FLÁVIA BALDUINO BRAZZALE

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A RUPTURA NO REGIME DAS INCAPACIDADES

CURITIBA

2017

FLÁVIA BALDUINO BRAZZALE

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A RUPTURA NO REGIME DAS INCAPACIDADES

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia.

Orientadora: Profa. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro

Co-orientadora: Profa. Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

FLÁVIA BALDUINO BRAZZALE

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A RUPTURA NO REGIME DAS INCAPACIDADES

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Profa. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro

Co-orientadora: Profa. Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles

Componentes: Prof. Dra. Laura Jane Ribeiro Garbini Bolth

Prof. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá

Curitiba, 27 de março de 2017.

Aos meus pais, pelo amor incondicionado, pela força encorajadora, pela fé inabalável e pelo eterno carinho.

A Daniel, pelo amor construído em todos os dias divididos.

AGRADECIMENTOS

O agradecimento que devo àqueles aqui descritos renderiam muitas páginas a mais que as desenvolvidas nesta desafiadora, mas, apaixonante dissertação.

À Profª Rosalice Fidalgo Pinheiro meu maior agradecimento pelos ensinamentos que foram muito além de uma orientação acadêmica. Querida Professora obrigada por não ter me indicado, mas, conduzido firmemente pelo caminho do crescimento profissional. Termino esta trajetória levando-a "eternamente" em meu coração pelo carinho e generosidade recebido e, em minha vida, como reflexo da profissional que me inspira. Basta dizer que este tema nasceu e se tornou possível pela senhora.

À Profª Jussara Maria Leal de Meirelles, que ao conhecer tive tamanha admiração que me levaram ao pedido de ser minha "co-orientadora". Obrigada Professora, porque ao compartilhar seus ensinamentos fui instigada a desvendar um caminho que parecia ser imperceptível nesta pesquisa.

À Profª Laura Garbini Both, cujo coração não lhe cabe e que no seu abraço sempre acolhedor trouxe serenidade para as etapas mais desafiantes. Obrigada Professora por ensinar que não só no "campo" do direito toda compreensão deve ultrapassar o olhar daquilo que se possa enxergar como concluído.

À Profª Maria de Fátima Freire de Sá, o agradecimento por ter contribuído com a presente pesquisa por meio de um contato extremamente acolhedor que me fez entender sobre a vocação e amor que envolvem a qualidade de ser professor. Obrigada Professora pela generosidade em ter recebido esta aluna, especialmente, fazendo-se presente na colheita do resultado frutificado.

Aos demais mestres que concretizaram os ensinamentos neste mestrado. Em especial, aos Professores Marcus Maliska, Eduardo Gomes e as Professoras Ana Lúcia Pretto Pereira e Adriana Schier. Obrigada acima de tudo porque a confiança recebida por vocês tornaram possível o desenvolvimento acadêmico conquistado.

À CAPES pela bolsa de estudos que tornou possível a realização da trajetória construída em torno desta pesquisa.

À Rafaela e Gisele, que ao dividir as inquietações próprias desta etapa não mediram esforços para auxiliar no que fosse preciso. Obrigada porque sempre tornaram especialmente alegres os dias divididos no mestrado.

Também devo agradecer por ter essas amigas aqui nomeadas em minha vida. À Anna Luiza, Ana Olsen e Luciana vocês fazem parte da construção e desenvolvimento desta etapa. Obrigada por ser o carinho, a certeza e amigas que sempre dividiram cada conquista com a importância e merecimento de serem únicas.

À Erika, amiga que a vida recentemente encarregou de aproximar e parece que a tanto já nos conhecemos. Obrigada pelo espaço conquistado no seu coração.

As amigas que "tropecei" no mestrado. Tenho certeza que esta era uma das razões em passar por aqui. Daniele, Bruna, Fernanda, Cláudia e Michele. Além do obrigado pelos cafés, caronas, almoços, estudos e seminários, a razão maior está na amizade já conquistada. O carinho por vocês é imenso.

Embora já seja para eles dedicado este trabalho, não será o bastante para agradecer a minha família e razão maior de minha essência.

Aos meus pais Benedito Balduino e Inês, que sempre me impulsionaram com o "olhar construtivo" de quem sabe a força do que somos capazes. Meus maiores mestres cujo amor não poderá nunca ser mensurado, este é o agradecimento que jamais bastará para retribuir a gratidão por vocês.

Meus padrinhos, Ricardo e Léia, que sempre estiveram presente em minha vida incentivando, torcendo e tornando possível este caminho.

A família que me recebeu com muito carinho, Antônio e Maria. Obrigada pelo amor depositado.

Meu amado esposo Daniel, que conviveu com as ausências necessárias sempre na certeza do amor construído. Obrigada por estar ao meu lado, sua presença e carinho sustentaram-me firmemente.

A Deus, maior responsável que me fez capaz de compreender o que parecia ser indecifrável, ter força quando a distância parecia ser infinita, abrir os obstáculos quando as pedras pareciam intransponíveis, e que sempre, capacitou e capacita-me a continuar crescendo a cada novo dia que faz nascer.

"..., a pessoa, ainda que porte qualquer limitação, é sempre uma pessoa inteira, é sempre uma pessoa digna, é sempre uma pessoa merecedora de todo o respeito, amor e dignidade como qualquer outro ser humano."

Hugo Nigro Mazzilli

SUMÁRIO

RESUMO ..... **viii**

ABSTRACT ..... **ix**

RESUMEN ..... **x**

INTRODUÇÃO **11**

1. A REVISÃO CRÍTICA DO REGIME DAS INCAPACIDADES **16**

1.1 Pessoa e Igualdade nas Codificações Modernas 16

1.2 O Regime das Incapacidades nas Codificações Modernas 24

1.3 Crítica ao Regime das Incapacidades: entre a tutela de interesses patrimoniais e dos interesses existenciais 51

1.4 A Releitura do Regime das Incapacidades e a Pessoa com Deficiência 61

2. A CAPACIDADE JURÍDICA E A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA **70**

2.1 O Conceito de Pessoa com Deficiência 70

2.2 O Princípio da Não Discriminação da Pessoa com Deficiência na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência 90

2.3 A Capacidade Jurídica da Pessoa com Deficiência: do paternalismo à autonomia 102

3. O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A RUPTURA NO REGIME DAS INCAPACIDADES **110**

3.1 Os Paradigmas da Deficiência e a Atuação Estatal no Brasil 113

3.2 A Proibição de Discriminar no Microssistema de Tutela da Pessoa com Deficiência 118

3.3 A Capacidade da Pessoa com Deficiência e os Instrumentos de Proteção 128

3.3.1 A Discussão Doutrinária sobre a Capacidade da Pessoa com Deficiência 131

3.3.2 A Tomada de Decisão Apoiada 148

3.3.3 Curatela 154

3.4 Diretrizes da recente jurisprudência brasileira acerca da capacidade de pessoa com deficiência 170

CONSIDERAÇÕES FINAIS **184**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS **191**

RESUMO

Com base na Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) concretizou específica ruptura ao regime das incapacidades no ordenamento pátrio. Diante das inquietações próprias de qualquer mudança, o presente trabalho tem por objetivo analisar se o regime das incapacidades ainda cumpre com a finalidade protecionista no âmbito estatutário. Assim, a fim de responder se as alterações que tornaram as pessoas com deficiência plenamente capazes para os atos da vida civil conseguiram romper com um regime discriminatório sem implicar em sua desproteção, emprega-se uma revisão crítica ao regime da incapacidade que permite identificar a existência do equilíbrio entre a autodeterminação e proteção da pessoa com deficiência. Para tanto, o trabalho utiliza-se do método dedutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfico e jurisprudencial, dividindo-se em três partes: a primeira identifica o contexto formador do regime das incapacidades e a releitura contemporaneamente desenvolvida; a segunda delineia o ideário empregado pela Convenção sobre a capacidade jurídica da pessoa com deficiência, permeado pela vedação à discriminação e aos excessos paternalistas, por fim, o terceiro capítulo procura definir, no âmbito do ordenamento brasileiro atual, como se qualifica a capacidade da pessoa com deficiência bem como o funcionamento dos instrumentos de sua proteção, segundo preceitos estatutários, doutrinários e jurisprudenciais.

Palavras Chave: Pessoa com Deficiência, Incapacidade Civil, Estatuto da Pessoa com Deficiência, Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

Founded in the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the Brazilian Disabled Persons Statute (Act n. 13.146 / 2015) represented a specific rupture to the disability regime in this country's legal system. Since the civil law doctrine has been diverging about the legal effects of this major change, this study aims to analyze if the traditional disability regime still attends to the protectionist purpose that the statutory evokes. Thus, in order to answer if the legal modifications that considered disabled people fully capable for civil life acts in fact succeeded to abolish a discriminatory regime without implying lack of protection, it was necessary to perpetrate a critical revision of the current disability regime. As a consequence, it became possible to identify a balance between self-determination and legal protection of the disabled persons. To do so, this work followed the deductive method and the bibliographic and jurisprudential research. It is divided into three parts: the first identifies the legal context that informed the outbreak of the disability legal regime and reveals the contemporary reading; the second chapter outlines the ideas that informed the United Nations Convention on defining the legal capacity of persons with disabilities, in search to avoid discrimination and paternalistic excesses; finally, the third chapter intents to define the capacity of persons with disabilities within the framework of the current Brazilian legal order, as well as the operation of the mechanisms for their protection, according to the statutory, doctrinal and jurisprudential precepts.

Key Words: Person with Disabilities, Civil Disability, Disabled Persons Statute, fundamental rights.

RESUMEN

Con base en la Convención Internacional de los Derechos de la Persona con Discapacidad, el adviento del Estatuto de la Persona con Discapacidad (Ley nº 13.146/2015) concretizó específica ruptura al régimen de las discapacidades en el ordenamiento patrio. Mientras que es causa desafiante para la doctrina civilista y delante de las inquietudes propias de cualquier cambio, el presente estudio tiene por objetivo analizar si el régimen de las discapacidades aún cumple con la finalidad proteccionista en el ámbito estatutario. Así, contestando si los cambios que tornaran a las personas con discapacidad plenamente capaces para los actos de la vida civil consiguieron romper con un régimen discriminatorio sin implicar en su desprotección, se emplea una revisión crítica al régimen de la discapacidad que permite identificar a la existencia del equilibrio entre la autodeterminación y protección de la persona con discapacidad. Para tanto, el estudio se utiliza del método deductivo y del procedimiento de pesquisa bibliográfico y jurisprudencial, dividiéndose en tres partes: la primera identifica el contexto formador del régimen de las discapacidades y la relectura contemporáneamente desenvuelta; la segunda delinea el ideario empleado por la Convención sobre la capacidad jurídica de la persona con discapacidad permeada por la prohibición a la discriminación y a los excesos paternalistas, por fin, el tercero capítulo contesta en el ámbito del ordenamiento brasilero, sobre la capacidad de la persona con discapacidad y la funcionalización de los instrumentos de protección permeada a los preceptos estatutarios, doctrinarios y jurisprudenciales.

Palabras Clave: Persona con Discapacidad. Discapacidad Civil. Estatuto de la Persona con Discapacidad. Derechos Fundamentales.

INTRODUÇÃO

Dizer que deficiência não é o mesmo que capacidade; que as pessoas com deficiência gozam de capacidade plena para os atos da vida civil; que a interdição cede espaço a "curatela sob medida"; ou que deficiente não é uma pessoa, mas, sim, o meio ambiente não adaptável e intransponível, são algumas breves alterações do rompante concretizado no ordenamento brasileiro, em especial, no cenário civilista, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.145 de 06 de julho de 2015).

Recentemente, uma decisão proferida por uma magistrada da Comarca de Tijucas em Santa Catarina, foi amplamente divulgada. Tratou-se de processo em que determinada pessoa acometida de doença incapacitante para os atos da vida civil, teve sua incapacidade relativa decretada para receber como curadora sua esposa. Referida medida foi aplicada aos justos limites das necessidades patrimoniais, em prazo determinado e, também, na condicionante de promover projeto terapêutico individualizado de modo contributivo a recuperação, no que for possível, da capacidade de autogoverno do curatelado. Dentre as razões enunciadas pela magistrada: *"Sublinhe-se que a nova lei reage aos anseios daqueles que, embora tenham o discernimento reduzido, são capazes de amar e ser amados, e necessitam de certa liberdade e/ou dignidade para provar dos limites de sua própria existência".*

Dentre o contexto de crenças e descrenças, aplausos e críticas, as rupturas causadas pela normativa em comento, estão sendo causa de grande inquietação doutrinária que começa a ser amoldada progressivamente. Nas linhas escritas pela sociedade, o direito, que por muito, ateve-se primordialmente associado à construção de consensos majoritários – a decisão das maiorias – não havia se preocupado, até recentemente, da forma devida com a proteção das "minorias". Não "minorias" em quantidade, porque poderiam e podem ser absolutamente numerosas, mas que por sua posição social assumida no processo histórico foram relegadas a estigmas que resultaram em sua invisibilidade.

As codificações que nasceram na Modernidade resplandeceram os ideários inerentes ao seu contexto. A luta empreendida pelo modelo liberal-burguês, pautado no individualismo, responsabilizou-se por instituir, nos Códigos oitocentistas, os caminhos necessários a consecução de seus próprios e maiores interesses, quais seriam: os patrimoniais.

Porém, enquanto os Códigos assumiam a posição máxima de regulamentar as relações privadas como núcleo fundamentador; a percepção do ser humano enquanto indivíduo carecedor de proteção estava relegada à sua desconsideração. O profundo abismo criado entre a proteção concedia aos indivíduos e a proteção patrimonial, demonstrava de forma clara a existência de uma sociedade que admitia enxergar os indivíduos, tão somente, a partir de um conceito abstrato que os enquadrava à idêntica submissão legal preocupada primordialmente com o desempenho da tutela patrimonial.

A concepção que se refletiu nas grandes codificações modernas, como o Código Civil Francês, de 1804, expressão da renovação liberal burguesa, acabou invariavelmente inspirando as novas codificações que surgiram a *posteriori.* Assim, surge o Código Civil Brasileiro de 1916, diante das aspirações liberais da burguesia brasileira que, ao emanar os paradigmas do individualismo e a centralidade no patrimônio, entrava em confronto com a realidade pluralista a qual seria aplicado.

O diploma regente das relações privadas direcionava-se, primordialmente, aqueles que enquadrassem na condição de ser capaz patrimonialmente. Por esta, o não enquadramento de qualquer sujeito aos padrões legais que pudessem conferir-lhe a condição de comprador, testador, vendedor, etc., em prol da boa gerência de seus interesses patrimoniais seria o bastante para buscar o reconhecimento de sua incapacidade em caráter protetivo ao seu patrimônio.

A crítica que até então recaia sobre o regime das incapacidades, fundamenta-se na verificação de que a proteção conferida ao sujeito incapacitado se perpetuou apenas e tão somente em prol daquelas situações patrimoniais. Enquanto que, na contramão aos núcleos patrimoniais, resplandecia a força normativa constitucional pela Carta Magna de 1988, consagrando a pessoa humana como centro irradiador de toda sistemática jurídica.

Assim, a questão que se forma é: qual a finalidade do regime da incapacidade?

A hipótese de solução que se aponta para esta questão pressupõe a necessária revisão crítica do regime das incapacidades sobre o manto da constitucionalização, despatrimonialização ou descodificação imposta ao Direito Civil contemporâneo que de forma progressiva, passou a ceder sua posição de centralidade, como monossistema, para realidade do polissistema representada pela pluralidade dos estatutos.

Logo, sabendo ser a Constituição o centro unificador pelo qual toda legislação deverá obrigatoriamente convergir, surge destas constatações a necessidade de reaver se

o regime das incapacidades cumpre com sua finalidade no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

As mudanças propostas por esse novo dispositivo legal são inúmeras. Fala-se que a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual conquistou capacidade plena para prática dos atos da vida civil, desfazendo-se a separação entre titularidade e capacidade. Em razão deste fato, teria havido a eliminação do regime de representação para as pessoas com deficiência completamente ausentes de discernimento, de tal modo a se cogitar o fim do regime das incapacidades?

Logo, a necessidade em responder se as medidas concretizadas pelo Estatuto – à primeira vista, "emancipatórias" -, conseguiram efetivamente atingir seu fim garantindo "em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania"[1], encontra-se consoante os interesses da atualidade no ordenamento jurídico e, razão maior para o desenvolvimento do presente estudo.

Para tanto, revisitar o regime das incapacidades de modo que se possa compreender qual a sua finalidade e o fundamento disciplinado no bojo do ordenamento civilista demonstrou ser o caminho de partida. Assim, o primeiro capítulo da dissertação destina-se a desenvolver a revisão crítica do regime das incapacidades. Partindo-se da compreensão de que nem todos os indivíduos eram considerados sujeitos de direito, buscará se discorrer sobre as mudanças empreendidas com relação ao surgimento das codificações modernas e sua relação com igualdade formal intitulada em seu contexto. A formação deste entendimento possibilitará compreender o que é capacidade, personalidade e, principalmente, qual a razão e de que modo, aplicou-se ou, aplica-se a teoria da incapacidade.

Com a chegada ao segundo capítulo caberá compreender a "fonte" de todas as mudanças vivenciadas. Com o estudo da capacidade jurídica e da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, será possível identificar o que se entende hoje por deficiência, quem são as pessoas com deficiência e qual o modelo de interpretação que vigora no cenário brasileiro desde a incorporação deste tratado internacional. A percepção dos pilares formadores do contemporâneo paradigma que circundam as pessoas com deficiência é condicionante para compreensão do destino final. Em uma

[1]Art. 1ª.BRASIL. Lei 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União, 2015. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em 09 fev. 2017.

metáfora bastante simplista, quer se dizer que sem “os óculos” formados por esta normativa em torno de seus propósitos, garantias e proteções, direcionadas às pessoas com deficiência, a visão do Estatuto, a ser desenvolta no capítulo seguinte será turva e incompreendida.

Munido deste desenvolvimento, o terceiro e último capítulo assumirá o dever de identificar como se amolda o regime das incapacidades perante a nova percepção de quem seja a pessoa com deficiência. Será que se poderia pensar em um “novo” regime das incapacidades? Já fica a instigante pergunta.

O estudo para o tópico de encerramento será esclarecedor para discorrer sobre as dúvidas iniciais. Mediante o apontamento das correntes doutrinárias que se formam será possível responder se, de fato, a pessoa com deficiência apenas tem sua autonomia e dignidade reconhecidas e amparadas ou, está desprotegida. Para tanto, a análise das “salvaguardas” que são os instrumentos de assistência destinados às pessoas com deficiência serão estudados no aspecto inovador da Tomada de Decisão Apoiada e pela releitura ao instituto da Curatela.

Para isso, importa dizer que este trabalho se utilizará do método dedutivo de análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial, elegendo-se como marco teórico Nelson Rosenvald e Joyceane Bezerra de Menezes, na valiosa doutrina mais recente sobre o tema.

A razão precípua para a eleição do respectivo marco teórico pode ser justificada pelos seus pontos de encontro e desencontro. Consoantes ao reconhecimento sobre a valiosa contribuição que o Estatuto da Pessoa com Deficiência proporcionou ao rompimento dos rígidos e questionados padrões sociais e jurídicos atribuídos às pessoas com deficiência, ambos doutrinadores reconhecem sua importância para as reformas contemporâneas do ordenamento brasileiro.

Entretanto, por não serem paralelos os caminhos que os levam a esta conclusão, permeia-se o estudo em torno de qual pode ser a melhor forma de tutelar a pessoa com deficiência intelectual ou psíquica que, embora seja a protagonista do novo paradigma legal, ainda permaneça com suas vulnerabilidades inalteradas.

Sendo assim, Joyceane Bezerra de Menezes constrói fundamentação substanciada aos preceitos de reconhecimento da capacidade legal de todas as pessoas com deficiência, à luz do princípio da dignidade humana, pois: “É necessário

compreender a capacidade como expressão da liberdade moral atributo de todo ser humano".[2]

Já Nelson Rosenvald desenvolve interpretação eminentemente fundamentada na vulnerabilidade que possa permear a pessoa com deficiência, afirmando ser: "... um equivoco inferir da Lei n. 13.146/15 que a incapacidade civil foi sepultada em *terra brasilis"* [3]. E ao indagar se no futuro "... teremos uma nação composta unicamente de pessoas plenamente capazes, inclusive todos aqueles que atualmente estão submetidos à curatela por um déficit psíquico", afirma categoricamente que não.

Essas serão as diretrizes principais que servirão de norte para bem compreender quais os possíveis caminhos que o presente tema começa a trilhar nas diferentes teorias que se amoldam, atendendo com isso, o objeto pretendido para uma dissertação.

Por fim, se buscará as diretrizes da recente jurisprudência brasileira acerca da capacidade da pessoa com deficiência. A escolha de casos paradigmáticos será destinada para tratar de forma autônoma a identificação dos primeiros entendimentos judiciais. Porém, importa ressaltar desde já, que não se partirá de um tribunal específico tendo em vista que, o recente lapso temporal de vigência do Estatuto bem como, a possível condicionante do segredo de justiça aplicável aos assuntos desta natureza, foram óbices impeditivos para identificação das decisões que abordassem em sua totalidade a grande gama das questões levantadas neste trabalho.

De modo imprescindível, antes de se iniciar o percurso pautado na estruturação indicada, cabe discorrer que o presente estudo vincula-se a linha de pesquisa deste programa de mestrado em Direito, atinente à *Constituição e Condições Materiais da Democracia,* mais precisamente, no segmento de oportunizar uma releitura do regime estruturante do Direito Privado em torno dos mecanismos constitucionais e infraconstitucionais de efetivação de direitos humanos consubstanciados aos preceitos do Estatuto da Pessoa com Deficiência e da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada no ordenamento brasileiro com equivalência de norma constitucional.

---

[2] MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 607.

[3] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.

1. A REVISÃO CRÍTICA DO REGIME DAS INCAPACIDADES

1.1 Pessoa e Igualdade nas Codificações Modernas

O despontar do século XV deve ser relembrado como o período que fez nascer uma nova Época de compreensões para o Direito. Este momento, traduzido por concepções emanadas de racionalidade, generalidade e abstração denominado por Modernidade ou Idade Moderna deverá ser estudado na abertura deste trabalho por sua especial relevância sobre a formação das codificações.

A modernidade, cujo marco inicial é bastante debatido dentre contextos como a queda de Constantinopla, em 1453 e a Revolução industrial do séc. XIX [4], pode ser caracterizada segundo Francisco Amaral "pelos importantes processos de natureza política, econômica, social, religiosa e cultural que nela se verificaram" [5]. Acontecimentos como a descoberta da América em 1500, a Reforma Protestante em 1517[6], o Iluminismo e a Revolução Francesa, desenvolveram o reconhecimento de pertencimento dos indivíduos a uma nação que deveria assegurar o exercício de suas liberdades.[7]

Movimentos como o cristianismo e a Reforma influenciaram peculiarmente a compreensão sobre a "natureza humana igualmente universal" [8], isto, porque, o fortalecimento dos ideais cristãos de que Deus era a fonte de toda criação e de que todo ser humano foi criado à sua imagem e semelhança, responsabilizaram-se pela quebra das concepções existentes e trouxeram uma visão ampla do homem que não podia mais

[4] AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 163.
[5] Com esclarecimento de Francisco Amaral: "A idade moderna é o período compreendido entre a queda de Constantinopla, em 1453, ou a descoberta dos novos mundos, ou ainda, a revolução protestante iniciada em 1517, na Alemanha, e a Revolução Francesa de 1789, para uns, ou a revolução industrial do séc. XIX, para outros". AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 2014. p. 163.
[6] Segundo François Châtelet: "A reforma teve influência decisiva na formação do Estado moderno. Ela realiza a ordem cristã: a fé deixa de perder-se na exterioridade da instituição para se tornar nada mais do que o princípio moral, íntimo, de uma consciência que se diz livre e racional e que, doravante, pode tentar tudo na universalidade de seu projeto para efetivar a liberdade". CHÂTELET, François. Hegel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p.150.
[7] LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. O direito na história: lições introdutórias. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.159.
[8] ROUANET, Sergio Paulo; Mal –estar na modernidade: ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p.15.

consentir com o extermínio ou exclusão dos diferentes, pois agora, todos seriam reconhecidamente filhos de Deus [9].

De forma paralela, despontava a revolução comercial enaltecendo o capitalismo juntamente com a consolidação de nova classe burguesa mercantil que, de modo consequencial, assumiu especial importância na luta pela liberdade necessária para o desempenho de suas atividades comerciais sem a ingerência soberana do Estado. Logo, os efeitos empreendidos a partir destas situações fáticas resultaram na formação de outro fator marcante a este período, segundo Lopes: a "consolidação dos Estados nacionais na forma do poder régio e soberano" [10], ou seja, o surgimento do Estado-Nação.

Referidos acontecimentos identificam, conforme Sérgio Paulo Rouanet, o "projeto civilizatório da modernidade" [11] aos seguintes elementos: universalidade, individualidade e autonomia. Da universalidade emanou a percepção de que todos os seres humanos surgem da mesma origem. A individualidade suplantou o ideário característico do medievo de empregar o reconhecimento apenas aos grupos (clã, da *gens*, da *polis*, do feudo) para, "pensar o homem como ser independente de sua comunidade, de sua cultura, de sua religião"[12]. A autonomia por vez possibilitou o desenvolvimento político e econômico do homem no espaço público. Porém, não se pode negar que tais compreensões se aplicaram a uma concepção formal de pessoa que, por desconsiderar as diferenças reais, tomou por base um "conceito abstrato de homem".[13]

Por consequência, estas características também traduziram o espírito de renovação sobreposto ao direito no período Iluminista. O iluminismo (movimento intelectual europeu do século XVII), por justificar a razão como elemento de formação do conhecimento revelou aspectos primordiais da modernidade ao emanar seus ideais sobre o fato de que todo indivíduo é capaz de construir sua própria identidade desatrelado de qualquer condenação espiritual, familiar ou socialmente pré-estabelecida por crenças, dogmas ou costumes que vigoraram num momento anterior.

---

[9] TEIXEIRA, Marina Codo Andrade. Políticas Públicas para pessoas com deficiência. 2010. 131f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Disponível em:< http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4778/61080100037.pdf?sequence=1> Acesso em 02 mar. 2017. p.29.

[10] LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. O direito na história: lições introdutórias. p. 160.

[11] ROUANET, Sergio Paulo; Mal –estar na modernidade: ensaios. p.9.

[12] ROUANET, Sergio Paulo; Mal –estar na modernidade: ensaios. p.35.

[13] ROUANET, Sergio Paulo; Mal –estar na modernidade: ensaios. p.14-19.

Até então, a desigualdade diante da lei, limitações às pessoas e à propriedade e as interferências arbitrárias da Coroa e do Clero impulsionaram o desenvolvimento desta nova época envolta dos ideais iluministas que refletiram verdadeira "emancipação humana"[14] na formação dos diplomas legais. A justificativa para o 'dever' e 'poder' não mais poderia estar respaldada naquilo que seria inexplicavelmente atribuível às forças naturais ou vontade divina, nem tampouco, às tradições religiosas, romanas ou na autoridade dos soberanos. A partir de então, a razão humana assume o direcionamento para conceber regramentos que conduzissem a formação de um direito único e aplicável a todos.

Logo, no campo jurídico, os preceitos racionalistas que justificavam a existência do direito exclusivamente no indivíduo, obrigaram uma releitura sobre o entendimento do direito natural. A partir deste contexto, conforme António Manuel Hespanha, "tornava-se, então, necessário encontrar um direito que pudesse valer independentemente da identidade de crenças" [15], o direito tornara-se laico e deveria fundamentar-se no único elemento comum a todos: a razão.

Este desdobramento resultou em um novo direito natural ou, em um novo período de manifestação do jusnaturalismo que, somado aos ideais iluministas de apego ao racional (lógica e ciência) adquiriu relevante influência sobre a ciência jurídica passando a ser identificado como a época do jusracionalismo.[16]

Segundo Franz Wiacker, o jusracionalismo responsabilizou-se pela identificação do homem como ser natural e racional inserido socialmente na condição de participante do mundo histórico. A superação dos fundamentos divinos ou naturais concedeu à razão humana a capacidade de identificação das diretrizes que deveriam reger a vida dos indivíduos na formação de um "direito mundial universal e válido para todos os homens" [17].

Para isto, ou seja, para que o direito emanado pela razão humana se tornasse válido e aplicável a todos, caberia o atendimento de duas condições elencadas por R. C. van Caenegem: uma pela criação de um sistema jurídico baseado num novo corpo de fontes e outra pelo modo de sua aplicação. A primeira condição seria cumprida pelo

[14] ROUANET, Sergio Paulo; Mal –estar na modernidade: ensaios. p.34.
[15] HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2012. p.311.
[16] WIACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenklan. 1967. p.279.
[17]WIACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. p.291.

desenvolvimento dos conceitos jusracionalistas, a segunda, por sua vez, atendida pela incorporação das codificações [18].

Logo, as codificações modernas expressaram resposta ao contexto de mudanças que nasceram com o iluminismo e se consolidaram com a compreensão desenvolvida no jusracionalismo ao reconhecer a necessidade e capacidade da razão humana implementar o direito de modo sistemático e autônomo. Porém, mais do que compilar o direito de forma ordenada, a existência das codificações simbolizava a superação do passado com mudanças liberatórias do autoritarismo e das tradições enraizadas que por muito ditaram o direito.

Nesse sentido Franz Wiacker discorre que os códigos simbolizaram verdadeira transformação revolucionária expressada no direito pelo jusracionalismo que "libertou a ciência privatística da submissão de princípios às fontes romanas e às antigas autoridades e, ao mesmo tempo, abriu caminho com a sua visão de conjunto, para a construção sistemática autónoma" [19].

Por esta razão, o ideal de codificação renasce emanado de um novo espírito que busca garantir-lhe o reconhecimento da aplicabilidade universal e da imutabilidade asseguradora da eterna observância de seus preceitos. Seriam os Códigos instrumentos garantidores da pacificação social, pois, prescreveriam uma ordem jurídica pautada na racionalidade, sistematicidade e cientificidade provenientes dos pressupostos jusracionalistas [20].

Logo as posições favoráveis e contrárias aos Códigos surgiram simultâneas ao seu desenvolvimento representada nas vozes de expoentes como Jeremy Bentham, F.C. von Savigny e A. F. Thibaut.

Defensor de destaque que lhe rendeu a alcunha de "Newton da legislação" [21], o inglês Jeremy Bentham assumiu grande relevância e influência no desenvolvimento da teoria da codificação. A codificação pareceu-lhe como o diploma que deveria ser concebido por uma só pessoa para garantir a coerência de ideias e cujo resultado pudesse valer como lei universal [22]. Sua justificação reside no fato de que esta obra seria fruto resultante da *ética objetiva,* pois, todos os seres humanos estariam submetidos a

---

[18] CAENEGEM, R.C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 163.
[19] WIACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. p. 309.
[20] HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio. p.338.
[21] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 91.
[22] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, 1995. p. 99.

um idêntico princípio que dita às regras de comportamento, qual seja: o princípio da utilidade. Em lugar de regras diferentes para diversos povos, o objetivo primordial dos códigos seria o de promover a certeza do direito por meio de um sistema fechado de normas pautadas pelo dever de prover "a maior felicidade para o maior número possível"[23] a fim de que cada um conseguisse a própria utilidade ou bem-estar do modo melhor [24].

Ainda no continente europeu a ideia de codificação encontrou resistência na Alemanha especialmente por F. C. von Savigny, o fundador da Escola Histórica reconhecido por ser o "teórico da anticodificação"[25], identificava que o caráter estático inerente aos códigos lhes impediam de acompanhar a mutabilidade das relações sociais por estarem sempre ancorados ao momento de sua formação[26]. Esta problemática imporia os riscos de um diploma incompleto para solução dos deslindes sociais ou, sujeito a incontáveis 'remendos' que desfigurariam sua unidade criadora. Nesse sentido, a razão seria que "o congelamento do direito através da codificação gera contradições internas e tensões intoleráveis dentro da sociedade"[27].

A. F. Thibaut, em seu trabalho *Über Die Notwendigkeit Eines Allgemeinen Bürgerlichen Rechts Für Deustchland* (Da Necessidade de um Direito Civil para toda Alemanha), contrapôs-se ao pensamento de Savigny para defender a "liberação da Alemanha do domínio napoleônico e as experiências do Código Civil Francês"[28]. Para isso, Thibaut resplandeceu a necessidade de uma codificação do Direito Civil alemão que fosse formal e substancialmente perfeita, isto é, além de enunciar claramente as normas jurídicas também deveria conter as normas que regulassem todas as relações sociais [29]. Este entendimento somente assumiu sua relevância a partir da segunda metade do século XIX, quando o Código Civil Alemão (*Burgerlich Gesetzbuch*, abreviamente BGB), promulgado em 1896, entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1900.

---

[23] CAENEGEM, R.C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. p.192.
[24] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, 1995. p. 92.
[25] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, 1995. p. 91.
[26] Ao tratar sobre o "Direito Fundado na Solidariedade Social", Léon Duguit elucida o entendimento sobre o caráter mutável atribuído ao direito: "A regra de direito, a forma como é concebida, não constitui uma regra ideal e absoluta, da qual os homens devam lutar por se aproximar sistematicamente, mas consiste em uma regra variável e mutável; e o papel do jurisconsulto determina qual regra se conforma mais perfeitamente à estrutura de determinada sociedade". DUGUIT, Léon. Fundamentos do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone. 1996. p.27.
[27] CAENEGEM, R.C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. p. 19.
[28] SAVIGNY, Friedrich Carl von. Sistema do Direito Romano Atual. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí. 2004. p.17.
[29] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, 1995. p. 60.

De fato a incorporação das codificações trouxe consigo veementes discussões que se justificavam pela própria condição ameaçadora que os códigos representavam ao mundo já conhecido da nobreza e do clero [30]. Lopes discorre que o Estado moderno, em processo de transformação para o Estado liberal estruturou, com a codificação, o centro dos direitos e liberdades individuais de modo a suplantar o Antigo Regime pautado pelo conservadorismo do direito consuetudinário e romano [31].

Assim, os fundamentos justificadores para a existência das codificações não podem ser adstritos a uma única razão. Primeiramente, os ideários jusnaturalistas contribuíram para substituição da razão divina pela razão natural. Na sequência, o jusracionalismo validou a razão humana como fonte nascedoura do direito que, ao somar-se com a corrente iluminista impulsionou a ação humana na busca de transformações sociais favoráveis ao reconhecimento e segurança de seus direitos. E por fim, os Códigos também representavam a concretude de um direito único e soberano para cada Estado[32].

Ao tratar do triunfo resplandecido com as codificações Caenegem observa que "não se tratava de erguer barreiras jurídicas entre os povos" [33], a unidade jurídica alcançada dentro dos Estados "trouxe consigo a nacionalização dos sistemas jurídicos, que caracterizou o desenvolvimento jurídico do século XIX" [34]. Nesse sentido há que se dizer sobre o primeiro Código moderno que, ao nascer na França, também jungido pelos anseios liberais e individualistas da Revolução Francesa passou a ser paradigmático[35]: o *Code Civil* de 1804 ou Código de Napoleão.

Sabendo-se que o Código "corresponde ao estágio de desenvolvimento jurídico de determinado momento"[36], é possível extrair a nova concepção jurídica emanada com

---

[30] MORATO, Antonio Carlos. Codificação e descodificação: uma análise acerca do tema. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v.98, 2003. Disponível em: < http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67581>. Acesso em 08 set 2016. p. 107.

[31] LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. O direito na história: lições introdutórias. p. 204.

[32] OLIVEIRA, Mariana Kuhn de. O fenômeno histórico da codificação. In: Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS. v.1, 2009. Disponível em:< em:< https://www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2009/09/21-artigo-10.pdf > Acesso em 10 fev. 2017. p.125.

[33] CAENEGEM, R.C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. p. 202.

[34] CAENEGEM, R.C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. p.201.

[35] "Basta recordar a codificação belga e as várias codificações ocorridas na Itália. (Na mesma época em que aparece o Código de Napoleão houve também codificações em outros países, a saber, na Prússia e na Áustria. Mas o código prussiano - alguns anos anterior ao francês – não teve particular significado histórico, sendo todo dirigido ao passado; e também o código austríaco – publicado em 1811 – tem importância secundária, quando se considera a influência que exerceu na legislação de outros países.)" BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, 1995. p. 64.

[36] LOBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral. 2010, p.27.

o Código de Napoleão em dois aspectos primordiais: o laicismo e o individualismo.[37] Almejando atender aos preceitos revolucionários e aos clamores emanados pela burguesia, o presente Código incorporou o pensamento emancipatório do ser humano como forma de manutenção da ordem e impulsão do mercado isto é, o reconhecimento positivado do homem como ser independente de sua comunidade, de sua cultura, e de sua religião foi contributivo para atender aos anseios de libertação de uma nação.[38] Conforme Paulo Lôbo:

> A maximização do progresso material individual e ilimitado, exigente de normas certas, claras e precisas, para a segurança dos negócios, e a definição das conquistas liberais contra a intervenção do Estado na órbita privada, especialmente a defesa da propriedade individual, redundaram na codificação civil moderna.[39]

De modo consequencial, a autossuficiência, que fez emergir a reverência aos Códigos, resultou no início da era positivista pelo enaltecimento do "mito do legislador todo poderoso" [40]. O reconhecimento da codificação como única fonte do direito civil dotada de segurança e completude, passou a determinar que toda interpretação do direito deveria gravitar obrigatoriamente em torno de seus dispositivos, resultando na dispensa de todo e qualquer outro contexto precedente à sua aplicação, florescendo-se, assim, o *"fetichismo da lei* e, mais ainda, o *fetichismo do Código Civil* para as relações de direito privado."[41]

Logo, o positivismo legalista (ou exegético), segundo Michel Miaille, traduzido na estrita observância do texto estabelecido em lei, também significou atendimento às necessidades de uma burguesia que se tornava dominante no sistema sociopolítico [42]. A partir de então, pela "exaltação da lei como o único instrumento capaz de limitar a

---

[37] AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 2014, p. 170.

[38] ROUANET, Sergio Paulo; Mal –estar na modernidade: ensaios. p.35. Em complementação, Orlando Gomes diz sobre o Código de Napoleão: "Seu espírito reflete a mentalidade individualista da época, tendo servido ao desenvolvimento das forças produtivas nascentes. Foi considerado o Código da burguesia, por ter atendido aos interesses e aspirações dessa classe, mas, como esclarece Solari, não se redigiu no propósito de ser lei de privilégios; ao contrário, a intenção foi elaborar um Código impessoal, expressão eterna das coisas, para ser aplicado sem distinção de classe, e sem limite de tempo". GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 57.

[39] LOBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral. 2010, p.25

[40] PEREIRA, Caio Mario da Silva. Código Napoleão: Influência nos sistemas jurídicos ocidentais. Disponível em:< http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1003/937>. Acesso em 10 set 2016. p.9.

[41] TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. Disponível em:< http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_codigo_civil_os_chamados_microssistemas_e_a_constituicao_premissas_para_uma_reforma_legislativa.pdf>. Acesso em 10 set 2016. p.1.

[42] MIAILLE, Michel. Introdução crítica ao direito. 2.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. p. 44 e 289.

liberdade das pessoas"[43], o estudo do direito passou a se legitimar tão somente pelo estudo das regras emanadas pelo legislador.

Nisso, a igualdade de todos os indivíduos foi garantida pelo fato de todos estarem sujeitos a uma única lei geral e abstrata, representada pelo código civil. Se antes das codificações instaurou-se verdadeiro sistema de desigualdade jurídica, cujas leis direcionavam-se de forma específica para cada classe de pessoas, os Códigos conseguiram colocar fim a isso por serem representados em um único diploma legislativo aplicável a toda generalidade de pessoas.[44] Conseguiu-se instituir com os códigos uma correlação entre codificação-igualdade e codificação-cidadania [45].

Sendo assim, há de se verificar que o sentido que estas codificações carregaram também era ideológico porque significavam a conquista da concepção de cidadania e de igualdade pela qual, nem todos os homens que sequer eram considerados pessoas passam a ser pelo rompimento do particularismo jurídico[46].

Muda-se a percepção para enxergar a sociedade como o resultado obtido na junção de elementos isolados (os indivíduos). Este foi o método empregado por Thomas Hobbes ao tratar sobre o direito do indivíduo no positivismo jurídico; segundo Michel Villey, o pensamento de Hobbes não estava na compressão do todo em si, mas, na percepção dos elementos que o integram. Para este filósofo "as sociedades serão resolvidas em seus átomos constituintes, em suas causas geradoras" cujas partículas elementares serão formadas pelos indivíduos naturalmente livres [47].

A respeito do mesmo contexto positivista, Antonio Manuel Hespanha discorre sobre a compreensão dos indivíduos como "átomos sociais primitivos". Porém, ressalta-se que, em que pese serem percebidos enquanto indivíduos providos de racionalidade

---

[43] SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro. Revista da EMERJ, v.7, n.26, 2004. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf>. Acesso em 10 set. 2016. p.39.

[44] De acordo com Jesus Antonio de la Torre Rangel, o direito moderno é constituído por normas gerais, abstratas e impessoais e a razão destas características está na concepção de liberdade e de igualdade estabelecida no mundo moderno. (RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho. San Luis Potosí, México: CENEJUS, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2006. p. 82)

[45] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Curitiba: Unibrasil Centro Universitário, 24 ago. 2015. Aula ministrada no Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia.

[46] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Curitiba: Unibrasil Centro Universitário, 24 ago. 2015. Aula ministrada no Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia.

[47] VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.696.

permanecem considerados em uma noção geral e abstrata (ou formalista) de pessoa que ignora suas condições concretas colocando-os na condição de equivalência com todos os demais, como se resplandece a condição de "membros indiferenciados de uma sociedade de iguais" [48]. Conforme Daniel Sarmento:

> Este indivíduo, identificado pelo Código Civil, não era um ser concreto, portador de necessidades materiais específicas, mas uma abstração conceitual, um sujeito de direito, em hipotética paridade com outros sujeitos de direito presentes no mercado e na sociedade civil. A ordem jurídica cerrava os seus olhos para a desigualdade de fato, que dominava o espaço privado, e com a sua aparente neutralidade, chancelava a opressão.[49]

Entretanto, embora "todos fossem iguais e autônomos perante o Código"[50], cabe resgatar que a noção de 'liberdade econômica', fundamentada pelo liberalismo, tornou-se o valor estruturante de toda sociedade, atingindo também o sistema jurídico. Porém, em que pese à inserção abstrata do indivíduo no ordenamento jurídico, conforme Paulo Lôbo, a condição da liberdade e razão de ser do direito resumia-se a dois elementos: propriedade e o contrato; isto por sua vez, demonstra que, a rigor, o sujeito de direito protagonista da codificação era o indivíduo burguês [51].

Assim, pode-se concluir que, se por um lado, conceituar as pessoas deste modo tecnicista garantiria a titularidade patrimonial e proteção contratual daqueles que poderiam inserir-se no fomento econômico, por outro, implicaria na desconsideração sobre as particularidades que poderiam acometer de modo específico cada indivíduo no desempenho dos seus atos volitivos.

