se justificável a preocupação que foi apontada pela doutrina, sendo que alguns inclusive defenderam a volta do antigo de regime de incapacidades.

Lado outro, conforme restou demonstrado, a concessão de capacidade plena às pessoas com deficiência está em consonância com a legislação internacional, bem como com os princípios e direitos fundamentais da pessoa com deficiência. Foi necessária a mudança de paradigma na teoria das incapacidades de

modo a extirpar de uma vez por todas a ideia de que a deficiência pressupõe incapacidade.

Todavia, não se pode ignorar o problema dessas pessoas com deficiência psíquica ou mental que tenham um grau de afetação considerável na sua capacidade de discernimento. Trata-se, portanto, de um problema que merece atenção e, principalmente, solução.

Quando uma pessoa com déficit psíquico ou mental celebra um contrato de consumo sem qualquer representação ela está traçando os rumos de sua vida, exercendo seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Outrossim, a concessão de capacidade revela-se como forma de concretizar a igualdade e garantir a dignidade da pessoa com deficiência.

Ocorre que quando essa pessoa celebra esse mesmo contrato, por outro lado, a sua fragilidade promove um nítido desequilíbrio contratual que impõe ao Estado o oferecimento de salvaguardas necessárias com o fito de também garantir a sua dignidade.

Sendo assim, observa-se que a solução desse conflito não deve ser operada com base nos critérios clássicos de solução de antinomias propostos por Norberto Bobbio, uma vez que se assim fosse feito, uma das normas obrigatoriamente teria que ser retirada para que o ordenamento jurídico não perdesse sua coerência.

Nesse caso, a solução pautada nos critérios tradicionais indicaria duas soluções viáveis para o problema. A primeira consistiria na manutenção da norma que concedeu capacidade plena à pessoa que tenha discernimento reduzido e, conseqüentemente, na exclusão de qualquer norma contrária que pudesse dar proteção a essa pessoa pautada pela ausência de representação ou discernimento. Alternativamente, pode-se aventar uma segunda solução pautada na exclusão da norma que concedeu capacidade plena a essa pessoa e conseqüentemente a aplicação da norma favorável que conceda proteção pelo fato de ter celebrado o contrato sem representação ou sem a totalidade de seu discernimento.

Deste modo, ou a situação anterior em que a pessoa que não tenha o discernimento para prática de seus atos é considerada absolutamente incapaz é retomada ou ela é mantida e, conseqüentemente, essa pessoa não terá nenhum tipo de proteção diferenciada quando da celebração de contratos de consumo, justamente por ter capacidade plena.

Todavia, não parece a melhor solução. Essa interpretação pautada nos critérios clássicos na base do “tudo ou nada”, não coaduna com uma interpretação em prol dos direitos humanos.

Nas lições de Valério de Oliveira Mazuolli,

A interpretação conforme os direitos humanos impede, por igual, que seja aplicada uma norma *menos benéfica* ao ser humano, eis que o princípio básico presente em todos os tratados de direitos humanos, bem assim no costume internacional relativo a esses direitos, é o princípio *pro homine* ou *pro persona*, por meio do qual o intérprete, num dado caso concreto, deve sempre aplicar a norma *mais favorável* à pessoa. Dessa maneira, seria tecnicamente impossível pretender que a interpretação “conforme os direitos humanos” pudesse fazer valer, num certo caso concreto, determinada norma *menos benéfica* ao ser humano, pois a própria ordem internacional de proteção (quer convencional ou costumeira) dá primazia à aplicação da norma sempre *mais benéfica* à pessoa. Tal significa que, aplicando a interpretação conforme os direitos humanos, *sempre* há de ser encontrada a solução *mais benéfica* ou *mais protetiva* (e também *mais justa*) ao ser humano sujeito de direitos diante de uma situação concreta²⁸⁸.

Sendo assim, a solução para o problema aqui apresentado deve ser buscada com base na interpretação conforme os direitos humanos, de modo que se busque a aplicação da norma mais favorável à pessoa. Para isso, não se busca um critério de exclusão de normas, mas sim sua complementariedade, conforme foi explanado no capítulo anterior ao se tratar da solução dos conflitos de normas por meio da teoria do diálogo de fontes.