1.2 O Regime das Incapacidades nas Codificações Modernas

Consubstanciado nos reflexos eivados pelos movimentos humanistas, individualistas e racionalistas da Modernidade, o ser humano assume uma nova percepção que, ao ser formalmente elevado a condição de cidadão e sujeito de direito,

---

[48] HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio. p.341.
[49] SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. Revista EMERJ, v.6, n.23, 2003. Disponível em:< http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_272.pdf>. Acesso em 10 set 2016. p. 282.
[50] SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado, p. 282.
[51] LOBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral, 2010. p.25.

enseja a reformulação das compreensões jurídicas em torno de categorias jurídicas de pessoa natural, capacidade e personalidade.

A construção destas percepções assumiu importância central à medida que todos os institutos consequenciais, como o caso do regime das incapacidades, fundamentaram-se nos respectivos preceitos que, ao refletirem o contexto histórico de sua época, formaram as bases conceituais do repertório normativo adstrito às codificações modernas.

A começar pela compreensão sobre conceito jurídico de pessoa: a questão inicial que se forma refere-se à (im)possibilidade de sua interpretação como sinônimo de sujeito de direito. Sobre este contraponto Simone Goyard-Fabre prenuncia que "o sujeito de direito não é simplesmente o indivíduo"[52], mas, aquele que adquire sua concretude a partir da norma jurídica isto é, o sujeito de direito é aquele que só integra o universo jurídico porque existe uma atribuição do direito positivo que o coloca nesta condição[53].

Também por isso entende Pontes de Miranda como 'pessoa' aquele que não integra uma relação de direito; inclusive, chegando a preceituar que "só se devia tratar das pessoas, depois de se tratar dos sujeitos de direito; porque ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito" [54]. Neste raciocínio, a 'pessoa' representaria a potencialidade de tornar-se sujeito de direito quando vier a "encaixar-se, concretamente, nos suportes fáticos sustentadores das relações jurídicas"[55].

Consonante a referida discussão, Tercio Sampaio Ferraz Jr. preconiza o entendimento pelo qual a existência do sujeito de direito não está condicionado à identificação prévia do "*ser"* pessoa. Sob este olhar, define-se como *pessoa* aquele que possui em si mesmo um "feixe de papéis institucionalizados" [56], ou seja, cuja condição de partícipe em diversas atividades sociais atribua-lhe a denominação por "pessoa física" [57]. Já a definição do *sujeito de direito* distancia-se desta percepção social para

---

[52] GOYARD-FABRE, Simone. Os Fundamentos da Ordem Jurídica. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 88.
[53] GOYARD-FABRE, Simone. Os Fundamentos da Ordem Jurídica, p. 88.
[54] MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2000. p. 207.
[55] EBERLE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p.23.
[56] FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.156.
[57] A título de complementação discorre o autor que a diferença fundamental entre pessoas físicas e pessoas jurídicas deve-se a amplitude dos possíveis papéis a serem desempenhados. Assim: "Existem, porém, casos em que se constitui um feixe de papéis limitados que não se comunica com outros papéis

aproximar-se do conceito jurídico que o define como sendo "nada mais do que o ponto geométrico de confluência de diversas normas" [58]. Nesse entendimento, a assertiva pela qual 'toda pessoa será sujeito de direito' é verdadeira; porém, deve ser compreendida de forma ampla que implique na inclusão desta condição não apenas às pessoas físicas ou jurídicas, mas, também, aos entes despersonalizados (ex. patrimônio, a massa falida, etc.) que, da mesma forma, direitos e deveres lhe são convergidos.

A esse apartado entendimento sobre a qual: "toda pessoa é sujeito de direito, mas nem todo sujeito de direito será pessoa" [59], desenvolveu-se a *teoria dos entes despersonalizados* amplamente acolhida pela doutrina, por autores como Cláudio Henrique Ribeiro da Silva[60], Fábio Ulhoa Coelho[61] e César Fiuza[62], dentre outros. De modo resumido, esta teoria reconhece as 'pessoas' e os 'entes despersonalizados' como espécies do gênero 'sujeito de direito'; porém, enquanto os primeiros possuem aptidão genérica para contrair pluralidade de direitos e deveres; os últimos estarão limitados à legislação e sua própria natureza[63]. Sendo assim, para estes autores, não restaria aceita a afirmação pela qual sujeito de direito e pessoa são elementos sinônimos no âmbito do universo social e jurídico.

Em sentido contrário, Carlos Alberto da Mota Pinto[64], San Tiago Dantas[65], Luiz Roldão de Freitas Gomes[66], Maria Helena Diniz[67], Francisco Amaral[68], Caio Mario da

---

possíveis. A própria ordem jurídica encarrega-se, então, de isolá-los e integrá-los num sistema dentro do qual adquirem sentido. ... O feixe desses papéis isolados dos demais papéis sociais e integrados pelo estatuto num sistema orgânico, com regras próprias, constitui uma pessoa jurídica". FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação, p.156.

[58] FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação, p.157.

[59] FIUZA, César. Direito Civil: Curso Completo. 18.ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.156.

[60] SILVA, Cláudio Henrique Ribeiro da. Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados. Disponível em:< http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/apontamentos-para-uma-teoria-dos-entes-despersonalizados>. Acesso em 19 nov. 2016.

[61] "Sujeito de direito é conceito mais amplo que pessoa: nem todos os sujeitos são personalizados. Em outros termos, os titulares de direitos e obrigações podem ou não ser dotados de personalidade jurídica. ... No conceito de sujeito de direito encontram-se, assim, não só as pessoas, físicas ou jurídicas, como também algumas "entidades" despersonalizadas". COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 8.ed, v.2, Saraiva: São Paulo, p.9.

[62] "Sujeito de direito é todo ente ao qual se conferem direitos e deveres, é um centro de imputação de direitos e deveres. Pode ser uma pessoa, física ou jurídica, ou não." FIUZA, César. Direito Civil: Curso Completo, p.156.

[63] SILVA, Cláudio Henrique Ribeiro da. Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados. Disponível em:< http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/apontamentos-para-uma-teoria-dos-entes-despersonalizados>. Acesso em 19 nov. 2016.

[64] "Sujeitos de direito são os entes susceptíveis de serem titulares de direitos e obrigações, de serem titulares de relações jurídicas. São sujeitos de direito as pessoas, singulares e coletivas". PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1999, p.191.

[65] "O sujeito de direito é uma pessoa: pode ser o homem e, nesse caso, nós o chamamos pessoa física ou pessoa natural; e pode ser um grupo de homens, ao qual se atribui artificialmente uma unidade e, nesse caso, nós o chamamos pessoa jurídica. Pessoa física, portanto, é o próprio homem. Pessoa jurídica é um grupo de homens a que nós atribuímos artificialmente unidade, de tal modo que podemos fazer desse

Silva Pereira[69], Carlos Roberto Gonçalves[70], Orlando Gomes[71], André Franco Montoro[72], Paulo Dourado de Gusmão[73], dentre outros, filiam-se a doutrina tradicional sobre a teoria da personalidade jurídica (consolidada no início do século XX) ou, simplesmente denominada como *teoria da equiparação ou teoria nominalista da personalidade* que traduz o entendimento segundo o qual pessoa é sinônimo de sujeito de direito.

Para entendimento desta teoria cabe ser resgatada a definição de 'pessoa' na perspectiva positivista. Para isso, Kelsen discorre sobre o significado de 'pessoa' a partir de uma compreensão técnica jurídica que a reconhece como a *personificação da unidade de deveres jurídicos e direitos subjetivos* que lhe são atribuídos. Nesse sentido, o autor segue assinalando que "somente através da conduta humana pode um direito ser

---

grupo o sujeito de um direito". DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p.133.

[66] "Parece-nos proceder a observação de Serpa Lopes, com todas as vênias a opiniões diversas dos doutos, na feliz concepção do Prof. Caio Mário da Silva Pereira ..., de que a ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações". GOMES. Luiz Roldão de Freitas. Noção de pessoa no direito brasileiro. In: FRANÇA, R. Limongi. (org.). Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992. p.16.

[67] "Para a doutrina tradicional "pessoa" é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direitos é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial. Para Kelsen o conceito de sujeito de direito não é necessário para a descrição do direito, é um conceito auxiliar que facilita a exposição do direito. De forma que a pessoa natural, ou jurídica, que tem direitos e deveres, é um complexo destes direitos e deveres, cuja unidade é, figurativamente, expressa no conceito de pessoa. (..) Entre essas duas concepções ficamos com a primeira, ...". DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil. 19.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2002, 115-116.

[68] "A possibilidade de alguém participar de relações jurídicas decorre de uma qualidade inerente ao ser humano, que o torna titular de direitos e deveres. Essa qualidade chama-se personalidade jurídica, e os que a têm, pessoas". AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 2014, p. 270.

[69] "A ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres". PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 20.ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 213.

[70] "A nomenclatura "pessoa natural" revela-se, assim, a mais adequada, como reconhece a doutrina em geral, por designar o ser humano tal como ele é, com todos os predicados que integram a sua individualidade. Pessoa natural é "o ser humano considerado como sujeito de direitos e obrigações". Para qualquer pessoa ser assim designada, basta nascer com vida e, desse modo, adquirir personalidade". GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: parte geral. 12.ed. v.1. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 100.

[71] Orlando Gomes afirma que entre o sujeito (ou titular) de determinando direito ou obrigação, há um nexo que os une levando a concretização desta condição somente para a pessoa a quem "a lei atribui a faculdade ou a obrigação de agir, exercendo poderes ou cumprindo deveres". GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 2008, p.128.

[72] "Personalidade, na terminologia jurídica, é a aptidão para ser sujeito ou titular de direitos. Juridicamente, todo sujeito de direito é pessoa e toda pessoa é sujeito de direito". MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 31.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 559.

[73] "Sujeito de direitos é o ente que, para o direito, pode ser titular de direitos e de obrigações. Ente que, para o direito moderno, se reduz à pessoa, seja a pessoa física (homem) seja a pessoa jurídica". GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999. p.263

exercido e um dever ser cumprido ou violado" [74], por isso, em face da conexão com o próprio homem, a chamada pessoa física ou natural não se contrapõe à pessoa jurídica (no sentido de ser pessoa em sentido jurídico, ou, sujeito de direito).

> Dizer que o homem é sujeito jurídico, isto é, sujeito de direitos e deveres, não significa – como foi expressamente acentuado acima – senão que a conduta humana é conteúdo de deveres jurídicos e direitos subjetivos, e, portanto, o mesmo que dizer que um homem é pessoa ou tem personalidade. O que em ambos os casos – tanto o da pessoa física como o da pessoa jurídica – realmente existe são deveres jurídicos e direitos subjetivos tendo por conteúdo a conduta humana e que formam uma unidade.[75]

O resultado manifesto por Kelsen é reconhecedor que tanto o conceito de pessoa física como o de sujeito de direito, são frutos da construção da ciência jurídica. Isto demonstra, segundo Diogo Luna Moreira "o objetivo de manter a juridicidade do conceito de pessoa e personalidade jurídica, ainda quando se refira ao ser humano, pois, "ser pessoa ou 'ter personalidade jurídica' é o mesmo que ter deveres jurídicos e direitos subjetivos""[76].

Também, ao reconhecer que *"El hombre es sujeto de derecho porque su vida y su actividad relaciónanse com los valores jurídicos."*[77], Eduardo García Maynez aproxima-se da compreensão kelseniana ao definir por sujeito ou pessoa todo aquele capaz de possuir faculdades e deveres. Não obstante, a noção de pessoa seja um assunto de divergência doutrinaria, Maynez preleciona que a clássica divisão entre as pessoas físicas (seres humanos) e pessoas jurídicas (sociedades regulares), torna claro ou revela o reconhecimento de uma condição comum a ambas: a de serem sempre jurídicas. Eis que "afastada de qualquer referência normativa a mesma não existiria como portadora de uma personalidade jurídica"[78]. Por esta razão, passa a denominar como "pessoa jurídica individual" o homem como detentor de direitos e obrigações e, "pessoa jurídica coletiva" as associações, sociedades mercantis, etc., dotadas de personalidade.

---

[74] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.121.
[75] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, p.121.
[76] MOUREIRA, Diogo Luna. Pessoas: A co-relação entre as coordenadas da pessoalidade e as coordenadas da personalidade jurídica. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte. Disponível em:< file:///G:/DISSERTA%C3%87%C3%83O/Direito_MoureiraDL_1.pdf>. Acesso em 20 nov. p.131.
[77] MAYNEZ, Eduardo García. Introduccion al estudio del derecho. 53.ed. México: Editorial Porrua. 2002, p.276.
[78] MOUREIRA, Diogo Luna. Pessoas: A co-relação entre as coordenadas da pessoalidade e as coordenadas da personalidade jurídica, p.133.

Já no âmbito da definição "funcional-utilitarista"[79] de Savigny, verifica-se o entendimento consubstanciado sobre o qual pessoa e sujeito de direito se confundem na ideia de "pessoas naturais". E, não ignorando a existência das pessoas jurídicas identificadas como "pessoas fictícias", Savigny pondera para o fato de que estas "... *personas que no existen sino para fines jurídicos, que nos aparecen al lado del individuo como sujetos de las relaciones de derecho*"[80]. De toda sorte, tanto para as pessoas naturais, quanto para as fictícias, o ponto de convergência determinante da atribuição de personalidade jurídica converge para a capacidade em angariar patrimônio, ou seja, a aquisição de bens[81].

Conforme Diogo Luna Moureira, o reconhecimento da personalidade atribuído às pessoas jurídicas pela razão de "realizar fins jurídicos, dentre os quais se ressalta a capacidade de possuir propriedade"[82], justifica o aspecto fulcral em torno dos "bens" atribuído por Savigny ao dizer:

> *Los bienes, por el contrario, son por su naturaliza una extension de poder (§53), un medio de garantia y de desenvolvimiento para la actividad libre, relación que puede afectar á la persona jurídica como al individuo y los fines para que há sido creada la persona jurídica merecen atenderse por los mismos médios que los del individuo*.[83].

Consequencialmente, as teorias em comento redundaram nas codificações idealizadas e constituídas *a posteriori* no âmago da modernidade. Fatidicamente pelas mazelas existentes no contexto social recepcionador de ditas codificações, e, também, sob o modo discutível que se impunha o rigorismo positivista, severas implicações

---

[79] MOUREIRA, Diogo Luna. Pessoas: A co-relação entre as coordenadas da pessoalidade e as coordenadas da personalidade jurídica, p. 127.

[80] SAVIGNY, Friedrich Karl von. Sistema del derecho romano actual. Tomo II. Madrid: F.Góngora y Compañia Editores. 1879. Disponível em:< https://pt.scribd.com/doc/47486059/Sistema-del-Derecho-Romano-Actual-Tomo-II >. Acesso em 26 nov. 2016. p.60.

[81] Referida aptidão de cunho patrimonialista para Savigny passa a ser fator determinante para o reconhecimento das então denominadas: pessoas jurídicas. Por exemplo; é neste ensejo que o autor justifica a razão de não ser considerada enquanto pessoa jurídica as famílias. Para isto, passa a dizer: "Las relaciones de derecho que mantienen las personas jurídicas, son: la propiedad y los jura in re, las obligaciones, las sucesiones como médio de adquirir el poder sobre los esclavos, el patronato, y, em los últimos tempos del derecho romano, el colonato. De outro lado, el matrimonio, el poder poder paterno, el parentesco, la manus, la mancipis causa y la tutela, no pueden pertenecer a las personas jurídicas, lo cual nos llevaria á definirlas como um sujeto de bienes creado artificialmente". SAVIGNY, Friedrich Karl von. Sistema del derecho romano actual, p. 61-62.

[82] MOUREIRA, Diogo Luna. Pessoas: A co-relação entre as coordenadas da pessoalidade e as coordenadas da personalidade jurídica, p.130.

[83] SAVIGNY, Friedrich Karl von. Sistema del derecho romano actual, p.61.

contribuíram para formação de um sistema jurídico fechado e com distanciamento progressivo da realidade [84].

Renata de Lima Rodrigues bem observa ao fato de que "a concessão de personalidade é técnica jurídica que irá atribuir aos entes aptidão para titularizar direitos e deveres"[85], porém, importante crítica se faz sob a respectiva interpretação que, ao ser aplicada pela teoria nominalista (reconhecedora da sinonímia entre pessoa e sujeito de direitos), passou a moldar a formação dos diplomas legais subsequentes impondo severas consequências.

O cerne crucial e determinante da crítica em comento reside na diferenciação fundamental entre a compreensão de 'ser transformado *em* sujeito de direitos e deveres', *versus*, 'estar sujeito *a* direitos e deveres'[86]. Quando a teoria nominalista "construiu a noção de personalidade" o fez por meio da equivocada premissa de que "esse atributo conferido pelo ordenamento jurídico *transformava* o ser humano em sujeito de direitos e deveres, conferindo-lhe prerrogativas para desempenhar determinados papéis nas relações jurídicas"[87].

Deste modo, a implicação 'mágica' que o ordenamento jurídico seria capaz de conferir, resultou na colocação automática de todos os seres humanos na mesma vala comum da condição de 'sujeito de direito'. Mas, a quais direitos? Haveria particularidades inerentes a diferentes seres humanos? Isto pouco importaria. Cumpre-se com o tratamento do ser humano em uma dimensão abstrata e uniforme que implica a preocupação efetiva do papel a ser desempenhado sob a condição de contratante, proprietário, herdeiro.

Logo, o quadro dos princípios individualistas do Estado Liberal[88] assume noção jurídica de *pessoa* proveniente do referido conceito formal da pandectística,

---

[84] SÁ, Maria de Fátima Freire de., MOUREIRA, Diogo Luna. A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.94-95.

[85] RODRIGUES, Renata de Lima. Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito. 2007. 198f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em:< www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RodriguesRL_1.pdf>. Acesso em 20 jul 2016. p.52.

[86] RODRIGUES, Renata de Lima. Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito. p.52.

[87] RODRIGUES, Renata de Lima. Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito. p.53.

[88] No que tange às construções idealizadas, centradas na criação conceitual dos institutos jurídicos, Judith Martins-Costa discorre que: "Foi só no Iluminismo que se construiu o instrumental jurídico correspondente à concepção abstrata e universalizante de sujeitos de direitos". MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas:

fundamentada na "concepção nominalista de pessoa"[89]. Para tanto, "Seriam pessoas aqueles que as regras considerassem titulares de posições jurídicas" [90], ou seja, a característica patrimonialista deste período identifica por pessoa aquele que poderia "ter"" [91].

Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, a submissão às relações jurídicas traduzia-se no pressuposto condicionante a identificação de pessoa, passando a definir que: "Num sentido puramente técnico ser pessoa é precisamente ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações; é ser um centro de imputações de poderes e deveres jurídicos, ser um centro de uma esfera jurídica" [92].

Vistas essas questões, o principal para esta pesquisa é retomar a dicotomia entre as noções de pessoa e sujeito de direito, refletindo sobre qual seria a razão primordial em se conceber a equivalência dos dois termos em comento: pessoa e sujeito de direito. A resposta óbvia que pudesse justificar a necessidade de centralizar o ser humano no universo jurídico poderia ser antagônica, já que a história mostra que esta hipótese não se trata de uma expressão da realidade.

Assim, se "a noção de sujeito de direito como equivalente da de indivíduo está longe de ser evidente conforme o sistema social no qual nos situamos"[93], prevalece o questionamento realizado por Michel Miaille: "Mas, então, porque é que isso é necessário nesta sociedade?"[94].

O reflexo dos ideários eivados na modernidade conduz para única e imperativa resposta emanada a partir do novo contexto social consolidado com o modo capitalista; isto quer dizer, por ser condição para realização das trocas mercantis generalizadas. Declarar que "todos os homens são sujeitos de direito livres e iguais"[95] é pressuposto

---

notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (orgs.). Bioética e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 310.

[89] RODRIGUES, Renata de Lima. Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito. p.53.

[90] ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. A capacidade civil da pessoa física no direito civil. Revista de Direito Privado. NERY JUNIOR, Nelson., NERY, Rosa Maria Andrade (coord.). n. 18. abr./jun. 2004, p.87.

[91] ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. A capacidade civil da pessoa física no direito civil, p.87.

[92] Complementa o autor: "Neste sentido técnico-jurídico não há coincidência entre a noção de pessoa ou sujeito de direito e a noção de ser humano. Os seres humanos não são necessariamente, do ponto de vista lógico, pessoas em sentido jurídico: e aí está a experiência jurídica e histórica dos sistemas que aceitam a escravatura. As pessoas em sentido jurídico não são necessariamente seres humanos: e aí estão certas organizações de pessoas (associações, sociedades) e certos conjuntos de bens (fundações) a quem o direito objectivo atribui personalidade jurídica". PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil, p.84.

[93] MIAILLE, Michel. Introdução crítica ao direito, p.117.

[94] MIAILLE, Michel. Introdução crítica ao direito, p.117.

[95] MIAILLE, Michel. Introdução crítica ao direito, p.117.

para dar atendimento às transformações sociais que passavam a suplantar as raízes eivadas pelo modo dominador do mundo que viveu a escravidão e o feudalismo.

> A noção de sujeito de direito é, pois, absolutamente indispensável ao funcionamento do modo de produção capitalista. A troca das mercadorias, que exprime, na realidade, uma relação social – a relação do proprietário do capital com os proprietários da força de trabalho -, vai ser escondida por relações livres e iguais, provindas aparentemente apenas da vontade de indivíduos independentes. O modo de produção capitalista supõe, pois, como condição do seu funcionamento a atomização, quer dizer, a representação ideológica da sociedade como um conjunto de indivíduos separados e livres. No plano jurídico, esta representação toma a forma de uma instituição: a do sujeito de direito[96].

Portanto, há de se reconhecer que a estratégia aplicável à atribuição da condição de sujeito de direito em equivalência ao requisito *persona*, não surge dentro de um cenário apto à formação da percepção valorativa do ser humano como titular maior de proteção e garantias pessoais. A realidade crua que se demonstra está consubstanciada em um conceito formalista que seja apto o suficiente para prover a força trabalhadora necessária a engrenar a máquina capitalista.

Categoricamente o tecnicismo emanado pelas modernas codificações[97], demonstrava que a figura '*pessoa'* era reconhecida abstratamente de modo a permitir o enquadramento de qualquer sujeito nas relações jurídicas, que na essência, resumia-se em uma conceituação totalmente desprovida de *valor* ao homem concreto [98].

Por esta razão, conforme observa Jussara Meirelles, qualquer indivíduo diante das disposições codificadas "não saberá, ao certo, se é pessoa ou não" [99]. Essa resposta resultaria de um olhar que deveria ultrapassar a percepção do ser humano de carne e osso. Caberia ser verificada a sua condição de "pólo de relações jurídicas" [100], o qual carregaria consigo os elementos necessários (como nome, idade, registro) para expressar

---

[96] MIAILLE, Michel. Introdução crítica ao direito. p.118.

[97] Já cabendo a observação, conforme será tratado adiante, que o tecnicismo em comento restou presente no Código Civil Brasileiro de 1916 e manteve raízes no Código de 2002.

[98] RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.29.

[99] MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 88.

[100] MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial, p. 88.

sua vontade (ou de alguém que o faça representando ou assistindo), na inserção nos deslindes patrimoniais [101].

Segundo Judith Martins- Costa operou-se a passagem do "homem natural" para o "homem jurídico" à medida que a condição de pessoa ao distanciar-se da noção de "ser humano" foi levada para o reconhecimento eminentemente jurídico[102]. Logo, estando a 'pessoa' imbuída da condição que a configura na possibilidade de ser partícipe das relações jurídicas, Savigny complementa que sua identificação deverá necessariamente perpassar o elemento condicionante da capacidade.

Para isso, Savigny responsabiliza-se por desenvolver, no âmbito do direito germânico, importante desmembramento sobre a ideia de capacidade que acabou por nortear outros ordenamentos que sofreram sua influência, como o brasileiro. O cerne desta questão desenvolve-se na percepção pela qual, existe uma distinção fundamental entre capacidade jurídica (capacidade de gozo ou capacidade de direito) e a capacidade de exercício (capacidade de agir, capacidade negocial ou capacidade de fato)[103],[104]. Em auxílio a essa compreensão, o direito alemão expressava essas situações em dois termos diversos mais esclarecedores: *Rechtfaehigkeit* (aptidão para ser titular de direitos e obrigações) e *Handlungsfaehigkeit* (aptidão de adquirir e exercitá-los por ato próprio)[105].

A capacidade de direito é intrínseca a todo indivíduo (e estendida a agrupamentos morais) como atributos inerentes da própria personalidade. É propriamente a aptidão genérica para alguém ser titular de direitos e deveres:

---

[101] MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial, p. 88-89.

[102] MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética, p. 311.

[103] Em complementação, colacionam-se os dizeres de Savigny no seguinte sentido: "Preséntasenos, pues, la cuestión siguiente: Quién puede ser sujeto de uma relación jurídica? Como se ve, hace referencia la pregunta á la posesión posible de los derechos, ó se ala capacidade de derecho, no á la posibilidad de su ejercicio, é se ala facultad de obrar, de la que habré de ocuparme en el capítulo imediato". SAVIGNY, Friedrich Karl von. Sistema del derecho romano actual, p.304.

[104] Conforme Simone Erbele: "..., se a capacidade representa o gênero, pode-se dizer que duas são as suas espécies: a capacidade de direito ou de gozo ou simplesmente capacidade jurídica, relacionada à aquisição dos direitos e obrigações, e capacidade de fato ou de exercício correlata à efetivação desses mesmos direitos e obrigações". ERBELE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito, p.45. De toda sorte, há que ser observada a existência de nomenclaturas diversas para esta classificação. Vide Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, para os quais: "A capacidade jurídica é dividida em capacidade de direito (também dita de aquisição ou de gozo), reconhecida indistintamente a toda e qualquer titular de personalidade, seja pessoa natural ou jurídica; e capacidade de fato (ou de exercício), que é a aptidão para praticar pessoalmente, por si mesmo, os atos da vida civil". FARIAS. Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 12ª ed. v.1. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. p.248-249.

[105] GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português. v.1, Max Limonad: São Paulo, 1955,p. 190.

possibilidade de ser sujeito de direitos, sujeito de relações jurídicas[106]. Nas primeiras palavras de seu estudo, Savigny diz que a capacidade de direito é aquela que se concretiza quando ocorre o nascimento com vida do ser humano independente de morrer instantes depois de "ter visto a luz" ou de qualquer causa de sua morte[107].

Conforme pontua Silvio Rodrigues, "..., a mera circunstância de existir confere ao homem a possibilidade de ser titular de direitos. A isso se chama personalidade" [108]. Deste modo, a personalidade como atributo inseparável do homem se concretizará sob o "ponto de vista estrutural" [109] de forma absoluta quando ocorrer o nascimento com vida do ser humano; porém, o mesmo não procederá com o atributo da capacidade jurídica devido a sua inerente volubilidade.

Ao conceituar 'capacidade jurídica', Paulo Dourado Gusmão a resume como sendo "a aptidão que tem a pessoa, em função de seu estado pessoal, de adquirir direitos e assumir obrigações" [110]. A partir disto, se por um lado torna-se claro o reconhecimento da condição 'perene' que recai sobre a pessoa e sob o atributo da personalidade; por outro, a ideia de capacidade jurídica permanecerá tendo sua existência arraigada ao caráter 'mutável' pelo qual, a medida de cada circunstância vivida pela pessoa ditar-se-á a titularização de diferentes direitos e deveres. A título de exemplificação, poderia se pensar sob o direito ao sufrágio que de modo efetivo irá compor a capacidade jurídica do indivíduo facultativamente aos 16 anos, ou obrigatoriamente aos 18 anos.

Deste modo, a personalidade não se confunde com capacidade, pois, "enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é a projeção desse valor que se traduz em um *quantum*"[111], ligando-se à ideia de mensuração "pode-se ser mais ou menos capaz, mas

---

[106] FARIAS. Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, p. 305.

[107] Segundo Savigny: "...debemos assentar el principio de que, uma vez nacido, tiene completa capacidade de derecho, aun cuando muera á los pocos momentos de haber visto la luz y sea cualquiera la causa de su muerte". SAVIGNY, Friedrich Karl von. Sistema del derecho romano actual, p.310.

[108] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Parte Geral. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.35.

[109] Gustavo Tepedino discorre que a rigor a personalidade pode ser considerada sob dois enfoques: "Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas. É o ponto de vista estrutural (atinente à estrutura das situações jurídicas subjetivas), em que a pessoas, tomada em sua subjetividade, identifica-se como o elemento subjetivo das situações jurídicas. De outro ponto de vista, todavia, tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis erga omnes". TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.27.

[110] GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito, p.264

[111] AMARAL, Francisco. Direito Civil Introdução. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 272.

não se pode ser mais ou menos pessoa"[112]. Ainda que ocorram modificações no preceituado sobre a capacidade jurídica, o fato é que a personalidade não será afetada, permanecendo incólume.

Referido entendimento, acolhido neste trabalho e que passa a admitir o caráter dinâmico[113] da capacidade jurídica encontra-se consubstanciado aos ensinamentos de San Tiago Dantas ao reconhecer que: "Há certos direitos e obrigações de que o homem só se torna capaz em certas circunstâncias, e essas limitações constituem modificações da capacidade jurídica"[114] corroborando tal entendimento cita-se também Rubens Limongi França[115], Renata de Lima Rodrigues[116] e Simone Erbele[117].

Assim, cabe dizer que a personalidade não é negada ou condicionada a quaisquer indivíduos sejam eles, maiores ou menores de idade, com ou sem discernimento completo sobre os atos da vida civil, ou sob as mais diversas características ou situações possíveis. Nesse ensejo, Paulo Lôbo trata da capacidade jurídica dizendo que "o fato de os menores e os deficientes mentais terem capacidade jurídica decorre da sua condição como pessoas, sem considerações às limitações fáticas de exercício" [118]; há que se concordar neste sentido compreendendo ser a capacidade jurídica uma aptidão vinculada a todos indistintamente, porém, uma aptidão que se revelará em maior ou menor medida em virtude das particularidades inerentes de cada ser:

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

---

[112] AMARAL, Francisco. Direito Civil Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 254.

[113] Segundo Luiz da Cunha Gonçalves enquanto a personalidade "é o homem jurídico num estado, por assim dizer, estático; a capacidade é o homem jurídico no estado dinâmico". GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português, p. 189.

[114] DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil, p.135.

[115] "A capacidade de direito ou de gozo é aquela inerente a todo homem em virtude exclusiva da sua condição de pessoa (CC,art.2º). Apesar de seguir pari passu com a personalidade, não há de se confundir uma com outra porque como vimos esta é pressuposto daquela. Além disso, enquanto a personalidade jurídica é ampla e abrange todo o âmbito geral da vida do direito, a capacidade de direito é limitada, constituindo uma prerrogativa da pessoa à face dos direitos particularmente considerados". FRANÇA, R. Limongi. Instituições de direito civil. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.49.

[116] Conforme Renata de Lima Rodrigues "... se pode afirmar que a capacidade de direito não se confunde com a própria personalidade e nem é certamente a sua medida, mas a medida das prerrogativas ou dos convites que o ordenamento jurídico distribui a cada indivíduo". RODRIGUES, Renata de Lima. Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito. p.57.

[117] "Na verdade, as pessoas – naturais, jurídicas ou os entes atípicos – só se reputam iguais no que concerne à sua personalidade, uma vez que em todas elas se encontra idêntica aptidão à aquisição de direitos e obrigações. Apenas nesse ponto se identificam. Distinguem-se, porém, no plano jurídico, pelo conteúdo de sua capacidade jurídica, que, variando de ampla a restrita, permite a identificação das diversas classes de pessoas". ERBELE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito, p.91.

[118] LOBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral. 2010, p.120.

> Assim posta, a capacidade abandona a *rigidez* com que habitualmente é concebida, para ser compreendida como um conceito cujo conteúdo *elástico,* distendendo-se ou se contraindo de acordo com o ser a que é atribuída[119].

Tendo dito ser a *capacidade jurídica* a aptidão "para ser sujeito de direitos"[120], há que ser complementada sua divergência ao que se entende como *capacidade de exercício.* Mesmo porque "Ninguém pode se enganar neste ponto, isto é uma conta de somar do Direito Civil"[121], conforme San Tiago Dantas.

A *capacidade de exercício* representa a condição que o titular da capacidade jurídica possui em concretizar ou resguardar pessoalmente os direitos e deveres condizentes aos atos inerentes a sua vida civil. Entretanto, referida possibilidade de "dirigir-se autonomamente na ordem civil"[122], não pode ser compreendida limitada à condição de "exercitar direitos"[123], posto que, ao contrário, integram-lhe "o cumprimento de obrigações e a aquisição de direitos ou a assunção de obrigações"[124]; que, por isso mesmo, segundo a opinião de Antonio Fernández de Buján, melhor seria apenas denominá-la como *capacidade de agir.* O autor, ao discorrer que os conceitos de capacidade jurídica e capacidade de agir são provenientes da dogmática jurídica moderna, passa a conceituar esta última como sendo:

> *La aptitud o capacidade, en concreto, para realizar actos jurídicos válidos y assumir, em consecuencia, derechos u obligaciones específicas, como pueden ser otorgar um testamento, comparecer em concepto de testigo, intervenir em calidad de fiador, contraer matrimonio, o ser constreñido a la devolición de um préstamo, se denomina capacidade de obrar*[125].

Compreendido ser a capacidade de exercício a possibilidade de praticar pessoalmente os atos da vida civil no sentido de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas, chega-se a conclusão que, embora a capacidade de direito prescinda da capacidade de exercício, o inverso não se sustenta; já que, mesmo dotadas dos atributos da personalidade, determinadas pessoas podem não gozar da condição de exercício pessoal dos direitos civis.

---

[119] ERBELE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito, p.47.
[120] MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética, p.312.
[121] DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil, p.136.
[122] ERBELE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito, p.137.
[123] ERBELE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito, p.137.
[124] PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil, p.193.
[125] BUJÁN, Antonio Fernández de. Capacidad.Discapacidad.Incapacitación. Modificación judicial de la capacidade. Revista de Derecho Uned. N.9. 2011. Disponível em:< http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11069>. Acesso em 01 dez 2016.

Assim, pode-se pensar que, se por um lado a capacidade jurídica denota os direitos e deveres que a ordem normativa, de forma automática, a obedecer ao curso natural de formação da vida civil, transpõe àqueles entes dotados de personificação[126]; por outro lado, a capacidade de exercício pode não seguir o mesmo ciclo de modo tão fluído a depender das mais variadas situações que permanente ou temporalmente possam impactar na realização autônoma destes atos. Conforme Paulo Dourado de Gusmão: "A idade, a cidadania, a saúde e a delinquência podem influir sobre a capacidade jurídica e sobre a capacidade de exercício de direitos"[127].

Inevitavelmente a capacidade de exercício por ser variável entre as pessoas sofrerá gradação distinguindo-se as pessoas em um primeiro momento em capazes[128] ou incapazes. A diferença primordial dentre os mesmos está no fato de que a incapacidade se considerará sobre aqueles que reconhecidamente não atendam ao contexto normativo dos requisitos primordiais para exercício pessoal de suas próprias benesses e atribuições. Subsequentemente, intitular-se-ão aqueles reconhecidos por incapazes, serão assim considerados de forma absoluta ou relativa.

Adentrando-se às ordenações jurídicas modernas, mais precisamente no âmbito brasileiro, tem-se que a primeira normativa a consubstanciar o dito preceito acerca da capacidade dos sujeitos de direito foi as Ordenações Filipinas, promulgadas no ano de 1603. Nessas reconhecia-se por incapazes os dementes e os loucos; os primeiros, considerados como aqueles desprovidos totalmente de inteligência para manifestar-se e; como loucos, aqueles que fossem acometidos por razões que tolhessem completamente seu juízo levando a prática de ações desordenadas[129].

Transcorridos mais de três séculos de ininterrupta vigência das Ordenações Filipinas, o Brasil atendeu aos preceitos do artigo 179, nº XVIII, da Constituição de 1824, para que "organizasse, quanto antes, um Código fundado nas sólidas bases da

---

[126] Nesse sentido, diz Francisco Amaral: "E, enquanto a personalidade é valor ético que emana do próprio indivíduo, a capacidade é atribuída pelo ordenamento jurídico, como realização desse valor". AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 2014, p.272.

[127] GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito, p.264-265.

[128] Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, a pessoa plenamente capaz pode ser definida como aquela que "actua pessoalmente, isto é, que não carece de ser substituída, na prática dos actos que põem em movimento a sua esfera jurídica, por um representante legal (designado na lei ou em conformidade com ela) e actua autonomamente, isto é, não carece do consentimento, anterior ou posterior ao acto, de outra pessoa (assistente)". PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil, p.193.

[129] SÁ, Maria de Fátima Freire de., MOUREIRA, Diogo Luna. A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado, p.96.

Justiça e Equidade", o qual veio entrar em vigor em 1º de janeiro de 1917, após trabalho iniciado por Augusto Teixeira de Freitas[130].

Conforme Orlando Gomes, o referido Código Civil que surgiu com o espírito de "... dar ao país um sistema de normas de Direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção[131]", revelou consequencialmente seu "... descompasso entre o Direito escrito e a realidade social...[132]" ao colocar-se "em conjunto, acima da realidade brasileira, incorporando ideias e aspirações da camada mais ilustrada da população"[133].

Deste modo, também se constata que o surgimento do primeiro Código Civil brasileiro, consubstanciado na concepção tradicional, própria do "individualismo do século XIX, que exaltava a pessoa apenas do ponto de vista formal ou técnico-jurídico"[134], responsabilizou-se pelo desenvolvimento do regime de incapacidades eivado da mesma viciosidade que impunha o conceito formal distanciado da realidade ontológica do ser.

Para isso, o Código Civil de 1916 a partir da mensuração sobre a maior ou menor possibilidade de desempenho da capacidade de exercício para os atos da vida civil, inseriu na condição de absolutamente incapazes, isto quer dizer, identificou como desprovidos de total capacidade de agir aqueles cuja própria manifestação de vontade seria irrelevante sob o ponto de vista jurídico[135], os constantes em seu artigo 5º:

> Art. 5º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
> I – os menores de 16 (dezesseis) anos;
> II- os loucos de todo gênero;
> III – os surdos-mudos, que não puderem exprimir sua vontade;
> IV – os ausentes declarados tais por ato do juiz. [136]

---

[130] GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.7.
[131] GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro, p.30-31.
[132] GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro, p.45.
[133] GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro, p.45.
[134] AMARAL, Francisco. Direito Civil Introdução, 2008, p. 272. Em complementação Luciano Albuquerque também discorre que: "O Código Civil de 1916 já surgiu bastante defasado, na medida em que se baseava em idéias e princípios do século anterior, cuidando de uma sociedade agrária da época do Império. Era ele fruto de doutrinas individualistas e voluntaristas que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro no final do século XIX e início do século XX". [134] ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. A capacidade civil da pessoa física no direito civil, p.86.
[135] FARIAS. Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: Teoria Geral. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.254.
[136]

Excluídos da regra geral, que pressuponha abstratamente a capacidade plena para os indivíduos, todos aqueles que integrassem o rol supramencionado incidiriam na necessidade de ter uma terceira pessoa (denominada como representante legal) para praticar os atos da vida civil em nome do incapaz[137]. Face à vedação do exercício direto das situações jurídicas por seu titular, qualquer ato praticado sem a devida representatividade restariam eivados de nulidade absoluta.

De outro lado, aqueles que demandassem uma menor necessidade de proteção jurídica poderiam ter sua vontade validada desde que, também fossem contemplados com a presença de uma terceira pessoa (denominada como assistente) para prática dos atos da vida civil de modo conjunto com o incapaz. O descumprimento de referida condição assistencial resultaria na anulabilidade dos atos praticados pelos seguintes indivíduos correlacionados no artigo 6º:

> Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art.147,I), ou à maneira de os exercer:
> I- Os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 21 (vinte e um) anos (art. 154 a 156);
> II- Os pródigos;
> III- Os silvícolas.
> Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país. [138]

Referido sistema da incapacidade circunscrevia-se ao caráter extremamente patrimonialista eivado neste Código que primava pela relevante condição de ser sujeito de relação jurídica com a condicionante de possuir bens e expressar sua vontade. "Assim, o instituto da capacidade de exercício bem serviria ao fim de participar de um sistema maior protetivo de incapazes, pois a proteção ocorria quando havia relevância, ou seja, quando a pessoa tinha algum patrimônio"[139].

Neste preceito positivista de subsunção do fato à norma, verifica-se que a condição de ser absoluta ou relativamente incapaz, amoldara-se exclusivamente ao "encaixe de situações fáticas a categorias herméticas pré-fixadas em lei"[140]. Em razão da consideração da incapacidade pelo estado de saúde, mais especificadamente, no que

---

[137] FARIAS. Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. Direito Civil: Teoria Geral, p.255.
[138] BRASIL. Código Civil. Lei n.ª 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 10 fev. 2017.
[139] ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. A capacidade civil da pessoa física no direito civil, p.89.
[140] RODRIGUES, Renata de Lima. Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito. p.58.

se refere às pessoas com deficiência metal, ser o objeto primordial deste estudo, dar-se-á destaque ao inciso II, do artigo 6º, que trata dos "loucos de todo o gênero".

Conforme Nelson Rosenvald "esta gradativa classificação se mostra capaz de em três níveis – do céu ao inferno, passando pelo purgatório da incapacidade relativa -, excluir do projeto da cidadania aqueles tidos como "loucos", tal como em Roma se fez com os leprosos ..."[141]. A partir da ponderação de que no século XIX a medicina ainda não se mostrava hábil para enumerar as hipóteses dos transtornos mentais[142]; constata-se que o ordenamento civilista passou a prever uma vala comum nomeada como "loucos de todo o gênero" e cuja expressa imprecisão permitiria o amplo enquadramento de qualquer indivíduo ao rol dos absolutamente incapazes. De todo modo, Julio Alberto Díaz, comenta que o objetivo residente a essa expressão resumia-se em estabelecer uma "fórmula suficientemente ampla como para alcançar todas as perturbações mentais, de gravidade tal, que impossibilitassem autoproteção da pessoa ou prejudicassem sua idoneidade para administrar bens"[143].

Embora San Tiago Dantas tenha defendido que a mencionada expressão "loucos de todo o gênero" atingira seu objetivo em ser compreendida pela população[144]; se perfaz a crítica que "essa forte expressão não permitia nem apreender certas formas de transição entre a capacidade e a incapacidade, nem certos estados transitórios de inconsciência ou de alienação regular, e nem mesmo certas formas de psicopatia ..."[145]. Ou seja, a abstratividade emanada ao mesmo tempo em que, poderia tolher indevidamente a prerrogativa de um indivíduo gerir-se autonomamente, de outro lado, também poderia deixar de resguardar situação de outrem que mesmo necessitando não se enquadrasse à hipótese.

Como instituto de proteção ao patrimônio e não ao próprio indivíduo incapaz (por questões patológicas ou de qualquer outra ordem), institui-se o clássico regime das incapacidades no ordenamento brasileiro inspirado na "aproximação da autonomia da

---

[141] ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: NETTO, Felipe Peixoto Braga., SILVA, Michael Cesar. (Orgs.). Direito Privado e Contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI. Editora: D'Plácido. p.6. Livro Digital.
[142] ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades, p.7.
[143] DÍAZ, Julio Alberto. Para uma nova hermenêutica dos intervalos lúcidos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.108.
[144] DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil. 2001. p.140. Complementa ao dizer: "A lei não foi feita para escritores, foi feita para que o povo entenda e para que o juiz saiba o que quis dizer o legislador".
[145] MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética, p.318.

vontade à lógica do mercado" [146]. Por esta, o não enquadramento de qualquer sujeito aos padrões legais que pudessem conferir-lhe a condição de comprador, testador, vendedor, etc., em prol da boa gerência de seus interesses patrimoniais seria o bastante para reconhecimento de sua incapacidade em caráter protetivo ao seu patrimônio [147].