Ademais, importa destacar que o próprio EPD, no seu art. 121, expressamente prevê essa complementariedade das normas, além de terminar que se aplique a norma mais benéfica à pessoa com deficiência:

Art. 121. Os direitos, os prazos e as obrigações previstos nesta Lei não excluem os já estabelecidos em outras legislações, inclusive em pactos, tratados, convenções e declarações internacionais aprovados e promulgados pelo Congresso Nacional, e devem ser aplicados em conformidade com as demais normas internas e acordos internacionais vinculantes sobre a matéria. Parágrafo único. **Prevalecerá a norma mais benéfica à pessoa com deficiência.** (grifo nosso)

A ideia de utilização do princípio *pro homine* por vezes se confunde com aquele tratado pela doutrina como princípio da máxima efetividade e princípio da

²⁸⁸ MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 36-37.

primazia da norma mais favorável ao indivíduo²⁸⁹. De toda forma, o que se busca é justamente aplicar a norma que mais promova a dignidade da pessoa humana.

Por óbvio, não se trata de tarefa fácil. Há, inclusive, críticas ao princípio *pro homine* e ao da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, principalmente quando, no ambiente dinâmico do século XXI, há vários direitos de titulares distintos em colisão. Assim, torna-se trabalho árduo verificar qual indivíduo mereceria maior proteção²⁹⁰.

Quando se está diante de dois particulares celebrando negócios jurídicos, questiona-se, então, por qual motivo um mereceria proteção diferenciada em detrimento do outro, como aplicar a norma mais favorável à pessoa sendo que ambos são pessoas.

A resposta parece ser encontrada na tentativa de concretizar o princípio da igualdade, dando proteção mais favorável à pessoa que está em situação de vulnerabilidade. É justamente o caso da pessoa com deficiência psíquica ou mental na celebração de contratos de consumo.

De todo modo, sob pena de incidir em preconceito e acabar por discriminar ainda mais as pessoas com deficiência, não se pode generalizar ao ponto de afirmar que todas as pessoas com algum tipo de déficit psíquico ou mental sempre estarão em situação de desvantagem e vulnerabilidade quando celebrarem negócios jurídicos com outras pessoas.

A generalização talvez seja a maior fomentadora do preconceito. Conforme demonstrado, a pessoa com deficiência, por si só, demanda atenção diferenciada em razão de sua deficiência. Todavia, no caso das pessoas com déficit psíquico ou mental é imprescindível a aferição da afetação da autonomia para que se

²⁸⁹ Nesse ponto André Ramos aponta que “o critério da máxima efetividade exige que a interpretação de determinado direito conduza ao maior proveito do seu titular, com o menor sacrifício imposto aos titulares dos demais direitos em colisão. [...] Já o critério da interpretação *pro homine* exige que a interpretação dos direitos humanos seja sempre aquela mais favorável ao indivíduo. Grosso modo, a interpretação *pro homine* implica reconhecer a superioridade das normas de direitos humanos, e, em sua interpretação ao caso concreto, na exigência de adoção da interpretação que dê posição mais favorável ao indivíduo [...] Na mesma linha do critério *pro homine*, há o uso do princípio da prevalência ou primazia da norma mais favorável ao indivíduo, que defende a escolha, no caso de conflito de normas (quer nacionais ou internacionais) daquela que seja mais benéfica ao indivíduo. Por esse critério, não importa a origem (pode ser uma norma internacional ou nacional), mas sim o resultado: o benefício ao indivíduo. Assim, seria novamente cumprindo o ideal *pro homine* das normas de direitos humanos. In: RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 111-112.

²⁹⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 112.

possa concluir pela necessidade de uma interpretação *pro homine* capaz de promover a aplicação de uma norma que lhe seja mais favorável.

Merece destaque o fato do art. 4º, §2º do EPD²⁹¹ deixar claro que a pessoa com deficiência não está obrigada a aferir os benefícios decorrentes de ações afirmativas. Se o próprio Estatuto adverte que a pessoa com deficiência pode rejeitar um benefício, também não se pode negar que, em determinados casos, deve ser dado à pessoa com deficiência tratamento idêntico às demais pessoas, como forma de evitar a discriminação.

Assim, a solução para o problema apresentado se revela no caso concreto, sendo impossível generalizar principalmente pelo fato de que existem diversos déficits psíquicos ou mentais e conseqüentemente diversas formas de graus de afetação da autonomia dessas pessoas. Deste modo, uma pessoa com deficiência psíquica ou mental pode, livremente, celebrar contratos de consumo enquanto outras, em razão da afetação de sua autonomia, necessitem de uma proteção diferenciada, com conseqüente intervenção estatal de modo a lhe preservar a dignidade.

Nesse aspecto, a CDPD²⁹² foi clara ao determinar que os Estados-Partes assegurassem à capacidade das pessoas com deficiência, mas por outro lado, não determinou que essa emancipação se desse de forma desornada e insuficiente, uma vez que também apontou que se observassem as salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos.

Embora possa se verificar um problema de efetividade das salvaguardas apontadas pelo EPD, principalmente no que tange à TDA, caso o PLS 757/2015 seja aprovado com base no seu texto revisado final, de acordo com a emenda da CCJ, a TDA pode-se revelar como instrumento de apoio hábil e eficaz para a proteção da pessoa com deficiência psíquica ou mental, tendo em vista que o mesmo mantém sua condição de pessoa capaz, mas permite um apoio especializado de modo que também protege os interesses dos terceiros envolvidos.

Lado outro, ainda que o texto legal do EPD não seja alterado, com possíveis correções às incongruências apontadas, deve-se anotar que em verdadeiro desapego

²⁹¹ Art. 4º do EPD: Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação. [...]§ 2º A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação *afirmativa*.

²⁹² Art. 12.4 da CDPD.

ao positivismo jurídico, a solução do problema pode ser enfrentada no caso concreto, tomando-se por base a teoria do diálogo de fontes, de modo a assegurar a pessoa com deficiência a norma que lhe seja mais favorável.

Todavia, em que pese o problema apresentado ter solução no caso em concreto, não se nega o fato que o EPD incidiu em proteção insuficiente com relação ao aspecto patrimonial da pessoa com deficiência, principalmente aquelas que tem algum tipo de déficit psíquico, mental ou intelectual.

Segundo Fernando Martins a emancipação deve ocorrer de forma protetiva ao incapaz, sem espaços para que o mesmo fique exposto aos riscos e prejuízos conhecidos da sociedade de consumo. Entretanto, as modificações sofridas pelo CCB/2002 no sentido de conceder simetria a todos os tipos de deficiência, indiretamente provocaram reflexos em outros eixos protetivos, “ao revogar disposições relevantes e sólidas aptas à proteção dos sujeitos com deficiência cognoscitiva no plano dos fatos jurídicos”²⁹³.

Deste modo, verifica-se que o Estado incidiu em proteção insuficiente ao considerar que a emancipação concedida à pessoa com deficiência fosse instrumento que, por si só, conseguisse sanear todas as dificuldades, fragilidades e vulnerabilidades que o déficit psíquico ou mental pode proporcionar para a atuação independente dessa pessoa no mercado de consumo²⁹⁴.

Essa emancipação desordenada promovida pelo EPD sem que fossem observadas as devidas contracautelas necessárias para proteção patrimonial do sujeito, revela-se, inclusive uma das barreiras que impedem a plena participação da pessoa com deficiência em igualdade de condições na sociedade. Nesse aspecto, em razão da grave omissão legislativa, o EPD aplicou lógica inversa ao não garantir a proteção patrimonial adequada.

A promoção da pessoa como centro do ordenamento, pautada no princípio da dignidade humana, não importa no menosprezo ao direito patrimonial do sujeito, que também deve ser assegurado.

²⁹³ MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

²⁹⁴ BERNARDES, Luana Ferreira. **A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência. Diagnóstico Jurídico. Paradigma de Ancoragem e o desafio da geração de intérpretes**. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018, p. 104. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14393/ufu.di.2018.965>> Acesso em: 12 jan. 2019.

CONCLUSÃO

A CDPD tem como seu propósito a promoção e o respeito da dignidade da pessoa com deficiência, de modo a proteger, promover e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades individuais das pessoas que tenham algum tipo de déficit funcional.

Com o ingresso do instrumento normativo internacional no ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional, tornou-se fonte positiva de novo direito fundamental e, deste modo, obrigou ao Estado a regulação de deveres de proteção no âmbito da capacidade civil da pessoa com deficiência.

Trazendo como um de seus princípios gerais no seu art. 3º, “a” e “c” o “respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”, bem como a “plena e efetiva participação e inclusão na sociedade”, a CDPD tornou imperiosa a modificação no sistema de incapacidades do direito civil brasileiro.

O EPD veio com escopo de dar concretude aos preceitos da CDPD e apresentou uma base sólida com um diálogo inclusivo e humanitário de modo a justificar a discriminação positiva em favor das pessoas com deficiência.

A nova legislação acertadamente apresenta novo conceito para pessoa com deficiência, cuja origem está enraizada na CDPD, que tem por mérito retirar o estigma e as marcas preconceituosas que expressões como “defeituosos”, “portadores de deficiência”, “deficiente”, “excepcionais” traziam. O EPD dá tratamento simétrico aos diversos tipos de deficiência e passa a tratá-los como um déficit funcional, que pode ser tanto mental, intelectual, físico ou sensorial.

Objetivando atender à determinação da CDPD de que 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, o EPD promoveu substancial alteração no CCB/2002, alterando a teoria das incapacidades e, principalmente, emancipando aquelas pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tinham o necessário discernimento para a prática desses atos.