A identificação social que se obtêm partindo da codificação em comento, resume-se ao reflexo de uma "sociedade intolerante com as fraquezas pessoais" [148]. Jussara Meirelles discorre que, sempre que houvesse:

> ...sentimentos, emoções, transtornos afetivos, alterações de comportamentos que demonstrassem a vida diversificada pulsante em cada indivíduo, mas que não se adequassem ao modelo típico do pressuposto agente somado ao requisito capaz, deveriam tomar rumo diverso, via interdição, para que a subjetividade categorizada fosse mantida. [149] (com grifos no original).

Com a chegada do Código Civil de 2002, "em parte, essa deficiência técnica, modificando a linguagem relativamente ao constante no Código de 1916", foi concretizada. Modificou-se, de forma inicial[150], o rol taxativamente preceituado sobre os absolutamente incapazes, passando a prever o artigo 3º:

> Art.3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
> I- Os menores de 16 (dezesseis) anos;
> II- Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
> III- Os que, ainda por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.[151]

Do mesmo modo, acerca dos relativamente incapazes previu o artigo 4º:

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

---

[146] ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades, p.7.
[147] MEIRELLES, Jussara. O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades. p. 602.
[148] MEIRELLES, Jussara. O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades. p. 603.
[149] MEIRELLES, Jussara. O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades. p. 603.
[150] A expressão de "forma inicial" justifica-se em razão de que será visto mais adiante no presente trabalho a respectiva derrogação dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 a partir da Lei 13.146/2015.
[151] BRASIL. Código Civil. Lei n.ª 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

> Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.[152]

Altera-se o diploma civilista e a expressão "loucos de todo gênero" é desconsiderada para migrar para o que Jussara Meirelles denomina como "cláusula genérica da falta de discernimento"[153]. Deixando de lado a questão sobre a incapacidade etária, o novel dispositivo passa a preceituar "os que, por enfermidade ou deficiência metal, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos" e, acrescenta aos relativamente incapazes a hipótese daqueles que "tenham o discernimento reduzido" e dos excepcionais, "sem desenvolvimento mental completo". Constata-se, então, que a noção de discernimento aplicável torna-se permissiva para, segundo Judith Martins-Costa, albergar formas intermediárias de capacidades como a *"capacidade para consentir"* [154] cuja incidência se debruçará aos atos concernentes à esfera existencial da pessoa.

Apartada da ideia sobre a capacidade jurídica como condição atrelada primordialmente ao desempenho do direito patrimonial, esta categoria especial de capacidade está vinculada à área do exercício dos bens personalíssimos, compreendendo assim, não em objetos materiais ou imateriais, mas no próprio ser humano. Judith Martins-Costa ressalta que a certos fatos a capacidade negocial (voltada para avaliações econômicas ou patrimoniais) não tem condições de construir respostas. São às necessidades intrínsecas da existência humana, que se atrelam a própria vida e saúde que a capacidade de consentir se dirige[155].

Reconhece-se a pessoa incapaz de consentir quando não puder compreender sobre o valor ou grau dos bens atingidos, sobre o fato que se está a decidir, ou sobre as consequências e riscos existentes de sua decisão[156]. Estas são situações excepcionais a serem analisadas no caso concreto em consonância com as aptidões do declarante e de

---

[152] BRASIL. Código Civil. Lei n.ª 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

[153] MEIRELLES, Jussara. O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades. p. 603.

[154] Referida capacidade advém do próprio direito médico cuja preponderância do principio do consentimento esclarecido se faz mister para todos os atos intervencionais ou dispositivos do próprio corpo. MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética, p. 324.

[155] MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética, p. 321

[156] NANNI, Giovanni Ettore. A capacidade para consentir: uma nova espécie de capacidade negocial. Instituto dos Advogados de São Paulo: set. out. 2011. Informativo n. 96. Disponível em: < http://direitoprivado.org.br/wp-content/uploads/2013/03/Letrado96-Artigo-Giovanni-Ettore-Nanni.pdf>. Acesso em: 21 set. 2015. p. 29.

sua condição de saúde. Isto significa que não pode a pessoa com deficiência ser prematuramente e previamente qualificada como incapaz de consentir.

Entretanto, a crítica prelecionada sobre o atual Código Civil por Nelson Rosenvald consiste que: "Nosso estatuto da cidadania não alterou o panorama técnico e essencialmente excludente da teoria das incapacidades. No máximo percebemos sutis mudanças no vocabulário normativo"[157]. De fato, perpetuou-se a previsão técnica de inserção do indivíduo a rol abstratamente instituído mediante a constatação formal de seu enquadramento aos quesitos da incapacidade absoluta ou relativa.

Reconhece Simone Erbele, que as "categorias estanques"[158] em relação aos incapazes que estiveram consubstanciadas no Código Civil de 1916, perduraram também no Código de 2002 em semelhante "espectro variável, cujas extremidades são representadas pelos que nada podem, de um lado, e pelos que tudo podem, de outro"[159] até que se possa falar na "categoria intermediária em que figuram aqueles que podem algo"[160].

Porém, não há como negar que a permanência no reconhecimento da incapacidade sobre "patamares *legais"*[161] responsabilizou-se em trazer consigo a previsibilidade necessária para impulsionar a segurança do ambiente negocial por meio da garantia conferida à realização de negociações válidas que, de antemão, já permitiam identificar aquele sujeito como agente capaz ou incapaz de exercer os atos de sua vida civil[162].

Entretanto, referida intitulação firmou-se "sobre dados meramente presumidos"[163] os quais, atenderão às hipóteses previamente elencadas que poderão resultar na imprevisibilidade de determinadas situações fáticas ou, em uma severidade desmedida na aplicação dos preceitos legais para outros casos concretos.

O olhar crítico que aqui se busca formar - referente à teoria das incapacidades- fundamenta Stefano Rodotà sobre as mazelas que a modernidade responsabilizou-se em ocultar na percepção da pessoa pela sobreposição do sujeito de direito. Eis que "sacrificando-se o concreto da vida – que é a vida do homem na sociedade e da

[157] ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades, p.7.
[158] ERBELE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito, p.153.
[159] ERBELE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito, p.153.
[160] ERBELE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito, p.153.
[161] ERBELE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito, p.145.
[162] ERBELE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito, p.145.
[163] ERBELE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito, p.146.

sociedade no homem – em nome de um esquematismo rígido que se pretende substituir à realidade, imolada por uma pretensa exigência de uma 'análise científica'"[164].

Trata-se, da "grande falácia"[165] a que se refere Maria de Fátima Freire de Sá, que o sistema positivista criou em nome da segurança jurídica, pretendendo aprisionar os incontáveis e imprevisíveis fenômenos jurídicos gerados ao longo da vida civil:

> ... a grande falácia do sistema positivista em pretender aprisionar o fenômeno jurídico em categorias herméticas, na eterna busca de segurança jurídica, acaba mesmo por gerar instabilidade e segurança. Na medida em que o sistema cria um rol paralelo de entes que foram abstratamente excluídos de participar do fenômeno jurídico, sem que isso seja necessariamente verdade.[166]

Não se torna razoável conceber que um padrão normativo criado de forma apriorística, fechado e inflexível possa ser amoldado categoricamente às justas medidas que cada situação fática possa reclamar. Seguindo Renata de Lima Rodrigues, a abstração do regime das incapacidades impõe empecilhos à possibilidade argumentativa que atenda a avaliação das particularidades reais e pessoais de cada indivíduo[167].

E nisto, desdobram-se outros questionamentos em torno de ausências específicas no ordenamento brasileiro sobre a situação do incapaz. A primeira problematização que pode ser pontuada atina-se para os casos dos denominados intervalos lúcidos. Há que se recordar inclusive de sua presença na literatura espanhola: como não relembrar Miguel de Cervantes y Saavedra e seu personagem denominado *Don Quixote de La Mancha*, que rendeu o grande expoente da literatura espanhola publicado em duas partes em Madrid nos anos 1605 e 1615. Nesta obra o personagem Alonso Quijano, retratando um fidalgo perto dos cinquenta anos, assume para si a identidade de um cavaleiro andante nominado Dom Quixote que na razão de reestabelecer a paz e a justiça, "passou a ver o mundo real sob a ótica da ficção" [168] obrigando-o a lutar pelos indefesos. Muito embora,

---

[164] RODOTÀ, Stefano. Dal soggetto ala persona. Editoriale Scientifica, 2007. p. 10. Tradução livre de: "... sacrificando il concreto dela vita – che è vita dell'uomo nella società nell'uomo – in nome di uno schematismo rígido che si è preteso sostituire alla realtà, immolata alle esigenze di uma pretensa 'analisi scientifica'".

[165] SÁ, Maria de Fátima Freire. Prefácio ao livro de CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. xxii.

[166] SÁ, Maria de Fátima Freire. Prefácio ao livro de CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade, p. xxii.

[167] RODRIGUES, Renata de Lima. Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito. p.60.

[168] BRITO, L., GOMES, N.G.B., Heróis problemáticos: cavaleiros sem identidade. Revista Encontros de Vista: Publicação do curso de letras da UFRPE. n.12, jul/dez 2013. Disponível em:< http://www.encontrosdevista.com.br/Artigos/artigo_2_12.pdf>. Acesso em 08 dez 2016. p.3.

"apesar dos disparates, ao longo da narrativa sua inteligência, bondade e prudência se demonstraram intactas" [169] que o levavam a raciocínios discernidos justificando um de seus hospedeiros chegar a seguinte resposta sobre "o que tirara a limpo do engenho do seu hóspede. – É um louco cheio de intervalos lúcidos – respondeu D. Lourenço" [170]. A leitura demonstra a imprecisão em saber ao certo qual a condição deste personagem que embora possa ser reconhecido fora de seu juízo pela fantasiosa criação firmada, também condiz em situações perfeitamente racionais que o levavam a um condizente agir[171]. Logo, oportuno é o questionamento acerca da "efetiva existência de uma fronteira entre a razão e a loucura" [172].

No âmbito dos intervalos lúcidos, Julio Alberto Díaz apresenta sua natureza jurídica para conceituá-lo como o interregno temporal que "consiste na suspensão absoluta, mas temporária, das manifestações do desequilíbrio psíquico" [173], assim, tratar-se-ia de um período intervalado cujo indivíduo recomporia sua plena "superfície do discernimento"[174] ainda que pudesse, posteriormente, reincidir em sua ausência por novo processo psicopático.

Na definição de Santos Cifuentes:

> *Estos intervalos lúcidos son parêntesis más o menos prolongados de mejoria. Las enfermidades mentales em muchos casos presentam esa situación, que en psiquiatria se considera curacíon completa, aunque sea transitória. Para el derecho se está frente a um intervalo lúcido, que viene a ser uma interrupción del delírio o de la enfermedad, com la certeza de que el paciente volverá a recaer en sus anomalias, pues no está definitivamente curado*[175].

Entretanto, o psiquiatra forense Guido Arturo Palomba demonstra como o campo do intervalo lúcido é extremamente meticuloso. Primeiramente pondera-se que sua ocorrência pressupõe a junção imprescindível de dois elementos: a remissão

---

[169] BRITO, L., GOMES, N.G.B., Heróis problemáticos: cavaleiros sem identidade. p.3.
[170] SAAVEDRA, Miguel de Cervantes. D. Quixote. v.II. Disponível em:< http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000014.pdf>. Acesso em 08 dez 2016. p. 81.
[171] Em complementação vale transcrever o diálogo realizado entre os personagens D. Lourenço e seu pai D. Diogo: "— Quem é este cavaleiro, senhor, que Vossa Mercê nos trouxe a casa, que o nome, a figura, e o dizer que é cavaleiro andante, nos tem suspensos a minha mãe e a mim? — Não sei como te responda, filho — redarguiu D. Diogo; — o que te sei dizer é que o vi fazer grandes coisas de grande doido, e dizer coisas tão discretas que apagam e destroem os seus atos; fala-lhe tu e toma o pulso ao que sabe, e, já que és discreto, avalia a sua discrição ou a sua loucura, que eu, a dizer a verdade, mais o tenho na conta de doido que de ajuizado". SAAVEDRA, Miguel de Cervantes. D. Quixote. p. 80.
[172] FARIAS. Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, p.265.
[173] DÍAZ, Julio Alberto. Para uma nova hermenêutica dos intervalos lúcidos, p.112.
[174] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. p.279.
[175] CIFUENTES, Santos. Elementos de derecho civil: Parte general. 4.ed. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1995, p.191.

completa da psicopatologia (retorno a sanidade plena) atrelada a um longo decurso de tempo. 'Brevidade' é condição que desqualifica a existência de restabelecimento do discernimento, e por isso, dos intervalos lúcidos:

> Se por ventura o período entre uma intercorrência patológica e outra for curto, deve-se, com toda segurança, opinar pela inexistência de lúcido intervalo, mesmo que o acto em questão possa parecer de bom siso, uma vez que a desordem mental necessita de um certo tempo para ser digerida e assimilada até à final e completa recomposição das funções psíquicas. Desordens mentais seguidas levam o sofredor a apresentar, entre crise e crise, estado patológico basal permanente[176].

Ademais, pelos intervalos só serem comprovados a depender de "provas cabais da remissão completa da insânia" [177], Guido Arturo Palomba pontua sua configuração às situações como "síndromes de perturbação da saúde mental, nos neuróticos e nos toxicodependentes e alcoólicos moderados"[178] o que, deste modo, afasta, a admissibilidade para os casos cuja psicopatologia seja "proveniente de mal inato ou adquirido precocemente"[179] ou, para hipóteses em que a "lucidez coexista com a doença"[180]. Entretanto, pelas variações psicopatológicas serem individuais, não há respostas prontas que possam validar as ocorrências intervalares e por isso, "é justo e necessário que se examine e adapte à Justiça cada caso em separado"[181].

De fato, tratando-se da incapacidade proveniente de sanidade metal Francesco Carnelutti já reconhecera tratar-se do problema técnico de maior delicadeza cuja "solução melhor seria indagá-la caso por caso"[182], isto porque: "(..) difícil é estabelecer o limite entre lucidez e loucura, pode dizer-se que ninguém é totalmente louco nem totalmente equilibrado, compreende-se que nesta matéria sejam sempre perigosas as apreciações *a priori, ...*" [183].

Entretanto, em que pese os melindres que respectiva situação possa apresentar, o seu acometimento não está afastado e bem por isso, não pode ser ignorado. Ademais, não cabe ser desconsiderado que o constante e favorecedor desenvolvimento da área

---

[176] PALOMBA, Guido Arturo, Intervalos Lúcidos. v.2. nº2. mar/abr 2000. Disponível em:< http://www.saude-mental.net/pdf/vol2_rev2_artigo2.pdf>. Acesso em 08 dez 2016. p.38.
[177] PALOMBA, Guido Arturo. Intervalos Lúcidos, p.37.
[178] PALOMBA, Guido Arturo. Intervalos Lúcidos, p.38.
[179] PALOMBA, Guido Arturo. Intervalos Lúcidos, p.38.
[180] DÍAZ, Julio Alberto. Para uma nova hermenêutica dos intervalos lúcidos, p.112.
[181] PALOMBA, Guido Arturo. Intervalos Lúcidos, p.38.
[182] CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito. São Paulo: Lejus, 1999. p.373.
[183] CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito, p.373.

médica possa produzir intervenções promovedoras de uma maior perduração dos períodos de sanidade.

No âmbito normativo, o fato de o Código Civil de 2002 ter seguido o mesmo entendimento da codificação de 1916, desconsiderando os intervalos lúcidos do amental, não é visto com bons olhos por doutrinadores como João Baptista Villela[184], Simone Erbele[185] e Renata de Lima Rodrigues[186].

Em que pese defensores[187] dessa abstração fundamentarem-na em prol da segurança negocial (que sempre restaria enfraquecida pela suscitação de dúvida em torno da condição de sanidade psíquica durante a prática de atos jurídicos pelo amental); os que lhe são contrários justificam que a "individualidade do ser humano não pode ser aniquilada em prol de estabilidade jurídica"[188].

A não previsibilidade da tutela normativa para estas hipóteses não apenas continua a transparecer que as raízes patrimoniais estão codificadas com absoluta firmeza, mas, também, afrontam a proteção da vontade expressada por alguém que a ordem legal não permitiu enxergar. Conforme Pietro Perlingieri, o dever que existe é aquele de "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"[189].

---

[184] João Baptista Villela ao referir-se ao projeto do Código Civil de 2002, especificamente sobre o artigo 3º, diz: "Aqui o Projeto passou por cima de toda a moderna problemática dos classicamente chamados "intervalos lúcidos. ... não há mais sentido estabelecermos uma incapacidade de caráter permanente e duradouro, quando a situação, em razão dos progressos médicos, mudou radicalmente". VILLELA, João Baptista. Capacidade Civil e Capacidade Empresarial: Poderes de exercício no Projeto do Novo Código Civil. In: Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro. Brasília, Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários, série Cadernos do CEJ, v.20, 2002. Disponível em:< http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf>. Acesso em 10 dez. 2016.

[185] "Nem mesmo a segurança e a celeridade do mundo negocial podem contrapor-se a esse reclamo essencial da individualidade humana. A ordem jurídica que não garanta o instrumental necessário ao pleno desenvolvimento humano torna-se rota por sua própria incoerência". ERBELE, Simone. A capacidade entre o fato e o direito, p.152.

[186] RODRIGUES, Renata de Lima. Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito. p.60.

[187] Caio Mário da Silva Pereira ao tratar dos intervalos lúcidos discorre que: "A preocupação do legislador é estatuir a segurança social, e esta ficaria ameaçada se toda ação do indivíduo anormal se sujeitasse a uma verificação, a saber, se ocorreu quando estava mergulhado nas sombras da sua insanidade ou flutuava na superfície do discernimento. Funcionaria mal o sistema protetor se permitisse em cada caso a reabertura do debate, para recusar ou reconhecer validade ao ato, em atenção à maior ou menor intensidade da doença sobre o psiquismo do enfermo". PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, p.279.

[188] RODRIGUES, Renata de Lima. Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito. p.61.

[189] PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p.164.

A título de ilustração sobre o modo pelo qual a presente questão é abordada na seara do ordenamento brasileiro, oportuno se faz a exemplificação comparada sobre a *capacidade de testar* que vige entre o direito pátrio e o direito argentino. Como elemento condicionante da validade testamental, a capacidade testamentária ativa exigida no artigo nº 1.860 do Código Civil brasileiro é impossibilitada aos incapazes, absoluta[190] ou relativamente, e para os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Pelo entendimento vigente no país, sobre o qual não se reconhece os intervalos lúcidos pela incapacidade metal ser "considerada um estado permanente e contínuo" [191], o testamento oriundo de qualquer pessoa nesta hipótese será nulo, "não se aceitando a tentativa de demonstrar que, naquele momento, encontrava-se lúcido" [192].

Em sentido contrário, o *Código Civil y Comercial de la Nación*, base do ordenamento argentino (que entrou em vigência mediante a Lei n. 26.994/2014, em 01 de agosto de 2015, revogando o anterior Código de Velez ou Código Civil de la República Argentina), preceitua em seu artigo nº 2.467:

> *Nulidad del testamento y de disposiciones testamentarias Es nulo el testamento o, en su caso, la disposición testamentaria: ... d) por haber sido otorgado por persona judicialmente declarada incapaz. Sin embargo, ésta puede otorgar testamento en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces; ...*[193]

A alusão aos intervalos lúcidos apresentados na codificação colacionada traduz a garantia pela qual, os atos outorgados pelo incapaz durante o intervalo gozam de plena eficácia em respeito ao caráter essencialmente personalíssimo inerente ao respectivo ato de disposição de última vontade. Logo, a diferença pontual existente entre ambos os dispositivos em comento, reflete a possibilidade de a normativa carregar consigo a condição de "instrumento de inferiorização de sujeitos naturais"[194] sempre que os desconsiderar "como sujeitos de direitos autônomos"[195].

---

[190] Com exceção aos menores púberes (entre dezesseis e dezoito anos), vide parágrafo único do Artigo nº 1860: "Podem testar os maiores de dezesseis anos". BRASIL. Código Civil. Lei n.ª 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

[191] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Parte Geral, p.113.

[192] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Parte Geral, p.113.

[193] ARGENTINA. Codigo Civil y Comercial de La Nacion. Ley 26.994. Disponível em:< http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#47>. Acesso em 03 mar.2017.

[194] RODRIGUES, Renata de Lima. Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito, p.62.

[195] RODRIGUES, Renata de Lima. Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito, p.62.

A presente questão também dá azo ao reconhecimento em torno de outra hipótese que, novamente, vem demonstrar a necessidade de "recusar preconceitos jurídicos nos quais pretender armazenar a variedade do fenômeno do déficit psíquico"[196] trata-se da: *incapacidade natural*[197] a qual, em um conceito inicial direciona-se àquele que, mesmo capaz aos olhos da lei, deva ser considerando incapaz em determinada situação fática demonstrativa da ausência de suas faculdades discernentes.

Considerando o tímido reconhecimento no âmbito doutrinário brasileiro, Jussara Meirelles conceitua a incapacidade natural:

> ... na incapacidade de entender e de querer, que não está judicialmente declarada. Diz-se, pois, que a capacidade natural pode faltar sem haver incapacidade legal, por não estar o incapaz interditado. Em outras palavras, a incapacidade, nesses casos, é verticalizada em relação a um determinado ato, para o qual a pessoa não apresentava condições mentais de manifestar livremente a sua vontade. Esta incapacidade existe apenas durante os momentos em que é possível verificar suas causas. Para além disso, em quaisquer outras situações, a pessoa é considerada perfeitamente capaz.[198] (sem grifo no original)

A impossibilidade de discernimento, conforme pondera Pietro Perlingieri, não se configura sempre de modo absoluto, podendo apresentar-se especificamente em determinados setores ou esferas de interesses. Nisso reside à denominada *"incapacità naturale"*[199] cujo mencionado professor italiano a enquadra "em uma noção que não corresponde à efetiva inidoneidade psíquica para realizar determinados atos e não outros, para orientar-se em alguns setores e não em outros"[200].

A admissibilidade de hipóteses eivadas da incapacidade natural de seus agentes, não apenas favorece o abrandamento do rigorismo positivista como também concretiza a releitura do regime das incapacidades sob a nova ótica almejada "que preveja a possibilidade de uma série de regramentos diferenciados, construídos

---

[196] PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2002, p.163.
[197] Jussara Meirelles observa que a designação 'incapacidade natural' também é reconhecida pela lei italiana e alemã ao passo que, o Código Civil Português a denomina como 'incapacidade acidental'. MEIRELLES, Jussara. O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades, p.612-613.
[198] MEIRELLES, Jussara. O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades, p.613.
[199] PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2002. p.163.
[200] PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2002. p.163.

argumentativamente no caso concreto, com base na graduação do discernimento real"[201].

Muito embora deva reconhecer que não se trata de uma situação incapacitaria facilmente comprovável, justificando inclusive, a exigibilidade do "binômio grave prejuízo/má-fé do outro contratante" [202] para anulação de qualquer ato praticado nesta condição; é digno, de aplausos o reconhecimento desta forma de incapacidade que, no atual e contributivo "meio social em que se vive nos dias atuais" [203], não pode ser ignorada.

Com a crítica de Luiz Edson Fachin, o "corte epistemológico" [204] que o Direito exerce sobre a realidade tem o condão de extrair os fatos pontualmente eleitos, resultando, invariavelmente, na exclusão de diversas outras situações em torno da vida humana por não as reconhecer em seu corpo normativo[205]. A compreensão do caráter científico e neutro que se sobrepôs vertiginosamente ao âmago da esfera do Direito, mediante o qual "os conceitos buscavam aprisionar os fatos da vida até que as águas desses diques represados acabavam rompendo as comportas para que os fatos se impusessem"[206], mostraram a necessidade de superação da denominada "biografia do sujeito jurídico"[207] isto quer dizer; a superação da percepção *in abstrato* do sujeito para, o "sujeito *in concreto*, o homem comum da vida"[208].

Assim, retomando as lições de Michel Villey, ao dizer que a concepção civilista é criação do espírito moderno[209], entretanto, que os operadores do direito possuem o desafio de atenuar a defasagem entre as construções teóricas e o que é vivenciado, há de se desenvolver um novo raciocínio sobre o assunto incapacidade que obrigue um olhar

---

[201] RODRIGUES, Renata de Lima. Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito, p.67.
[202] MEIRELLES, Jussara. O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades, p.615.
[203] MEIRELLES, Jussara. O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades, p.615. Complementa com: "De se recordar, uma vez mais, se não é o próprio meio social em que se vive nos dias atuais, tão rápido, estimulante exigente, inseguro, precoce, abusivo, impaciente, violento, versátil e ambicioso, que pode desencadear um agir impensado, até mesmo para corresponder ao que a sociedade espera, ou uma manifestação de vontade distante do que realmente quis."
[204] FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 37.
[205] FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro, p. 37.
[206] FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro, p.59
[207] FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro, p.59
[208] FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro, p.59
[209] VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno, p.173.

atento às singularidades de cada pessoa. Ser sujeito de direito não pode corresponder a ser "eventualmente" sujeito de direitos[210].

Ao tratar de Pessoa e Igualdade nas Codificações modernas, torna-se insustentável a ficção jurídica que considera a igualdade entre as pessoas a partir da verificação eminentemente formal sobre o sentido da lei. Impõe-se o avanço de compreensões no reconhecimento primordial que detrás do cenário jurídico dos diplomas legais, existem pessoas de corpo, mente e alma cujos interesses ligam-se as suas relações patrimoniais e extrapatrimoniais consigo próprio e com os demais. [211]

1.3 Crítica ao Regime das Incapacidades: entre a tutela de interesses patrimoniais e dos interesses existenciais

A superação da referida dogmática abstrativista das codificações modernas (outrora reconhecidas como 'constituições do direito privado' e que traziam em seu bojo a fundamentação do indivíduo consubstanciada ao seu patrimônio), começou gradativamente a perder supremacia por diferentes fatores que marcavam o processo de mudança social.

A realidade para a qual a codificação havia sido concebida divergia daquela que estava sendo aplicada. Seus preceitos centrais, que já se encontravam enferrujados pelo positivismo formador, aplicavam-se a uma sociedade totalmente diversificada, que não correspondia ao seu contexto, e que desejava suprir a insuficiência normativa e dos seus institutos, com a edição de normas disciplinadoras de "certas categorias de relação"[212].

Conforme Gustavo Tepedino, "o indivíduo, elemento subjetivo basilar e neutro do Direito Civil codificado" [213], passava a clamar pela necessidade da ordem jurídica voltar-se como um todo para tutelá-lo como ser humano. A necessidade de repensar o Direito Civil surge emanada destes questionamentos pontuais, dentre eles: o ponto central do Direito Civil permaneceria atribuído ao patrimônio ou ao ser humano? Para

---

[210] FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro, p.35.
[211] MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética, p. 314
[212] AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa, v.31, n.121, p.233-243. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176154>. Acesso em 18 set 2016. p.240.
[213] TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. TEPEDINO, Gustavo., TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado., ALMEIDA, Vitor. (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.17.

quê serve o regime das incapacidades? Quem ou 'o quê' se busca proteger por meio das medidas restritivas impostas à capacidade de agir daqueles reconhecidos como incapazes?

A própria construção do regime das incapacidades, insculpida "sob a égide do individualismo e do patrimonialismo, cujo propósito, inegável, era a proteção do patrimônio do incapaz" [214], carregava consigo a necessidade de ser reestruturada. Na toada protecionista sobre o regime das incapacidades, Ana Carolina Brochado Teixeira adverte que a sua "finalidade precípua" [215] não refletia qualquer outro contexto senão, o próprio espírito extremante patrimonialista da época liberal que buscava iminentemente resguardar o incapaz "no trânsito jurídico patrimonial, para proteção nos negócios praticados" [216]. [217]

> A incapacidade de agir está circunscrita ao elemento patrimonial, concepção esta que é fruto de uma tradição em que advertem os influxos de uma elaboração científica de séculos que não aproxima a capacidade de agir dos direitos do homem, mas sim, da realização de negócios e para tutela da relação contratual.[218]

A definição apresentada por Emílio Betti, também contribui para exteriorizar o respectivo caráter negocial albergado às incapacidades:

> O código determina os casos de incapacidade: e a doutrina vai deduzir da disciplina desses casos, a contrário, a noção de capacidade legal para agir, porque as hipóteses de incapacidade constituem os limites da capacidade. A incapacidade para agir pode ter carácter geral e absoluto ou particular e relativo: isto é, pode configurar uma inidoneidade para realizar negócios jurídicos de qualquer espécie, ou uma inidoneidade para efectuar somente alguns negócios. [219]

E como reconhecer na atualidade que o regime jurídico das incapacidades, "concebido como sistema que busca proteger aqueles sujeitos que não têm

---

[214] SÁ, Maria de Fátima Freire de., MOUREIRA, Diogo Luna. A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado, p.131.
[215] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. In.: Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 33, p. 5-32, jan/mar 2008. p.10.
[216] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício, p.10.
[217] Nesse sentido também Silvio Rodrigues se manifesta ao dizer: O legislador, ao arrolar entre os incapazes referidas pessoas, procura protegê-las. Partindo de que ao menor falta a maturidade necessária para julgar de seu próprio interesse, ao amental falta o tirocínio para decidir o que lhe convém ou não, ao pródigo ou ao silvícola falta o senso preciso para defender seu patrimônio, o legislador inclui todos esses indivíduos na classe dos incapazes, a fim de submetê-los a um regime legal privilegiado, capaz de preservar seus interesses. RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Parte Geral, p.39-40.
[218] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício, p.11.
[219] BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora. 1969. p.18.

discernimento suficiente para formar e exprimir vontade válida" [220], conseguiria atingir qualquer fim precípuo ao ser humano quando, na realidade, sua empregabilidade voltava-se exclusivamente para os 'interesses' compostos apenas por "situações providas de conteúdo patrimonial"[221] e não para a 'pessoa' como "fim do direito e fundamento da personalidade jurídica"[222].

Por isso, levando-se em consideração que a posição majestosa (ou, minimamente desejada) pela codificação, na regulamentação das relações privadas, não era bastante em si mesma; qual seria a resposta aplicável a tantas outras situações do incapaz que não envolvesse o aspecto patrimonial?

Segundo Franscisco Amaral, surgiu a necessidade de deslocar-se a centralidade das codificações para dar espaço a dois aspectos imprescindíveis. São eles: "a *constitucionalização* dos princípios e institutos fundamentais do direito privado e a *fragmentação* da matéria privada em ramos distintos e autônomos, passando-se do monossistema das codificações do século XIX para o plurissistema típico da época contemporânea." [223]

Em atendimento ao objetivo pretendido neste subitem, cabe ser analisado o primeiro aspecto apontado por Francisco Amaral no que se refere ao fenômeno da constitucionalização. Mais a frente, precisamente no item 3.2, o assunto será revisitado para desenvolvimento do segundo aspecto que discorrerá sobre a fragmentação da matéria privada como forma possível de solução às questões abordadas.

A necessidade de se repensar os fundamentos do Direito Civil não se desdobram aleatoriamente. Acontecimentos mundiais, como os cenários do pós-guerras, vieram a marcar para os ordenamentos como um todo, sobre a urgência de se repensar os fundamentos do direito privado. Especialmente o mundo Pós- Segunda Guerra, já conhecedor das extremas barbáries praticadas, galgava por meio dos Tratados, Convenções e Declarações, a necessidade de proteção aos direitos humanos [224]. O Brasil, reconhecedor desta primazia, torna-se signatário de diversos tratados, especialmente, com o fim da ditadura militar e de modo primordial com a promulgação

---

[220] RODRIGUES, Renata de Lima. Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito, p.26.
[221] RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil, p.23.
[222] ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. A capacidade civil da pessoa física no direito civil, p.88.
[223] AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro, p.240.
[224] XAVIER, Lucas Bittencourt e. Uma análise crítica à constitucionalização do microssistema de proteção da criança e do adolescente. In: Legis Augustus, v. 2. n° 2, Rio de Janeiro, ago.2011. p.17-32. Disponível em:< apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/219>. Acesso em 30 jul. 2016, p.19-20.

da Constituição Democrática de 1988, que, justamente denominada como Constituição Cidadã, solidifica a 'dignidade da pessoa humana' como viga mestra para toda concepção legislativa e atuação jurídica.

Pietro Sanchís chama atenção para importância do que denomina por *"desbordamiento constitucional"*[225], o que significa a necessidade de haver a imersão da constituição dentro do ordenamento jurídico como norma suprema. Com o reconhecimento da crise eivada sob os dogmas da estatalidade de legalidade do direito positivista, a lei perde sua unicidade e consequentemente a Constituição:"*no sólo limita al legislador al estabelecer el modo de producir el Derecho y, a lo sumo, algunas barreras infranqueables, sino que lo limita también al predeterminar amplias esferas de regulación jurídica*".[226]

Logo, quando a soberania que os Estados primavam emanar pelas codificações cede espaço para a soberania da Constituição, cogita-se da constitucionalização do direito. À medida que os princípios básicos do direito desatrelam-se do Código para inserirem-se na supremacia constitucional, o fenômeno da constitucionalização transforma o direito privado, conforme denominado por Francisco Amaral: "num satélite do sistema constitucional".[227]

Com a constitucionalização altera-se a perspectiva teórica de compreensão do direito e, com isso, a insuficiência que pairava na mentalidade privatista calcada pelo rigorismo positivista começa a ser substituída pela formação de um Estado de Direito Material, chamado de Estado Constitucional, que, ao reconhecer a força normativa da Constituição vai inverter a lógica colocando-a na posição de centralidade. Não cabe mais ao direito, especialmente ao direito privado, conceber-se de modo independente no universo jurídico que o possibilite atuar sem a devida observação dos princípios e valores fundamentais centrados na Constituição.

Como "centro unificador do direito civil" [228], o olhar que passa a ser exigido para o Direito Civil deve ser aquele que, ao ver primeiramente a Constituição, enxergue o ser humano por completo de forma que ocorra o reconhecimento de sua condição de 'sujeito de direito' por simplesmente *ser.* Por esta razão, a leitura do regime das incapacidades precisava ser revista, pois, só faria "sentido se funcionalizado aos

[225] SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Madrid: Trotta. 2005. p.130-131.
[226] SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial, p.130-131.
[227] AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro, p. 240.
[228] SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado, p.288.

objetivos constitucionais"[229]. Condicionar a acepção de pessoa como visão decorrente de seu patrimônio seria divergir dos fins do direito destinados primordialmente à tutela do ser humano, isto posto, transmuta-se a compreensão da personalidade como conceito técnico para o conceito ético-valorativo, reconhecedor da pessoa humana concreta. Somente faria sentido ao direito "regular a personalidade se for com a finalidade de garantir a dignidade do ser humano"[230] em atendimento aos preceitos constitucionais.

Ultrapassar o individualismo proprietário da modernidade para percepção das pessoas 'em toda sua dimensão ontológica', é questão de desafio imposta aos civilistas da contemporaneidade exigindo-se uma constante atuação; já que, nas palavras de Paulo Ricardo Schier:

> O diálogo entre direito constitucional e infraconstitucional é e será sempre necessário. Contudo, é preciso fixar alguns pressupostos. E isto há de ser encarado com naturalidade. A construção histórica dos conceitos e dos institutos é, acima de tudo, uma construção, um processo, um dialogar constante. A Constituição, como se demonstrou, não "está aí", "dada", pronta, acabada. Ela se constrói, ela se legitima, ela se ressignifica diariamente[231].

Com isso, é possível concluir que a constitucionalização do Direito Civil não apenas retirou definitivamente do Código Civil sua função tradicional de centro unificador[232], como também modificou o papel do intérprete do direito. Se, anteriormente, caberia ao aplicador tão apenas descobrir a vontade da norma de modo totalmente neutro (como se as verdades estivessem pré-estabelecidas), com o Estado Constitucional isso muda. A partir de então, enxerga-se que a norma não está no texto da lei e sim, que ela será extraída diante do caso concreto mediante a inserção dos valores constitucionais. [233]

O aplicador do direito, como membro do sistema jurídico, responsabilizar-se-á por dar "voz" aos preceitos normativos, porém, seu caminho obrigatório de passagem deverá atingir o núcleo que contêm a forma e informa todo o direito ordinário: a Constituição. Nos dizeres de Gustavo Zagrebelsky: "Não se pode pensar na

---

[229] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício, p. 13;
[230] ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. A capacidade civil da pessoa física no direito civil, p.88.
[231] SCHIER. Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (ORG.). Direito constitucional brasileiro. Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.14.
[232] LOBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral. 2010, p.18
[233] Conforme Pietro Perlingieri: "O princípio da legalidade constitucional é um ponto fixo, um caminho obrigatório para o intérprete que pretenda reencontrar uma uniformidade de interpretação, utilizando as potencialidades implícitas no sistema jurídico, no respeito substancial do mesmo e com um renovado positivismo que, não se identificando na simples reverência aos códigos, constitua um possível ponto de confluência metodológica". PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.576.

Constituição como centro irradiador pelo qual deriva a soberania do Estado, mas como centro para onde se deve convergir. É dizer sobre um centro a ser alcançado do que daquele centro a partir."[234]

Nisso significa que a compreensão sistêmica do direito implica em um olhar universalizado sobre todos os seus elementos coordenados a partir de uma função unificadora[235]. Pela definição de Francisco Amaral: "um conjunto unitário e coerente de elementos harmonicamente conjugados, com relações de subordinação e coordenação entre si"[236] ou, por José Jairo Gomes: "a estrutura dinamicamente organizada a partir de um centro ou de um núcleo, composta de elementos que realizam funções específicas"[237].

Assim, cabe ressaltar que na identificação do "sistema", conforme Claus-Wilhem Canaris, há duas características que sempre deverão emergir: a da *ordenação* e da *unidade* [238]. Ordenação no sentido de "compatibilidade lógica de seus elementos" [239] e unidade no sentido de "referência um ponto central" [240].

Deste modo, duas reflexões se fazem oportunas. Primeiramente, falar em "elementos do direito" é dizer sobre os componentes abstratos responsáveis por sua formação, ou seja, assim como qualquer bem material só restará fisicamente completo após a junção de cada uma de suas partes; assim também o direito só poderá ser compreendido pela somatória de seu "repertório" ou "elementos" principiológicos, valorativos e normativos. Em segundo, será o "ponto central" ou referido "núcleo do sistema" que, ao emanar sobre quais preceitos e objetivos todos os elementos deverão estar pautados, exercerá sua força gravitacional mantendo todos ao seu redor. [241]

---

[234] ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Trotta: Madrid, 2007, p.14.

[235] Paulo Bonavides esclarece que a noção de sistema não representa nenhuma novidade. "Desde os períodos clássicos da antiguidade foi familiar ao pensamento científico e filosófico. Sistema é palavra grega; originariamente significa reunião, conjunto ou todo. Esse sentido se ampliou porém de tal modo que por sistema veio a entender-se, a seguir, o conjunto organizado de partes, relacionadas entre si e postas em mútua dependência". BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22.ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p.108.

[236] AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 2014. p. 41.

[237] GOMES, José Jairo. Direito Civil: Introdução a Parte Geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.19.

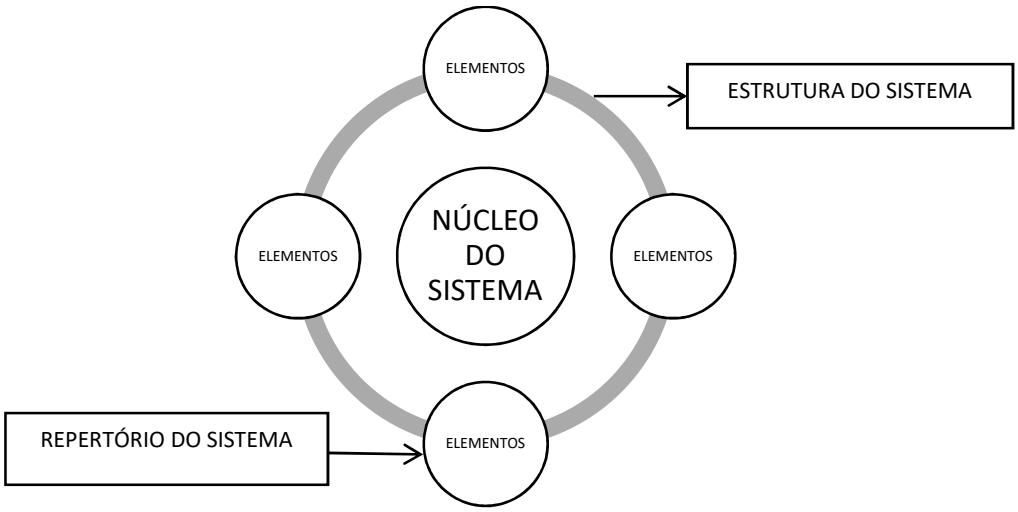
[238] Segundo Claus – Wilhem Canaris "No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas". CANARIS, Claus – Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 12.

[239] AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro, p.236.

[240] AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro, p.236.

[241] Marcos Antônio Striquer Soares, exemplifica ao dizer que "A língua que falamos pode ser estudada como sistema: ela possui um conjunto de elementos, as palavras, é o seu repertório, e possui regras de

Por isso, atualmente a concepção dominante identifica o "sistema como conjunto aberto e dinâmico que continuamente se enriquece e reconstitui"[242] a partir de um formato circular[243] e não mais de um modelo hierárquico e axiomático (ascendente ou descendente) consubstanciado em uma estrutura lógico-dedutiva. Nestes moldes caberia a ilustração:



Essas explicações aduzem para a prevalente conceituação do sistema tradicional em aberto e intrínseco (ou interno) [244]. Na qualidade de ser 'aberto' depreende-se que seus diversos elementos deverão estar em "permanente diálogo não só entre si como também com o ambiente exterior" [245]. Nos dizeres de Paulo Ricardo Schier:

> Tal abertura possibilita vislumbrar o Direito como um sistema dinâmico, em constante evolução e construção, em constante diálogo com a realidade

relacionamento dos elementos, as regras gramaticais, formando sua estrutura". SOARES, Marcos Antônio Striquer. Sistema Jurídico e Teoria Geral dos Sistemas. Revista Jurídica da Unifil. Ano I. nº1. Disponpivel em:< http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-17.pdf> Acesso em: 25 out 2016.

[242] AMARAL, Francisco. A Descodificação do Direito Civil Brasileiro. Disponível em:< http://www.ablj.org.br/revistas/revista13e14/revista13e14%20%20FRANCISCO%20AMARAL%20%E2%80%93%20A%20Descodifica%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito%20Civil%20Brasileiro.pdf>. Acesso em 03 mar. 2017. p.112.