Entretanto, os reflexos dessa emancipação ensejaram questionamentos quanto à efetiva proteção concedida pelo EPD às pessoas com deficiência, principalmente aquelas que são afetadas por algum tipo de déficit psíquico, mental ou

intelectual, uma vez que impactou diretamente na liberdade contratual dessas pessoas.

Ao conceder capacidade plena às pessoas que tinham o discernimento reduzido para a prática dos atos da vida civil, o EPD retirou das mesmas diversas proteções, como a possibilidade de não fruição de prazos prescricionais e decadenciais, bem como a responsabilidade civil de forma subsidiária e equitativa, uma vez que a pessoa com deficiência psíquica ou mental deixou de ser considerada incapaz.

A presente pesquisa se limitou a análise do impacto dessa emancipação nos contratos e consumos que agora podem ser celebrados pelas pessoas com déficit psíquico ou mental, embora grande parte dos reflexos provocados pelo EPD no âmbito do direito contratual também estão relacionados a esse tema.

Questionou-se, então, se o EPD, ao promover essa alteração na teoria das incapacidades, não mais considerando a pessoa com déficit psíquico ou mental absolutamente incapaz, incidiu em proteção insuficiente com relação a esse sujeito, deixando-o desprotegido para celebrar contratos de consumo.

Em um primeiro momento, pode-se afirmar que emancipação da pessoa com deficiência está alinhada ao novo paradigma de proteção amparado nos direitos humanos. A opção pelo modelo social de abordagem, em detrimento do modelo médico, se revela acertada, uma vez que tem por objetivo a promoção da dignidade humana da pessoa com deficiência.

Deste modo, a manutenção do antigo sistema de incapacidades não mais coadunava com esse novo paradigma protetivo, principalmente quando se leva em conta que o mesmo partia do pressuposto de que a deficiência mental era causa que gerava incapacidade civil.

Por certo, não se pode ignorar o fato de que uma pessoa por ter algum tipo de déficit psíquico ou mental, por si só, não é suficiente para lhe retirar toda a sua autonomia ao ponto de ser rotulada como um absolutamente incapaz. Não há dignidade e tampouco desenvolvimento da personalidade quando se tolhe do sujeito seu direito a traçar seu projeto de vida baseado em suas próprias escolhas.

O antigo modelo de incapacidades que resolvia o problema da incapacidade de modo genérico, atribuindo à pessoa absolutamente um representante com poderes amplos e ilimitados para decidir sobre a vida do representado como se

fosse sua, estava em nítido descompasso com novo sistema protetivo, uma vez que vontade da pessoa com deficiência não tinha qualquer relevância.

Entretanto, num segundo momento, pode-se verificar que embora a emancipação da pessoa com deficiência psíquica ou mental fosse necessária, a mesma ocorreu sem as devidas contracautelas necessárias, uma vez que deixou essa pessoa exposta e vulnerável aos riscos da sociedade de consumo, já que a pessoa com deficiência perdeu as medidas protetivas que eram asseguradas às pessoas incapazes.

Nesse ponto, a hipótese de pesquisa foi confirmada, uma vez que o EPD, ao promover uma alteração substancial na teoria das incapacidades incidiu em proteção insuficiente para a pessoa com déficit psíquico ou mental, uma vez que não verificou as particularidades de cada pessoa ao conceder a todos a capacidade plena e, com isso, colocou o patrimônio dessa pessoa vulnerável em risco, tendo em vista que permitiu que a mesma celebre contratos de consumo sem assistência ou auxílio de terceiros.

O EPD agiu acertadamente ao emancipar a pessoa com deficiência. Todavia, falhou ao não ofertar salvaguardas necessárias e efetivas para que o patrimônio da pessoa pudesse ser protegido.

Em que pese o direito civil passar pela fase de despatrimonialização e constitucionalização das relações obrigacionais, colocando a pessoa no centro das relações e tendo a dignidade humana como seu norte, não se pode negar que o direito ao patrimônio é fundamental para que a pessoa tenha uma vida digna. Na atual sociedade, torna-se difícil imaginar a concretude do princípio da dignidade humana quando o sujeito está totalmente desprovido de seus bens.

Por outro lado, uma pessoa com deficiência psíquica ou mental pode ser enquadrada como relativamente, desde que, por alguma causa transitória ou permanente não puder exprimir sua vontade, nos termos do art. 4º, III do CCB/2002. Entretanto, embora os relativamente incapazes também recebam proteção jurídica diferenciada, por certo ela é reduzida, uma vez que os atos praticados por relativamente incapazes não importam na privação plena do tráfego jurídico.

Todavia, mesmo como relativamente incapaz se torna difícil incluir as pessoas com déficit psíquico ou mental, uma vez que isso só seria possível quando elas não puderem exprimir sua vontade, o que não é o caso da maioria dessas pessoas. Elas manifestam sua vontade, mas em determinados casos, em razão da

redução do discernimento, elas não têm completa noção do ato que está sendo realizado.

Por conta disso, o problema inerente à emancipação insuficiente da pessoa com deficiência na celebração de contratos de consumo está atrelada à validade desse negócio jurídico.

A declaração de invalidade do negócio jurídico celebrado quando se verifica que a manifestação da vontade foi viciada, é uma medida hábil para garantir proteção da pessoa com deficiência. Para isso, torna-se imprescindível a aferição do grau de afetação da autonomia como condição para aferimento do grau de vulnerabilidade, uma vez que se deve analisar no caso concreto as reais condições de compreensão do que foi entabulado.

A condição da pessoa com deficiência psíquica ou mental se torna ainda mais peculiar quando a mesma é inserida na sociedade de consumo. As pessoas sem qualquer tipo de deficiência já são consideradas vulneráveis quando envolvidas em alguma relação de consumo.

As pessoas com deficiência, nesses casos, merecem atenção redobrada, principalmente por se tratar de sujeito hipervulnerável. Assim, um tratamento diferenciado com regras protetivas tem por escopo garantir a dignidade dessas pessoas e, conseqüentemente, atuar como forma de concretizar o princípio da igualdade, uma vez que se torna nítido o desequilíbrio contratual.

A mudança na teoria das incapacidades teria sido mais adequada se o EPD tivesse mantido como absolutamente incapazes aquelas pessoas que não tem qualquer discernimento, sem possibilidade de emitirem qualquer manifestação de vontade, tendo em vista que, nesses casos, a incapacidade relativa não é capaz de garantir a proteção dessas pessoas. Nessas condições, as pessoas com deficiência mental ou psíquica severa poderiam ser enquadradas como absolutamente incapazes e, conseqüentemente, teriam uma proteção patrimonial adequada.

Deste modo, seria mantida a perspectiva do sistema protetivo-emancipatório inaugurado pela CDPD, uma vez que a deficiência se manteria dissociada da incapacidade. Assim, a pessoa com déficit mental severo, capaz de lhe retirar toda sua autonomia e impedir uma manifestação de vontade válida, ainda seria absolutamente incapaz, não porque se trata de pessoa com a deficiência mental, mas sim em razão da total ausência de discernimento.

Nesse ponto, considerando o dissenso doutrinário provocado pelo tema, o PLS 757/2015, apresentado ainda no período de *vacatio legis* do EPD apresentou em seu texto originário um risco de retrocesso, quando objetivou a restauração do antigo sistema de incapacidades.

A pessoa com deficiência não precisa de substituição de sua vontade. O novo paradigma emancipatório pautado na promoção da dignidade humana determina a atribuição de capacidade à pessoa com deficiência. Todavia, é claro que isso não deve ocorrer de forma desordenada, pois esse sistema é pautado no oferecimento de apoios e salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, conforme destacada a própria CDPD no seu art. 12.4.

Pode-se concluir que, em que pese o brilho e justificação inclusiva do EPD, o mesmo falhou em razão da não inclusão dessas salvaguardas em seu texto, contrariando, inclusive, a CDPD. Nesse aspecto, o EPD é passível, inclusive, de um controle de convencionalidade.

No que tange às salvaguardas, pode-se afirmar que o EPD não foi totalmente omissivo, uma vez que trouxe uma nova roupagem à curatela que consiste principalmente no fato da mesma estar restrita ao aspecto patrimonial, bem como a TDA, um instituto típico do novo sistema de apoios.

Todavia, conforme ficou demonstrado, a TDA tem potencialidade para atuar como uma salvaguarda necessária. Entretanto, isso ainda não é possível em razão do seu atual tratamento legal. O EPD pecou ao apontar os efeitos dessa TDA perante terceiros, fato que fez com que o instituto não decolasse na prática, uma vez que a comunidade jurídica continua se valendo da ação de “interdição” quando se trata de pessoas com déficit psíquico ou mental.

Por outro lado, a emenda feita pela CCJ no PLS 757/2015, caso seja convertida em lei, revela-se como instrumento hábil para correção de grande parte dos problemas causados pelo EPD quando alterou a teoria das incapacidades. Nessa situação, a utilização e efeitos da TDA estão mais próximos da realidade, uma vez que criam a hipótese do negócio jurídico ser reputado anulável quando celebrado sem assistência dos apoiadores, bem como torna claro os limites do instituto.

Por óbvio, a curatela não perde sua importância, já que na sua nova concepção é encarada como medida e limitada aos aspectos patrimoniais. Assim, deve o juiz, no caso concreto, limitar seus efeitos e delimitar sua extensão de modo a

não permitir mais a intervenção de terceiros nas relações existenciais da pessoa com deficiência.