[243] Verifica-se a crise da "teoria sistemática do direito de cunho estruturalista" consubstanciada por Hans Kelsen pelo qual "as normas jurídicas estariam organizadas na forma piramidal, numa unidade formal e hierarquizada, cuja condição de existência e validade se encontra na Norma Fundamental e cuja superioridade hierárquica é baseada na autoridade e não no conteúdo". MARRAFON, Marco Aurélio. Hermenêutica e Sistema Constitucional. 1.ed. Florianópolis: Habitus. 2008. p.63.

[244] Geailson Soares Pereira esclarece que: "Na Idade Média, os juristas imaginavam o Direito como um sistema extrínseco, fruto da construção intelectual do jurista. Essa forma foi, segundo Losano, idealizado por Christian Wolff no dealbar do séc. XVI, porque o sistema deste autor é externo, ou seja, apto a receber qualquer conteúdo". PEREIRA, Geailson Soares. O Direito como Sistema Autopoiético. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n.55, out/dez 2011. p.87.

[245] GOMES, José Jairo. Direito Civil: Introdução e Parte Geral, p.19.

> social, econômica e jurídica, capacitando a sua atualização mediante certa aprendizagem dos dados jurídicos com os históricos (e vice-versa) [246].

Na condição de ser 'intrínseco' aufere-se que a racionalidade inerente ao próprio Direito encontra-se "à espera de revelação" por seu interprete[247], ou seja, o ponto de partida do operador do direito decorre do próprio objeto interpretado e não de suas íntimas compreensões. [248]

Nesse sentido Humberto Ávila pondera ao risco que esta "nova hermenêutica"[249] não signifique permissão para que o operador do direito possa desconsiderar as soluções legislativas obtidas. A questão que passa a ser pontuada é que na interpretação destas regras legais, o aplicador deverá escolher "dentre os sentidos possíveis, aquele que melhor se encaixar nos ideais constitucionais"[250]. Trata-se, ainda, de adaptá-las às particularidades do caso individual "quer as ampliando, quer as restringindo, quando elas se revelarem muito restritas ou muito amplas relativamente à sua finalidade" [251].

Daniel Sarmento ressalva que "a interpretação jurídica não pode ser compreendida a partir da visão esquemática cartesiana" [252]. O ato de interpretar inevitavelmente refletirá o olhar daquele que a está realizando, porém, todos aqueles que participarem da hermenêutica constitucional (juízes, legisladores, administradores e

---

[246] SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1999. p.90.

[247] Contrário ao sistema intrínseco, Paulo Bonavides discorre acerca do sistema extrínseco (ou externo) como sistema por meio do qual "o teórico constrói, dogmatiza e impõe a lógica ao Direito". Para isso, cita a definição de sistema extrínseco por Giorgio Lazzaro: "Tendo definido a estrutura como a relação entre os elementos de um sistema, poder-se-á falar do sistema externo como de uma estrutura que constitui o termo ad quem da atividade do jurista: em outras palavras, a atividade do jurista tem por finalidade o dar uma certa estrutura ao direito". BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p.110 e 111.

[248] PEREIRA, Geailson Soares. O Direito como Sistema Autopoiético, p.87.

[249] SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. NETO, Cláudio Pereira de Souza., SARMENTO, Daniel., BINENBOJM, Gustavo. (org.). Vinte anos da Constituição Federal de 1998. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.314.

[250] ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". Revista Eletrônica de Direito do Estado, n.17, janeiro/março, Salvador: IBDP, 2009, p. 18. Corroborando Suzanna Pozzollo pondera com o seguinte exemplo sobre a interpretação do princípio da igualdade: " De hecho, uma vez constitucionalizado, por ejemplo, el principio de igualdad, su interpretación puede dar lugar a diferentes concepciones, todas perfectamente defendibles dentro del Derecho Constitucional. Se puede sostener que la ley, subordinada a la Constituición, no debe ser discriminatoria y de esa forma debe respetar el principio estabelecido, o bien se puede sostener que la ley debe remover las desigualdades para respetar y dar consistencia al principio afirmado". POZZOLLO, Suzanna. Un Constitucionalismo Ambiguo. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo (s). Trotta: Madrid, 2003, p.203. CANARIS, Claus – Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, p. 12.

[251] ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". p. 18.

[252] SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. p.314.

até cidadãos), deverão "avaliar criticamente as suas pré-compreensões, e não tornar-se um refém delas"[253] a fim de concretizarem os valores constitucionais.

Este "resgate da dignidade normativa da ordem jurídica" [254] que deve ser almejado, segundo Paulo Ricardo Schier, implica não apenas em uma nova epistemologia. Os operadores do direito precisam atualizar a sua forma de ler e aplicar o Direito, inclusive garantindo a força normativa da Constituição (que é o ápice do sistema normativo do Estado), isto é, adaptar a lei infraconstitucional ao sistema constitucional, e não o contrário[255].

Ponderações realizadas; ao afirmar-se que o "Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil"[256], verifica-se que não cabe mais afirmar que o direito, ou mais especificadamente, o Direito Civil está contido apenas no Código e em suas leis correlatas[257]. Referida constitucionalização, segundo Susanna Pozzolo implica em uma mutação qualitativa do Direito por inteiro, neste sentido:

> *La constitucionalización del ordenamiento, de hecho, no representaría la mera introducción de uma instancia más elevada de soberanía dentro del esquema piramidal del ordenamiento, no representaría la mera sustitución de la soberania legislativa com la soberania abstracta de la Constitución, sino que determinaría una mutación cualitativa del Derecho por entero*[258].

Por fim, resta concluir, que a constitucionalização do mundo jurídico e, no presente estudo, no âmbito civilista, é um fenômeno em constante construção que além de expressar o comando para que a concepção das leis venha ao encontro com a constituição; também exigirá a interpretação sistemática do Direito em cada situação fática cujos preceitos legais deverão incidir.

Houve, neste aspecto, uma exigência interpretativa de atualização dos valores pressupostos à lei, que se refletiam na investigação dos fundamentos centrais do Direito Privado. Isto, por consequência, circundou o amplo debate em torno da finalidade do regime das incapacidades.

---

[253] SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. p.321.
[254] SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica, p. 61.
[255] SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica, p. 61-62.
[256] LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.45.
[257] CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. 1. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 37.
[258] POZZOLLO, Suzanna. Un Constitucionalismo Ambiguo, p.199.

Reconhecer ao Direito Civil seu dever regulamentador das situações patrimoniais e existenciais é estar em obediência à ordem constitucional e aos princípios fundamentais da República. Para Pietro Perlingieri "a constitucionalização do direito representa não somente uma exigência da unidade do sistema e do respeito da hierarquia das suas fontes, mas também o caminho para obviar o risco das degenerações do Estado de direito formal". [259]

Dificuldades existentes, o caminho favorecedor para obtenção deste resultado, passa obrigatoriamente segundo Daniel Sarmento, pelas "ideias de personalização e despatrimonialização deste ramo da ciência jurídica", o que significa "reconhecer a partir dos valores e princípios constitucionais, a prioridade dos valores existenciais sobre os valores meramente patrimoniais no tráfico jurídico-privado". [260]

Assim, quando no Direito privado os valores existenciais, consubstanciados pelos direitos fundamentais, deixam de ser coadjuvantes para assumir o protagonismo pertencente aos direitos patrimoniais, verifica-se a expressão de um direito justo vinculado à proteção e realização do seu maior interesse: o ser humano [261]. Nesta compreensão, a razão de proteção patrimonial no regime das incapacidades deve ser vista diversamente ao que se refere às situações jurídicas existenciais: "a personalidade é, consequentemente, não um "direito", mas um valor, o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela"[262].

Inspirados em Pietro Perlingieri[263], Ana Carolina Brochado Teixeira[264] e Rafael Garcia Rodrigues[265], ponderam que, quando estiver em jogo interesses existenciais,

---

[259] PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional, p. 577.

[260] SARMENTO, Daniel. Ubiqüidade Constitucional: Os dois lados da moeda. Disponível em:< https://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmento+-+Ubiquidade+Constitucional.pdf>. Acesso em 18 set 2016.

[261] Nesse sentido Maria Celina B. Moraes discorre que: "Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito". MORAES, MARIA Celina B. A caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista Estado, Direito e Sociedade. Disponível em:< http://empreendimentosjuridicos.com.br/site/wp-content/uploads/2015/06/CaminhosDireitoCivilConstitucional-Maria-Celina-B-Moraes.pdf>. Acesso em 04 mar. 2017.

[262] MORAES, Maria Celina Bodin. Prefácio ao livro de 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. Nesse sentido Luciano Albuquerque: ""a personalidade não é mera opção técnica para o legislador, mas uma realidade pré-legal. Somente faz sentido o direito regular a personalidade se for com a finalidade de garantir a dignidade do ser humano". ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. A capacidade civil da pessoa física no direito civil, p.88.

[263] PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. 2002, p.164-165.

restará inadmissível separar titularidade da possibilidade de exercício do direito, em razão de seu perfil funcional: o livre desenvolvimento da personalidade[266]. Neste aspecto, em se tratando de situações de cunho existencial:

> ..., é inadmissível que o menor, o deficiente mental, o enfermo, tenham desprezadas suas manifestações de vontade acerca de questões que tocam ao seu desenvolvimento humano. Apesar de o sistema propugnar que o melhor interesse de tais indivíduos seria preservado delegando o poder de escolha a um representante, tal medida implicaria em violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da Constituição Federal), de sua liberdade e intimidade[267].

Por esta razão, repensar o regime das incapacidades implicaria na consideração da pessoa humana em sua integridade de forma que se pudesse amparar o indivíduo incapacitado não o desconsiderando em nenhuma esfera de seus interesses sejam eles patrimoniais e existenciais. E, como consequência lógica e inevitável, os institutos de direito assistencial, como no caso a curatela, também não poderiam passar despercebidos sem clamar por uma releitura (assunto a ser tratado no item 3.3.3).

Com isso, a busca pela identificação das pessoas como sujeitos incapazes caso a caso (a partir dos mais variados transtornos e deficiências incidentes), mostrou-se primordialmente necessário como forma de tutelá-los em necessidades patrimoniais e existenciais, mas, sempre em seus justos limites. Mesmo porque, vale ponderar com Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moreira: "... hodiernamente, é de todo precipitado dizer ser uma pessoa absolutamente incapaz para a prática de todos os atos da vida civil, haja vista que tal declaração trata-se de uma exclusão, apriorística, plena e efetiva da pessoa do mundo jurídico, ainda que protegida por outrem"[268].

1.4 A Releitura do Regime das Incapacidades e a Pessoa com Deficiência

---

[264] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício, p. 10;
[265] RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil, p. 24.
[266] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício, p. 13., RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil, p. 24.
[267] Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil, p.25-26.
[268] SÁ, Maria de Fátima Freire de., MOUREIRA, Diogo Luna. A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado, p.134.

A história vivenciada por uma garota americana, chamada por Ashely, outrora relatada por Ana Carolina Brochado Teixeira e Luciana Dadalto Penalva[269], será contributiva para desenvolvimento das reflexões neste subitem.

Retrata-se que Ashely, acometida pelo alto grau de comprometimento de uma doença chamada 'encefalopatia estática', teve seu desenvolvimento mental cessado aos três meses de vida resultando na ausência de qualquer capacidade física e mental de auto condução para andar, falar, alimentar-se ou produzir qualquer outro ato da vida cotidiana. Após iniciar a apresentação de sinais de puberdade precoce (aos seis anos), Ashley foi submetida, por escolha e autorização de seus pais, com o acolhimento da equipe médica, a procedimento cirúrgico de retirada de seu útero de suas glândulas mamárias com posterior administração de altas doses de hormônios obstaculizadores de seu crescimento[270].

Repensando o regime das incapacidades imbuído no Direito brasileiro, pelo Código Civil de 2002, o fator determinante para enquadramento da condição de incapaz em grau maior ou menor é o 'discernimento'. Considerando para este estudo exclusivamente as hipóteses de incapacidade em decorrência de déficit de discernimento, a regra imposta (vide item 1.2) previu a condição que "ao lado do incapaz, existe sempre alguém que supre a sua incapacidade e esse alguém, das duas, uma: ou é representante ou é assistente. É representante quando decide no lugar do incapaz e é assistente quando decide em colaboração com o outro" [271].

Desta feita, poder-se-ia admitir dentro do pátrio ordenamento civilista, tamanha prerrogativa de decisão atribuída ao representante ou assistente do incapaz, como a realizada pelos pais de Ashely? Este questionamento aduz respeito à "validade do regime das incapacidades para todos os atos, que se exteriorizam mediante o instituto da representação, tendo em vista que esse modelo foi construído "em e para outra realidade""[272].

A resposta apresentada pelas doutrinadoras em comento, Ana Carolina Brochado Teixeira e Luciana Dadalto Penalva, é categoricamente negativa:

---

[269] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado., PENALVA, Luaciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashely. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a.45, n.180, out/dez 2008, p.293-304. Disponível em:< http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176577/000860626.pdf>. Acesso em 18 dez. 2016.

[270] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado., PENALVA, Luaciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashely, p.137.

[271] DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p.137.

[272] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado., PENALVA, Luaciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashely. p.297.

> ..., não cabe ao Direito – pelo menos ao Direito brasileiro – legitimar condutas individualistas em detrimento da proteção dos direitos de personalidade. Em suma, acreditamos ser a conduta dos pais de Ashley uma conduta ilícita e que a existência de um caso desse no Brasil deveria ser encarada como uma violação frontal aos direitos de personalidade e à Dignidade da Pessoa Humana.[273]

Noutro sentido, Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá, observam para necessidade de exclusão dos julgamentos impeditivos que não acolham a decisão consubstanciada ao "exercício de um múnus"[274] proveniente da autoridade parental destinada ao atendimento daquilo que seja benéfico para a criança ou adolescente com deficiência.

Fundamentados a possibilidade de contribuir para maior qualidade de vida, a decisão dos pais de Ashley, estaria permeada de atribuição legal sobreposta aos cuidadores[275]. Para Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá:

> ..., as decisões dos cuidadores não estão lastreadas na autonomia privada, e, sim no exercício de um múnus, e por isso mesmo, devem ser norteadas pelo melhor interesse da criança e do adolescente com deficiência. Quem exerce a autonomia privada pode fazê-lo, legitimamente, no seu próprio interesse. Quem exerce o múnus está vinculado a tomar decisões no interesse de outrem, ainda quando contrariem os seus próprios interesses.[276]

Tendo sido apresentada as diferentes percepções empreendidas, o presente caso pode elucidar como a reformulação do regime das incapacidades avolumou-se

---

[273] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado., PENALVA, Luaciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashely, p.301.

[274] LIMA, Taisa Maria Macena de., SÁ, Maria de Fátima Freire de. Menoridade e deficiência: limites da atuação dos cuidadores e os direitos da personalidade da criança e do adolescente. 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.594.

[275] Cumpre observar que no contexto brasileiro a decisão de esterilização cirúrgica em pessoa absolutamente incapaz, não poderia ser concretizada sem a intervenção judiciária sob pena criminal. Observa Taisa Maria Macena de Lima e Maria de Fátima Freire de Sá: "A decisão permaneceu no âmbito da autonomia familiar e do assessoramento médico. No Brasil, isso não poderia ocorrer. A Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regula o planejamento familiar dispõe, no parágrafo 4º do artigo 10 que "A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através de laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia". E, o parágrafo 6º do mesmo artigo determina que a esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial. O descumprimento dessas diretrizes legais configura crime, punido com pena privativa de liberdade e multa (artigo 15), cuja pena é agravada quando o ato for praticado sem autorização judicial em pessoa absolutamente incapaz". LIMA, Taisa Maria Macena de., SÁ, Maria de Fátima Freire de. Menoridade e deficiência: limites da atuação dos cuidadores e os direitos da personalidade da criança e do adolescente, p.596.

[276] LIMA, Taisa Maria Macena de., SÁ, Maria de Fátima Freire de. Menoridade e deficiência: limites da atuação dos cuidadores e os direitos da personalidade da criança e do adolescente, p.600.

progressivamente à medida que os valores constitucionalmente albergados colidiam com a razão de sua existência e forma de aplicação. A denominada "pasteurização jurídica da realidade social"[277], consistente na impercepção dos aspectos reais e particulares de cada indivíduo, tornou-se conflituosa com a premente necessidade de tutelar a pessoa humana em suas vicissitudes.

Isto posto, "a releitura do Direito Civil, com a passagem de seus princípios fundadores do Código à Constituição"[278], impuseram precisa transformação social, "em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais" consubstanciados no princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme Gustavo Tepedino:

> A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora das estruturas e da dogmática do direito civil brasileiro. Opera a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim processo de *verdadeira inclusão social*, com ascensão à realidade normativa de interesses coletivos, direitos da personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidade patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas. Se o direito é uma realidade cultural, o que parece hoje fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado. [279]

Nisto, a doutrina se debruçou veemente para os apontamentos primordiais que oportunizassem a compatibilização entre o princípio da dignidade humana, a proteção jurídica e a incidência do instituto da incapacidade civil[280]. A necessidade que o reconhecimento da incapacidade não resultasse na impercepção social e jurídica de seu destinatário tornou-se razão de primeira urgência. A almejada 'proteção' não poderia ser custeada ao preço de imperdoável exclusão que tolhesse do indivíduo incapaz seu valor como pessoa e desprezasse qualquer manifestação de vontade que minimamente pudesse emanar.

---

[277] GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha., FURTADO, Gabriel Rocha. Da realidade biológica do sujeito à constituição jurídica da pessoa. In: : O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. TEPEDINO, Gustavo., TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado., ALMEIDA, Vitor. (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.78.

[278] TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa, p.17.

[279] TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa, p.17.

[280] Taisa Maria Macena de Lima discorre que: "A má aplicação da teoria das incapacidades e o desvio de seu objetivo primordial de proteção ao incapaz são possivelmente as principais causas de seu crescente desprestígio e das críticas de pensadores e juristas". LIMA, Taisa Maria Macena de. O Estatuto da pessoa com deficiência e suas repercussões na capacidade civil. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v.60, n.91, p.223-234, jan./jun.2015. p.225.

A necessária releitura do regime das incapacidades assumiu, conforme Iara Antunes de Souza, três vertentes principais: "revisão das concepções de personalidade e capacidade jurídica; revisão do tratamento jurídico da incapacidade; e revisão da aferição jurídica da falta de capacidade, junto ao laudo médico que indica a falta de discernimento" [281].

Referente a primeira vertente, sobre a revisão das concepções sobre personalidade (vide item 1.3), complementa-se que Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva, discorrem sobre a necessidade de apartar-se "conceitualmente a personalidade como valor da pessoa natural" [282] para realização da dignidade da pessoa humana consubstancia como o fim último do ordenamento[283]. De acordo com Lúcio Antônio Chamon Junior, para quem a "... "personalidade" implica reconhecimento normativo de imputação de direitos e/ou deveres" [284]:

> ... devemos alertar para o fato de que tal noção de "pessoa" e "personalidade" somente podem cobrar um papel e relevância na argumentação *se não se tratar de mera figura de linguagem, mas significar algo relevante e dotado de um sentido próprio no interior do discurso. ....* A própria "personalidade", isto é, o referencial para imputação, é algo central em uma construção da *praxis* jurídico-discursiva.[285] (com destaque no original)

A problemática apontada por Iara Antunes de Souza está no fato de que a leitura consubstanciada aos elementos personalidade e capacidade no Código Civil, é afastada da titularidade do incapaz sob a justificação da ausência de discernimento condicionante para "efetivação da sua dignidade, construção e desenvolvimento da sua condição de pessoa"[286].

Porém, se por um lado aufere-se a capacidade como regra norteadora, por outro, não se pode também tomar por regra que a ausência de discernimento sempre será plena

---

[281] SOUZA, Iara Antunes de. Revisão da teoria das incapacidades e a Lei n. 13.146/15: a autonomia privada afeta ao biodireito. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em:< http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/nmt6dg26/roLHpqOwDU56Vuw3.pdf>. Acesso em 19 dez. 2016. p.12.

[282] 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.230.

[283] TEPEDINO, Gustavo., OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional, p.233.

[284] CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007. p. 149.

[285] CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade, p. 149.

[286] SOUZA, Iara Antunes de. Revisão da teoria das incapacidades e a Lei n. 13.146/15: a autonomia privada afeta ao biodireito, p. 13.

aos que enquadrarem-se na condição de incapaz. Em conformidade com a Organização Mundial de Saúde *"La mayoría de las personas con trastornos mentales mantienen el discernimiento para adoptar decisiones informadas relativas a importantes cuestiones que afectan sus vidas"*[287], deve-se ficar bem elucidado que discernimento e capacidade não se confundem.

Enquanto 'discernimento' refere-se a características pessoalíssimas de saúde que denotam a presença de faculdades mentais para gerir pessoalmente a própria vida, a 'capacidade' é conceito jurídico que corresponde às consequências jurídicas da falta de discernimento. Consequentemente, a presença de um transtorno mental não pode ser condição para conclusões precipitadas sobre a completa ausência de discernimento nem tão pouco de capacidade, posto que ambos os atributos são relativos a decisões e funções específicas. O transtorno mental não se traduz em conta aritmética propiciadora do resultado exato sobre a inexistência de discernimento e incapacidade. Tais condições são variáveis:

> *Además, a pesar de la presencia de un trastorno que pueda afectar el discernimiento, una persona puede conservar aún el discernimiento necesario para adoptar algún tipo de decisiones. Por ende, el discernimiento y la capacidad son relativas a decisiones y funciones específicas. Dado que el discernimiento puede fluctuar con el tiempo, y no constituye un concepto de "todo o nada", es necesario considerarlo en el contexto de la decisión específica a ser adoptada, o a la función específica a ser cumplida*[288]

Deste modo, a existência da incapacidade deverá ser auferida mediante a valoração dos aspectos individuais que comprometam o discernimento de uma determinada pessoa caso a caso. Entretanto, referida mensuração não pode ser obtida no campo do direito, que obrigatoriamente, deverá ater-se às contribuições da Psiquiatria e Psicologia[289]. Não se pode admitir que a incidência do regime das incapacidades

---

[287] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación. 2006. Disponível em:< http://www.who.int/mental_health/policy/legislation/WHO_Resource_Book_MH_LEG_Spanish.pdf>. Acesso em 19 dez. 2016. p.45.

[288] . ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación, p.46.

[289] Conforme Iara Antunes de Souza: "Quem determina a presença ou a falta de discernimento/competência não é Direito. Na verdade, é complexa a construção dos conceitos médicos e psicológicos e tratamento em razão da saúde mental. Isso demonstra cabalmente que o Direito não tem aptidão técnica para definir o transtorno mental ou a consequência dele junto ao discernimento". SOUZA, Iara Antunes de. Revisão da teoria das incapacidades e a Lei n. 13.146/15: a autonomia privada afeta ao biodireito, p. 16.

transmutasse-se de proteção para impedimento às manifestações de liberdade e escolhas pessoais que se fossem possíveis de serem expressadas pelo incapaz [290].

A essa releitura posições doutrinárias fazem-se contributivas em diferentes sentidos, cite-se: Iara Antunes de Souza, Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moreira; Cristiano Chaves de Farias de Nelson Rosenvald; Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva, como a seguir expendido.

Para Iara Antunes de Souza, a necessária releitura do regime das incapacidades fundamentada na mensuração médica e psíquica do discernimento do incapaz, torna-se determinante para proteção e promoção da dignidade da pessoa humana com o exercício de sua autonomia[291], entretanto, designa "que as categorias predeterminadas no Código Civil acerca da incapacidade do portador de transtorno mental não se justificam" [292], ao dizer que:

> Extrai-se dai que o fato da falta de discernimento não importa necessariamente à consequente representação ou assistência, como previsto no modelo atual. Afinal, não é a incapacidade absoluta que gera a representação ou a relativa que determina a assistência, mas sim o grau de discernimento aferido nos estudos médico e psicológico da pessoa que podem mostrar que ela não necessita ser representada, mas apenas assistida nos atos da vida civil. [293]

Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moreira reconhecem que a construção dos conceitos jurídicos também é amoldada a partir da prática argumentativa que os permeia, razão pela qual, a leitura do regime das incapacidades não pode ser obtida do modo generalizado decorrente, mais de um processo de adequação do fato a norma, "do que um esforço hermenêutico por parte do intérprete e aplicador da norma jurídica para a verificação da incapacidade" [294] e por consequência dos justos limites incidentes à esfera dos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais.

---

[290] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício, p.19.
[291] SOUZA, Iara Antunes de. Revisão da teoria das incapacidades e a Lei n. 13.146/15: a autonomia privada afeta ao biodireito, p.16.
[292] SOUZA, Iara Antunes de. Revisão da teoria das incapacidades e a Lei n. 13.146/15: a autonomia privada afeta ao biodireito, p.19.
[293] SOUZA, Iara Antunes de. Revisão da interdição e da curatela: uma proposta baseada na revisão da teoria das incapacidades à luz do biodireito e da saúde mental. 2015. 268 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em:< http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SouzaIAd_1.pdf>. Acesso em 19 dez. 2016. p.201.
[294] SÁ, Maria de Fátima Freire de., MOUREIRA, Diogo Luna. A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado, p.142.

De toda sorte, não coadunam com o suprimento dos regimes de incapacidade, o que propõem é o afastamento do mecanicismo aplicador que desconsidere as exatas proporções emanadas em cada caso concreto:

> A proposta é pensar em novas possibilidades hermenêuticas que não estabeleçam relações de prioridade e hierarquia. Interpretar o Direito como regra e exceção, implicaria em, antecipadamente, trazer soluções que não observem os contextos e os contornos de um caso específico. Com isso, não estamos a defender a supressão da incapacidade absoluta do Direito Privado, mas promover sua releitura, não mais identificando como uma presunção absoluta. Isso significa, ainda que potencialmente, dar voz ao incapaz.[295]

Cristiano Chaves de Farias de Nelson Rosenvald discorrem sobre a urgência em desatrelar do objetivo primordial de proteção do regime das incapacidades o aspecto patrimonial do incapaz "como se fosse o seu valor preponderante"[296]. A necessidade de releitura deste sistema coaduna ao reconhecimento dos interesses existenciais como objetivo primeiro de proteção da pessoa incapacitada e promoção de sua dignidade revendo-se o instituto da 'interdição' para oportunizar a percepção e acolhimento das próprias escolhas que forem possíveis de serem realizadas por meio de qualquer forma de expressão:

> A psicologia produz uma nova relação que passa a constituir o ser humano: o homem detém em seu interior a sua própria verdade. O louco também é detentor da sua verdade, mas essa verdade está oculta e, como ele não consegue alcança-la, nem decifrá-la, clama desesperadamente para que ela seja, enfim, revelada. Tal e qual Raul Seixas, *"Eu não sou louco, é o mundo que não entende a minha lucidez"*[297]. (com destaque no original).

Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva também consideram o afrontamento que o regime das incapacidades propiciou às situações existenciais do incapacitado ao não considerar a "modulação" dos seus efeitos aos diferentes âmbitos de incidência sobre a vida do destinatário[298]. A releitura aplicável deveria responsabilizar-se por diferenciar os modos de aplicação às situações patrimoniais e existenciais na "exata

---

[295] SÁ, Maria de Fátima Freire de., MOUREIRA, Diogo Luna. A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria das incapacidades no direito privado, p. 137-138.
[296] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 276.
[297] ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades, p.8.
[298] TEPEDINO, Gustavo., OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional, p.236.

medida da ausência do discernimento, para que o intuito protetivo não se reverta em indevida supressão da autonomia do sujeito" [299].

Percebe-se que as críticas sobre o regime das incapacidades no âmbito do cenário brasileiro concordavam em pontos igualitários de reformulações. A necessidade de resgatar o homem concreto dos conceitos e mecanismos formais de abstração revelou-se questão de razão extrema sob a lupa dos preceitos constitucionais.

Via de regra, como toda e qualquer alteração normativa obedece ao caminhar do amadurecimento das percepções e compreensões adquiridas pelo longo percurso dos clamores sociais, esse assunto perdurou demasiadamente sendo aplicável na discutível forma. O cenário passa sofrer modificações quando, a nova ferramenta legislativa, consubstanciada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), surge a partir dos preceitos instituídos pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Esta novel legislação também não deixou de ser objeto de consideráveis debates, o que lhe rendeu aplausos e críticas, especialmente, pela doutrina mais recente do Direito Civil. Assim, especificadamente no âmbito do regime das incapacidades, busca-se compreender qual é, então, a sua nova face no ordenamento pátrio.

[299] TEPEDINO, Gustavo., OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional, p.238.

2. A CAPACIDADE JURÍDICA E A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

2.1 O Conceito de Pessoa com Deficiência

Para ser possível repensar o regime das incapacidades sobre novo paradigma que busca tutelar as pessoas com deficiência, há duas perguntas iniciais: quem é a 'pessoa com deficiência'? Qual é a identidade que estes indivíduos possuem socialmente?

Estas são perguntas nada singelas de serem respondidas. Consubstanciado ao preceito preambular que a Convenção sobre os Direitos das Pessoa com Deficiência institui na alínea 'e', deve-se levar em conta que "a deficiência é um conceito em evolução"[300] ademais, toda identidade pode sofrer variações posto que, mais que uma realidade biológica ou psicossocial, a identidade "está intrínseca à elaboração contextual que cada sociedade, ao longo de seu percurso histórico, elabora como normas sociais, como formas de controle social e com forma de relações de poder e com o modo como cada pessoa se conhece e se reconhece". [301]

Invariavelmente, a percepção humana sobre as habilidades, atividades sociais e os traços de possíveis defeitos e qualidades são socialmente valorados na identificação de qualquer sujeito [302]. Logo, observando que toda identidade caracteriza-se por ser múltipla, socialmente construída e individualmente reconhecida, Manoel Valente Figueiredo Neto complementa que sua constante mutação ao longo da vida de qualquer pessoa será determinante para o fator simultâneo de inclusão e exclusão[303].

Isso chama atenção para o modo 'automático' pelo qual surgem imagens previamente construídas em relação à determinada pessoa ou grupos de pessoas que possuem específicas características ou condições de vida. Pela definição de Bernardo Jablonski, isso reflete a formação dos conhecidos 'estereótipos', que nada mais são:

---

[300] Preâmbulo: "e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas,…". Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2007.

[301] FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente. Identidades e direitos da pessoa com transtorno mental. 1.ed. Curitiba: CRV, 2013. p. 18-19.

[302] FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente. Identidades e direitos da pessoa com transtorno mental, p.19.

[303] FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente. Identidades e direitos da pessoa com transtorno mental, p.19.

> ... crenças compartilhadas acerca de atributos – geralmente traços de personalidade – ou comportamentos costumeiros de certas pessoas ou grupos de pessoas. Mais especificamente, seja através de uma representação mental de um grupo social e de seus membros, ou de um esquema – uma estrutura cognitiva que representa o conhecimento de uma pessoa acerca de outra pessoa, objeto ou situação – tendemos a enfatizar o que há de similar entre pessoas, não necessariamente similares, e a agir de acordo com esta percepção. [304]

O olhar aqui proposto serve para reperguntar quais são as compreensões 'estereotipadas' que intitulam e precocemente enquadram as pessoas com deficiência sempre no grupo social dos indivíduos incapacitados de expressar suas vontades e exercer seus legítimos direitos. Há que ser relevado que o problema que se assenta sobre os estereótipos é: ao não se permitir a análise concreta e individualizada sobre os sujeitos, mas, tão somente generalizá-los aos conceitos aprioristicamente formados sobre aquele específico grupo, cria-se numerosas concepções errôneas.

Fatidicamente, os estereótipos se sobrepõem às pessoas com deficiência de forma ampla trazendo para estes indivíduos a responsabilidade de sempre se justificarem sobre como exercerão seus papéis familiares, profissionais ou pessoais mesmo quando, tenham condições de desempenhá-los. Isto leva a inevitável conclusão enraizada por muitos de que "a pessoa com deficiência possui todos os papéis de sua vida em torno da deficiência, e não em função de sua construção de indivíduo". [305]

Urgia a necessidade de alteração dos paradigmas conceituais para que a formação da identidade da pessoa com deficiência como 'sujeito incapaz' não pudesse ser adstrita a uma compreensão ou a um conceito abstratamente impossibilitador de reconhecer a mínima condição que estes indivíduos possuíssem para se autodeterminar.

Atualmente a definição de pessoa com deficiência está insculpida no propósito da Convenção, artigo 1º, como aquelas detentoras de: "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 igualdade de condições com as demais pessoas"[306].

---

[304] RODRIGUES. Aroldo; ASSMAR. Eveline Maria Leal; JABLONSKI. Bernardo. Psicologia Social. 19 ed. Rio de Janeiro: Vozes. 2000. p. 150.

[305] PEREZ, Vanessa Silva. Pessoa com deficiência= pessoa incapaz? Um estudo acerca do estereótipo e do papel da pessoa com deficiência nas organizações. Cadernos EBAPE.BR, v.10. nº 4, artigo 6, Rio de Janeiro, dez. 2012. p. 887. Disponível em: < http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/7187> . Acesso em 13 fev 2016.

[306] Art. 1º. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2007. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 06 mar. 2017.

A compreensão dessa definição perpassa a necessidade de resgatar importantes classificações que, ao se debruçarem sobre essa discussão favoreceram seu amadurecimento contribuindo para o conceito posto. Há que se falar sobre dois documentos internacionais de classificação expedidos pela Organização Mundial de Saúde (OMS), o primeiro surgido pela Resolução WHA 29.35/1976 (e publicado em 1989), apresentou a *International Classification of impairments, disabilities, and handicaps: a manual of classification relating to the consequences of disease (ICIDH)*[307], traduzido por Classificação Internacional de deficiências, incapacidades e desvantagens: um manual de classificação das consequências das doenças (CIDID)[308].

O surgimento da *ICIDH* veio com o propósito complementador de aplicação à Classificação Internacional de Doenças (CID)[309] que se mostrava insuficiente para prelecionar todas as questões de saúde sem implicar em exclusões sobre assuntos como perturbações crônicas, evolutivas e irreversíveis[310]. Mesmo após amplas revisões da primeira edição da CID aprovada em 1893, dentre elas a denominada "Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde", ou "CID-10", fruto da décima revisão aprovada em 1989[311] [312], quedou-se reconhecida a composição

[307] WORLD HEALTH ORGANIZATION. International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps. Geneva. 1980. Disponível em:http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/41003/1/9241541261_eng.pdf. Acesso em 30 dez. 2016.
[308] BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Manual de legislação em saúde da pessoa com deficiência. 2.ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006. p.10.
[309] Importa ressaltar que: "No Brasil, o uso da CID é compulsório para compor a base de códigos de todas as informações em Mortalidade (Portaria GM/MS n° 1832/94, publicada no DOU n° 218, de 03 de novembro de 1994) e em Morbidade (Portaria 1311/GM de 12 de setembro de 1997). Os códigos da CID são utilizados no SIM (Sistema de Informação em Mortalidade), no SIH (Sistema de Informação de Internações Hospitalares) e no SINAN (Sistema de Informação de Agravos de Notificação), ou mesmo no campo destinado ao diagnóstico de malformações congênitas na Declaração de Nascidos-Vivos que está incluído no SINASC (Sistema de Informação sobre Nascidos Vivos). Embora a CID seja adequada para finalidades como as acima descritas, ela não é adequada para descrever funcionalidade e incapacidade como componentes da saúde, ou mesmo intervenções em saúde". LAURENTI, Ruy., NUBILA, Heloisa Brunow Ventura Di., QUADROS, Abrahão Augusto Joviniano., CONDE, Mônica Tilli Reis Pessoa., OLIVEIRA, Acary Souza Bulle. A classificação internacional de Doenças, a Família de Classificações Internacionais, a CID- 11 e a Síndrome Pós-Poliomielite. Arquivos de Neuro-Psiquiatria. V.71. n.9ª. São Paulo/ set. 2013. Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-282X2013000900111>. Acesso em 30 dez. 2016.
[310] AMIRALIAN, Maria LT., PINTO, Elizabeth B., GHIRARDI, Maria IG., LICHTIG, Ida., MASINI, Elcie FS., PASQUALIN, Luiz. Conceituando Deficiência. Revista de Saúde Pública. v.34. n.1. fev/2000. p.97-103. Disponível em:< http://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/24988>. Acesso em 30 dez. 2016.
[311] WORL HEALTH ORGANIZATION. International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems. 10th Revision. CID-10. Disponível em:< http://www.who.int/classifications/icd/ICD10Volume2_en_2010.pdf?ua=1&ua=1> Acesso em: 30 dez. 2016.
[312] Importa ressaltar que encontra-se em desenvolvimento com futura publicação a Décima Primeira Revisão da CID-10, que corresponderá a CID – 11. Para acesso e conhecimento do andamento indica-se: <http://www.who.int/classifications/icd/revision/en/>, https://sites.google.com/site/icd11revision/links e

de uma "Família"[313] de Classificações pela qual a "CID atenderia as necessidades de informação diagnóstica para finalidades gerais, enquanto outras classificações seriam usadas em conjunto com ela, tratando com diferentes enfoques"[314].

Nessa toada, objetivou-se por meio da *ICIDH* garantir a uniformização das compreensões atinente a questões relativas às lesões e à deficiência consubstanciada na conceituação de: *impairment, disability* e *handicap,* os quais foram traduzidos subsequentemente para o português, pelo Secretariado Nacional para Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência de Portugal[315], como: deficiência, incapacidade e desvantagem[316]. Referida classificação (reproduzida pela Resolução 37/52 de 03.12.1982 no Programa de Ação Mundial sobre as Pessoas com Deficiência da ONU)[317], apresentou, por meio de um modelo sequencial, a formação e identificação de cada elemento que passa a ser descrito.

A definição de *Impairment* (Deficiência) é apresentada como questão patológica contributiva para perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica temporal ou permanente. Em suas características inclui-se a existência de

---

< http://www.unifesp.br/noticias-anteriores/item/2012-classificacao-internacional-de-doencas-cid-11-e-debatida-em-evento-na-unifesp>.

[313] Nos anos 70, durante a preparação da 9ª Revisão da CID, começou-se a discutir a ideia de uma "família" de classificações, sendo que suas bases foram estabelecidas em 1989, na Conferência Internacional para a CID-10[25]. Esta família é composta por um conjunto de classificações integradas, que compartilham características, e que podem ser usadas isoladamente ou em conjunto para fornecer informações de saúde ou relacionadas à saúde. LAURENTI, Ruy., NUBILA, Heloisa Brunow Ventura Di., QUADROS, Abrahão Augusto Joviniano., CONDE, Mônica Tilli Reis Pessoa., OLIVEIRA, Acary Souza Bulle. A classificação internacional de Doenças, a Família de Classificações Internacionais, a CID-11 e a Síndrome Pós-Poliomielite.

[314] DI NUBILA, Heloisa Brunow Ventura., BUCHALLA, Cassia Maria. O papel das classificações da OMS-CID e CIF nas definições de deficiência e incapacidade. Rev. Bras. Epidemiol. 2008. p. 324-335. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2008000200014 >. Acesso em: 30 dez. 2016. p.326.

[315] Diego Nassif da Silva observa que a Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens: um manual de classificação das consequências das doenças (CIDID), foi traduzida para o português pelo "Secretariado Nacional para a Reabilitação e Integração das Pessoas com Deficiência de Portugal – já que o português não é uma das línguas oficiais da ONU". SILVA, Diego Nassif da. Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica. 2012. 211f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Paraná. Disponível em:< http://www.uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/2499-diego-nassif-da-silva/file>. Acesso em 01 jan. 2017. p.125.

[316] BAMPI, Luciana Neves da Silva., GUILHEM, Dirce., ALVES, Elioenai Dornelles. Modelo social: uma nova abordagem para o tema deficiência. Revista Latino –Americana de Enfermagem. v.18, n.4, Ribeirão Preto. Jul/Ago. 2010. Disponível em:< http://www.scielo.br/pdf/rlae/v18n4/pt_22.pdf>. Acesso em 30 dez. 2016.

[317] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência. Disponível em:<http://www.portalinclusivo.ce.gov.br/phocadownload/publicacoesdeficiente/programadeacaomundialparaaspcd-onu.pdf>. Acesso em 30 dez. 2016.

ocorrência de uma anomalia, defeito ou perda de um membro, órgão, tecido ou qualquer outra estrutura do corpo, inclusive das funções mentais [318].

A nomenclatura *Disability* (Incapacidade) representa os percalços consequenciais que a deficiência pode impactar as atividades cotidianas consideradas normais para qualquer ser humano. Isso quer significar a restrição ou falta que a deficiência pode impor na habilidade de desempenhar atividades como comunicação, locomoção, alimentação, realização de cuidados pessoais, dentre outras. Representa a objetivação da deficiência e reflete os distúrbios da própria pessoa, nas atividades e comportamentos essenciais[319].

O conceito *Handicap* (Desvantagem) representa o prejuízo socialmente impactante que o indivíduo com deficiência ou incapacidade sofrerá com a falta de vantagem em conseguir orientar-se, possuir independência física, ter integração social, dentre outros. Pela desvantagem limitar ou impedir o desempenho de papéis de acordo com a idade, sexo, fatores sociais e culturais nos quais o indivíduo se insira, caracteriza-se também por representar a objetivação da deficiência na discordância entre a capacidade individual de realização e as expectativas individuais ou do seu grupo social[320].

Assim, a presente concepção apresenta graficamente a integração linear dos conceitos supramencionados da seguinte forma[321]:

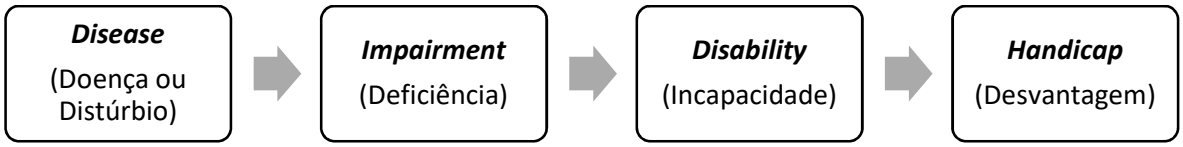
---

[318] "Impairment is characterized by losses or abnormalities that may be temporary or permanent, and that include the existence or occurrence of an anomaly, defect, or loss in a limb, organ, tissue, or other structure of the body, including the systems of mental function. Im· pairment. represents exteriorization of a pathological state, and in principle it reflects disturbances at the level of the organ." WORLD HEALTH ORGANIZATION. International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps. Geneva, p.48.

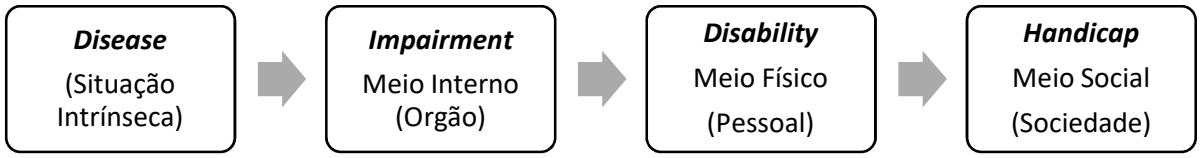
[319] "Disability is characterized by excesses or deficiencies of customarily expected activity performance and behaviour, and these may be temporary or permanent, reversible or irreversible, and progressive or regressive. Disabilities may arise as a direct consequence of impairment or as a response by the individual, particularly psychologically, to a physical, sensory, or other impairment. Disability represents objectification of an impairment, and as such it reflects disturbances at the level of the person". WORLD HEALTH ORGANIZATION. International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps, p.143.

[320] "Handicap is concerned with the value attached to an individual's situation or experience when it departs from the norm. It is characterized by a discordance between the individual's performance or status and the expectations of the individual himself or of the particular group of which he is a member. Handicap thus represents socialization of an impairment or disability, and as such it reflects the consequences for the individual- cultural> social, economic, and environmental - that stem from the presence of impairment and disability." WORLD HEALTH ORGANIZATION. International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps, p.182.

[321] WORLD HEALTH ORGANIZATION. International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps, p.11.



Os quais podem ser identificados diversamente pelas origens e consequências do seguinte modo[322]:



Pelo paradigma exposto constitui observar *a priori* que a deficiência representada como "desvio da norma biomédica" [323] poderia implicar em uma incapacidade sempre que a lesão viesse impedir o desenvolvimento de atividades da vida diária. Ao se basear no modelo médico da deficiência a *ICIDH* incorpora a compreensão pela qual "a deficiência seria resultado de uma lesão no corpo de um indivíduo considerado anormal"[324]. Isso quer demonstrar a percepção adstrita pela qual a deficiência estava consubstanciada tão apenas como uma das peças que compunham o jogo de causas e consequências aplicáveis àquele que se desfigurasse da pressuposição do que seria o padrão de normalidade para a pessoa humana.

O detentor da peça inicial desencadeadora de doença ou distúrbio, que conduzisse a formação de específica deficiência, também agregaria incapacidade resultante para desempenho de atividades diárias, que o imporiam impedimentos de inserção à vida social. A soma destes fatores permitiu chegar ao resultado pelo qual, a deficiência assentava-se iminentemente como problema de origem e implicações individuais que "levaria necessariamente à experiência da desigualdade"[325].

Conforme conceitua Symone M. Machado Bonfim, o Modelo Médico (ou Biomédico) é aquele que concebe a deficiência como uma tragédia pessoal de responsabilidade e ônus daquele que a possui desprezando a valoração de possíveis

[322] AMIRALIAN, Maria LT., PINTO, Elizabeth B., GHIRARDI, Maria IG., LICHTIG, Ida., MASINI, Elcie FS., PASQUALIN, Luiz. Conceituando Deficiência. Revista de Saúde Pública, p. 101.
[323] MÂNGIA, E. F.; MURAMOTO, M. T.; LANCMAN, S. Classificação Internacional de Funcionalidade e Incapacidade e Saúde (CIF): processo de elaboração e debate sobre a questão da incapacidade. Rev. Ter. Ocup. Univ. São Paulo, v. 19, n. 2, p. 121-130, maio/ago. 2008. Disponível em:< http://www.revistas.usp.br/rto/article/view/14037>. Acesso em 30 dez. 2016. p.123.
[324] DINIZ, Debora. O que é Deficiência. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense. 2007. p.42.
[325] DINIZ, Debora. O que é Deficiência, p.45.

barreiras sociais, atitudinais e ambientais que envolvem essa condição[326]. Em contribuição:

> ... esse modelo vê a deficiência como uma experiência eminentemente individual, consequência natural de uma lesão no corpo e, portanto, passível de cuidados médicos. Além da ênfase indevida no diagnóstico clínico, que não faz distinção entre lesão, doença e deficiência, os profissionais de saúde tomam para si o direito de definir não apenas o tratamento a ser ministrado, mas também a forma de vida que as pessoas com deficiência devem adotar[327].

O fato predominante do caráter médico "prioritariamente focado nas limitações individuais como principal fator determinante da incapacidade"[328], não poderia desconsiderar a hipótese de que "uma pessoa pode ter uma deficiência sem incapacidade, uma incapacidade sem desvantagem ou uma desvantagem sem incapacidade ou deficiência"[329]. Poderia ser exemplificado o caso de uma pessoa que, muito embora tenha a patologia cardiovascular possa estar submetida a tratamento medicamentoso que não implique em impedimentos, mas atribua restrições sociais de atividades; ou ainda, aquele que mesmo recuperado de transtorno mental por dependência química não seja mais deficiente ou tenha incapacidade aos olhos dessa classificação, mas, que por sua vez, tenha que conviver com a desvantagem social da imagem estigmatizada[330].

A necessidade da percepção das falhas desencadeadas pelo vocabulário eleito pela Organização Mundial de Saúde rendeu (e ainda rendem) numerosos debates entre os defensores do modelo social, quanto mais, no cenário brasileiro, ao que se refere às traduções dos termos *impairment, disability* e *handicap.*

A começar pelas ponderações de Diego Nassif da Silva:

---

[326] BONFIM, Symone Maria Machado. A luta por reconhecimento das pessoas com deficiência: aspectos teóricos, históricos e legislativos. 2009. 214f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro e Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Rio de Janeiro. Disponível em:< file:///C:/Users/Daniel%20Brazzale/Downloads/luta_reconhecimento_bonfim.pdf>. Acesso em 03 jan. 2017. p.41.

[327] BONFIM, Symone Maria Machado. A luta por reconhecimento das pessoas com deficiência: aspectos teóricos, históricos e legislativos, p.127.

[328] MÂNGIA, E. F.; MURAMOTO, M. T.; LANCMAN, S. Classificação Internacional de Funcionalidade e Incapacidade e Saúde (CIF): processo de elaboração e debate sobre a questão da incapacidade, p.125.

[329] AMIRALIAN, Maria LT., PINTO, Elizabeth B., GHIRARDI, Maria IG., LICHTIG, Ida., MASINI, Elcie FS., PASQUALIN, Luiz. Conceituando Deficiência. Revista de Saúde Pública, p. 100-101.

[330] AMIRALIAN, Maria LT., PINTO, Elizabeth B., GHIRARDI, Maria IG., LICHTIG, Ida., MASINI, Elcie FS., PASQUALIN, Luiz. Conceituando Deficiência, p. 100-101.

> Ora, a palavra disability está social e historicamente relacionada com a noção de deficiência, não só dentro do movimento pela inclusão das pessoas com deficiência, como principalmente nas traduções (oficiais ou não) de diversos documentos internacionais. Isso fica evidente em face da própria terminologia oficial da ONU anteriormente utilizada, quando a expressão disabled people era traduzida como pessoas deficientes, jamais com a intenção de insinuar de que seriam pessoas incapacitadas. Assim, a tradução em língua portuguesa do termo *disability* como incapacidade e *impairment* como deficiência é um equívoco inaceitável, ...[331]

Em continuidade com Eugênia Augusta Gonzaga Fávero:

> ... O que é deficiência? É o mesmo que incapacidade? Deficiência é uma limitação significativa física, sensorial ou mental e não se confunde com incapacidade. A incapacidade para alguma coisa (andar, subir escadas, ver, ouvir, etc.) é uma consequência da deficiência, que deve ser vista de forma localizada, pois não implica em incapacidade para outras atividades.[332]

Especialmente ao que se refere à tradução de *'disability'* para 'incapacidade' pugna-se a não existência de justificativa para esta escolha que não fosse à única admissível por 'deficiência'[333]. Tal qual a palavra "deficiência" em português deva equivaler a *"disability"* em inglês ou, *"discapacidad"* no espanhol. Romeu Sassaki veemente justifica ao dizer que "a palavra "deficiência" não pode ser confundida com a palavra "incapacidade", pois "A palavra "incapacidade" denota um estado negativo de funcionamento da pessoa em função do ambiente humano e físico inadequado ou inacessível, e não um tipo de condição"[334].

A significação formada para 'incapacidade' após, árduo embate em prol da melhor nomenclatura aplicável às pessoas com deficiência[335], reconhece que a

---

[331] SILVA, Diego Nassif da. Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica, p.126-127.

[332] FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004. p.24.

[333]DINIZ, Débora., MEDEIROS, Marcelo., SQUINCA, Flávia. Reflexões sobre a versão em Português da Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde. Cad. Saúde Pública, v.23, n.10, Rio de Janeiro, out/2007. Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007001000025>. Acesso em 31 dez. 2016. note.2509.

[334]SASSAKI, Romeu Kazumi. Deficiência mental ou deficiência intelectual? Reação: Revista Nacional de Reabilitação, nov/dez. São Paulo: 2004. Disponível em:< http://www.todosnos.unicamp.br:8080/lab/links-uteis/acessibilidade-e-inclusao/textos/deficiencia-mental-ou-deficiencia-intelectual/>. Acesso em: 02 jan. 2017. p.1

[335] Vale ressaltar que do Século 20 até meados de 1960, o termo incapacitado era empregado para referir-se às pessoas com deficiência significando "indivíduos sem capacidade" pela eliminação ou redução de desempenhar atividades em todos os aspectos físico, psicológico, social, profissional, etc. SASSAKI, Romeu Kazumi. Como chamar as pessoas que têm deficiência?. In: Vida Independente: história, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos. São Paulo: RNR, 2003, p.12-16. Disponível em:< http://proex.pucminas.br/sociedadeinclusiva/Blog_Direito_de_se_Diferente/Como%20Chamar%20as%20Pessoas%20com%20Deficiencia.pdf>. Acesso em 02 jan. 2017.

‘incapacidade’ não pode ser adstrita à compreensão decorrente de sua formação pela deficiência como doença, nem tampouco, vir a ser o imperativo categórico que recairá sobre aqueles que possuam quaisquer características diferenciadoras trazendo impedimentos para sua vida como penalização individualmente atribuída.

A incapacidade como comprometimento formado para “às pessoas COM deficiência através daqueles fatores ambientais que não constituem barreiras para as pessoas SEM deficiência”[336], faz-se identificada, conforme exemplifica Romeu Sassaki, por situações como a “incapacidade de uma pessoa cega para ler textos que não estejam em braile, a incapacidade de uma pessoa com baixa visão para ler textos impressos em letras miúdas, ...”[337]. Por esta razão a deficiência também não poderia ser concebida apenas como a restrição de habilidade ou capacidade. Enquanto esse modelo médico “pode catalogar um corpo cego: alguém que não enxerga ou alguém a quem falta a visão – esse é um fato biológico”, no modelo social a compreensão enxerga “a estrutura social que oprime a pessoa deficiente”[338].

O termo ‘*impairment’* ao ser traduzido como ‘deficiência’ também apresenta impropriedade geradora de grande equívoco. Conforme Debora Diniz: “Para o modelo social, *impairments* representam as lesões, isto é, as variações corporais, ao passo que *disability* é o que expressa a interação do corpo com a sociedade”[339]. Também, para Romeu Sassaki, a palavra *‘impairment’* deve receber a tradução “como “impedimento”, “limitação”, “perda” ou “anormalidade” numa parte (isto é, estrutura) do corpo humano ou numa função (isto é, funções fisiológicas) do corpo ...”[340], exemplificando “lesão no aparelho visual ou auditivo, falta de uma parte do corpo, déficit intelectual”[341].

Nesse contexto, a *The Union of the Physically Impaired Against Segregation (UPIAS)*[342]*,* ainda no ano de 1976, ao discorrer sobre os princípios fundamentais da deficiência, exarou seu entendimento de que a deficiência é algo imposto sobre aquele que tem impedimentos pelo modo como são desnecessariamente isolados e excluídos da

---

[336] SASSAKI, Romeu Kazumi. Deficiência mental ou deficiência intelectual?, p.1.
[337] SASSAKI, Romeu Kazumi. Deficiência mental ou deficiência intelectual?, p.1.
[338] DINIZ, Débora. O que é Deficiência, p. 9.
[339]DINIZ, Débora. Reflexões sobre a versão em português da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, note 2509.
[340] SASSAKI, Romeu Kazumi. Deficiência mental ou deficiência intelectual?, p.1.
[341] SASSAKI, Romeu Kazumi. Deficiência mental ou deficiência intelectual?, p.1.
[342] Conforme Symone M. M. Bonfim: “... em 1976, foi constituída a Union of the Physically Impaired Against Segregation – UPIAS, a primeira organização política conduzida pelos deficientes com esse objetivo. Entre seus idealizadores e precursores, destacam-se, além do próprio Paul Hunt, outros três sociólogos, Paul Abberley, Vic Finkelstein e Michael Oliver.” BONFIM, Symone Maria Machado. A luta por reconhecimento das pessoas com deficiência: aspectos teóricos, históricos e legislativos. p.127.

plena participação da sociedade[343]. Com isso, a compreensão dos conceitos de *impairment* e *disability*, respectivamente deveria referir-se a lesão e deficiência nos seguintes termos:

> Assim, podemos definir lesão como a falta completa ou parcial de um membro ou ter um membro, órgão ou uma função do corpo com defeito; e deficiência como a desvantagem ou restrição de atividade causada pela organização social contemporânea que não (ou pouco) leva em consideração as pessoas que possuem uma lesão, e assim as exclui da participação das atividades sociais.[344]

Por sua vez, em último plano, consta a terminologia *'handicap'*, a partir de sua conceituação quando ocorrerem "consequências sociais negativas"[345],isto é, a formação de uma "relação desfavorável com a sociedade"[346], constituir-se-á uma desvantagem à pessoa com deficiência em decorrência de sua singular incapacidade de inserção. Deste modo, importa ressaltar que embora na *ICIDH* "a desvantagem (handicap) considere os limites sociais e ambientais que recaem sobre os sujeitos, sua colocação como terceiro elemento do esquema conceitual sugere que a desvantagem tem como causa a deficiência e a incapacidade"[347].

A crítica que recai sobre esta classificação estava no fato de que seu foco referia-se exclusivamente ao indivíduo ao concluir que "um corpo com lesões experimentaria restrições de habilidades, o que levaria a pessoa a situação de desvantagem social"[348]. Ao não levar em conta "o papel estruturante do ambiente na compreensão da

---

[343] UPIAS: The Union os the Physically Impaired Against Segregation (1976). Fundamental principles of disability. London: UPIAS. Disponível em:< http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/UPIAS-fundamental-principles.pdf> Acesso em: 03 jan. 2017. p.20.

[344] Tradução livre de: "Thus we define impairment as lacking part of or all of a limb, or having a defective limb, organ or mechanism of the body; and disability as the disadvantage or restriction of activity caused by a contemporary social organisation which takes no or little account of people who have physical impairments and thus excludes them from participation in the mainstream of social activities". UPIAS: The Union os the Physically Impaired Against Segregation (1976). Fundamental principles of disability, p.20.

[345] MÂNGIA, E. F.; MURAMOTO, M. T.; LANCMAN, S. Classificação Internacional de Funcionalidade e Incapacidade e Saúde (CIF): processo de elaboração e debate sobre a questão da incapacidade, p.124.

[346] MÂNGIA, E. F.; MURAMOTO, M. T.; LANCMAN, S. Classificação Internacional de Funcionalidade e Incapacidade e Saúde (CIF): processo de elaboração e debate sobre a questão da incapacidade, p.124.

[347] MÂNGIA, E. F.; MURAMOTO, M. T.; LANCMAN, S. Classificação Internacional de Funcionalidade e Incapacidade e Saúde (CIF): processo de elaboração e debate sobre a questão da incapacidade, p.124.

[348] DINIZ, Débora., MEDEIROS, Marcelo., SQUINCA, Flávia. Reflexões sobre a versão em Português da Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde, nota 2507.

incapacidade e da desvantagem"[349], esta concepção não conseguiu desatrelar-se do modelo médico de doença, que, consubstanciado aos preceitos classificatórios ou normativos, chama "atenção para o quanto ele se encontra atrelado aos estereótipos"[350].

A inquietude que a *ICIDH* trazia implicava em desconsiderar fatores de maior segregação que se faziam (e fazem) contributivos para o surgimento ou agravamento da situação destes indivíduos tais como discriminações, preconceitos, inadaptações urbanísticas, entre outros fatores que digam respeito à obstacularização de um ambiente socialmente responsável e inclusivo.

Nesse sentido, Mary Chamie realiza três apontamentos correspondentes aos entraves apresentados pela *ICIDH*: a dificuldade existente em ser aplicada esta classificação para diversas teorias e modelos de deficiência; sua utilização ser padronizada e, a possibilidade de diferenciar e isolar os conceitos deficiência, incapacidade e desvantagem nas descrições comportamentais[351].

Pelas críticas observadas, após sucessivas revisões, foi "endossada como segunda edição da ICIDH"[352], e aprovada em maio de 2001 pela Organização Mundial de Saúde (OMS) a International *Classification of Functioning Disability and Health (ICF),* cuja versão em português foi traduzida sob o título Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF).

A crítica aqui se perpetua pela manutenção da tradução pelo Centro Colaborador da Organização Mundial de Saúde para a Classificação de Doenças em Português, da Universidade de São Paulo, do termo *'disability'* para 'incapacidade'[353]. Observa-se o fato de que esse mesmo conflito não restou incidente quando da tradução espanhola que nomeia "*Clasificación Internacional de Funcionamiento, de La Discapacidad y de la*

---

[349] MÂNGIA, E. F.; MURAMOTO, M. T.; LANCMAN, S. Classificação Internacional de Funcionalidade e Incapacidade e Saúde (CIF): processo de elaboração e debate sobre a questão da incapacidade, p.125.

[350] AMIRALIAN, Maria LT., PINTO, Elizabeth B., GHIRARDI, Maria IG., LICHTIG, Ida., MASINI, Elcie FS., PASQUALIN, Luiz. Conceituando Deficiência, p. 101.

[351] "Difficulties in the application of ICIDH concepts and definitions for classifying disablement may be grouped into three broad areas. They include problems associated with: (i) isolating and differentiating the impairment, disability and handicap concepts through descriptions of behaviour; (ii) training persons having highly disparate competencies and expertise to use the concepts and to code classifications in a standardized way; (iii) applying the classification scheme across various theories and models of disablement". CHAMIE, Mary. The status and use of the International Classification of Impairments, disabilities and Handicaps (ICIDH). World Health Stat Q. v. 43, p. 273-280, 1990. Disponível em:< http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/53452/1/whsq_43_4_273-280_eng.pdf>. Acesso em 31 dez. 2016.

[352] DI NUBILA, Heloisa Brunow Ventura., BUCHALLA, Cassia Maria. O papel das classificações da OMS-CID e CIF nas definições de deficiência e incapacidade, p.326.

[353] DINIZ, Débora., MEDEIROS, Marcelo., SQUINCA, Flávia. Reflexões sobre a versão em Português da Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde, nota 2509.

Salud"[354]. Como observa Romeu Sassaki é como se no cenário brasileiro a palavra deficiência e seu significado formador fosse ignorado para que fosse correto "falar e escrever: 'Quantos incapacitados existem no Brasil?', 'As empresas estão contratando pessoas incapacitadas?', 'Que tipo de incapacidade seu filho tem?'"[355].

De toda sorte, deve ser valorada que, como novo paradigma de mudança substancial a CIF não traz a compreensão da deficiência atrelada à doença como realizada pela *ICIDH*[356], ao contrário, consubstanciada em um "modelo multicausal"[357], passa-se a reconhecer que a deficiência e a incapacidade "não são apenas uma consequência das condições de saúde/doença, mas são determinadas também pelo contexto do meio ambiente físico e social"[358]. Transmuta-se aquela anterior compreensão médica e fechada para avançar na incorporação de um modelo "mais dinâmico e mais complexo, compatível com o quadro multidimensional que envolve a experiência completa de saúde"[359] e que passa a reconhecer os domínios a partir da análise precípua de três fatores: corpo, indivíduo e sociedade[360], conforme segue demonstrado pela figura de interações entre os componentes da CIF[361]:

---

[354] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud. Disponível em:< http://aspacenet.aspace.org/images/doc/cif_2001-abreviada.pdf>. Acesso em 02 jan. 2017. SASSAKI, Romeu Kazumi. Deficiência mental ou deficiência intelectual?. p.1.

[355] SASSAKI, Romeu Kazumi. Deficiência mental ou deficiência intelectual?. p.1. Nesse sentido também defende Débora Diniz et al.: "..., o lapso de tradução da versão brasileira necessita ser revisto para a legitimidade e acuidade de um campo emergente no país: são pessoas com deficiência (people with disability) ou deficientes (disabled ou disabled people) e não pessoas com incapacidades ou incapacitados". DINIZ, Débora., MEDEIROS, Marcelo., SQUINCA, Flávia. Reflexões sobre a versão em Português da Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde. nota 2509.

[356] Nos termos da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde: "A CIF transformou-se, de uma classificação de "consequência da doença" (versão de 1980) numa classificação de "componentes da saúde"". p.8.

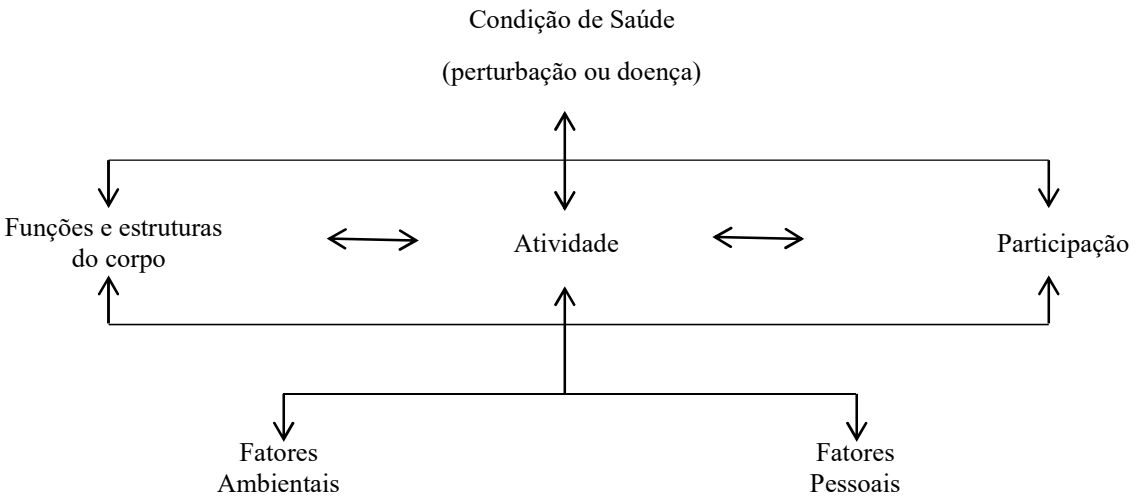
[357] BAMPI, Luciana Neves da Silva., GUILHEM, Dirce., ALVES, Elioenai Dornelles. Modelo social: uma nova abordagem para o tema deficiência. p.3.

[358] BAMPI, Luciana Neves da Silva., GUILHEM, Dirce., ALVES, Elioenai Dornelles. Modelo social: uma nova abordagem para o tema deficiência. p.3.

[359] DI NUBILA, Heloisa Brunow Ventura., BUCHALLA, Cassia Maria. O papel das classificações da OMS-CID e CIF nas definições de deficiência e incapacidade, p.330.

[360] DINIZ, Débora. O que é deficiência. p. 48.

[361] Organização Mundial de Saúde. CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Lisboa. 2004. Disponível em:< http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf>. Acesso em 02 jan. 2017. p.20.



Conforme observa Frank Mulcahy, antigo secretário da "*Disabled Peoples International*" (DPI), a CIF também observou o entendimento proposto pelo modelo social de deficiência que permeia a análise dentre "o resultado da interação entre uma pessoa com uma deficiência e as barreiras ambientais e de atitudes que possa enfrentar"[362].

Entretanto, avançou-se e o modelo de deficiência incorporado pela CIF é reconhecidamente um terceiro modelo que baseado na integração do modelo médico e social, tentou-se "chegar a uma síntese que ofereça uma visão coerente das diferentes perspectivas de saúde: biológica, individual e social"[363] denominado como Modelo Biológico-psíquico-social (ou Biopsicossocial)[364].

Por essa compreensão a conceituação do termo "*Disability"* (incapacidade como restou traduzido), passa a ser reconhecido não apenas pelo apontamento biomédico, mas, pela percepção sociológica e política que obriga constatar "o resultado

[362] "The International Classification of Functioning (ICF) defines disability as the outcome of the interaction between a person with an impairment and the environmental and attitudinal barriers he/she may face." MULCAHY, Frank. Position paper on the Definition of Disability. Disponível em:< http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO7029/position_paper.pdf>. Acesso em 03 jan. 2017.

[363] Organização Mundial de Saúde. CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, p.22.

[364] Observa-se que a primeira menção a este movimento deu-se por meio de um artigo de Engel, publicado na Science em 1977, o qual postulava que "cada sistema (biológico, psicológico e social) pode afectar e ser afectado por qualquer um dos outros sistemas, o que pressupõe uma abordagem sistémica e interdisciplinar na interpretação do funcionamento humano"[364]. Centro de Reabilitação Profissional de Gaia e Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa. 2007. Mais Qualidade de Vida para as Pessoas com Deficiência e Incapacidades - Uma Estratégia para Portugal. Vila Nova de Gaia: CRPG. Disponível em:< https://comunicacaoaa.files.wordpress.com/2010/02/9-mais_qualidade_de_vida_para_as_pessoas_com_deficiencia_dez_20071.pdf>. Acesso em 03 jan. 2017. p.35

negativo da interação de um corpo com lesões em ambientes sociais poucos sensíveis à diversidade corporal das pessoas"[365]. Nos preceitos da CIF:

> A incapacidade é caracterizada como o resultado de uma relação complexa entre a condição de saúde do indivíduo e os factores pessoais, com os factores externos que representam as circunstâncias nas quais o indivíduo vive. Assim, diferentes ambientes podem ter um impacto distinto sobre o mesmo indivíduo com uma determinada condição de saúde. Um ambiente com barreiras, ou sem facilitadores, vai restringir o desempenho do indivíduo; outros ambientes mais facilitadores podem melhorar esse desempenho. A sociedade pode limitar o desempenho de um indivíduo criando barreiras (e.g., prédios inacessíveis) ou não fornecendo facilitadores (e.g. indisponibilidade de dispositivos de auxílio).[366]

Isso quer demonstrar que a amplitude conceitual empregada pela CIF serve de freio para concepções prévias e automáticas que incorporavam em absoluto a condição da deficiência como doença resultante em ineficiência, incapacidade ou dependência de seu detentor para com as demais pessoas e com o próprio Estado. Em guarida ao respectivo entendimento, deficiência não é doença, nem o inverso pode ser seu precedente contumaz, conclui-se, nos termos da CIF, que: "As deficiências podem ser parte ou uma expressão de uma condição de saúde, mas não indicam, necessariamente, a presença de uma doença ou que o indivíduo deva ser considerado doente"[367].

Disto, depreende-se que a CIF tem por objeto não a classificação de pessoas, mas, sim, a "classificação das características de saúde das pessoas dentro do contexto das situações individuais de vida e dos impactos ambientais"[368]. Neste preceito, cabe ser relacionado o duplo aspecto de observância obrigatória consubstanciados na CIF. Assim, no primeiro plano, constatam-se os aspectos ligados à "Funcionalidade e Incapacidade": que são as funções do corpo (funções fisiológicas ou psicológicas, tais como: funções mentais, funções sensoriais, funções da voz e da fala, etc.), estruturas do corpo (partes anatômicas do corpo, tais como, órgãos, membros e seus componentes), atividades e participação (execução de tarefas ou ações na vida real, tais como: cuidado

---

[365] DINIZ, Débora., MEDEIROS, Marcelo., SQUINCA, Flávia. Reflexões sobre a versão em Português da Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde, nota 2508.

[366] Organização Mundial de Saúde. CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, p.19.

[367] Organização Mundial de Saúde. CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, p.15. Nesse sentido, Romeu Sassaki diz: "Doença não é deficiência, assim como deficiência não é doença, mas algumas deficiências são causadas por doenças, assim como poderiam ser causadas por acidentes de qualquer tipo, violência urbana, maus-tratos em casa, tiros e explosões em tempos de guerra, etc. Outras deficiências são congênitas". Disponível em:< http://brasil.estadao.com.br/blogs/vencer-limites/deficiencia-nao-e-doenca/>. Acesso em 03 jan. 2017.

[368] Organização Mundial de Saúde. CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, p.215.

pessoal, vida doméstica, vida comunitária, social e cívica, etc.)[369]. Em segundo plano os "Fatores Contextuais": que denotam os fatores ambientais (constituem o ambiente físico, social e atitudinal em que as pessoas vivem e conduzem sua vida) e pessoais[370] ("referem-se ao histórico particular e ao estilo de vida que caracterizam o indivíduo (...) como o sexo, idade, raça, nível de educação, estilo de vida, profissão, passado social, entre outros"[371].)

Para melhor elucidação, colaciona-se tabela de visão geral da CIF[372]:

<table>
<tr><td></td><td colspan="2">Parte 1
Funcionalidade e Incapacidade</td><td colspan="2">Parte 2
Fatores Contextuais</td></tr>
<tr><td>Componentes</td><td>Função e Estruturas do Corpo</td><td>Atividades e Participação</td><td>Fatores Ambientais</td><td>Fatores Pessoais</td></tr>
<tr><td>Domínios</td><td>Funções do Corpo
e
Estruturas do Corpo</td><td>Áreas Vitais
(tarefas, ações)</td><td>Influências externas sobre a funcionalidade e a deficiência</td><td>Influências internas sobre a funcionalidade e a deficiência</td></tr>
<tr><td>Constructos</td><td>Mudança nas funções do corpo (fisiológicas)

Mudanças nas estruturas do corpo</td><td>Capacidade: Execução de tarefas em um ambiente padrão

Desempenho: Execução de tarefas no ambiente habitual</td><td>Impacto facilitador ou limitador das características do mundo físico, social ou atitudinal</td><td>Impacto dos atributos de uma pessoa</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Aspectos Positivos</td><td>Integridade funcional e estrutural</td><td>Atividades

Participação</td><td rowspan="2">Facilitadores</td><td rowspan="2">(não aplicável)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Funcionalidade</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Aspectos Negativos</td><td rowspan="2">Impedimento</td><td>Limitação da Atividade

Restrição da Participação</td><td rowspan="2">Barreiras</td><td rowspan="2">(não aplicável)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Deficiência</td></tr>
</table>

Ademais, fundamentada na preocupação de superar os conceitos estigmatizados que concebiam as pessoas com deficiência, a CIF[373] também optou em abandonar o uso

[369] Organização Mundial de Saúde. CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, p.13.
[370] Organização Mundial de Saúde. CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Lisboa, p.13.
[371] MARTINS, Patrícia Isabel de Souza Roque. Museus (In)Capacitantes: Deficiência, Acessibilidades e Inclusão em Museus de Arte. Volume I. 2014. 398f. Tese (Doutoramento em Belas-Artes). Universidade de Lisboa. Disponível em:< http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/15959/1/ulsd069831_td_vol_1.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017. p. 54.
[372] Organização Mundial de Saúde. CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Lisboa, p.14.
[373] Organização Mundial de Saúde. CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, p.215.

do termo *"handicap"* (desvantagem, limitação) – devido às suas conotações pejorativas que em inglês pela etimologia "remetia os deficientes a pedintes ("chapéu na mão")"[374].

Depois da contribuição universalmente promovida pela CIF ao conceber, segundo Débora Diniz *et al*., que: "Uma pessoa com deficiência não é simplesmente um corpo com lesões, mas uma pessoa com lesões vivendo em um ambiente que oprime e segrega o deficiente"[375], cabe ser reconhecida a importância da mudança dos paradigmas instituídos que conseguiram trasladar o "foco na desvantagem" (incorporado pela antiga *ICIDH)*, para o "foco na participação" que permite promover o reconhecimento da capacidade existente na pessoa com deficiência como direito garantido individualmente e dever imposto socialmente.

Subsequentemente surge a Convenção da Pessoa com Deficiência (2006), consonante ao entendimento pelo qual a deficiência não pode ser reconhecida como atributo personalíssimo indiferente ao contexto social que se assenta. No propósito primordial de "garantir a equiparação de direitos e oportunidades, a independência, a autonomia e o protagonismo das pessoas com deficiência"[376], a Convenção é recepcionada no direito pátrio promovendo a releitura sobre a conceituação de deficiência, identificação das pessoas com deficiência a partir da positivação do modelo social de abordagem acolhido. Assim, importa ressaltar determinados aspectos primordiais que caracterizam a incidência desta normativa.

A primeira constatação a ser realizada deve-se ao fato pelo qual a Convenção concretiza o instrumento de vitória concebido e aclamado para destinatários específicos: as pessoas com deficiência. Isto se diferencia do caráter universal de aplicação albergado pela CIF que objetivou contemplar *todas as pessoas,* com diferentes estados de saúde, em interação com o ambiente em que vivem[377].

Outra constatação diz respeito à incompatibilidade entre os termos traduzidos pela Convenção e pelas anteriores Classificações (ICIDH e CIF). O quadro que se

---

[374] DINIZ, Débora., MEDEIROS, Marcelo., SQUINCA, Flávia. Reflexões sobre a versão em Português da Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde, nota 2508

[375] DINIZ, Débora. Reflexões sobre a versão em português da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, note 2508.

[376] MARCELINO, Miguel Abud. Compreendendo a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF e suas interfaces com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. I Seminário Nacional sobre Deficiência e Funcionalidade: Transitando do modelo médico para o biopsicossocial. 19 a 21 nov. 2014. Brasília. Disponível em:< http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_imagens-filefield-description%5D_134.pdf>. Acesso em 04 jan. 2017. p.71.

[377] Organização Mundial de Saúde. CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, p.13.

apresenta busca pontuar a tradução e significado para cada terminologia nas diferentes épocas de empregabilidade dos dispositivos:

	Disabilty	***Impairment***	***Handicap***
(ICIDH / CIDID) Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens: um manual de classificação das consequências das doenças. (1980)	**Incapacidade** (restrições de habilidades provocadas por lesões)[378].	**Deficiência** (perdas ou anormalidades corporais)[379].	**Desvantagem** (prejuízos resultantes do detentor de deficiência e incapacidade)[380].
(ICF/CIF) Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. (2001)	**Incapacidade** (designa fenómeno multidimensional que resulta da interacção entre as pessoas e o seu ambiente físico e social)[381].	**Deficiência** (perda ou anormalidade de uma estrutura do corpo ou de uma função fisiológica (incluindo funções mentais)[382].	Termo desconsiderado devido às suas conotações pejorativas[383].
Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU. (2006)	**Deficiência** (resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação	**Impedimento** (são as alterações de natureza física, mental, intelectual ou sensorial).	

[378] DINIZ, Débora., MEDEIROS, Marcelo., SQUINCA, Flávia. Reflexões sobre a versão em Português da Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde, nota 2507.
[379] DINIZ, Débora., MEDEIROS, Marcelo., SQUINCA, Flávia. Reflexões sobre a versão em Português da Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde, nota 2507.
[380] DINIZ, Débora., MEDEIROS, Marcelo., SQUINCA, Flávia. Reflexões sobre a versão em Português da Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde, nota 2507.
[381] Organização Mundial de Saúde. CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, p.215.
[382] Organização Mundial de Saúde. CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, p.187.
[383] Organização Mundial de Saúde. CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde, p.215.

	dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas)[384].		

Nisso pode ser reconhecida, de acordo com Agustina Palacios, a grande evolução entre as conceituações de deficiência adotadas pelas definições internacionais. Nos preceitos incorporados pela Convenção fica referendado que *"La transición desde el concepto de discapacidad desde un modelo rehabilitador a uno social es una tendencia en marcha en el orden jurídico internacional"*[385].

Isso quer dizer, a concepção permeada na Convenção para conceituar de 'deficiência' e 'pessoas com deficiência', claramente demonstra o afastamento do modelo médico que as identificava "como uma limitação puramente individual, passível de tratamento e cura". Conforme a alínea "e", do Preâmbulo, a deficiência é resultante:

> ... da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, …[386]

Enquanto, o artigo 1º, identifica a pessoa com deficiência como sendo:

> ... 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 igualdade de condições com as demais pessoas[387].

Verifica-se que a grande contribuição proporcionada pela Convenção reside justamente no ganho conferido às pessoas com deficiência pela incorporação do Modelo

---

[384] Preâmbulo. CONVENÇÃO ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2007.

[385] PALACIOS, Agustina., BARIFFI, Francisco. La Discapacidad como uma cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas com Discapacidad. Madrid: Grupo editorial Cinca. 2007, p.58.

[386] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2007.

[387] AUGUSTIN, Ingrid. Modelos de deficiência e suas implicações na educação inclusiva. IX ANNPED SUL: Seminário de Pesquisa em Educação da Região Sul. 2012. Disponível em:< http://www.portalanpedsul.com.br/admin/uploads/2012/Educacao_Especial/Trabalho/08_07_19_1427-7299-1-PB.pdf> . Acesso em 03 jan. 2017. p.3.

Social[388]. E aqui, vale abrir parênteses para ratificar que a relação indicativa das pessoas com deficiência, consubstanciadas no artigo 1º, é meramente exemplificativa, para o qual, todos os direitos albergados por esta lei "são garantidos para todas as pessoas com deficiência, qualquer que seja ela (ex: emocional, psicossocial ou outra)"[389], sempre que sua "interação com uma ou mais barreiras culminem por configurar um quadro de obstrução da participação plena e efetiva na sociedade."[390]

Por isso, conforme Rafael de Lorenzo García, esse modelo pode ser caracterizado basicamente por considera a deficiência *"... como un problema de origen social, en* el *que la misma no es simplemente un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social"*[391].

Ao reconhecer que deficiente é o meio social quando não combate as barreiras de atitude (que são criadas pelo comportamento desrespeitoso às pessoas com deficiência; como exemplo: o uso indevido de vagas reservadas, a discriminação na contratação de uma prestação de serviço, etc.); as barreiras do meio (remetendo as dificuldades físicas ou arquitetônicas que obstaculizariam a livre locomoção das pessoas com deficiência; exemplo: prédios sem rampas de acesso, calçadas com degraus, etc.) e as barreiras institucionais ("que são as discriminações dotadas de amparo legal, justificando a exclusão de alguns direitos às pessoas com deficiência"[392]; exemplo: restrição da capacidade civil), compreende-se "que o problema não está na pessoa ou na

---

[388] Conforme Ingrid Augustin: "Entre os anos 60 e 70, os movimentos sociais de luta pelos direitos humanos e respeito à diversidade se efetivaram. Iniciou na Grã-Bretanha o modelo social de deficiência, cunhado a partir de fortes críticas ao modelo médico e sob um ponto de vista sociológico da deficiência." AUGUSTIN, Ingrid. Modelos de deficiência e suas implicações na educação inclusiva, p.3.

[389] Célia Barbosa Abreu discorre sobre esta afirmação diante da problemática abordada se as pessoas com transtornos mentais (psicossocial), também seriam tuteladas pelos preceitos da Convenção Internacional a medida que, no seu Preâmbulo não se verifica qualquer menção a hipótese. ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. In: Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo. 2016. p.549.

[390] ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC, p.549.

[391]GARCÍA, Rafael de Lorenzo., PALACIOS, Agustina. Los grandes hitos de la protección jurídica de las personas com discapacidad em albores del siglo XXI. Documentación Administrativa. n.271-272. Enero/agosto 2005. Disponível em:< http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5674 >. Acesso em 05 fev. 2017. p.304.

[392] MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra; JUNIOR, Marcos Ehrhardt (orgs.). Direito Civil Constitucional – A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p.59.

sua deficiência, mas que a deficiência assume uma dimensão social que leva a exclusão"[393], se não combatida.

Deste modo, quando a Convenção busca aniquilar as barreiras existentes ou impedir novas formações, proclama direitos e deveres que passam a discorrer pelo repúdio à discriminação (art.8), pela eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade (art.9), pelo reconhecimento de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas (art.12), pela proibição a pena ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (art.15), dentre outros. Essas medidas resgatam a pessoa com deficiência da condição de invisibilidade muito ainda enraizada socialmente, para, "emancipá-la" de modo que seja possível "retomar o controle de sua própria vida e ainda ter o poder de tomar decisões nos meios sociais, participando ativa e politicamente de sua comunidade"[394].

Nisso permite-se verificar, de acordo com Ingrid Augustin, que a luta empreendida pelas pessoas com deficiência permearam duas filosofias fundamentais, pelas quais, enquanto a primeira fundamentada no modelo médico às enxergavam como personagens "dependentes" da sociedade onde viviam a outra, oportunizada pelo modelo social, os percebiam como "clientes" daquilo que a sociedade oferecia[395] e "donos" de suas próprias escolhas.

Ao incorporar o modelo social uma nova orientação se assume trazendo o reconhecimento da diversidade humana existente[396] e, consequencialmente, uma série de obrigações pelas quais a sociedade como um todo deverá responsabilizar-se para formação de um ambiente socialmente inclusivo. Porém, ao lado da ideia de inclusão, caminha a ideia de reconhecimento e não discriminação. O reconhecimento de um indivíduo em sua comunidade pode ocorrer em dois planos: o primeiro, no plano do indivíduo consigo mesmo; o segundo, no plano do indivíduo em suas relações com os demais. De fato, porque o homem associa-se por natureza (é um animal político), é nesse espaço de interação intersubjetiva que poderá desenvolver-se em sua individualidade. Do contrário, teria limitado o desenvolvimento de sua capacidade de comunicação, cognição e, também, de seus sentimentos (amor, ódio, ambições). É na interação com o outro e no contato com a diferença que o homem encontra e constrói a

[393] AUGUSTIN, Ingrid. Modelos de deficiência e suas implicações na educação inclusiva, p.3.
[394] AUGUSTIN, Ingrid. Modelos de deficiência e suas implicações na educação inclusiva, p.3.
[395] AUGUSTIN, Ingrid. Modelos de deficiência e suas implicações na educação inclusiva, p.1
[396] GARCÍA, Rafael de Lorenzo., PALACIOS, Agustina. Los grandes hitos de la protección jurídica de las personas com discapacidad em albores del siglo XXI, p.305.

sua identidade. Eis o reconhecimento em um primeiro plano (*conhecer* sua identidade por se *reconhecer* na diferença).

Em um segundo plano, o reconhecimento opera em relação não a si próprio, mas em relação aos demais indivíduos (daí em vários níveis: família, amigos, trabalho, comunidade, sociedade). Aqui, a inclusão age em reciprocidade com o reconhecimento. O indivíduo que se reconhece em sua individualidade com relação aos demais e, reversamente, é por estes reconhecido, sente-se e acha-se, de fato (desde a perspectiva dos demais), incluído.

Assim, a dimensão social que a Convenção institui traz subsequentemente o dever de fazer com que a pessoa com qualquer tipo de impedimentos tenha seu pleno reconhecimento sem acometimentos de discriminação "odiosa" ou "ilícita". Logo, é isto que o próximo item deste trabalho passará a discorrer em complementação ao estudo iniciado.

2.2 O Princípio da Não Discriminação da Pessoa com Deficiência na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência

A situação vivenciada por Tonet Ramírez, que tem síndrome de Down, retrata que em um determinando dia quando chegou a sua casa, não havia energia elétrica. Então, ao chamar serviço técnico, nenhum dos eletricistas deu atenção ao caso e o ignoraram. A razão para isso, explicada por Ramírez, é que não tiveram paciência em ouvir o que ele explicava: *"Ellos se creyeron que yo, como soy un chico síndrome de Down, como tengo dificultades para hablar rápido, pues y no tuvieron paciencia para entenderme, pero yo creo que nos tienen que hacer caso como a los demás"*[397].

Esse retrato, e todos os demais que forem colacionados, servem para dar "voz" ao presente trabalho, posto que, a melhor forma de se repensar o direito do outro é a partir da fala de seus próprios protagonistas.