Verifica-se, assim, que é possível ofertar uma proteção adequada à pessoa com deficiência psíquica ou mental, principalmente no que tange à sua proteção patrimonial. Deste modo, não é necessário retomar ao antigo sistema pautado na substituição vontade. A manutenção do sistema de apoios, ancorado em salvaguardas efetivas que consigam evitar os abusos, é medida que se propõe para se possa observar a dignidade da pessoa com deficiência.

Deve-se, ao máximo, assegurar as escolhas das pessoas com deficiência, respeitar seus desejos e permitir que a mesma elabore seu projeto de vida por contra própria, aceitando-se apenas apoios e não excluindo sua vontade, de modo a permitir o livre desenvolvimento da personalidade.

Também é possível concluir que, com ou sem aprovação do PLS 757/2015 que resolve grande parte dos problemas apontados, ainda que não se tenha alteração formal do EPD e do CCB/2002, a pessoa com deficiência deve receber a proteção no caso concreto, com base na aplicação do princípio *pro homine*, garantindo-se assim, que lhe seja dada interpretação normativa mais favorável.

O atual estágio da proteção normativa da pessoa com deficiência no país permite que o intérprete, em caso de conflito, não utilize os critérios clássicos de solução de antinomias, mas sim se pautar por um modelo em que as normas se complementem de modo a assegurar os direitos humanos das pessoas com deficiência. Propõe-se, assim, a utilização da teoria do diálogo de fontes como sua alternativa extremamente viável para a proteção da pessoa com deficiência.

Principalmente porque, em que pese o EPD não ofertar as salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, a CDPD no seu art. 12 é clara no sentido que a capacidade tem que ser dada, mas que devem ser tomadas medidas apropriadas e efetivas que assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

Assim, pode eventual contrato de consumo ter sua invalidade declarada pelo juiz no caso concreto, quando se verificar uma grave afetação na autonomia da pessoa com deficiência. Soma-se a isso, ainda, a possibilidade de concessão de tutela de evidência (CPC/2015, art. 311) para que se possa assegurar de maneira mais rápida que sejam cessados efeitos de determinado contrato prejudicial à pessoa com deficiência.

Deste modo, considerando que o CDC, EPD e CDPD tem evidente natureza humanística e que buscam a promoção da pessoa vulnerável, tais normas devem se valer de uma interpretação dialógica inclusiva, que atuará de forma a integrar e corrigir eventuais desproteções em relação à pessoa com déficit funcional mental, psíquico ou intelectual na sociedade de consumo.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. 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.

_____. **Curatela & Interdição Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA-FORHMANN, Ana Paula; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência. 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.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A capacidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. 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.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERNARDES, Luana Ferreira. **A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência. Diagnóstico Jurídico. Paradigma de Ancoragem e o desafio da geração de intérpretes**. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14393/ufu.di.2018.965>> Acesso em: 12 jan. 2019.
<http://dx.doi.org/10.14393/ufu.di.2018.965>

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1950.

_____. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL: rejeite o projeto de lei que compromete o direito das pessoas com deficiência; crie comissão legislativa especial, plural e multissetorial. **Human Rights Watch**. 2016. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2016/12/20/298364>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

BRASIL. Decreto n. 3.298 de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm> Acesso em: Acesso em 12 nov. 2018

_____. Decreto n. 3.956 de 8 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm> Acesso em: 11 jan. 2019

_____. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. Decreto n. 9.522 de 08 de outubro de 2018. Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9522.htm> Acesso em 12 jan. 2019.

_____. Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm> Acesso em 02 jun. 2018.

_____. Lei n. 4.121 de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm> Acesso em: 22 jul. 2018.

_____. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm> Acesso em: 03 out. 2017.

_____. Lei n. 7.853 de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm> Acesso em: 12 nov. 2018.

_____. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm> Acesso em: 22 set. 2017.

_____. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 22 set. 2017.

_____. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 22 set. 2017.

_____. Lei n. 13.146 de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Senado Federal. Decreto Legislativo n. 186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**. Brasília: DF, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 02 dez. 2017.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei 757 de 2015. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=574431&ts=1529619581824&disposition=inline&ts=1529619581824>> Acesso em: 23 jun. 2018.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei 757 de 2015. Texto final revisado. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre o direito à capacidade civil das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas e sobre as medidas apropriadas para prover o acesso das pessoas com deficiência ao apoio de que necessitarem para o exercício de sua capacidade civil. Disponível em: < <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7889481&ts=1544004190652&disposition=inline>> Acesso em: 07 jan. 2019

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 586.316 /MG. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência**. DJe 19/03/2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=683195&tipo=0&nreg=200301612085&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090319&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1645612**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Dje: 12/11/2018.