Por isso, o enfoque empreendido pela Convenção ao enaltecer a garantia que os assuntos referentes às pessoas com deficiência são reconhecidamente uma questão de direitos humanos, passa a ser prevalecente para reestruturação de todas as concepções legais ou sociais que possam interferir na vida destes indivíduos. Conforme Juan Pablo

[397] ESPAÑA, Down. La Convención Internacional de naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con discapacidad vista por sus Protagonistas. 2010. Disponível em:http://www.sindromedown.net/wp-content/uploads/2014/09/57L_guia.pdf. Acesso em 10 fev. 2017.p.25.

Olmo *et.al. "No es posible negar que los derechos humanos tienen, em la actualidad, um papel expansivo, y que las restantes instituciones jurídicas se vieron incididas y, eventualmente, modificadas por su presencia"*[398].

Desse modo, cabe ressaltar a partir de Augusto Cançado Trindade que os direitos humanos são aqueles que não objetivam o tratamento das igualdades, ao contrário, sua existência vem eivada de lutas sociais em prol de destinatários certos que necessitam serem tutelados nos desequilíbrios e disparidades enfrentadas no curso de sua vida[399]. Por isso, "é o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão"[400].

A isso não se pode negar o verdadeiro "fosso social"[401] que arduamente as pessoas com deficiência tiveram que conviver enquanto se sobrepuseram a estigmatização de sujeitos irrelevantes ao processo de desenvolvimento social. A ausência de amparo e resguardo aos direitos essenciais impôs como penalidade impedimentos a condições básicas de estudo, lazer, trabalho, saúde, etc., que resultaram, por exemplo, no cenário brasileiro conforme Censo/2010, a somente 7% da população com deficiência a chance de possuir ensino superior completo. Por isso, Flávia Piovesan observa ser a deficiência "associada com analfabetismo, nutrição precária, falta de acesso à água potável, baixo grau de imunidade, doenças e condições de trabalho perigosas e insalubres"[402].

Nisto, observou Carolina Valença Ferraz *et al,* que a única forma de solução a esta "situação de desigualdade substancial depende, necessariamente, do enquadramento da proteção da pessoa com deficiência como questão de direitos humanos"[403]. A essa resposta, a Convenção surgiu como proteção para estes indivíduos enquanto "relevante

---

[398] OLMO, Juan Pablo., ALCORTA, Julio A. Martínez. Artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas com discapacidad: medidas de apoyo y de salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino. Revista Interdisciplinarioa de Doctrina y Jurisprudencia. n. 49. Buenos Aires: AbeledoPerrot. Mai.2011. p.40.

[399] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Apresentação ao livro de PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14.ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p.57.

[400] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Apresentação ao livro de PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, p.57.

[401] FERRAZ, Carolina Valença., LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença., LEITE, Glauber Salomão (orgs.). Direito à Diversidade. São Paulo: Atlas. 2015, p.103.

[402] PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14.ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p.283.

[403] FERRAZ, Carolina Valença., LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos, p.105.

instrumento para a alteração da percepção da deficiência, reconhecendo que todas as pessoas devem ter a oportunidade de alcançar de forma plena o seu potencial"[404].

Com a incorporação dos preceitos convencionados instituem-se direitos e deveres próprios às pessoas com deficiência cujos Estados signatários passaram a estar adstritos "independentemente do que lhes é atribuído nos sistemas jurídicos nacionais"[405]. Mas, importa ressaltar que a obrigação de observância e concretização da Convenção mostrou-se questão de primeira ordem às questões em relação ao Estado, mas, não excluiu sua incidência nas relações privadas[406] que pudessem circunscrever a pessoa com deficiência, posto que: "na interpretação dos tratados de direitos humanos, a chamada autonomia da vontade das partes cede espaço à fiel realização de seu objeto e propósito. O caráter objetivo das obrigações convencionais sobrepõe-se à identificação das intenções subjetivas das partes"[407].

Já cabe adiantar que no cenário brasileiro, por força do "princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais"[408] (artigo 5º, §1º, da Constituição Federal), a incorporação da Convenção, justamente por possuir como objeto principal "a definição de direitos e garantias" em torno das pessoas com deficiência, responsabilizou-se pela formação imediata de direitos subjetivos a seus beneficiários[409]. Isto, além de tornar possível a exigibilidade no plano vertical e horizontal dos direitos "sem a necessidade de edição de ato com força de lei"[410] também, contemplou as duas vertentes instituídas convencionalmente, quais sejam: "as vertentes repressiva (atinente à proibição da discriminação) e promocional (atinente à promoção da igualdade), no que tange à proteção dos direitos das pessoas com deficiência"[411].

---

[404]PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, p.284.
[405] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Apresentação ao livro de PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, p.57.
[406] Importa ressaltar que a Organização das Nações Unidas, reconhece o papel que organizações não-estatais desempenham no processo de concretização dos direitos humanos. Ademais, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos de 2011, aprovado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU (elaborado por representantes do Secretário-Geral das Nações Unidas), deixam claro que o dever de implementar, proteger e remediar eventuais violações de direitos humanos é do Estado, no entanto, empresas são corresponsáveis pelo processo de prevenção, proteção e monitoramento. RUGGIE, John. Empresas e Direitos Humanos: parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar. São Paulo: Conectas Direitos Humanos, 2012. Disponível em:<http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1).pdf >. Acesso em 10 fev. 2017.
[407] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Apresentação ao livro de PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, p.57.
[408] PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, p.143.
[409] PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, p.143.
[410] PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, p.285.
[411] PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, p.285.

Ademais, também é oportuno afirmar que esse processo de incorporação obedeceu aos preceitos do §3º, artigo 5º da Constituição Federal[412], o qual determina que todo tratado internacional de direitos humanos que forem incorporados pelo processo de emenda constitucional, ou seja, que forem aprovados pelo Congresso Nacional por três quintos dos membros de cada Casa em dois turnos em cada uma delas, será considerado "equivalente" a norma constitucional. Portanto, a referida interpretação normativa leva a entender que seria uma espécie de emenda a Constituição, fora da Constituição.

Logo, a razão da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, representar o primeiro tratado ratificado no Brasil com este quórum de aprovação, são confirmatórias sobre a importância desta temática para o Estado brasileiro de modo a enquadrá-la no mesmo patamar da Carta Magna[413].

Permeada da mais absoluta relevância por ser decorrente do contexto apresentado, a Convenção traçou as diretrizes primordiais que deverão ser observadas pelos Estados Partes em promoção ao pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência. Dentre as primordiais preocupações permeadas na Convenção, insta reconhecer que o repúdio e o combate a todas as formas de "discriminação" da pessoa com deficiência perpassam direta ou indiretamente o campo normativo em atendimento ao Princípio geral da "não-discriminação", (artigo 3, alínea "b").

Uma análise mais detalhada da Convenção consegue demonstrar que o fator "discriminação" sobrevindo às pessoas com deficiência é por um lado, causa reiterada de incidência social que leva a conclamar medidas específicas de prevenção e sanção; e

---

[412] Art. 5º, § 3º: "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." BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

[413] Em complementação cabe discorrer que o Supremo Tribunal Federal, interpretando o §2º, do artigo 5º da Constituição Federal, criou mais um degrau a hierarquia das normas. Segundo a corte, os tratados de direitos humanos incorporados pelo processo tradicional (ou seja, não pelo processo do parágrafo 3º, do artigo 5º) são normas supralegais, acima das outras normas do ordenamento jurídico mas abaixo da constituição. Este não é o caso da incorporação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que recebe posicionamento de norma equivalente a constituição. (BARBOZA-FORHMAN, Ana Paula., KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo Social de abordagem e direitos humanos das pessoas com deficiência. In: Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas- Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. MENEZES, Joyceane Bezerra. (org.). Rio de Janeiro: Processo. 2016. p.82). Para aprofundamento no estudo desta questão indica-se a leitura do artigo científico: "Tratados de Direitos Humanos supralegais e constitucionais: Uma abordagem analítico-normativa", sob autoria de Beclaute Oliveira Silva, disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520002/001063226.pdf . Acesso em 30 jan. 2017.

que por outro, impõe mudanças formais nos ordenamentos pátrios para que realoquem seus institutos jurídicos (como exemplo no cenário brasileiro sobre o regime das incapacidades) de modo a prover o digno tratamento desejado em observância aos direitos humanos.

Por isso, Patrícia Cuenca Gómez afirma que:

> *Manejar um enfoque de derechos humanos implica tomarse em serio la idea de que las personas com discapacidad son sujetos que poseen los mismos derechos que el resto de los ciudadanos garantizando la igualdad y la no discriminación de este colectivo en su titularidade, disfrute, protección y ejercicio*[414].

O objetivo permeado pela Convenção impõe o reconhecimento de que a deficiência é uma característica que, de formas variadas, poderão se fazer presente na vida de qualquer pessoa. Porém, ainda que determinadas deficiências levem a adoção de diferentes modos de vida (o que invariavelmente também se faz presente entre as pessoas sem deficiência), o fato é que a sua existência não pode ser razão justificadora pela adoção de medidas desigualitárias entre estes indivíduos e todos os demais. Por isso, quer proclamar a Convenção *"la dignidad e igual valor de todas las personas con discapacidad, y condenando cualquier conducta que pretenda limitar u obstaculizar sus derechos por razón de discapacidad"*[415].

Como diretrizes que conduzirão a forma de criação e aplicação dos preceitos objetivados às pessoas com deficiência, pode ser verificado que a Convenção alicerça-se sobre princípios fundamentadores do modelo social que buscarão concretizar o direito posto de tratamento igualitário e não discriminatório. Sendo "valores supremos do sistema jurídico"[416], os princípios preceituados servirão para "fundamentar e dar

---

[414] GÓMEZ, Patícia Cuenca. La capacidad jurídica de las personas com discapacidad: el art. 12de la Convención de la ONU y su impacto em el ordenamento jurídico español. Derechos y Libertades. n.24, época II, enero 2011, p.221-257. Disponível em:< https://www.academia.edu/2477983/La_capacidad_jur%C3%ADdica_de_las_personas_con_discapacidad_el_art._12_de_la_Convenci%C3%B3n_de_la_ONU_y_su_impacto_en_el_Ordenamiento_jur%C3%ADdico_espa%C3%B1ol>. Acesso em 04 jan. 2017. p.223.

[415] CAMPO, Ana Sastre. La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. In: 2003-2012: 10 AÑOS DE LEGISLACIÓN SOBRE NO DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA: Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna. RAMÍREZ, Glória Álvarez (coord.). Fundación Derecho y Discapacidad. Disponível em:< http://www.convenciondiscapacidad.es/Publicaciones_new/46_Libro_MAC.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

[416] AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 2014, p.69.

unidade"[417] ao sistema de proteção às pessoas com deficiência; para isso, o artigo 3 da Convenção elege como princípios gerais:

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

Insta ressaltar que a gama dos princípios eleitos pela convenção buscam ter sua aplicação sempre em completude uns com os outros para que se concretize absoluta abrangência às situações vivenciadas pela pessoa com deficiência de forma a prover sua plena inclusão social. Nos dizeres de Luiz Alberto David Araújo: "Imaginar que um princípio poderia ser trazido, de forma isolada, para determinar um comportamento não seria correto. Eles compõem um conjunto harmônico, interligado, com uma forte comunicação interna"[418].

A prova desta afirmação pode ser feita por um simples raciocínio que leve a demonstrar os direitos decorrentes a partir destes princípios. Vide o princípio da "não discriminação"; sua previsibilidade levará por consequência ao legítimo direito de igualdade de oportunidades para a pessoa com deficiência exercer sua vida profissional; direito de ter opção de se transitar por acessos criados para sua locomoção dando-lhe liberdade de escolha em 'não ir quando poderia ter ido', direito a fazer valer suas próprias vontades; direito ao seu lazer; entre tantos outros. Isso quer demonstrar que os princípios gerais instituídos (artigo 3), pulverizaram-se em forma de outros inúmeros direitos promovedores do reconhecimento da pessoa com deficiência como membro integrante ao contexto social e não a ser integrado.

---

[417] AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 2014, p.69.

[418] ARAÚJO, Luiz Alberto David. Artigo 3: Princípios Gerais. In: A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada. RESENDE. Ana Paula Crosara; VITAL. Flavia Maria de Paiva. (coord.) Brasília : Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008. p. 44. Acesso em: http://www.governoeletronico.gov.br/biblioteca/arquivos/a-convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-comentada/view>. Acesso em 13 mar. 2016.

Conforme destaca Jorge Miranda, não discriminar é consequencial ao ato de reconhecimento que as pessoas com deficiência devem ser tratadas como quais quer outras, "como membros da comunidade devem exercer os direitos gerais de participação quer na área onde habitem, quer nas diversas instâncias culturais, religiosas, profissionais, associativas e partidárias, quer nas eleições e nas outras actividades políticas"[419].

Nessa toada, o princípio da "não discriminação", pode ser identificado transversalmente por todo texto normativo do tratado. Entretanto, especificadamente no artigo nº 5, ao referir-se sobre o direito à igualdade e à não-discriminação, a Convenção *"pone en juego* herramientas *del derecho antidiscriminatorio internacional"*[420], que promovam pontualmente atitudes igualitárias em supressão as discriminatórias, especialmente, destinando previsão normativa que assegure o pleno desenvolvimento, o avanço e o reconhecimento das mulheres com deficiência em garantia de exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais (artigo nº 6), tal como, às crianças com deficiência para o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças (artigo n° 7).

A identificação de condutas discriminatórias por motivo de deficiência pode ser constatada a partir da definição do artigo nº 2, como qualquer prática, conduta ou atitude que proporcione:

> ... qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável;... [421]

Quer se observar, por exemplo, que um corpo com impedimentos não é razão para roubar o direito desta pessoa ir e vir para receber sua formação educacional, tampouco, o direito de receber atendimento adequado e primordialmente inclusivo na instituição que ela quiser escolher. É preciso entender que o conceito de discriminação,

---

[419] MIRANDA, Jorge. Comentário à Convenção. Disponível em:< http://www.inr.pt/content.php?idlang=1&id=1665&alias=comentario-convencao-por-jorge-miranda&imprime>. Acesso em 13 jan. 2017. p.1

[420] CAMPO, Ana Sastre. La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. p.78.

[421] Artigo 2. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2007.

"não é um dado da natureza, não está na essência de nenhum corpo, mas no olhar do outro que o desqualifica como um ser abjeto"[422].

Nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, na ADI 5357 MC/DF: "...é somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos ..."[423], repugna-se o acometimento de discriminações ilícitas.

Dessarte, a caracterização das discriminações 'ilícitas' ou 'odiosas', surgem fundamentadas nos estereótipos agregados ao senso comum que promovam condutas comissiva ou omissiva de afronta aos direitos fundamentais de determinado indivíduo ou grupo de indivíduos que se enquadrem aos preceitos pejorativos e degradantes que injustamente possam existir[424].

Ademais, importa ressaltar que, a discriminação também pode se manifestar de diferentes tipos a depender da abrangência que a conduta empregada possa resultar. A saber, a discriminação poderá ser direta (intencional) ou indireta (de fato)[425].

O conceito de discriminação direta está previsto na Diretiva da União Européia 2004/113/CE (artigo 2)[426], que ao referir-se especificadamente sobre a "discriminação em razão do gênero", a conceitua como aquela empregada no intuito de afrontar a integridade física ou moral do outro em razão das características ou sinais discriminatórios que possa possuir[427]. Por isso, o repúdio a este tipo discriminatório,

---

[422] DINIZ, Débora., BARBOSA, Lívia. Artigo 2: Definições. In: A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada. RESENDE. Ana Paula Crosara; VITAL. Flavia Maria de Paiva. (coord.) Brasília : Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008. p. 37. Acesso em: http://www.governoeletronico.gov.br/biblioteca/arquivos/a-convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-comentada/view>. Acesso em 13 mar. 2016.

[423] STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI no 5.357 MC-DF, julgada em 18 de novembro de 2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5357&classe=ADI&codigoClasse=0&ORIGEM=JUR&recurso=0&tipoJulgamento= Acesso em: 10 fev. 2017.

[424] CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2005. p.29.

[425] CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência, p.30.

[426] DIRECTIVA 2004/113/CE DO CONSELHO de 13 de Dezembro de 2004. Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em< http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0113&from=PT>. Acesso em 10 jan. 2017.

[427] Álvaro Ricardo de Souza Cruz apresenta a informação que: "No Direito americano é denominada prima facie discrimination, permitindo à vítima desincumbir-se do ônus da prova quando recorre ao Judiciário buscando alguma medida de caráter injuntivo ou declaratório". CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência, p.30.

consoante ao disposto por Rosalice Fidalgo Pinheiro: "Trata de proteger essencialmente o indivíduo, atentando-se contra a sua dignidade como pessoa humana"[428].

Por sua vez, a discriminação indireta é aquela que se transmuta do indivíduo para o grupo ao qual pertença, ocorrendo quando "disposições, critérios ou procedimentos, aparentemente neutros, colocam um grupo de pessoas em desvantagem em face das outras"[429]. Esta discriminação pode inclusive ser resultante tanto do campo da autonomia privada (a exemplo das piadas jocosas, remuneração a menor para trabalhadores em regime parcial cuja maioria era integrante de mulheres), como da atuação pública quando desenvolver "política de neutralidade e de indiferença do aparato estatal para com as vítimas da discriminação"[430], sem atendê-las em suas particularidades[431].

A questão é que para ser caracterizada, Ariadna Aguilera Rull observa a necessidade de uma "situação de desvantagem particular"[432] somada ao elemento negativo que consistirá na demonstração de que a atitude empregada não é justificável. Isso quer dizer que *"La exigencia de una finalidad legítima trata de excluir la posibilidad de que la medida persiga la finalidad de discriminar"*[433].

Na formulação de Rafael de Asís Roig e Patricia Cuenca:

> *Desde este punto de partida, la discriminación se entiende como una situación o un trato diferente que no encuentra justificación alguna o cuya posible justificación decae por la existencia de argumentos superiores. Así, existe discriminación cuando diferencias no relevantes son tenidas en cuenta para producir directa o indirectamente un trato diferente, y cuando diferencias relevantes no son tenidas en cuenta para producir directa o indirectamente un trato diferente.*[434]

---

[428] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A proibição de discriminação nos contratos no direito brasileiro em face da experiência europeia. Direitos fundamentais e justiça. Ano 8, n.28, p.52-81, jul/set. 2014. Disponível em:< http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/28_Doutrina_Nacional_01.pdf>. Acesso em 10 jan. 2017. p.60.

[429] PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A proibição de discriminação nos contratos no direito brasileiro em face da experiência europeia. Direitos fundamentais e justiça, p.60.

[430] CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência, p.31.

[431] CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência, p.31.

[432] RULL, Ariadna Aguilera. Discriminación directa e indirecta. InDret. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, p.2-17, abr.2008. Disponível em:< http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78708/102784>. Acesso em 10 jan. 2017, p. 13.

[433] RULL, Ariadna Aguilera. Discriminación directa e indirecta, p. 14.

[434] ROIG, Rafael de Asis., CUENCA, Patricia. La igualdad de oportunidades de las personas com discapacidad. In: 2003-2012: 10 AÑOS DE LEGISLACIÓN SOBRE NO DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA: Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna. RAMÍREZ, Glória Álvarez (coord.). Fundación Derecho y Discapacidad. Disponível em:< :< http://www.convenciondiscapacidad.es/Publicaciones_new/46_Libro_MAC.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017. p.63

Por isso, há que se reconhecer que a discriminação pode assumir outra face quando estiver consubstanciada na razão de ser o caminho condicionante para resguardar o princípio da igualdade a determinados indivíduos[435]. Nas palavras de Robert Alexy: "... uma diferenciação é arbitrária, e, por isso, proibida, se não for possível encontrar um fundamento qualificado para ela"[436]. A estas hipóteses, em que exista "razão suficiente que justifique uma diferenciação"[437], reconhecer-se-á a discriminação "lícita".

Referidas razões justificadoras, que promovam segundo Walter Claudius Rothenburg o "dever de diferenciação sempre que isto seja necessário e oportuno para se alcançar uma igualdade efetiva"[438], podem ser bastante diversas. Porém, conforme Robert Alexy, todas possuirão como pano de fundo o mesmo ideário permeado pela ideia de justiça[439] que justifiquem que "se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório"[440].

De toda sorte, Rafael de Asís Roig e Patricia Cuenca, apontam sobre dois argumentos demonstrativos da justificação do discurso de proteção a grupos vulneráveis; um sob a perspectiva da situação e, o outro, sob a perspectiva da identidade.

O primeiro argumento sob o enfoque da situação se assentará *"... la afirmación del valor de las personas (normalmente apelando a la dignidad humana), y presta atención a las circunstancias en las que se encuentran"*[441]; por sua vez, o segundo argumento destinado à percepção do indivíduo *"... parte del valor del grupo (normalmente apelando a la diversidad), y presta atención a los rasgos que sirven para identificar a una persona o a un grupo*"[442].

---

[435] CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência, p.15.
[436] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p.408.
[437] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p.408.
[438] ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade Material e Discriminação Positiva: o princípio da isonomia. In Novos Estudos Jurídicos, v.13, n.2, p.77-92, jul-dez 2008. Disponível em:< http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>. Acesso em 10 jan. 2017. p.6.
[439] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p.408.
[440] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p.410.
[441] ROIG, Rafael de Asis., CUENCA, Patricia. La igualdad de oportunidades de las personas com discapacidad, p.63.
[442] ROIG, Rafael de Asis., CUENCA, Patricia. La igualdad de oportunidades de las personas com discapacidad, p.63

A título de melhor elucidação, a "ação afirmativa"[443] de âmbito brasileiro retratada por Carmem Lúcia Antunes Rocha sobre a luta empreendida pelas pessoas com deficiência até que conseguissem assegurar por força de norma constitucional (artigo 37, inciso VIII, CF/88), seu direito a inserção no mercado de trabalho, enquadram-se aos argumentos justificadores supra mencionados[444].

O primeiro argumento, sob o enfoque da situação, pode ser empreendido a partir da observância dos preceitos do modelo social reconhecedores de que a deficiência existente a ser derrubada é a construída pelo meio social. Nas palavras de Carmem Lúcia Antunes Rocha: "Não era, pois, a comprovação de que a deficiência os deixava inabilitado física ou psiquicamente para o desempenho que os conduziam à reprovação; era tão-somente a deficiência moral dos espíritos menores agrilhoados em seus preconceitos"[445].

Já o segundo argumento sob a percepção da identidade, pode ser valorado pela árdua invisibilidade que por muito se sobrepôs às pessoas com deficiência como sujeitos que mais teriam a que incomodar do que a contribuir. Também nas palavras de Carmem Lúcia Antunes Rocha: "Até há pouco, considerados castigados por alguma divindade e marcados por essa pena também socialmente, eram eles privados do acesso às oportunidades de trabalho e de obtenção de condições mínimas de dignidade e da igual liberdade de realizar-se como ser humano"[446].

---

[443] As ações afirmativas são conceituadas por Flávia Piovesan como "medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, as mulheres, dentre outros grupos". (PIOVESAN, Flávia., PIOVESAN, Luciana., SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. v.2. p.493-502. Ago/2011. Revista dos Tribunais. p.497). Para Cristiano Chaves de Farias: "ações afirmativas, isto é quando o Estado, objetivando compensar os desequilíbrios, cria mecanismos em prol de um grupo de pessoas, visando compensar desigualdades históricas, ainda que conferindo um tratamento diferenciado a eles, quando comparados aos demais". FARIAS, Cristiano Chaves de., CUNHA, Rogério Sanches., PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2016. p.35.

[444] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a.33.n.131. jul-set. 1996. p.283-295. Disponível em:< http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3 > Acesso em 10 jan. 2017. p.291.

[445] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, p.291.

[446] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, p.291.

Logo, por todo exposto, quer-se demonstrar que, independente do viés adotado, o objetivo prioritário é "proibir a discriminação por motivo de deficiência"[447] e, consequencialmente, ser possível prover por meios justos e seguros o reconhecimento das pessoas com deficiência em igualdade de direitos, de garantias, de escolhas, de benefícios ou privilégios que qualquer outra pessoa sem impedimentos possa se valer. Nesse sentido, reconhece Walter Claudius Rothenburg que " ... a igualdade pode, enfim, significar diferenciação. O que importa é a construção da identidade, tão emancipada e autônoma quanto possível, para, a partir desse reconhecimento, estabelecer a igualdade"[448].

Isso por sua vez, fundamenta-se na própria visão de direitos humanos que, "baseada na não discriminação se sustenta em três pilares principais: igualdade de oportunidade, poder de decisão sobre a própria vida e segurança para exigir os direitos"[449]. Agustina Palácios e Rafael de Lorenzo García também certificam que: *"La exclusión y la discriminación por razón de la discapacidad violan diversos derechos humanos universales, en particular el derecho a la igualdad"*[450].

De fato são inúmeras as interpretações que o princípio da "não discriminação" associado ao atendimento do princípio da igualdade, poderá emanar para determinar seu conteúdo. Assim, quando a Convenção, na primeira parte do artigo nº 5, proclama que "Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem *jus,* sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei", quer garantir que seja concretizado formal e materialmente o pleno exercício dos direitos humanos também pelas pessoas com deficiência.

Nessa toada, outros questionamentos cruciais começam a se formar. Como se pensar em igualdade de gozo ou exercício de direitos quando em muitos contextos o que reinava em absoluto era a segregação proclamada em alto e bom som por suas leis internas sobre a condição de incapazes destes indivíduos. A presunção sobre a incapacidade civil da pessoa com deficiência é discriminatória sob os "óculos" do

---

[447] PALACIOS, Agustina., BARIFFI, Francisco. La Discapacidad como uma cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas com Discapacidad, p.67-68.

[448] ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade Material e Discriminação Positiva: o princípio da isonomia. p.84.

[449] DO CENSO, Cartilha. Pessoas com deficiência. Luiza Maria Borges Oliveira/Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD)/Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência, 2010.

[450] GARCÍA, Rafael de Lorenzo., PALACIOS, Agustina. Los grandes hitos de la protección jurídica de las personas com discapacidad em albores del siglo XXI, p.305.

modelo social incorporado com a Convenção? É o que o próximo item destina-se a investigar.

2.3 A Capacidade Jurídica da Pessoa com Deficiência: do paternalismo à autonomia

Ao reafirmar que as pessoas com deficiência "têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei", a Convenção enaltece que a capacidade de adquirir e exercer direitos deve ser equiparada a estes indivíduos como de qualquer outra pessoa.

> Art. 12. Reconhecimento igual perante a lei
> 1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei. ...[451].

Dito os termos iniciais do presente dispositivo, insta ponderar sobre a premente necessidade que sua interpretação seja desprovida de qualquer preconceito que possa impedir que se enxergue "as pessoas com deficiência como pessoas iguais às outras, respeitando a peculiaridade do direito à igualdade em relação às pessoas socialmente mais vulnerabilizadas"[452]. Primordialmente, pode ser verificado que o intuito preceituado está em proteger a pessoa concreta, de acordo com suas diferenças. Valendo-se das afirmações de Boaventura de Sousa Santos: "as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza"[453].

Por conseguinte, a Convenção também se fundamenta no direito à igualdade que não comporta tratamentos discriminatórios, impondo-se a igualdade de tratamento em todos os sentidos às pessoas com deficiência. Deste modo, para prover que a igualdade formal consubstanciada a partir da Convenção se transmute em igualdade real a ser

---

[451] Artigo 12, "1": "Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2007.

[452] RAMOS. Cleide. In: A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada. RESENDE. Ana Paula Crosara; VITAL. Flavia Maria de Paiva. (coord.) Brasília : Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008. p. 54-57. Acesso em: http://www.governoeletronico.gov.br/biblioteca/arquivos/a-convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-comentada/view>. Acesso em 13 mar. 2016. p.56.

[453] Apud MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana.Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 92.

concretizada no dia a dia destes indivíduos, há que ser garantida que a porta de ingresso comum à aquisição e exercício de todos os direitos que é a 'capacidade jurídica', seja a mesma para todos. Isto nada mais é que o acolhimento ao direito à diferença, que conforme Maria Celina Bodin de Moraes, parte da contemplação das diferenças existentes entre as pessoas, uma vez que a humanidade é diversificada e multicultural[454].

Assim, o artigo nº 12 da Convenção (item 2), pautado na intenção de "resgatar a autonomia do indivíduo e combater a desigualdade e a discriminação em virtude da deficiência"[455], busca romper com as já mencionadas barreiras institucionais, ao impor nos seguintes termos: "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.".[456]

Ao expressamente afirmar que "as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas", rompe-se com a concepção segundo a qual "a pessoa com deficiência tem um valor inferior às demais e de que a capacidade jurídica é critério para conquistar a titularidade de direitos fundamentais"[457]. Sob a égide dos princípios *in dúbio pro capacitas* e da intervenção mínima, promove-se uma reviravolta no regime das incapacidades[458].

Nesse sentido, Joyceane Bezerra de Menezes, contribui ao dizer que é "o reconhecimento da autonomia e da capacidade das pessoas com deficiência", o principal contributo da Convenção, que os possibilita concorrer em igualdade de condições com as demais pessoas, em termos de participação na vida social, familiar e política[459]. Dizer sobre a igualdade conferida às pessoas com deficiência por meio do reconhecimento de sua plena capacidade jurídica é atender ao princípio geral de "respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a

---

[454] MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 88

[455] MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro, p.59.

[456] Artigo 12, "2": "Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2007.

[457] MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: Civilistica.com., n.1, 2015. Disponível em: < http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>. Acesso em 24 fev. 2016. p. 10.

[458] MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p. 4.

[459] MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p. 5.

independência das pessoas"[460], previsto no artigo 3º, alínea "a" da Convenção. Ao tratar sobre esse princípio, Luiz Alberto David Araújo diz: "Há que buscar o desejo e o interesse da pessoa com deficiência para suas escolhas e decisões. E tais decisões devem se pautar pela independência, por uma vida independente"[461].

O contraponto fundamental que se sobrepôs estabeleceu a questionável ponderação entre o princípio da autonomia e o princípio da proteção que justificava o reconhecimento da condição de incapaz da pessoa com deficiência. Isso por sua vez, lembra Nelson Rosenvald, se caracterizou como uma "faca de dois gumes", que, na razão de proteger a pessoa com sofrimento psíquico, "isolava o ser humano e sacramentava a sua condição de menos valia, perenizando a incapacidade"[462].

A presunção absoluta que enquadrava o indivíduo com deficiência mental na condição de incapaz obrigava a este suportar o peso da exclusão da vida civil e social que, ao ter que anular-se à própria gestão de sua vontade submetia-se a condução de *outrem* e ao convívio da indiferença que uma sociedade de pensamentos arcaicos poderia refletir. Também, cabe reconhecer que o suposto benefício da proteção poderia levar a injusta restrição da capacidade jurídica sempre que a deficiência acometida não resultasse em comprometimento do discernimento para expressar sua vontade, conforme observa Felipe Basile "nem toda pessoa com deficiência é incapaz e nem toda pessoa sem deficiência é plenamente capaz, pois há muitas deficiências, inclusive mentais, que não afetam essa aptidão, assim como há outras causas, não relacionadas qualquer a deficiência, que podem trazer limitações."[463]

Entretanto, ordinariamente para as pessoas com deficiência o princípio protetivo assume reiteradamente 'prematura' concepção pela justificação intervencionista de medidas paternalistas que invariavelmente resultarão na supressão da autonomia do

[460] Artigo 3, alínea "a" : "Os princípios da presente Convenção são: a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; (..)".ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2007.

[461] ARAÚJO, Luiz Alberto David. Artigo 3: Princípios Gerais, p. 43.

[462] ROSENVALD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146.2015. p.91-110. In: Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas- Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. MENEZES, Joyceane Bezerra de. (org.) Rio de Janeiro: Processo, 2016. p.100.

[463]Complementa-se ainda que: "Não há razão para restringir a capacidade jurídica de quem tenha uma deficiência que não limite o discernimento e a inteligência (a propósito, algumas deficiências mentais podem, por exemplo, afetar apenas habilidades de comunicação, de socialização ou de cuidado pessoal, sem comprometer a memória, a atenção ou o raciocínio). BASILE, F. Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2015 (Boletim do Legislativo nº 40, de 2015). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 08 jan. 2017. p.1-2.

indivíduo. O problema existente, conforme atribui Patricia Cuenca Gómez, deve-se ao fato que estes indivíduos (geralmente com deficiências mentais ou intelectuais), *"son tratadas como incompetentes básicos «naturales» en relación con todas sus decisiones y son generalmente reemplazadas en su adopción"*[464].

Logo, cabe ser auferido que o reconhecimento da capacidade civil plena às pessoas com deficiência também não quer significar a desproteção e inaplicabilidade de 'necessárias' medidas paternalistas. Ora, para todos os casos de indivíduos com ou sem deficiência as intervenções paternalistas poderão ser incidentes quando plausivelmente justificadas. O que se quer, categoricamente, é que qualquer sujeição paternalista não se interponha às pessoas em razão de sua deficiência. Por isso, é necessário que se entenda claramente o que é o paternalismo e por consequência, as medidas que lhe são inerentes.

Inicialmente, consigne-se que paternalismo, de acordo com a língua portuguesa, consiste em "*1.Regime baseado na autoridade paterna. 2. Sistema de relação entre os chefes e os subordinados, seguindo concepção paternal da autoridade*".[465] Tal significado permite, desde um primeiro momento, compreender que o paternalismo está atrelado à ideia segundo a qual certo sujeito, que se considera possuidor de maior conhecimento e capacidade, toma decisões em lugar de *outrem,* cujo bem-estar e/ou interesses se pretende resguardar.

As relações alcançadas por uma nota de paternalismo são as mais variadas possíveis. Como norte, remete-se ao cotidiano, para lembrar aquelas em que exista "alguém que se sinta capaz de proteger aquele que ele considere como sendo um necessitado, o que pode ocorrer, inclusive em detrimento da sua vontade"[466]. Aqui, leiam-se relações de âmbito privado, laboral, familiar, afetivas e, inclusive, as que envolvem o cidadão e o Estado. [467]

Uma abordagem crítica do paternalismo tem por referência autores como Jonh Stuart Mill, Gerald Dworkin, John Rawls, Joel Feinberg, Miguel Angel Ramiro Avilés, Garzón Valdés, Marcario Alemany, Stephan Kirste, João Paulo Orsini Martinelli,

---

[464] GÓMEZ, Patricia Cuenca. Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoria de los derechos humanos. Revista de Estudios Políticos (nueva época), n.158, Madrid, octubre-diciembre (2012), p.103-137. Disponível em:< https://dialnet.unirioja.es/descarga/.../4130420.pdf>. Acesso em 08 jan. 2017. p.129.

[465] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p.569.

[466] ROHRMANN, Carlos Alberto., RÊGO, Cristiane. O paternalismo e o fenômeno da juridicização da vida privada. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. v. 27, 2013, p.119-140. Disponível em: <http://ojs.mcampos.br/index.php/RFDMC/article/view/34>. Acesso em 02 fev 16. p. 121.

[467] ROHRMANN, Carlos Alberto., RÊGO, Cristiane. O paternalismo e o fenômeno da juridicização da vida privada. p. 121.

Carlos Alberto Rohrmann, dentre outros. O filósofo do direito norte-americano Gerald Dworkin, dentre alguns de seus mais importantes trabalhos,[468] apresenta o conceito de paternalismo nos seguintes termos: "a interferência sobre a liberdade de ação de alguém justificada por razões referentes exclusivamente ao bem-estar, benefício, felicidade, necessidades, interesses ou valores da pessoa coagida".[469]

É possível, portanto, concluir que paternalismo em sentido amplo significa intervenção sobre a liberdade inerente a certo indivíduo (presumidamente vulnerável frente a determinada situação) sob a justificativa de promoção e proteção do seu bem-estar.

Para uma boa compreensão, o paternalismo pode ser identificado pelos seguintes caracteres, segundo João Paulo Orsini[470]: a) interferência na esfera de liberdade de alguém por um ato comissivo ou omissivo do agente;[471] b) segurança sobre sua ação; c) justificativa de assegurar o bem da pessoa que sofreu a interferência ou evitar seu mal; d) presunção sobre falta de capacidade de autodeterminação do interferido; e) contrariedade à vontade do interferido.[472]

Em continuidade, mas, resultante deste paternalismo geral, encontra-se o paternalismo estatal[473], que se verifica quando o agente que atua é o próprio Estado a favor de indivíduos que se encontrem no polo contraposto na condição de sujeitos vulneráveis e que, por tal razão, merecem a proteção do Estado por meio de mecanismos legitimamente admitidos.

---

[468] Gerald Dworkin é autor de reconhecidos artigos referente ao paternalismo, tais como: Paternalism, Paternalism: some second thoughts e Moral Paternalism.

[469] Tradução de: "By paternalismo I shall understand roughly the interference with a person´s liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs, interests, or values of the person being coerced". DWORKIN, Gerald. Paternalism. p. 181.

[470] MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo Jurídico-penal. 2010. 297f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde.../TESE_versao_final.pdf. Acesso em 18 jan 16.

[471] "O comportamento exigido contra a vontade de alguém pode apresentar-se em três modalidades: uma informação ou um conselho; uma restrição na escolha; e a imposição de uma conduta (positiva ou negativa)". MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo Jurídico-penal. p. 101.

[472] "Aquele que recebe um tratamento paternalista, inicialmente, possui uma ideia que, a princípio, pode ser prejudicial a si mesmo. Quem quer protege-lo ou promover-lhe um benefício imagina que sua vontade deve ser desconsiderada por algum motivo: inconsciência no momento, falta de capacidade de discernimento, imaturidade ou qualquer outro fundamento semelhante". MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo Jurídico-penal. p.106

[473] Importa ressaltar que o paternalismo estatal encontra-se desmembrado no paternalismo judicial (ou pretoriano) e no paternalismo jurídico. Enquanto o paternalismo judicial é exteriorizado pela atuação do Estado-juiz; o paternalismo jurídico se exterioriza por meio das normas jurídicas devidamente emanadas pelo Estado. ROHRMANN, Carlos Alberto., RÊGO, Cristiane. O paternalismo e o fenômeno da juridicização da vida privada. p. 127.

Nesse caminho, cabe fazer uma breve observação. Existe uma linha muito tênue entre o paternalismo e o autoritarismo. O paternalismo excessivo e desproporcional pode levar ao comprometimento da autonomia individual quando atuar impositivamente em detrimento dos princípios fundacionais do Estado Democrático de Direito. Em contrapartida, o paternalismo aplicável por meio dos limites justos e equilibrados é benéfico e indispensável a situações necessárias de especial proteção.

Também Gerald Dworkin, associado ao pensamento de Stuart Mill, reconhece a necessidade de intervenção paternalista estatal em situações que minimamente o exija, e as quais, para além de se ocuparem com a felicidade e o bem-estar do indivíduo, promovam a proteção e não violação à sua autonomia, e liberdade. [474]

Isso posto, duas considerações a fazer: o paternalismo, de uma forma ou de outra, sempre implicará no comprometimento da liberdade do beneficiado (afinal, se o mesmo já atuasse na conduta almejada, uma conduta paternalista não se faria necessária); e, segundo, o beneficiado só é assim denominado por ser considerado alguém que, aos olhos daquele que age paternalisticamente, é sujeito vulnerável e, imprescindivelmente, conclama por amparo em razão de "não possuir autonomia para o ato". [475]

Sendo que, a autonomia pode ser representada na liberdade que o sujeito possui de autodeterminar-se de modo que sejam suas próprias vontades que lhe movam pela busca daquilo que sua consciência julgar como melhor para si, a independência que caracteriza o indivíduo autônomo está também refletida na noção de autogoverno, que significa atuar "livremente e sem interferências [...], seja pela força da coerção, a persuasão, o paternalismo ou a manipulação". [476]

Stephan Kirste discorre, primeiramente, sobre a compreensão da autonomia pela variante liberal ao dizer que esta só reconhecerá uma decisão legitimamente autônoma "se estiver investida de uma medida mínima de racionalidade." [477] Logo, referida exteriorização pressupõe o pleno gozo das faculdades mentais, bem como ciência das

---

[474] "Em geral, os casos mais fáceis de lidar são aqueles que podem ser discutido nos termos que Mill pensava ser tão importante - uma preocupação não só pela felicidade ou bem-estar, em algum sentido amplo, do indivíduo, mas sim uma preocupação com a autonomia e liberdade da pessoa". Tradução livre de: "In general, the easiest cases to handle are those which can be argued about in the terms which Mill thought to be so important – a concern not just for the happiness or welfare, in some broad sense, of the individual but rather a concern for the autonomy and freedom of the person". DWORKIN, Gerald. Paternalism. p. 188.

[475] MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo Jurídico-penal. p.120.

[476] MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo Jurídico-penal. p.167.

[477] KIRSTE, Stephan. Autonomia e direito à autolesão. Para uma crítica do paternalismo. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, p.73-86, jul/dez. 2016. p. 74.

informações adequadas para fundamentar a decisão proferida. Diversamente, para uma variante comunitarista, uma vez cumpridas às condições de racionalidade, referida decisão deverá estar em consonância com valores comunitários vigentes. [478]

Disto se conclui que a verdadeira autonomia é formada pela soma de três elementos primordiais, quais sejam: capacidade de autodeterminação, informações e vontade. [479] Por tudo isso, o respeito à autonomia é que dimensionará a legitimidade das intervenções paternalistas para que nada se imponha de forma desmedida a levar o comprometimento injustificado da liberdade individual.

Pelo regime paternalista, todos podem vir a sofrer intervenção sobre sua liberdade como meio imprescindível para conservação de seu próprio bem-estar. Nesse caso, o sujeito para o qual se dirige a intervenção restará identificado a partir de sua particular vulnerabilidade perante determinada(s) situação(s) fática(s). Como consequência, será somente para este indivíduo que, porque desprovido, por qualquer razão, de sua plena autonomia, deverá gozar da proteção normativa de acordo com o paternalismo jurídico.

Em atendimento a estas situações o artigo nº 12, previu nos itens "3" e "4"[480], como dever dos Estados Partes, a instituição ou adequação de mecanismos que apropriadamente, em garantia aos direitos, à vontade e as preferências da pessoa com deficiência, promovam o apoio que possam precisar para exercício da capacidade legal. A análise destas "salvaguardas" ou "instrumentos de apoio" será feita em suas particularidades no âmbito brasileiro no capítulo subsequente, precisamente no item 3.3.2 e 3.3.3.

Em conclusão, resta afirmar que, como regra, a legitimidade do comportamento paternalista nem sempre estará presumida, devendo ser reconhecida a partir da

[478] KIRSTE, Stephan. Autonomia e direito à autolesão. Para uma crítica do paternalismo. p.75.

[479] Nos dizeres de Stephan Kirste: "Primeiro, uma verdadeira autonomia é, de fato, impossível sem uma medida mínima de capacidade para autodeterminação. Segundo, aqui não deve ser controvertido o fato de que a autonomia é composta de um componente racional e de um componente volitivo". KIRSTE, Stephan. Autonomia e direito à autolesão. Para uma crítica do paternalismo. p.75.

[480] Art. 12. "... 3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. 4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2007.

"condição do sujeito" e dos riscos criados pelo seu comportamento. Por tudo isso, o respeito à autonomia é que dimensionará a legitimidade das intervenções paternalistas para que nada se imponha de forma desmedida a levar o comprometimento injustificado da liberdade individual. Nada obstante, a legítima intervenção na autonomia de qualquer indivíduo, necessariamente, dependerá da concreta aferição, caso a caso, do grau de discernimento do sujeito. [481] A autonomia do indivíduo com deficiência não deixará de ser resguardada, haja vista que referida pessoa não deixa de ser titular dos direitos da personalidade e por eles ter assegurada sua dignidade. [482]

De toda forma, permite-se concluir que as inovações da Convenção demonstram a um só tempo a ruptura e afirmação de paradigmas: rompe-se com os excessos do paternalismo, pois a excessiva proteção traduzir-se-ia em uma terrível tirania"[483], passando-se à valorização da autonomia da pessoa com deficiência, pois "é preciso, ao contrário, privilegiar, na medida do possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz concretamente de exprimir ou em relação às quais manifesta grande propensão." [484]. Conforme afirma Joyceane Menezes:

> ... a Convenção aposta na vontade jurígena das pessoas com deficiência"[485] e por isso, sempre que for possível a expressão consciente do seu querer este deverá ser acolhido "a fim de não se reproduzir o tratamento discriminatório que lhe nega a personalidade jurídica e autoriza a substituição da sua vontade pela do representante legal[486].

Desta feita, reconhecer que às pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, é promover sua devida "emancipação" para o âmbito dos padrões legais e sociais quando impõe, por primazia, a necessidade de se reconhecer e respeitar a autonomia inerente a estes indivíduos em igualdade de condições com todos os demais cidadãos.

---

[481] MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.12.
[482] MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro, p. 63.
[483] PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. 2008, p. 782.
[484] PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. 2008, p. 781-782.
[485] MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro, p.61.
[486] MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro, p.61.

3. O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A RUPTURA NO REGIME DAS INCAPACIDADES

Atualmente o regime das Incapacidades é drasticamente modificado a partir das alterações propostas pela Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, intitulada como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, ou, simplesmente, Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Há uma ruptura com o regime das incapacidades do Código Civil, dissipando-se a racionalidade abstrata na apreensão do sujeito de direito. Eis que o Estatuto rende-se a uma racionalidade concreta, já que a incapacidade deixa de ser atribuída a situações previamente estabelecidas e passa a privilegiar a verificação concreta do sujeito de direito. Inaugura-se um novo cenário jurídico do que se entende por "(in) capacidade" na medida em que se exclui do rol da incapacidade de fato as causas de enfermidade e deficiência mental (adquirida ou congênita), e se reconhece a capacidade plena aos atos da vida civil sempre que se fizer possível, por óbvio, a expressão de vontade da pessoa com deficiência[487].

Verifica-se que a percepção de não ser o conceito de incapacidade adstrito a uma categoria genérica de formato pré-definido cujo sujeito se enquadre ou não, traduz um "raciocínio atento às singularidades da pessoa" em interação com o seu contexto social que propicia o discurso sobre a "capacidade para consentir"[488]. Revoga-se a condição de absolutamente incapaz daquele que por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática dos atos civis ou que, mesmo por causa transitória não puder expressar sua vontade, subtraindo os incisos I, II e III do artigo 3º, do Código Civil[489]. Aos que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir

---

[487] BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> . Acesso 25 fev.2016. O artigo 6º expressa que 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 ...; IV- conservar sua fertilidade ...; V- exercer direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI- exercer o direito à guarda, à curatela e à adoção ....".

[488] Referida capacidade advém do próprio direito médico cuja preponderância do principio do consentimento esclarecido se faz mister para todos os atos intervencionais ou dispositivos do próprio corpo. (MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética, p.324.)

[489] BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Art. 114 "A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 3º São absolutamente incapazes de

sua vontade passarão a serem considerados relativamente incapazes inserindo-se no rol do artigo 4º do Código Civil, juntamente com os pródigos, ébrios habituais, viciados em tóxicos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. Logo, da leitura exegética da alteração aplicada aos artigos 3º e 4º do Código Civil, pode-se verificar o esvaziamento do rol de situações de incapacidade absoluta, já que as normas de exceção ou normas excepcionais não admitem a ocorrência de analogia ou interpretação extensiva[490].

Por conseguinte, o Estatuto ao consagrar expressamente que "a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa"[491], reconhece a incidência da capacidade plena às pessoas sujeitas à sua proteção e que estejam aptas a declarar sua vontade. Dissipa-se a distinção entre titularidade e possibilidade de exercício de direitos, quando estão em jogo os interesses existenciais, em conformidade com a crítica delineada por Pietro Perlingieri:

> Para os interesses patrimoniais é ainda justificável isolar o momento da titularidade do direito (isto é, fruição) daquele da sua atuação (isto é, exercício); o mesmo não ocorre para os interesses existenciais. Se tais direitos, mais que outros, são concebidos aos fins de desenvolvimento da pessoa humana (2º e 3º Const.), não tem sentido reconhecer (abstratamente) um destes sem conceder também a possibilidade de exercê-lo. A observação diz respeito, não tanto às situações definidas como direitos personalíssimos [III, 1 sgs.], mas ainda atos ou negócios que não representam o exercício [IV, 67 sgs.], e os numerosos direitos e liberdades fundamentais consagrados pela Constituição[492].

---

exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. I - (Revogado); II - (Revogado); III - (Revogado)." "Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial."

[490] TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 3 ed. São Paulo: Método. 2013. p.16.

[491] BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 jul. 2015.

[492] Tradução livre de: "Per gli interessi patrimoniali è ancora giustificato isolare il momento della titolarità del diritto (c.d. godimento) da quello della sua attuazione (c.d. exercizio); lo stesso non accade per gli interessi existenziali. Se taluni diritti, piú de altri, sono concepiti ai fini dello sviluppo della persona umana (2 e 3 cost.), non ha senso riconoscere (astrattamente) uno di questi senza concedere anche la possibilità di esercitarlo. L'osservazione concerne non soltanto le situazioni definite diritti personalissimi [III, 1 ss.] ma anche atti o negozi che ne rappresentano l'esercizio [IV, 67 ss.], nonché i numerosi diritti e libertà fondamentali sanciti della Costituzione." PERLINGIERI, Pietro. Manuale di diritto civile. 3ª edição, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 118; Cf. RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil, p. 24.

Deste modo, torna-se possível afirmar que há no Estatuto um repensar do regime das incapacidades[493], que dissipa a distinção entre titularidade e exercício de direitos, tanto no que se refere aos direitos patrimoniais como extrapatrimoniais. Mais do que isso, há uma ruptura com a ideia segundo a qual a capacidade jurídica é o critério da titularidade dos direitos fundamentais, proclamando, segundo Joyceane Bezerra, um tratamento humanista que produz uma reviravolta no regime das incapacidades e do direito protetivo[494].

Nesse sentido, Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva discorrem sobre a razão incorporada ao Estatuto em:

> ... revisitar o modelo abstrato das incapacidades no que concerne aos portadores de deficiência, devendo-se verificar, no caso concreto, em que medida estes necessitam de especial amparo, de maneira a tutelar adequadamente sua condição de vulnerabilidade sem alijá-los do controle de sua vida. [495]

Desta feita, o objetivo pretendido para este capítulo, a partir da polêmica alteração no antigo regime da incapacidade, resume-se em discorrer inicialmente, sobre os paradigmas sobrepostos à pessoa com deficiência no ordenamento brasileiro. Por meio do estudo sobre as diversas 'roupagens' sociais e legais que às pessoas com deficiência assumiram longa e arduamente, será possível compreender qual a diferença inaugurada com o modelo social de identificação que passa a ser previsto.

Na sequência, caberá discorrer sobre a posição assumida pelo Estatuto como microssistema consubstanciado na finalidade de melhor tutelar as pessoas com deficiência à luz da legalidade constitucional.

Finalmente, por meio de estudo verticalizado em torno da capacidade da pessoa com deficiência e dos instrumentos de sua proteção, será possível discorrer sobre as alterações impostas ao regime da curatela e o surgimento no cenário brasileiro da figura da tomada de decisão apoiada como mecanismos concretizadores e inovadores de proteção aos seus destinatários.

---

[493] Ideia suscitada por Rafael Garcia Rodrigues. (RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil, p. 24).

[494] MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p. 10.

[495] TEPEDINO, Gustavo., OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional, p.230.

3.1 Os Paradigmas da Deficiência e a Atuação Estatal no Brasil

A percepção, individualmente sobreposta à pessoa com deficiência, também perdurou por muito tempo no contexto brasileiro por meio dos padrões médicos que intitulavam um conceito fechado de deficiência. Enquanto as legislações constitucionais se abstinham de definir quem seriam as pessoas com deficiência, coube inicialmente à legislação infraconstitucional apresentar sua conceituação por meio do Decreto nº 914/1993, regulamentador da Lei nº 7.853/1989, que definia:

> Art. 3º Considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano. [496] (sem grifos no original).

Posteriormente, o Decreto nº 3.298/1999 (regulamentador das Leis 10.048/2000 e 10.098/2000), surge no cenário jurídico revogando o acima mencionado Decreto nº 914/1993 e consolidando o modelo medicalizado ao passar a instituir um rol taxativo de quesitos médicos cujo enquadramento classificaria o indivíduo como pessoa com deficiência. Pode-se citar, a título de exemplo, a previsão intitulada no artigo 4º, inc. II para o qual se enquadrava como deficiência auditiva somente o sujeito que possuísse "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", assim, esta conceituação se limitava a conferência sobre as alterações de saúde (física ou mental) do indivíduo.

Inquestionavelmente a segurança de interpretação que este sistema fechado trazia a seu intérprete afastava a existência de dúvidas sobre sua incidência sendo, esta, uma das razões que o fez permanecer até recentemente aplicável jurídica e administrativamente. Porém, um sistema como este possui uma linha muito tênue para ocorrência de injustiças. O grau de objetivismo que se impunha poderia resultar na desconsideração de situações que merecessem a proteção legal, mas, por não atenderem os parâmetros preceituados, estariam desamparadas. [497]

---

[496] BRASIL. Decreto nº 914, de 06 de setembro de 1993. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0914.htm>. Acesso em 05 mar. 2017.

[497] ARAUJO, 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. v. 22. n.86. Jan/Mar. 2014. p.173.

Além do mais, o caráter responsabilizador que se sobrepunha ao indivíduo com deficiência por sua própria condição, segundo Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomão Leite, era permissivo para que o Estado e sociedade resumisse sua atuação nas "práticas assistencialistas e de caridade" que afastavam o dever obrigacional de adaptação do entorno e promoviam a consequencial segregação e preconceito entre as pessoas.[498]

Legalmente o início da modificação deste conceito ocorre quando o Brasil torna-se signatário da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (OEA ou conhecida por Convenção da Guatemala), promulgada pelo Dec. 3.956/2001.

A definição que surge neste primeiro momento pela OEA, conforme Luiz Alberto David Araújo "já não permite ao administrador a fixação de um rol taxativo de 'restrições'" [499] como até então se aplicava ao modelo médico, dizendo em seu art.1º:

> O termo 'deficiência' significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, *causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.* [500]

A percepção trazida por esta definição refletiu o "ambiente social como fator de limitação pessoal" [501] e inaugurou a nova compreensão que veio a ser incorporada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, em 2006, com a intitulação do *modelo social de deficiência.*

Dois anos mais tarde, em 2008, o Brasil recepciona referida Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, com *status* de norma constitucional conforme art. 5º, §3º, da CF/88 (Dec. Leg. 186/2008 e Dec. 6.949/2009), passando a definir a pessoa com deficiência, segundo art. 1º:

---

[498] FERRAZ, Carolina Valença., LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos, p.95-96.

[499] ARAUJO, Luiz Alberto David., MAIA, Maurício. O Conceito de Pessoas com Deficiência e algumas de suas Implicações no Direito Brasileiro, p.172.

[500] BRASIL. Decreto nº 3.956, de 08 outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em 06 mar. 2017.

[501] LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade. 2009. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em:< https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8653/1/Lais%20Vanessa%20Carvalho%20de%20Figueiredo%20Lopes.pdf>. Acesso em 06 mar. 2017. p.92.

> 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 igualdade de condições com as demais pessoas. [502]

Verifica-se de pronto que o modelo de deficiência aqui preceituado desatrela-se da consideração dos quesitos médicos até então prevalecentes para identificar a deficiência como questão relativa à sociedade, daí se justificando a nomenclatura por *modelo social da deficiência.* Assim, para compreensão das mudanças proporcionadas há de se dizer que deficiência já não pode mais ser compreendida como ordem de limitações individuais.

De acordo com Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomão Leite, há de ser distinguido que as limitações pessoais de cada indivíduo correspondem aos seus respectivos atributos físicos, psíquicos ou biológicos formadores de sua própria identidade e criadores de diferentes modos de vida, mas, que não dizem respeito ao conceito de deficiência. [503]

Deficiência por sua vez, não é o individuo que a "possui" e sim o meio ambiente socialmente habitável. Por esta razão, são as deficiências do entorno representada pelas barreiras sociais que promoverão a exclusão social sempre que se fizerem intransponíveis a pessoa com impedimentos.

Identificar a deficiência está em identificar os fatores impeditivos extrínsecos que criem, por exemplo, a impossibilidade para que uma pessoa com limitações físicas de locomoção deixe de circular pela inexistência de acessos adaptados, ou seja, a deficiência aqui está em retirar a chance de ir desta pessoa quando, em que pese suas próprias limitações, poderia ter o feito. Nisto se traduz que os fatores impeditivos que possuem força de opressão e exclusão não são os intrínsecos aos sujeitos e sim aqueles que se constroem pelos mais variados obstáculos exteriorizados, dentre outros, no aspecto físico, social ou moral. [504]

Por esta razão define-se que a deficiência deve ser traduzida como a "opressão ao corpo com impedimentos"[505] o que justifica que a pessoa com deficiência passe a ser

---

[502] Artigo 2. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2007.
[503] FERRAZ, Carolina Valença., LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos, p. 96-97.
[504] FERRAZ, Carolina Valença., LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos, p. 98.
[505] DINIZ, Débora., BARBOSA, Lívia., SANTOS, Wederson Rufino. Deficiência, direitos humanos e justiça. Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos. v.6. n.11. Dez. 2009. Disponível em:<

entendida em termos políticos pela conclusão de que "deficiência não se resume ao catálogo de doenças e lesões de uma perícia biomédica do corpo é um conceito que denuncia a relação de desigualdade imposta por ambientes com barreiras a um corpo com impedimentos"[506].

Assim, essa nova compreensão introduz no direito brasileiro a identificação da pessoa com deficiência pelo acolhimento de um critério social que permite ao interprete contextualizar as situações reais submetidas à apreciação. [507] Trata-se de dizer: o reconhecimento de uma pessoa com deficiência ultrapassa o olhar sobre suas próprias condições limitativas e exige que se enxergue se esta limitação é impeditiva de ultrapassar as barreiras existentes na sociedade em que convive.

A obediência a esse conceito inovador e, constitucional, de pessoa com deficiência exposto pela Convenção, passa a ser exigida de todos os poderes estatais. Eis que esta "arquitetura institucional" [508] está apoiada no reconhecimento da supremacia da Constituição, e da função tipicamente conferida ao poder legislativo na criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência dentro destes ditames constitucionais, que igualmente define a pessoa com deficiência em seu artigo 2º:

> 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[509].

Lilia Pinto Martins vem dizer que esta compreensão "traduz a noção de que a pessoa, antes de sua deficiência, é o principal foco a ser observado e valorizado, assim como sua real capacidade de ser o agente ativo de suas escolhas, decisões e determinações sobre sua própria vida". [510]

---

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200004>. Acesso em 29 set 2016.

[506] DINIZ, Débora., BARBOSA, Lívia., SANTOS, Wederson Rufino. Deficiência, direitos humanos e justiça, p.65.

[507] ARAUJO, Luiz Alberto David., MAIA, Maurício. O Conceito de Pessoas com Deficiência e algumas de suas Implicações no Direito Brasileiro, p.169.

[508] SARLET, Ingo Wolf Sarlet.; MARINONI, Luiz Guilherme.; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

[509] BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

[510] MARTINS. Lilia Pinto, In: Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). 2014. p.28. Disponível em: < http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf> Acesso em 13 mar. 2016.

Esta postura, que agora resta legislada, obriga que a hermenêutica jurídica, que tradicionalmente se pautava em criar situações abstratas nas quais a realidade deveria se encaixar, dê espaço para o reconhecimento de um novo contexto no qual está inserida a pessoa com deficiência. Isso é o que se extrai das exigências do parágrafo 1º do artigo 2º do Estatuto:

> § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação[511].

O ponto de partida do intérprete será a norma acima descrita, mas, sua função não se limitará em descrever os significados e, sim, ir além reconstruindo seus sentidos. Logo, não se pode falar em interpretação desvencilhada da observação dos significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso e do mesmo modo, no que diz respeito à necessidade de análise do próprio contexto social preexistente[512].

É na compreensão de que "normas não são textos e nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos" [513], que se reconhece à atividade interpretativa a condição de meio condutor para se extrair os sentidos do texto legal. Neste sentido Friedrich Muller discorre categoricamente que um "enunciado jurídico não funciona mecanicamente"[514] ao contrário, no âmbito do direito vigente "a normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada linguisticamente apenas pelo texto da norma jurídica concretizada"[515]. A

---

[511] Lei nº 13.146/2015. Art. 2º: 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. § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação. § 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência. (BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

[512] ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 31-32.

[513] ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios, p. 30.

[514] MULLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39-40.

[515] MULLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional, p. 39-40.

decisão é elaborada com o respaldo em diversos e diferentes materiais que transcendem o texto literal da norma[516].

Por conseguinte, a concretização das normas instituídas no estatuto da pessoa com deficiência, como força de transformação da realidade, está condicionada à sua interpretação como um dos seus elementos mais importantes. A interpretação realizada deve ir além, não podendo se conceber o processo, bem como a "tarefa da realização do direito normativamente vinculado como uma mera reelaboração de algo já efetuado"[517].

Assim, a partir deste conceito aberto a pessoa com deficiência não pode mais ser reconhecida por um olhar prévio e limitado às suas restrições físicas ou mentais, mas, passa a ser confrontada com análise do entorno que habita de modo a responder se àquela limitação pessoal é impeditiva de ultrapassar as barreiras externas existentes na sociedade onde convive.

Há de se compreender que as barreiras externas em comento, referem-se a todo e qualquer impedimento que acarrete o agravamento para a pessoa com deficiência exercer: "sua participação social, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros". [518]

Por isso, a observância legal que passa a ser aplicada, traz por força obrigatória à superação daquele conceito fechado que até então caracterizava a deficiência como doença pela qual, limitava-se tão apenas a um aspecto intrínseco da pessoa que a intitularia como sujeito incapaz em maior ou menor grau.

3.2 A Proibição de Discriminar no Microssistema de Tutela da Pessoa com Deficiência

Primordialmente o contributo incorporado a partir do acolhimento da dimensão social atribuída à deficiência deve-se ao fato de sua identificação não estar "na pessoa como um problema a ser curado, e sim na sociedade" [519]. Este novo paradigma, por

[516] MULLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional, p. 39-40.
[517] MULLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional, p. 47.
[518] MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.10.
[519] FEMINELLA, Anna Paula., LOPES, Laís de Figueirêdo. Disposições Gerais/ Da Igualdade e da não Discriminação e Cadastro-Inclusão. p.9-32. In: Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada. SETUBAL, Joyce Marquezin., FAYAN, Regiane Alves Costa. (orgs.). Campinas: Funadação FEAC, 2016. Disponível em:<

consequência, também se quedou responsável pela percepção que a questão da exclusão ou não inserção da pessoa com deficiência no ambiente social é problema de todos.

Na descrição dos legados mais relevantes propiciados com o modelo social, Gabrielle Sales e Ingo Wolfgang Sarlet também os circunscrevem em dois apontamentos principais que se resumem na "compreensão contemporânea da deficiência em uma abordagem coletiva" [520] e na "consciência de que cabe a todos, solidariamente, a retirada das barreiras sociais, intelectuais, culturais e arquitetônicas que separam todas as pessoas, deficientes ou não"[521].

A substituição do ideal de integração pelo de inclusão mostrou-se questão de primeira ordem. Enquanto o modelo integrador esperava a inserção daquele que conseguisse adaptar-se a um contexto social previamente criado para o padrão da 'normalidade'[522], com o modelo de inclusão assume-se o reconhecimento que "todos fazem parte de uma mesma comunidade e não de grupos distintos"[523] e com isso, o dever de combate aos "processos que levam à exclusão social"[524].

Entretanto, como pondera Eduardo Cambi *et al.,* a discussão em torno dos mecanismos de inclusão social tratam, "muito mais de um problema de *não ser* do que *não ter*". Logo, a construção deste novo modelo impõe a obrigatoriedade de percepção e reconhecimento de quais são as vulnerabilidades existentes nos sujeitos excluídos a fim de que se possam eleger as medidas assecuratórias e protetivas às fragilidades inerentes.

Para isso, Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem apontam a necessidade primeira de instaurar um paradigma de proteção que promova o combate da discriminação dos diferentes e consequencialmente a criação de "condições de igualdade, sem retirar acesso ou capacidades, mas garantindo condições de convivência

---

http://www.social.mg.gov.br/images/documentos/textos_complementares/lei_brasileira_inclusao.pdf>. Acesso em 03 fev. 2017. p.19.

[520] SALES, Gabrielle Bezerra., SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federaç de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. MENEZES, Joyceane Bezerra de. (org.). Rio de Janeiro: Processo, 2016. p.151.

[521] SALES, Gabrielle Bezerra., SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federaç de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.151.

[522] FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade, p. 40.

[523] FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade. p. 40.

[524] CAMBI, Eduardo., LIMA, Jairo Néia. Constitucionalismo inclusivo: o reconhecimento do direito fundamental à inclusão social. Revista de Direito Privado. n.60. 2014. p.25.

e atuação"[525]. Isto quer dizer que a partir da identificação dos sujeitos que estejam em situação de desigualdade favorável a exclusão por discriminações socialmente estigmatizadas, o direito, hoje, pelo dever de atendimento ao paradigma da inclusão de "respeito às diferenças no sentido de garantir o acesso a plena realização da pessoa"[526], responsabiliza-se pela construção de "um sistema de normas e subprincípios orgânicos"[527] em proteção desses sujeitos.

Referida percepção sobre a qual o direito assume em absoluto o dever de tutelar a diversidade existente em sociedade eminentemente pluralista, permitiu reconhecer que a era contemporânea é a "era da diferença"[528] e, consequencialmente, o direito privado também vivencia o "paradigma da diferença"[529]. Logo, suplantar àquela percepção rígida e fechada, reconhecedora de um sistema jurídico hierárquico e circunscrito aos limites codificados, também passou a ser condição de eficiência para justa aplicação do direito em sociedade eminentemente desigual.

Esclarece Noemí Lidia Nicolau, que o "sistema jurídico" compreendido como *"un todo ordenado e interrelacionado, para la realización de un determinado objeto: la justicia"*[530], possui por elementos os "subsistemas" e "microssistemas". A diferenciação primordial entre ambos está no fato de que, enquanto os subsistemas correspondem aos diversos ramos do direito destinados a amparar as relações de âmbito civil, criminal, administrativo, dentre outros; os microssistemas, por sua vez, obrigam-se a realização de uma justiça *"más concreta y particular, para sectores aún más determinados"*[531], isto é, de forma pontuada os microssistemas são concebidos em prol de sujeitos pré determinados, que, por sua maior vulnerabilidade, sejam carecedores de diferenciada proteção como são as pessoas com deficiências, os consumidores, os idosos, entre outros.

---

[525] MARQUES, Claudia Lima., MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.112.
[526] MARQUES, Claudia Lima., MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis, p.115.
[527] MARQUES, Claudia Lima., MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis, p.127.
[528] MARQUES, Claudia Lima., MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis, p.128.
[529] MARQUES, Claudia Lima., MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis, p.129.
[530] NICOLAU, Noemí Lidia. La tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado. Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Argentina. Disponível em:< http://www.cideci.org/revista/index.php/trabajos/article/view/63>. Acesso em 24 out 2016. p.80.
[531] NICOLAU, Noemí Lidia. La tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado, p.80.

A mencionada "Era dos Estatutos" [532] ou dos microssistemas surge a partir da insuficiência protetiva que a generalidade e abstração das disposições codificadas passam a impor sobre situações específicas carecedoras de uma tutela direcionada de forma primordial àqueles sujeitos que inevitavelmente encontra-se em "situação de desigualdade frente ao que se convencionou chamar de homem médio" [533].

O processo de transmutação da centralidade de um "corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de *monossistema*" [534], que no direito privado está representado pelo Código Civil, para formação de um contexto *polissistêmico*[535] resultante da formação plural de estatutos autônomos, concretizou o reconhecimento discorrido por Ricardo Lorenzetti pelo qual "O Direito Civil atual não se funda em uma só lei codificada; ao contrário, há muitas leis para distintos setores de atividade e de cidadãos" [536] que obrigam a percepção do sistema consubstanciado na presença de diversos dispositivos legais.

Pode ser verificado que, na *dimensão normativa*[537], a "crise das visões totalizadas"[538] que abriu os olhos para percepção de que as necessidades individuais ou sociais são diferentes para cada indivíduo ou, para cada grupo de cidadãos que este possa representar, também resultou na característica de serem os microssistemas concebidos por normas individuais e concretas direcionadas ao atendimento daquele conjunto de pessoas previamente determinados que, em regra, realizam sua contribuição direita para criação de preceitos que garantam melhor amparo a seus destinatários[539].

Na *dimensão axiológica*, segundo Gustavo Tepedino: "o legislador deixa de atuar de maneira genérica e neutra, mediante suportes fáticos considerados como estruturas formais e abstratas"[540]. Para esta compreensão há de ser resgatado o

---

[532] TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa, p. 4.
[533] XAVIER, Lucas Bittencourt e. Uma análise crítica à constitucionalização do microssistema de proteção da criança e do adolescente, p.19.
[534] TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa, p. 4.
[535] Francisco Amaral complementa que: "se considerarmos o sistema no seu sentido tradicional, verificaremos que a sua unidade, característica básica, dá lugar à pluralidade, no sentido de um ordenamento, no caso o de direito civil, não se configura mais como um sistema unitário mas como um conjunto de microssistemas, múltiplos núcleos com as características da sistematicidade. É o polissistema". AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro, p.237.
[536] LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado, p.45.
[537] NICOLAU, Noemí Lidia. La tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado, p. 80.
[538] LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado, p.53.
[539] NICOLAU, Noemí Lidia. La tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado, p.81.
[540] TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa, p. 4.

significado de suporte fático realizado pela clássica divisão explanada por Virgílio Afonso da Silva em suporte fático abstrato e suporte fático concreto.

O suporte fático abstrato é o formado, "por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica" [541] ou seja, corresponde ao que esteja estabelecido no plano do texto normativo. Já o suporte fático concreto "é a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, jurisdicizou"[542], significando a relação daquilo que está descrito na norma e o realizado.

Deste modo, o suporte fático como simples descrição abstrata de condutas, atos ou fatos da vida a qual o direito imputa determinadas consequências, assumirá em torno dos microssistemas um modelo muito mais realista em que ocorra o predomínio do concreto por meio do qual *"se tiende al particularismo y se realiza la justicia más individual, mediante el valor coopración, aunque em ocasiones se manifieste también el poder"*[543]. Assim, o modelo universalista e abstrato das disposições presentes nas codificações, passa a ser superado no âmbito dos microssistemas pela observação do real e primordial que venha solidificar e fundamentar sua formação.

Pelo reconhecimento de que os microssistemas surgem pela "necessidade de regulação própria de novas relações sociais ligadas a institutos singulares"[544], a conceituação empreendida pela doutrina brasileira pode ser descrita por Fernando Antônio Cervo como: "conjunto organizado de normas, princípios e regras tendentes a expressar lógica e unidade às relações jurídicas de determinados grupos, minorias ou temas, abarcando normas de direito material e processual, público e privado" [545].

Porém, importa fazer relevante ponderação sobre o real sentido da compreensão de microssistema em seu nascedouro. No cenário brasileiro Orlando Gomes responsabilizou-se por sua inaugural conceituação[546] dizendo que "constituem distintos "universos legislativos", de menor porte, denominados por um autor, com muita

---

[541] SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 67.
[542] SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia, p. 68.
[543] NICOLAU, Noemí Lidia. La tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado, p.83.
[544] CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. Codificação, descodificação e recodificação – do monossistema ao polissistema jurídico. Disponível em:< http://www.lex.com.br/doutrina_26099622_CODIFICACAO_DESCODIFICACAO_E_RECODIFICACAO__DO_MONOSSISTEMA_AO_POLISSISTEMA_JURIDICO.aspx >.Acesso em 24 ou 2016. p.2.
[545] CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. Codificação, descodificação e recodificação – do monossistema ao polissistema jurídico, p.2.
[546] TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.209.

propriedade, "microssistemas""[547], os quais representam "refratários à unidade sistemática dos códigos porque têm a sua própria filosofia e enraízam em solo irrigado com águas tratadas por outros critérios, influxos e métodos distintos"[548].

O "autor" destacado acima e pelo qual Orlando Gomes referia-se denota o professor da Universidade de Roma, Natalino Irti. O primeiro desenvolvimento da denominação "microssistemas" fundamentou-se a partir da compreensão de Natalino Irti ao reconhecer que "o Código Civil não é mais o garante da unidade do sistema"[549]. Em que pese à representação da codificação como "símbolo de estabilidade e unidade"[550], esta compreensão se tornou insuficiente em si mesma à medida que a importância atribuída para a legislação extravagante, já não lhe reconhecia como "especificação dos princípios contidos no Código, nem como desenvolvimento da lógica interna do sistema, mas, sim, como a introdução de novos critérios de regulação"[551].

A descentralização incidente em torno do Código Civil para formação dos microssistemas responsabilizou-se pelo reconhecimento de que "as normas especiais se fariam portadoras de princípios novos e de lógicas autônomas"[552], isto por sua vez, seria o fundamento para que as leis especiais gozassem de autonomia interpretativa. Nesse sentido Gustavo Tepedino, discorre-se que "Pretende Irtí, em verdade, que cada microssistema se feche em si mesmo, sendo auto-suficiente do ponto de vista hermenêutico, já que cada estatuto traz normalmente os próprios princípios interpretativos"[553].

Entretanto, como Gustavo Tepedino também observa, a atividade interpretativa vinculada "exclusivamente à tábua de valores setoriais"[554], é causa de grande risco a inobservância e atendimento dos valores constitucionalmente albergados. Por isso, em que pese possa ser utilizado à compreensão didática da palavra "microssistema" como

---

[547] GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 63.
[548] GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, p. 63.
[549] Tradução livre de "Il códice civile non è più garante dell'unità del sistema". IRTI, Natalino. Decodificazione. In: Digesto dele discipline privatistiche. Sezione Civile. UTET. p.144.
[550] Tradução livre de "Il códice è símbolo dela stabilità e dell' unità; ..."IRTI, Natalino. Decodificazione, p.144
[551] MENEZES, Elisângela Dias. O direito de autor como microssistema no paradigma do Estado Democrático de Direito. 2006. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MenezesED_1.pdf>. Acesso em 04 fev. 2017. p. 29.
[552] MENEZES, Elisângela Dias. O direito de autor como microssistema no paradigma do Estado Democrático de Direito, p.32.
[553] TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual, p.209.
[554] TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual, p.210.

parte integrante de um todo, há que ser ressalvada a necessidade de observância dos valores que são constitucionalmente definidos durante a formação e aplicabilidade destes estatutos aos casos concretos.[555]

Assim, somado a realidade de fragmentação do direito e a força normativa constitucional da Convenção para que os Estados Partes adotassem medidas legislativas de realização e pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro o microssistema de proteção a pessoa com deficiência, representado a partir da promulgação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência de nº 13.146 de julho de 2015 (também denominada como Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Por isso, pode-se reconhecer que o microssistema de proteção à pessoa com deficiência surge por determinação constitucional atendendo aos pressupostos concretos de ser consubstanciado a partir das necessidades reais de seus titulares. Deste modo, as pessoas que deveriam discutir e dar a última palavra sobre o que é recomendado ou não, somente poderiam ser as próprias pessoas com deficiência. Nada sobre as pessoas com deficiência sem a participação delas mesmas.

E foi nesse sentido que esta lei se materializou. Por meio de um trabalho coletivo em que se deu voz a juristas, especialistas e parlamentares, mas, que, sobretudo, valorizou a participação popular dos cidadãos (especialmente daqueles com deficiência) por meio de audiências[556] e consultas públicas[557]. Avançou-se, inclusive, ao ser o primeiro projeto de lei traduzido na língua dos sinais para que os portadores de deficiência auditiva também exteriorizassem suas manifestações. [558]

---

[555] TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual, p.210.

[556] As audiências publicas foram realizadas em todo o País. Como a exemplo no Estado do Mato Grosso do Sul. "A Comissão dos Direitos dos Idosos e das Pessoas com Deficiência (Codiped) da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Mato Grosso do Sul (OAB/MS), participou, na quinta-feira (19), da audiência pública: Estatuto da Pessoa com Deficiência – Quem Constrói é Você, juntamente com representantes de diversas entidades envolvidas na defesa dos direitos das pessoas com deficiência, em Mato Grosso do Sul".(Codiped discute Estatuto da Pessoa com Deficiencia em audiência pública. Ordem dos Advogados do Mato Grosso do Sul. Em 20 set. 2013. Disponível em: http://www.oabms.org.br/Noticia/13109/Codiped-discute-Estatuto-da-Pessoa-com-Deficiencia-em-audiencia-publica> Acesso em: 21 set. 2015.)

[557] Houve consulta publica por meio do portal e-Democracia durante 06 meses oportunidade que as pessoas puderam enviar suas criticas e sugestões para apreciação do legislativo. (GABRILLI, Mara. Discursos e Notas Taquigráficas. Câmara dos Deputados. Sessão nº 024.1.55.0. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=024.1.55.O%20%20%20%20%20&nuQuarto=75&nuOrador=3&nuInsercao=24&dtHorarioQuarto=19:28&sgFaseSessao=OD%20%20%20%20%20%20%20%20&data=05/03/2015&txApelido=MARA+GABRILLI+PSDB. Acesso em 21 set. 2015.)

[558] GABRILLI, Mara. Discursos e Notas Taquigráficas.

Pode-se dizer que o microssistema de proteção à pessoa com deficiência demonstra o reconhecimento de que não há uma identidade comum dentro das sociedades pautadas pelo pluralismo, surgindo como um instrumento influenciador que modificará direta ou indiretamente a realidade vivida por aqueles que se inserem em seu contexto. De toda forma, como ressalva Maria Celina Bodin de Moraes, o regime jurídico da pessoa com deficiência, não está e nem pode ser indiferente às demais normativas que integram o ordenamento, "em vez disso, deve ser interpretado sistematicamente, de modo a se promover uma proteção à pessoa verdadeiramente amparada pelos valores constitucionais e atenta à vulnerabilidade concreta de cada indivíduo"[559].

Deste modo, unido aos preceitos que direita ou indiretamente tratam sobre a proibição de discriminação no âmbito da Constituição da República (e.g., art. 1º, III; art. 3º, IV; art. 5º, I e XLI; art. 7º, XXXI; e art. 227), bem como, às disposições instituídas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (e.g., art. 5º; art. 14º; art. 17º; art. 23º; art. 28º), formar-se-ão e aplicar-se-ão as previsões normativas do Estatuto da Pessoa com Deficiência que, embora possa reconhecer não tratar de tarefa fácil, dentre seus objetivos primordiais está a atribuição apontada por Cláudia Lima Marques *et al.,* em conciliar o "ideal de proteção, que reconheça a diferença, a vulnerabilidade e combata a discriminação negativa, sem exclusão social"[560].

Nestes termos o Estatuto institui, não exaustivamente, no Capítulo II (artigos 4º ao 8º), o núcleo central dos dispositivos de proibição de discriminação e concretização da igualdade para as pessoas com deficiência. Estando de acordo com a afirmação de Jorge Miranda pela qual "as pessoas com deficiência não têm de viver em mundos fechados; nenhuma forma ou intenção de os proteger pode conduzir ao isolamento ou à segregação"[561], percebe-se claramente a adoção deste propósito inclusivo em garantir como dever do Estado, da sociedade e da família o reconhecimento, desenvolvimento e respeito a todos os aspectos que componham a vida da pessoa com deficiência. [562]

---

[559] MORAES, Maria Celina Bodin. Prefácio ao livro de 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.

[560] MARQUES, Claudia Lima., MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis, p.112.

[561] [561] MIRANDA, Jorge. Comentário à Convenção, p.1

[562] Nos termos do artigo 8º, Lei 13.146/2015: " É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à

Para tanto o Estatuto obediente às obrigações instituídas pela Convenção e ao modelo social adstrito, prima pela criação de medidas que atendam à concretização de igualdade de oportunidades com as demais pessoas de seu entorno. De fato, cabe ser trazido a observação de Gabrielle Bezerra Sales *et al.* ao dizer que para as pessoas com deficiência, "o problema da igualdade fática e da assim chamada discriminação indireta é particularmente agudo ..."[563], com isso, o Estatuto não deixa de reconhecer que as ações afirmativas sejam caminhos concretizadores para atendimento a isonomia almejada, porém, observa nos termos do artigo 4º, §2º, que a pessoa com deficiência não estará obrigada à fruição do benefício.

Flávia Piovesan *et al.* pondera "que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão"[564] o que lhe leva a reconhecer nas ações afirmativas "poderoso instrumento de inclusão social"[565] que consegue acelerar o processo de igualdade aos grupos vulneráveis. Logo, a reflexão que se pode extrair pelas previsões empregadas, dizem, por um lado, que a adoção de medidas especiais (e.g., reserva de vagas em cargos ou empregos públicos (art. 37, VII CF), isenção de pagamento da pessoa com deficiência pelo transporte público (Lei n. 8.899/1994, etc.), como forma de "remediar um passado discriminatório"[566] são oportunas e consoantes às obrigações socialmente impostas.

Porém, por outro, e mais importante, a opção pelo uso destes recursos é meramente facultativo por aquele que a disponha. Por mais óbvia que possa parecer esta conclusão, a razão do dispositivo legal ter inserido a expressa previsão de que a pessoa com deficiência "não está obrigada" a integrar qualquer ação afirmativa deve ser vista um pouco mais além para reconhecer o afastamento de medidas extremamente paternalistas que ao almejarem impor excessiva proteção, colidam em supressão à autonomia destes indivíduos.

---

dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico". BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

563 SALES, Gabrielle Bezerra., SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federaç de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.152.

564 PIOVESAN, Flávia., PIOVESAN, Luciana., SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, p.497.

565 PIOVESAN, Flávia., PIOVESAN, Luciana., SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, p.497.

566 PIOVESAN, Flávia., PIOVESAN, Luciana., SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, p.497.

Conforme Eduardo Cambi *et al.* "o ser humano é riqueza em potência que não pode ser menosprezada"[567] logo, o repensar de todos os meandros que levam ao não reconhecimento da pessoa com deficiência como sujeito protagonista de sua própria vida buscou ser afastado com impedimento à toda forma de distinção, restrição ou exclusão que fosse prejudicial a estes indivíduos, ou seja, buscaram sua inexistência pela vedação à discriminação.

Nisto, pode-se compreender que a inserção dentro do específico capítulo "Da Igualdade e da Não Discriminação" do artigo 6º, expressamente afirmando que "a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa"[568] inclusive para os atos de autonomia existencial, não se fez aleatoriamente, ou ao acaso. É fato inegável que a deficiência, ainda, "persiste como um dogma na sociedade ocidental, especialmente nos dias atuais em que se busca cada vez mais ansiosamente pela padronização de um ideal de perfeição"[569].

Os "dogmas" prematuramente criados de que a condição de "incapaz" das pessoas com deficiência também lhes conduziam a total impossibilidade de manifestação de vontade, tornavam-nas pessoas assexuadas e impedidas da prática dos atos da vida civil em paridade de condições com os demais, sempre foi combustível a processos discriminatórios.

O problema retratado para Albert Forcada, pessoa com síndrome de Down estava justamente no fato de a sociedade sempre concebê-los como indivíduos diferentes: *"La gente piensa que nosotros con discapacidad somos diferentes. Nosotros no somos diferentes, somos iguales. Somos un grupo de gente, que nos respeten"*[570]; para Begoña Martínez, também com síndrome de Down, a solução não poderia ser outra que não fosse o reconhecimento de suas próprias escolhas: *"Que la sociedad tome*

---

[567] CAMBI, Eduardo., LIMA, Jairo Néia. Constitucionalismo inclusivo: o reconhecimento do direito fundamental à inclusão social, p.25.

[568] Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> . Acesso 25 fev.2016.

[569] SALES, Gabrielle Bezerra., SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federaç de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.155.

[570] ESPAÑA, Down. La Convención Internacional de naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con discapacidad vista por sus Protagonistas, p.37.

conciencia de que las personas con discapacidad sabemos decidir por nosotros mismos. Las personas con discapacidad tenemos derecho a que nos valoren"[571].

A separação proporcionada com o Estatuto entre capacidade civil e deficiência foi grandiosamente uma contribuição que se incorporou em atendimento à dignidade da pessoa com deficiência[572]. É fato que mudança de mentes e de atitudes humanas não se fazem milagrosamente pela existência de qualquer texto de lei sobre como deve ser a percepção do outro, porém, esta é inquestionavelmente a força motriz de maior capacidade de mudança social e combate a discriminação.

Por isso, compreender a capacidade da pessoa com deficiência e quais os mecanismos existentes para proteção de suas vulnerabilidade (em maior ou menor grau), é assunto que assume uma percepção totalmente nova a partir do referido microssistema. Esse desafiador entendimento leva ao desenvolvimento do subsequente item 3.3.

3.3 A Capacidade da Pessoa com Deficiência e os Instrumentos de Proteção

Os preceitos instituídos pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência em prol do afastamento da discriminação, promoção da autonomia e proteção das vulnerabilidades, refletiram-se no Estatuto da Pessoa com Deficiência proporcionando substanciais alterações ao critério de definição das incapacidades e, por consequência, aos instrumentos protetivos.

Conforme observa Patrícia Cuenca Gómez, a tradicional consideração técnica, que a ordem legal impunha à "capacidade jurídica", obrigou a ser suplantada a partir do enfoque que a Convenção propiciou a deficiência como questão de direitos humanos:

> *Sin embargo, es evidente que las condiciones de acesso a la capacidade jurídica inciden en um sentido essencial en las possibilidades de ejercicio de los derechos humanos. Esta idea, que en los últimos tempos parece haber arraigado en la comunidade internacional, se plasma claramente en la CIDPD que contempla la capacidade jurídica, del mismo modo que la discapacidad en general, como uma cuestión de derechos humanos. Así, a partir de su entrada en vigor, la capacidade jurídica debe ocupar um lugar de primer orden en uma reforma integral orientada a lograr la igualdad de*

[571] ESPAÑA, Down. La Convención Internacional de naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con discapacidad vista por sus Protagonistas, p. 37.
[572] SALES, Gabrielle Bezerra., SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federaç de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.154.