CANARIS, Claus-Wilhel. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CHRISTMAN, John. Autonomy in Moral and Political Philosophy. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Spring 2015 Edition. Edward N. Zalta ed. Stanford: Metaphysics Research Lab, 2015. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/autonomy-moral/>> Acesso em: 23 dez. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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 de Direito Privado**. vol. 66. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DANTAS, Aldemiro; MALFATTI, Alexandre David. (coord.) **Lacunas do ordenamento jurídico**. Barueri: Manole, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição: drittwirkung** dos direitos fundamentais, a construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de.; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____.; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao direito: abordagem francesa. Tradução de Vinicius Aquini e Káren Rick Danilevicz Bertoncello. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERRI, Luigi. **La autonomía privada**. Granada: Comares, 2001.

FUCHS, Angela Maria Silva; FRANÇA, Maria Nani; PINHEIRO, Maria Sarlete de Freitas. **Guia para normalização de publicações técnico-científicas**. Uberlândia: EDUFU, 2013.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. Tradução de José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1972.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: volume 1 – parte geral**. 15 ed. Saraiva: São Paulo, 2017.

GRAU, Eros Roberto. O negócio jurídico inexistente e o plano da existência: são eles categorias precisas na análise dos negócios jurídicos? **Revista de Direito Privado**. v. 71. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JAYME, Erik. Entrevista com o Prof. Erik Jayme. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**: Seleções de textos da obra de Erik Jayme. 2. ed. Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, 2004. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/43484/27363>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

_____.Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**: Seleções de textos da obra de Erik Jayme. 2. ed. Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, 2004. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/43489/27367>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

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. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19707>> Acesso em: 12 nov. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, Gustavo Casimiro. O preconceito contra o deficiente ao longo da história. EFDeportes.com, **Revista Digital**. Buenos Aires, ano 17, nº 176, janeiro de 2013. Disponível em: < <http://www.efdeportes.com/efd176/o-deficiente-ao-longo-da-historia.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos de derecho privado: Código civil y Comercial da la Nación Argentina**. Buenos Aires: La Ley, 2016.

_____. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução de Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 78-79.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____.; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre CDC e o CCB/02. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 51/2004. 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 de Direito do Consumidor**, v. 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Direito Privado e Policontextualidade:** fontes, fundamentos e emancipação. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018.

_____. **Regime de incapacidades no Estatuto da Pessoa com Deficiência.** In: Escola Institucional do Ministério Público. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=LOLt3hgKDwk&feature=youtu.be>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

_____.; FERREIRA, Keila Pacheco. **Vulnerabilidade situada e a “interpretatio por hominis”:** contributos derivados da reciprocidade entre a promoção adequada da pessoa com deficiência e a hermenêutica jurídica. No prelo. 2019.

MATA, Lídice da. Parecer n. 70/2018 da CCJ. In: Projeto de Lei n. 757/2015 <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7741937&disposition=inline#Emenda2>> Acesso em: 07 jan. 2019.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MEIRELES, Rosa Melo Vencelau. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). **A parte geral do Novo Código Civil:** estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da validade. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. 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.

_____. 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 n. 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.

_____. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 12, p. 137-171, abr./ jun. 2017, p. 147. Disponível em: <<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume12/247673.pdf>> Acesso em: 07 jan. 2019.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a tutela da vontade do paciente terminal**. 2015. 185 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Pernambuco. Programa de Pós-Graduação em Direito. Recife, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/22588>> Acesso em: 02 jan. 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento n. 1.0144.16.004464-6/001**. Relator: Desembargador Armando Freire. DJe: 16/03/2018.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 1.0064.15.001206-6/001**. Relator: Desembargador Albergaria Costa. DJe: 16/10/2018.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor** [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: Tomo 1. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 4. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 5. Campinas: Bookseller, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade**: caminhos para proteção e promoção da pessoa humana. 2015. 290f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13228>>. Acesso em 04 jan. 2019.

MULHOLLAND, Caitlin. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual. 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: Editora Processo, 2016.

NANNI, Giovanni Ettore. **Direito Civil e Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Marida de Andrade. **Código Civil Comentado**. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). **O direito civil entre o sujeito e pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá. 2016.

_____.; ARAÚJO, Luiz Alberto David. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a tutela do consumidor: novos direitos? **Revista de Direito do Consumidor**. v. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____.; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010

NUNES, Renato de Souza; OLIVEIRA, Thatiane Nara; CAMARGO, Beatriz. Correa. O reconhecimento da autonomia sexual e reprodutiva das pessoas com déficit cognitivo: a relevância do Estatuto da Pessoa com Deficiência para o crime de estupro de vulnerável. In: CAMARGO, Beatriz Correa. *et al.*. (Orgs.). **A Insanidade do Mesmo: ética e hermenêutica a céu aberto**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

_____. Reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência na garantia do direito fundamental à acessibilidade. In: OLIVEIRA, Alexandre Máximo; BORGES, Guilherme Caixeta; ALAMY, Naiara Cardoso de Gomide da Costa. **Tendências constitucionais no direito do século XXI**. Patos de Minas: FEPAM, 2018.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade humana: doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em 03 jun. 2017.

PALACIOS, Agostina. ROMAÑACH, Javier. **El modelo de la diversidad: La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional**. España: Ediciones Diversitas, 2006.

PASQUAL, Cristina Stringari; PASQUAL, Marco Antonio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência como instrumento de tutela da vulnerabilidade e o

novo regramento da incapacidade civil. **Revista de Direito Imobiliário**. v. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PONTES, Beatriz Oquendo. **Do modelo de substituição de vontade ao modelo de apoio ao exercício da autonomia**: a emergência da tomada de decisão apoiada. 2017. 131 f. Dissertação (Mestrado Acadêmico) - Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado em Direito Constitucional, Fortaleza, 2017. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F10663420180614141851893487/Dissertacao.pdf>>. Acesso em 18 jan. 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução de Thomas da Rosas Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

RAZ, Joseph. **A moralidade da liberdade**. Tradução de Henrique Blecher, Leonardo Rosa. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Iuri Ribeiro Novais dos. O princípio da vulnerabilidade como núcleo central do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, vol. 956. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia e suas limitações. **Revista de Direito Privado**. v. 60/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. 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. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

RIBEIRO, Bruno Quinquinato. A dignidade da pessoa humana em Immanuel Kant. **Portal E-Gov**. Santa Catarina: UFSC, 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/dignidade-da-pessoa-humana-em-immanuel-kant>> Acesso em: 25 dez. 2018.

RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole**: tra diritto e non diritto. Roma: La Feltrinelle, 2006.

ROSENLVAD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei n. 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.

SAHYOUN, Najla Pinterich; SHAYOUN, Nacoul Badoui. A responsabilidade civil do apoiador na tomada de decisão apoiada. **Revista dos Tribunais**. v. 997. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SALES, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra (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.

SANTOS, Adrianna de Alencar Setubal; VASCONCELOS, Fernando Antônio de. Novo paradigma da vulnerabilidade: uma releitura a partir da doutrina. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 116. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 .ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SASAKI, Romeu Kazumi. Como chamar pessoas que tem deficiência. **Instituto Rodrigo Mendes – Diversa**. São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://diversa.org.br/artigos/como-chamar-pessoas-que-tem-deficiencia/>> Acesso em: 14 abr. 2018.

SILVA, Laura Rodrigues Louzada da. **Promoção da pessoa vulnerável pela hermenêutica dialógica das fontes**. 2015. 133f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13239>> Acesso em: 23 nov. 2018.

SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de. Dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual: entre a validade e a necessária proteção da pessoa vulnerável. 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.

SOUSA, Jaqueline Aparecida Fernandes; NUNES, Renato de Souza. Aspectos centrais da teoria do diálogo das fontes e sua aplicação como instrumento para superação das antinomias. In: MIRANDA GONÇALVES, Rubén; VEIGA, Fábio da Silva (Dir.); MARTÍN RODRIGUES, Gonçalves (Coord.) **Estudios de Derecho Iberoamericano**, vol. II. Canaria: La Casa del Abogado Librería Jurídica, 2019.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Influências da incapacidade civil e do discernimento reduzido em matéria de prescrição e decadência. **Pensar**. v. 22. n. 2. Fortaleza, 2017. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6854>> Acesso em: 12 jan. 2019

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. **Migalhas**. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>> Acesso em: 07 jan. 2018.

_____. Entrevista sobre o Projeto de Lei 757/2015, que altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Novo Código de Processo Civil. **Ibdfam**. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/329119433/entrevista-sobre-o-projeto-de-lei-757-2015-que-altera-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-o-codigo-civil-e-o-novo-codigo-de-processo-civil-ibdfam>>. Acesso em: 08 jan. 2019.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. 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.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho; SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. Reflexões sobre a autotutela na perspectiva dos planos do negócio jurídico. 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.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor** [livro eletrônico]. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Tomada de Decisão Apoiada: aspectos sobre a confiança e a vontade da pessoa com deficiência. **Revista Brasileira da Advocacia**. vol. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.