> *derechos de las personas com discapacidad em cumplimiento del propósito de este instrumento internacional.*[573]

A partir de então, a discussão sobre a incapacidade absoluta ou relativa nos dispositivos legais internos, devem obediência aos preceitos internacionais que se sobrepõem à discussão sobre a capacidade de agir na esfera patrimonial ou negocial[574], para reconhecerem a capacidade legal às pessoas com deficiência. Bem por isso, Francisco Bariffi pontua que sem dúvida alguma, este é um dos maiores desafios imposto pela Convenção, posto que, a maioria dos sistemas jurídicos estão *"basados em um paradigma tutelar y protecionista que lejos de proteger a las personas com discapacidad, genera intolerables restricciones de acceso efectivo e igualitário de los derechos más fundamentales como la vida, la integridade, o la libertad"* [575].

A necessidade de adequação dos diplomas civilistas aos padrões convencionados assumiu máxima prioridade, posto que, também aos preceitos do direito brasileiro, a disciplina da capacidade civil encontrava-se "incompatível com a sistemática dos direitos humanos"[576], na medida em que prejudicava o exercício escorreito dos direitos de personalidade por aqueles que sofressem uma limitação de ordem psíquica ou intelectual[577]. Porém, em que pese os dispositivos originalmente albergados pelo Código Civil de 2002 colidirem frontalmente com o proclamado pela Convenção aprovada pelo Brasil em 2008[578] (artigo 5º, §3º CF/88), somente após longos sete anos, resultaram-se (com o Estatuto) devidamente incorporados com a derrogação das normativas que restringiam a condição da pessoa com deficiência (psíquica ou intelectual) em absoluta ou relativamente incapazes.

Entretanto, se por um lado ocorreu à necessária e substancial alteração em torno da capacidade civil da pessoa com deficiência "tomando-se como norte a diretriz

---

[573] GÓMEZ, Patícia Cuenca. La capacidad jurídica de las personas com discapacidad: el art. 12de la Convención de la ONU y su impacto em el ordenamento jurídico español. Derechos y Libertades, p.225.
[574] MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro, p.69.
[575] BARIFFI, Francisco. Plena igualdad ante la Ley, capacidade jurídica y limitación de derechos. (mesa redonda). Conferencia internacional 2008-2013: cinco años de vigência de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas com Discapacidad. Disponível em:< www.cermi.es/.../Francisco%20Bariffi%20Capacidad.>. Acesso em 10 fev.2017, p. 1.
[576] MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro, p.60.
[577] MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro, p.59.
[578] A aprovação da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência ocorreu pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e sua promulgação pelo Decreto Executivo nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

constitucional de tutela integral da pessoa humana"[579], de outra forma, isto também resultou no repensar sobre os mecanismos proporcionadores a salvaguardá-los[580].

De acordo com Ana Paula Barbosa-Fohrmann *et al.* o modelo social, caracterizado na proteção da vulnerabilidade dos indivíduos, também deve incluir o reconhecimento de medidas assistenciais quando se fizerem essenciais[581], desde que, sempre que possível seja "provida de uma maneira que não comprometa o controle, escolhas e preferências da pessoa com deficiência"[582].

Corroborando nesse sentido, Ricardo Tadeu Fonseca também discorre sobre a necessidade de proporcionalidade para aplicação do viés assistencial em face das pessoas com deficiência:

> A almejada emancipação da pessoa com deficiência não pode prescindir da superação do viés assistencial que, como já disse, por melhor intencionado que seja, não pode esgotar-se em si mesmo, sob pena de retirar destes cidadãos sua civilidade e dignidade inerentes. As medidas de cunho assistencial devem ser associadas a políticas públicas que assegurem a franca superação dos assistidos para que assumam a direção de suas vidas e o gozo pleno de seus direitos humanos básicos.[583]

Nessa toada, pode-se dizer que "o Estatuto deseja prioritariamente promover a autonomia e, subsidiariamente protege-la" [584], bem por isso, assegurou o exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência garantindo o atendimento de sua igualdade, mas, não se absteve de reconhecer (nos parágrafos 1º e 2º do artigo 84) [585] a possibilidade de duas medidas assistências: a *tomada de decisão apoiada,* para sempre que a pessoa com deficiência julgar-lhe oportuna e conveniente, e a *curatela,* em caráter de extraordinariedade:

---

[579] MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro, p.60.
[580] MORAES, Maria Celina Bodin. Prefácio ao livro de 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.
[581] BARBOZA-FORHMAN, Ana Paula., KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo Social de abordagem e direitos humanos das pessoas com deficiência, p.75.
[582] BARBOZA-FORHMAN, Ana Paula., KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo Social de abordagem e direitos humanos das pessoas com deficiência, p.75.
[583] FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. Revista do TRT da 2ª Região, São Paulo, n.10/2012, p.37-77. Disponível em:< Disponível em:< https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/78834>. Acesso em: 10 fev. 2017. p.48.
[584] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.
[585] Art. 84, parágrafo 1º: "A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. ª§1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei". BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

> Artigo 84. ...
> § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.
> § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.
> § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.
> § 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.[586]

O fator responsável pelas mudanças estruturais e compreensivas sobre referidos "instituto de direito assistencial" [587], liga-se à Convenção da Pessoa com Deficiência pelo seu artigo nº 12, item 4, ao preceituar que: "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"[588].

Por isso, a prerrogativa dada aos Estados de instituírem denominadas salvaguardas resume-se a autorização que cada federação recebeu para criação de ferramentas capazes de melhor tutelar a pessoa com deficiência no exercício de sua capacidade civil.[589] No cenário brasileiro mudanças também ocorreram e, por muito tempo, o instituto da curatela, que permaneceu de forma exclusiva, passa a ceder espaço ao referido mecanismo de direito assistencial: a "tomada de decisão apoiada".

Isto posto, a partir do estudo sobre a discussão doutrinária que permeia a questão da capacidade civil da pessoa com deficiência, busca-se compreender as inovações instituídas sobre os mecanismos de assistência e proteção destinados a tutela-los.

3.3.1 A Discussão Doutrinária sobre a Capacidade da Pessoa com Deficiência

O reconhecimento do modo igualitário da capacidade civil às pessoas com deficiência, garantindo "o fim de modelos pré-fixados de incapacidade"[590], foi insculpido pelo Estatuto ao longo de seu texto normativo em diferentes dispositivos.

---

[586] Art. nº 84. BRASIL. Lei n.ª 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.
[587] TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil, p. 1260.
[588] Artigo 12. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2007.
[589] MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.5.
[590] SOUZA, Iara Antunes de. Revisão da teoria das incapacidades e a Lei n. 13.146/15: a autonomia privada afeta ao biodireito, p. 22.

Nesse caso, elegem-se três diretrizes primordiais (artigos 2º, 6º e 84) merecedores de atento olhar.

A partir da análise do artigo 2º já se faz possível esta interpretação:

> Art. 2º 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.
> § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:
> I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
> II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
> III - a limitação no desempenho de atividades; e
> IV - a restrição de participação.
> § 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência.
> (sem grifos no original).

Os termos preceituados denotam que não há mais espaço ao reconhecimento da incapacidade de modo presumido, enquadrando-a nos padrões inflexíveis de ordem médica ou legal. De acordo com Iara Antunes de Souza a aferição da "incapacidade civil" deverá obedecer a dois fatores preponderantes: "o impedimento de longo prazo de discernimento para desempenho de atividades e a aferição dessa condição por equipe multidisciplinar"[591].

O objetivo que pode ser empreendido destes quesitos denota primeiramente a exclusão de hipóteses que transitoriamente tragam qualquer comprometimento ao empenho das habituais funções na vida de um indivíduo. Nisto, também se reafirma a plena capacidade civil como regra, cuja alteração estará condicionada a avaliação biopsicossocial por equipe preparada para apuração do comprometimento existente como embasamento ao tratamento jurídico a ser aplicado.

A importância de referida "avaliação biopsicossocial"[592], conceituada por Cristiano Chaves de Farias *et. al* como "aquela que considera aspectos sociais que circundam o deficiente, além, por óbvio, de dados médicos capazes de demonstrar sua incapacidade"[593], far-se-á perceptível à medida que instruirá sobre a dimensão em maior

---

[591] SOUZA, Iara Antunes de. Revisão da teoria das incapacidades e a Lei n. 13.146/15: a autonomia privada afeta ao biodireito, p. 23.

[592] Observa-se que nos termos do Artigo 124 da Lei 13.146/2015 o prazo para entrada em vigor do referido dispositivo do §1º, art.2º, que prevê a realização da avaliação biopsicossocial, é de dois anos, contados a partir da entrada em vigor da lei, em 03 de janeiro de 2016. BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

[593] FARIAS, Cristiano Chaves de., CUNHA, Rogério Sanches., PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo, p.25.

ou menor grau do discernimento existente a ser reconhecido, garantido e respeitado à pessoa com deficiência para exercício de sua autonomia[594].

Portanto, conforme observa Célia Barbosa Abreu, é possível denotar claramente a exclusão dos tradicionais critérios médicos "que pudesse remeter à situação restrita de insuficiência ou ausência de funcionamento de um órgão. A avaliação da situação concreta é merecedora de uma visão holística da pessoa, isto é, biológica, psicológica e social"[595].

A partir de então, da mesma forma que não se pode mais presumir a deficiência, também não se presumirá a incapacidade civil; ao contrário, nos moldes da perspectiva social da deficiência que passa a ser empregada, pode ser averiguado que a existência e mensuração da deficiência ("resultante da interação de deficiências físicas, sensoriais ou mentais com o ambiente físico e cultural e com as instituições sociais"[596]), não é fator necessário de incapacidade civil[597].

Subsequentemente o artigo 6º do Estatuto também emana o reconhecimento sobre a capacidade civil plena de qualquer indivíduo com deficiência para cometimento dos atos de essência existencial. Colaciona-se:

> Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
> I - casar-se e constituir união estável;
> II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
> III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
> IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
> V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
> VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.[598]

---

[594] SOUZA, Iara Antunes de. Revisão da teoria das incapacidades e a Lei n. 13.146/15: a autonomia privada afeta ao biodireito, p. 24.

[595] ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC, p.556.

[596] BIELER, Rosangela Berman. Desenvolvimento Inclusivo: uma abordagem universal da deficiência. Banco Mundial, v. 25, 2005. Disponível em:< http://www1.uefs.br/disciplinas/exa519/Des_Inclusivo_Paper_Port_Final.pdf>. Acesso em 15 jan. 2017.

[597] Nesse sentido Cristiano Chaves de Farias et.al defende como sendo um dos grandes méritos do Estatuto da Pessoa com Deficiência "o absoluto desatrelamento entre os conceitos de incapacidade civil e deficiência. São ideias autônomas e independentes. Uma pessoa com deficiência, em regra, é plenamente capaz e, por outro lado, um ser humano pode ser reputado incapaz independentemente de qualquer deficiência". FARIAS, Cristiano Chaves de., CUNHA, Rogério Sanches., PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo, p.240.

[598] Art. 6º. BRASIL. Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

De fato, o presente dispositivo não traz dúvidas acerca de sua incidência às pessoas com deficiência de ordem física. A questão se forma ao ser confrontado à condição de pessoa com impedimento de ordem intelectual, com comprometimento ao grau de discernimento. Para estas hipóteses, também se busca afirmar a regra geral quanto à capacidade plena, cuja percepção sobre qualquer intervenção aos limites de sua autonomia só se poderão concretizar a par de processo avaliativo (conforme descrito anteriormente), que norteará os justos limites de qualquer medida protetiva ou assistencialista. De toda sorte, em se tratando dos direitos personalíssimos supramencionados pelo artigo 6º, bem adverte Marina Carneiro Matos Silmann que estes deverão ser respeitados "ainda que nunca seja efetivado na prática, dada a ausência de autonomia para tomada de decisões"[599] posto que, mesmo deste modo, "mantêm-se a capacidade da pessoa com deficiência para o exercício de sua autonomia e ao mesmo tempo confere uma proteção especial quando necessária"[600].

Em especial, referente ao reconhecimento conferido para que a pessoa com deficiência, exclusivamente motivada por sua própria vontade, exerça o ato existencial de constituir casamento, verifica-se um forte movimento doutrinário favorável a esta previsão.

A razão pela quais aplausos são direcionados a esta alteração já restou reconhecido muito anteriormente por José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz como "um direito fundamental do ser humano (direito fundamental da personalidade), pois que tutela interesse fundamental do homem"[601]. Eivar de nulidade absoluta o casamento realizado por pessoa com incapacidade mental, conforme preceituava o artigo 1548, inciso I do Código Civil, confrontar-se-ia com as mudanças estruturais sobre o regime das incapacidades enunciadas pelo Estatuto partindo-se de um pré-julgamento que o casamento realizado pela pessoa incapaz não lhe seria favorável[602].

---

[599] SILMANN, Marina Carneiro Matos. Curatela e Tomada de Decisão Apoiada: Uma nova visão acerca da proteção jurídica conferida às pessoas com deficiência psíquica. Disponível em:< http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/vgn7y7g7/L1v558SJmvJR5dyG.pdf>. Acesso em 04 fev. 2017. p.16.

[600] SILMANN, Marina Carneiro Matos. Curatela e Tomada de Decisão Apoiada: Uma nova visão acerca da proteção jurídica conferida às pessoas com deficiência psíquica, p.16.

[601] OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de., MUNIZ, Francisco José Ferreira. Curso de Direito de Família. 4.ed. Curitiba: Jurúa, 2008. p.127.

[602] 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. Primeira Parte. Disponível em:< http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-

Tal comprometimento não era reconhecedor que o casamento poderia ser primordialmente o 'querer' exteriorizado pela pessoa com alguma incapacidade intelectual. Isto afastava "uma das mais importantes situações subjetivas existenciais"[603] que a pessoa com deficiência tinha constitucionalmente resguardada, nos termos da Convenção, para que fosse "reconhecido o direito das pessoas com deficiência em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento"[604].

Isto posto não se cogita falar em invalidade absoluta do casamento da pessoa com deficiência. A questão que perdurou no âmbito civilista, nos termos do artigo nº 1550, inciso IV, do Código Civil[605], somente admite a possibilidade de ser anulável o casamento permeado pelo incapaz que não possua condições de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, seu consentimento. Isto serve para demonstrar que não está descartada a possível anulabilidade dos atos que nasçam eivados de vício de consentimento pelo nubente incapaz, ou seja, o elemento da "expressa manifestação de vontade" continua sendo o sustentáculo principal que trará segurança e validade ao ato jurídico.

Por isso, aquele que não possua condições suficientes para exteriorização volitiva, como exemplo, uma pessoa com severa deficiência intelectual, não poderá casar e, nem tampouco, admitir que possível curador o faça[606]. Isto por sua vez, não seria condizente com o exercício de um direito iminentemente personalíssimo que seu titular seja ou esteja impossibilitado de expressar, bem como, com o próprio instituto da curatela, que, como será estudado, deverá afetar estritamente os atos patrimoniais ou negocias.

Assim, a razão do acréscimo do parágrafo §2º, no artigo nº 1550, do Código Civil, prevendo:

Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Acesso em 09 fev. 2017.

[603] MENDES, Vanessa Correia. O casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual: possibilidade, inconsistências circundantes e mecanismos de apoio. In: In: Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas- Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). Rio de Janeiro: Processo. 2016. p.387.

[604] Artigo 23. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2007.

[605] Artigo 1.550, inciso IV: "É anulável o casamento: ... IV- do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento". BRASIL. Código Civil. Lei n.ª 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 10 fev. 2017.

[606] MENDES, Vanessa Correia. O casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual: possibilidade, inconsistências circundantes e mecanismos de apoio, p.398

> A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.[607]

Tornam oportunas duas críticas. A *priori* sobre a crítica ortográfica no emprego de "idade núbia" quando o correto seria "idade núbil", posto que se refira à idade mínima para contrair núpcias. Outra, sobre a inserção do curador como possível legitimado para expressar a vontade da pessoa com deficiência nubente. Para Nelson Rosenvald "melhor seria apenas reservar a atuação do curador para um controle a *posteriori*, na qual, eventualmente ajuizaria ação de anulabilidade do casamento quando provas robustas demonstrassem o dano existencial dele decorrente ..."[608].

Ademais, insta ressaltar que o consenso do curador está descartado seja para constituição ou desconstituição do casamento de possível curatelado, posto que, como afirma Vanessa Correia Mendes, não é de sua competência "deliberar sobre as questões existências do curatelado"[609]. Entretanto, no que se refere ao lado patrimonial atinente ao regime de bens, para o caso da incidência de regime de comunhão universal ou separação de bens, cogita-se a "equiparação à situação aplicada aos pródigos. Ou seja, anulação do ato, nos termos do artigo 171, inciso I, do CC" [610].

De toda sorte, ressalta-se primordialmente que o novo paradigma instituído pelo Estatuto para o casamento da pessoa com deficiência, vem de encontro com aquilo que José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz denominaram como 'concepção personalista', significando que o olhar empregado pela reforma contemporânea aduz para percepção do "casamento a serviço do pleno desenvolvimento das potencialidades da personalidade humana" [611].

A precípua importância e garantia direcionada aos atos existenciais pelo Estatuto, em especial para o assunto em comento, vem no sentido comprobatório que, de fato, o que se muda não é a percepção sobre o instituto civil, mas sim, sobre o benefício cujo aquele que o compõe poderá obter com a promoção de sua capacidade civil.

---

[607] BRASIL. Código Civil. Lei n.ª 10.406, de 10 de janeiro de 2002. .
[608] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.
[609] MENDES, Vanessa Correia. O casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual: possibilidade, inconsistências circundantes e mecanismos de apoio, p.399.
[610] MENDES, Vanessa Correia. O casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual: possibilidade, inconsistências circundantes e mecanismos de apoio, p.399.
[611] OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de., MUNIZ, Francisco José Ferreira. Curso de Direito de Família, p.128.

Ademais, também em obediência aos preceitos já insculpidos anteriormente pela Convenção da Pessoa com Deficiência[612], o artigo 84, traduz notória importância jurídica e principalmente social, porque impõe mudanças suficientemente capazes de conseguir romper com aquela visão estigmatizada de supressão da "capacidade civil da pessoa com base na sua deficiência"[613] :

> Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.[614] (sem grifos no original).

Este caráter emancipador que passa a ser reconhecido em prol da pessoa com deficiência também é o responsável por lhe concretizar direitos que lhe são fundamentais, em especial destaque o da igualdade. Verifica-se que o Estatuto promoveu sua aplicabilidade ao prever expressamente a capacidade legal da pessoa com deficiência retirando-a, assim, da condição de presumidamente incapaz e colocando-a na condição de "igualdade perante a lei" [615].

Logo, em fundamento aos preceitos emanados e a concretização da igualdade formal almejada em torno da pessoa com deficiência, o Estatuto alterou substancialmente o regime das incapacidades ao excluir "a deficiência como critério redutor da capacidade"[616] do Código Civil. Deste modo, a pergunta que se forma a partir desta releitura e alterações impostas é: a pessoa com deficiência poderá, dependendo do grau de seu discernimento, ser ou não ser considerada como sujeito incapaz?

Para recapitulação, vale colacionar a redação atual dos artigos 3º e 4º do Código Civil[617]:

---

[612] Artigo 12, n. 2: "Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2007.

[613] RAMOS. Cleide. A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada. p.54.

[614] BRASIL. Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

[615] GONZAGA. Eugênia Augusta. In: Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). 2014. p.86. Disponível em: < http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf> Acesso em 13 mar. 2016.

[616] MENEZES, Joyceane Bezerra de., TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Revista Pensar, Fortaleza, v.21,n.2, p.568-599, maio/ago.2016. p.575.

[617] Importa ressaltar que tramita no Senado, Projeto de Lei nº 757/2015, prevendo nova alteração às mudanças realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), dentre elas, os artigos 3º e 4º do Código Civil que passariam a prever: "Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer

> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.
> 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.[618]

Reconhecendo que a capacidade civil somente será afastável mediante os preceitos da ordem positivada, conforme discorre Silvio Rodrigues "... é mister ter-se em vista que têm direito à proteção somente as pessoas quem a lei define como incapazes, pois a incapacidade é a exceção e a capacidade, a regra"[619] (vide Capítulo 1), pode ser afirmado que a condição de incapacidade absoluta em nenhuma possibilidade enquadrar-se-á às pessoas com deficiência em razão de sua expressa previsão restrita aos menores de dezesseis anos.

Desta feita, urge discorrer se a pessoa com possível deficiência de ordem intelectual poderia então ser enquadrada na condição de relativamente incapaz, mais precisamente, na única hipótese possível de ser questionada sobre o inciso III, do art. 4º: "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade"[620].

Se a pergunta não é simples, sua resposta pouco menos. Doutrinariamente não se encontra um acolhimento pacífico e entendimentos contrários estão permeando esta importante definição.

Inicialmente, a crítica veemente de Vitor Frederico Kumpel e Bruno de Ávila Borgarelli, rechaçam as mudanças estatutárias que foram propiciadas para reconhecer ter havido "a destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos

---

pessoalmente os atos da vida civil: IV – os menores de dezesseis anos; V – os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial; VI – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade", e "Art. 4º II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que tenham o discernimento reduzido de forma relevante, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial". BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015. Disponível em:< http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=194634&tp=1#Emenda1>. Acesso em 27 jan.2017.

[618] BRASIL. Código Civil. Lei n.ª 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

[619] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Parte Geral. 2007, p.40.

[620] BRASIL. Código Civil. Lei n.ª 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

deficientes"[621]. Com a condição de plena capacidade que às pessoas com deficiência assumem já não mais se admitirá, neste entendimento, condições de proteger o incapaz nem mesmo pela inserção ao rol da incapacidade relativa[622]. Para esta doutrina, as alterações realizadas ao se valerem de um "discurso humanitário"[623], acabam por comprometer "um bom sistema protetivo, que tem funcionado muito bem"[624].

Em sentido oposto, o entendimento atribuído a Flávio Tartuce reconhece o sistema de capacidade plena inaugurado pela Convenção às pessoas com deficiência em prol da promoção de sua dignidade e inclusão social[625]. Porém, isto não retira, na compreensão deste autor, a possibilidade eventual de consideração da incapacidade relativa de pessoas com deficiência inseridas no inciso III, do artigo 4º do Código Civil. Para este entendimento, as causas transitórias ou permanentes impeditivas a expressão de vontade poderiam ser enquadradas dentre as seguintes exemplificações: "surdo-mudo que não possa se expressar e à pessoa em coma"[626], "pessoa com idade avançada que não possa exprimir o que pensa, caso do portador do mal de Alzheimer"[627].

Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida também acolhem a permanência da incapacidade relativa às pessoas com deficiência ou a qualquer outro indivíduo que, mesmo sem deficiência, enquadre-se na condição obstaculazidora da expressão de sua vontade. Nisto discorrem, ao comentar a atual redação do inciso III, do artigo 4º do Código Civil: "a incapacidade somente resultará da impossibilidade de a pessoa exprimir sua vontade, por causa – qualquer que seja – transitória ou permanente, vale dizer, permita-se a insistência, seja a pessoa deficiente ou não"[628].

---

[621] KUMPEL, Vitor Frederico., BORGARELLI, Bruno de Ávila. A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes. Disponível em:< http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>. Acesso em 05 fev. 2017. p.5.

[622] KUMPEL, Vitor Frederico., BORGARELLI, Bruno de Ávila. A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes, p.5.

[623] KUMPEL, Vitor Frederico., BORGARELLI, Bruno de Ávila. A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes, p.5.

[624] KUMPEL, Vitor Frederico., BORGARELLI, Bruno de Ávila. A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes, p.5.

[625] TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa. In: Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p.472.

[626] TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa, p.478.

[627] TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa, p.478.

[628] BARBOZA, Heloisa Helena., ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. 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.264.

Noutra toada, reconhecendo a "conquista social" proporcionado pelo Estatuto ao consubstanciar primordialmente o princípio da dignidade da pessoa humana como máxima, doutrinadores como Pablo Stolze[629], Joyceane Bezerra de Menezes[630], Ana Carolina Brochado Teixeira[631] e Paulo Lôbo[632], defendem que deficiência não é causa de incapacidade, sequer relativa.

Dentre as razões justificadoras desse entendimento, discorre-se que a partir do paradigma inclusivo solidificado pela Convenção, a retirada das pessoas com deficiência do rol de incapacidade mostrou-se razão de primeira ordem para afastar o reconhecimento destes indivíduos enquanto detentores de doenças ou enfermidades segregativas do universo social para, reconhecê-los em sua dignidade como integrantes de uma "diversidade funcional" tipicamente reconhecida no modelo social incorporado. Conforme Agustina Palacios e Javier Romañach:

> *El modelo parte de la premisa de que la diversidad funcional es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las mujeres y hombres con diversidad funcional. Asimismo, reivindica la autonomía de la persona con diversidad funcional para decidir respecto de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades.*[633]

Fundamentado aos preceitos dos artigos 6º e 84 do Estatuto, Pablo Stolze reconhece que o acolhimento da normativa nacional aos preceitos internacionais da Convenção, especificadamente ao artigo 12º, afastam as possibilidades em reconhecer a pessoa com deficiência civilmente incapaz, pois, de fato, reconstruiu-se "o paradigma da capacidade, em uma perspectiva inclusiva e afinada com o princípio da preservação da dignidade da pessoa humana"[634].

---

[629] STOLZ, Pablo. Deficiência não é causa de incapacidade relativa: a brecha autofágica. Revista UNIFACS. n.195. 2016. Disponível em:< http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4578/2997>. Acesso em 16 jan. 2017

[630] MENEZES, Joyceane Bezerra de., TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.568-599.

[631] MENEZES, Joyceane Bezerra de., TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.568-599.

[632] LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em 25 fev. 2016.

[633] PALACIOS, Agustina., ROMAÑACH, Javier. El modelo de la diversidade: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidade funcional (discapacidad). Revista Sociológica de Pensamiento Crítico. Disponível em:<http://www.intersticios.es>.Acesso em 21 jan. 2017. p.38.

[634] STOLZ, Pablo. Deficiência não é causa de incapacidade relativa: a brecha autofágica, p. 4. Complementa-se que para Joyceane Bezerra de Menezes e Ana Carolina Teixeira, significa "dignidade

Ainda nesse entendimento, Joyceane Bezerra de Menezes *et al.* aduz que o reconhecimento da capacidade jurídica (como gênero) não pode ser confundida com a capacidade mental, pois, enquanto a "capacidade jurídica integral é que se afigura como chave para a efetiva participação na arena política, civil e social"[635], a capacidade mental "diz respeito à aptidão que tem o sujeito para a tomada de decisões, sendo variável de pessoa para pessoa a depender de uma gama de fatores pessoais, ambientais e sociais"[636].

Assim, primeiramente, promove-se a igualdade a partir da equiparação da capacidade jurídica e, secundariamente, *a posteriori*, para os casos de déficits intelectuais "a Sociedade e o Estado devem lhe disponibilizar uma rede de apoio que envolve desde o mero auxílio informal (art. 7º CDPD) até aqueles tipos específicos como a Tomada de Decisão Apoiada e a curatela" [637]. Para esta corrente, mesmo nestas hipóteses, estaria equivocado reconhecer a pessoa com deficiência como incapaz, para isso, Joyceane Bezerra de Menezes *et al*. denomina-a como "pessoa com capacidade restringida"[638] ou, "pessoas capazes sob curatela"[639].

Portanto, conclui-se que nesse entendimento é impossível enquadrar as pessoas com deficiência na previsão do artigo 4º, inciso III do Código Civil, para "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade". Referida previsão restou deslocada da condição de incapacidade absoluta do então derrogado artigo 3º do Código Civil para o qual, nas palavras de Paulo Lôbo as hipóteses albergadas por este dispositivo "não se confunde com a deficiência ou enfermidade mental", estas, poderiam ser exemplificadas como situações de "pessoa submetida a anestesia geral, a estado de coma induzido ou a sequestro praticado por grupo criminoso, ou ainda que sofrer temporariamente perda do "pleno discernimento"[640]. Pela própria impropriedade de destinações, forçar o enquadramento das pessoas com

---

como autodeterminação que sustenta a personalidade do sujeito com limitações intelectuais ou psíquicas, justificando a sua capacidade jurídica em igualdade com as demais"[634]. (MENEZES, Joyceane Bezerra de., TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.582).

[635] MENEZES, Joyceane Bezerra de., TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.588.

[636] MENEZES, Joyceane Bezerra de., TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.588.

[637] MENEZES, Joyceane Bezerra de., TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.589.

[638] MENEZES, Joyceane Bezerra de., TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.594.

[639] LIMA, Taisa Maria Macena de. O Estatuto da pessoa com deficiência e suas repercussões na capacidade civil, p.229.

[640] LÔBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral. 2010. p.124.

deficiência a esta previsão seria formar, no entendimento de Pablo Stolze, uma "brecha inconstitucional e autofágica"[641] pois, colidiria aos preceitos reconhecedores da capacidade plena expressamente instituído pela Convenção e acolhido pelo Estatuto.

Finalmente, tem-se outro entendimento permeado por Nelson Rosenvald que justifica ser um contrassenso defender que a incapacidade está "sepultada em terras brasileiras" a partir do Estatuto[642]. Sob este entendimento, não admitir a eximissão da pessoa com deficiência no enquadramento da incapacidade relativa quando encontrar-se "em situação que as impeça, por qualquer motivo, de conformar ou expressar a sua vontade", seria consagrar a hipotética e insustentável concepção do "mundo ideal e "politicamente correto" das pessoas plenamente capazes"[643].

Nesta esteia, considera-se que somente aquela pessoa com deficiência "privada completamente do autogoverno"[644] isto quer dizer, de acordo com Taisa Maria M. Lima, aquela pessoa que não possa exprimir uma "vontade qualificada"[645] consistente na possibilidade "de o cidadão maior tomar decisões de forma esclarecida e autônoma sobre a sua pessoa ou bens"[646]; estas sim, estarão enquadradas na condição de incapazes relativos e submetidas ao instituto da curatela.

Para Nelson Rosenvald é preciso que se chegue à conclusão sobre o fato de que a "incapacidade relativa será materializada alternativamente pelas técnicas de representação e assistência"[647], devido ao fato de que "as pessoas com deficiência que pelo CC/02 eram considerados absolutamente incapazes em uma terminologia reducionista, tornam-se relativamente incapazes a partir da vigência da Lei n. 13.146/15".[648] Trata-se de cumprir com o que Atalá Correia entende por "hibridização de institutos" isto é, o não acolhimento da possível "representação" ao instituto da incapacidade relativa implicará na ineficiência protetiva posto que, haverá aqueles que nem tampouco possam "externar seus interesses para que alguém lhe assista"[649].

---

[641] STOLZ, Pablo. Deficiência não é causa de incapacidade relativa: a brecha autofágica, p.6.
[642] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.
[643] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.
[644] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.
[645] LIMA, Taisa Maria Macena de. O Estatuto da pessoa com deficiência e suas repercussões na capacidade civil, p.229.
[646] LIMA, Taisa Maria Macena de. O Estatuto da pessoa com deficiência e suas repercussões na capacidade civil, p.229.
[647] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.
[648] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.
[649] CORREIA, Atalá. Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. Consultor Jurídico. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>. Acesso em 26 jan. 2017. p.2.

Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, anuem com este entendimento validando que caso a "pessoa com deficiência física, mental ou intelectual não puder, por algum motivo, exprimir a sua vontade, poderá se sujeitar ao regime da incapacidade relativa por esse específico motivo"[650]. Grifou-se a afirmação sobre ser "específico motivo", pois, é necessário depreender que a razão da pessoa com deficiência ser inserida na condição da incapacidade relativa decorre não da existência de qualquer impedimento funcional, mas, pela inexpressão consciente da vontade como em que qualquer outra pessoa poderá vir a ser inserida.

> Nota-se que o legislador objetivou as causas de incapacidade relativa, afastando indagações relativas ao estado mental. Isso porque, repita-se à exaustão, a deficiência física, mental ou intelectual não é, somente por si, motivo determinante da incapacidade jurídica de uma pessoa[651].

A necessidade de bem compreender a diferenciação aplicável entre a significação de incapacidade e deficiência, é critério primordial para correta compreensão dos preceitos estatutários. Esta importante diferenciação também é apresentada com clareza por Jussara Maria Leal de Meirelles ao pontuar que incapacidade baseia-se na ausência ou redução de "discernimento para os atos da vida civil que, tradicionalmente, poderia ser determinada por causa permanente ou temporária, mas de modo geral vinculada a limitações de entendimento, de compreensão ou de manifestação da vontade"[652], e deficiência "impedimento de natureza física ou sensorial, e não somente mental ou intelectual" com restrição de longo prazo. Isso serve para demonstrar que a existência de uma destas condições não implica necessariamente ao surgimento da outra.

Também de acordo, diz Maria Helena Diniz que "nada obsta a que se inclua, entendemos, o portador de deficiência no rol dos relativamente incapazes, porque isso nada afetaria sua dignidade como ser humano"[653], a concretização da dignidade permeia os caminhos que promovam: "a) facilitar sua inclusão social e cidadania e seu

---

[650] FARIAS, Cristiano Chaves de., CUNHA, Rogério Sanches., PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo, p.309.
[651] FARIAS, Cristiano Chaves de., CUNHA, Rogério Sanches., PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo, p.309.
[652] MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência. In: Direito da pessoa com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas-Cpnvenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. MENEZES, Joyceane Bezerra de. (org.). Rio de Janeiro: Processo. p. 714.
[653] DINIZ, Maria Helena. A Nova Teoria das Incapacidades. Revista Thesis Juris. v.5, n.2, pp.263-288, Mai-Ago. 2016. Disponível em:< www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/download/426/pdf>. Acesso em 20 jan.2017. p.269.

tratamento terapêutico; b) preservar suas faculdades residuais; c) acatar suas preferências, escolhas, afetividade e crenças; d) eliminar barreiras e preconceitos; e) possibilitar sua realização pessoal e vocacional; f) aprimorar sua educação etc" [654].

Portanto, compreende-se que a presente teoria defendida por Nelson Rosenvald é a que encontra a "exata dosagem" aos propósitos adstritos à Convenção e consubstanciados ao Estatuto; à medida que, embora não deixe de reconhecer o digno e devido reconhecimento atribuído às pessoas com deficiência, também, não se abstrai de resguardar suas vulnerabilidades. Somado a esse entendimento, cabe avançar no presente estudo acerca das implicações que o enquadramento da pessoa com deficiência ao rol dos sujeitos relativamente incapazes pode trazer.

Não podendo negar que ao restritivo rol do artigo 4º do Código Civil estarão submetidas àquelas pessoas com deficiência que não tenham minimamente condições de discernir ou expressar-se sobre os fatos que o cercam ou sobre a sua própria pessoa, questiona-se qual deve ser a resposta aos clássicos efeitos sobre a fluência do instituto da prescrição/decadência e da nulidade ou anulabilidade dos atos jurídicos quando circundarem estas hipóteses.

Iniciando-se ao que tange à invalidade do negócio jurídico, pode ser verificado que a alteração empreendida ao regime das incapacidades não resultou em modificações aos dispositivos em torno das hipóteses de nulidade e anulabilidade previstas respectivamente nos artigos 166, inciso I e 171, inciso I do Código Civil[655]. Por essa razão, a resposta que mais facilmente pode ser pensada pela análise literal da questão é que: se não há mais que se falar em incapacidade absoluta não há que se falar em nulidade do ato empreendido ou na produção de efeitos *ex tunc*; assim sendo, pela incompatibilidade existente aplicarão restritivamente os efeitos anulatórios aos negócios jurídicos realizados pela pessoa com deficiência curatelada.

Nelson Rosenvald reconhece que esta consequência é uma das irremediáveis implicações dizendo que "os atos praticados pelo indivíduo sem a presença do curador serão submetidos à sanção da anulabilidade (art. 171, I, CC) e não mais à nulidade (art.166, I, CC), com todas as consequências em termos de legitimidade e prazo para invalidação do ato prejudicial"[656].

---

[654]DINIZ, Maria Helena. A Nova Teoria das Incapacidades, p.269.

[655] Artigo nº 166. "É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; ..." e Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; ...". BRASIL. Código Civil. Lei n.ª 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

[656] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.

Porém, referido acolhimento acerca da anulabilidade pode parecer desarrazoado se no intuito maior albergado ao reconhecimento da representação na incapacidade relativa, resultar desfavoravelmente a incidência dos prejudiciais efeitos da convalidação do ato, da não retroatividade ou de possível arguição somente pelo interessado. Nisso começa-se a desenvolver outros fundamentos que poderão vir a ser acolhidos à medida que os casos práticos forem se formando e a jurisprudência começar a traçar o caminho. Pois, de fato, cabe abrir breve parêntese para reconhecer que o trabalho doutrinário é este mesmo; anteceder-se no repensar sobre as possíveis trilhas que possam ser percorridas.

Sendo assim, Atalá Correia defende que nesse "campo de primeiras reflexões" há que se admitir a possibilidade de prevalência do regime de nulidade, caso seja, mais benéfico ao deficiente.

Cristiano Chaves de Farias *et al.,* também observa a partir das desfavoráveis consequências que "a solução, ao que nos parece, é uma interpretação conforme a boa-fé, para tentar emprestar a melhor solução possível, privando o ato de efeitos limítrofes"[657].

Também, José Fernando Simão, embora não admita o acolhimento da incapacidade relativa e, defenda a "curatela de capaz", pondera a admissibilidade do emprego do uso da analogia para melhor amparo da pessoa com deficiência, a saber: "O contrato assinado exclusivamente por deficiente capaz, mas sob curatela, será nulo se o juiz fixar em sentença que o curador o representa (aplicação do art. 166, I do CC por analogia) ou anulável se fixar que o assiste (aplicação do art. 171, I do CC por analogia)"[658].

De todo modo, parece haver grande acolhimento para que, somente a partir da apuração dos fatos se amoldem pontuadamente os efeitos decorrenciais. Admitindo-se, porém, que no induvidoso acometimento de ausência de discernimento da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, reconheça também, a nulidade dos atos praticados anteriores a constituição da curatela[659]. Havendo inclusive o entendimento pelo qual,

---

[657] FARIAS, Cristiano Chaves de., CUNHA, Rogério Sanches., PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo, p.314.

[658] SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2). Consultor Jurídico. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>. Acesso em 26 jan. 2017. p.5.

[659] 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: Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas- Convenção sobre os

referida compreensão também pode ser aplicável aos atos de caráter existencial, como discorre Rodrigo da Guia Silva *et.al.*:

> Isso não impede, contudo, que a análise dos interesses envolvidos e do concreto grau de discernimento quando da prática do ato indiquem a necessidade de não se preservarem certos efeitos extrapatrimoniais, como sucede nos casos em que se discute a validade dos atos praticados por pessoa com deficiência não submetida a curatela ou que, caso submetida, tenha praticado atos antes da sentença instituidora da curatela ou em matéria por ela não regulada[660].

Ainda, dentre as problemáticas emanadas pelo Estatuto, resta responder sobre a questão acerca da fluência do prazo prescricional e decadencial contra as pessoas com deficiência que, por qualquer circunstância, impossibilitadora de expressar sua vontade integrem a condição da incapacidade relativa, isto é, que sejam a exceção ao "princípio do *in dubio pro capacitate*".

Também para essas hipóteses os entendimentos divergem. Nelson Rosenvald[661], Luiz Alberto David Araújo[662] e Macieira da Costa Filho[663] coadunam sobre o fato de que essas pessoas, ao serem curateladas, passaram juridicamente a incorporar a condição de relativamente incapazes e, tal qual ocorre com o sujeito plenamente capaz, não gozarão da prerrogativa de paralização da prescrição e decadência albergadas nos artigos 198, inciso I e artigo 208 do Código Civil[664].

Porém, o inquietante desfavorecimento que tal exclusão pode implicar nessas condições à pessoa com deficiência, faz com que se busquem caminhos remediadores. Silvio Rodrigues já relevou para o fato de que, quando o ordenamento civilista admite o não transcurso no prazo prescricional ou decadencial, o faz favoravelmente em prol de "certas pessoas que, em virtude de uma circunstancia a ela peculiar, não poderiam, zelosa e diligentemente, defender seus interesses"[665]. A mudança legislativa empregada

---

direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. MENEZES, Joyceane Bezerra (org.). Rio de Janeiro: Processo. 2016. p.309.

[660] 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, p.310-311.

[661] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.

[662] ARAUJO, Luiz Alberto David., COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência- EPCD (Lei 13.146 de 06.07.2015): Algumas novidades. p.65-80. Revista dos Tribunais. v.962. Dez/2015. p. 69.

[663] ARAUJO, Luiz Alberto David., COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência- EPCD (Lei 13.146 de 06.07.2015), p. 69.

[664] Art. 198. "Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; ... e Art. 208. "Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I. ...". BRASIL. Código Civil. Lei n.ª 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

[665] RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Parte Geral, p.338.

também tem o poder de tornar a pessoa com deficiência curatelada (portanto, relativamente incapaz), senhora de zelosa e diligentemente passar a defender seus interesses? A resposta negativa a esta questão não permite que ocorra conformação ao anunciado.

De qualquer modo, pode ser que haja o pensamento ao fato de que a pessoa com deficiência, relativamente incapaz, contará com a figura do curador que mediante a obrigação imposta judicialmente de amparo e zelo aos aspectos patrimoniais do curatelado, antecipar-se-á (já que é este é seu dever) em bem evitar prejuízos a pretensões prescritas. Ocorre que, aquilo que se quer repensar aqui não se trata do que será atribuído a *outrem,* que dependerá da existência de um curador atencioso e responsável em seus afazeres, muito ao contrário, a razão precípua possui uma só direção: fazer valer a proteção aos direitos daquele que é o seu próprio titular de forma indubitável.

Conforme José Fernando Simão, trata-se de "proteção do incapaz e apenas dele"[666], fazendo-o entender que não há possibilidade em "aplicar as regras pelas quais a prescrição e a decadência não correm contra o absolutamente incapaz para o deficiente sob curatela"[667], que no entendimento defendido, trataria das pessoas com deficiência com incapacidade relativa.

A valiosa contribuição que faz surgir uma "luz" é ponderada por Cristiano Chaves de Farias *et al.* sobre a admissibilidade da incidência da "teoria *contra non valentem agere non currit praescriptio,* ou simplesmente *contra non valentem*"[668].

A respectiva teoria, que significa em uma "tradução exemplificativa: contra aqueles que não podem agir, não fluem os prazos de prescrição"[669], já restou observada por Cáio Mario da Silva Pereira ao tratar das hipóteses de suspensão da prescrição:

> Deve-se acrescentar uma outra regra que preside à suspensão da prescrição, dizendo-se que não corre na pendência de um acontecimento que *impossibilite* alguém de agir, seja como consequência de uma determinação legal, seja por um motivo de força maior, seja por uma convenção, regra que a jurisprudência francesa tem adotado, e que o velho adágio já traduzia: "*contra non valentem agere non currit praescriptio".*[670]

---

[666] SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2), p.6.
[667] SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2), p.6.
[668] FARIAS, Cristiano Chaves de., CUNHA, Rogério Sanches., PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo, p.313.
[669] FARIAS, Cristiano Chaves de., CUNHA, Rogério Sanches., PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo, p.313.
[670] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, p.698.

Conforme ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias *et al.,* o reconhecimento sobre qual "um prazo prescricional não pode correr contra aquele que está incapacitado de agir"[671], somado ao fato de que "o Direito, sempre apresentará uma hipótese na qual há fundamento para a suspensão, mas o legislador, que não é onisciente, não conseguiu prever"[672], descrevem a conceituação e admissibilidade da aplicação desta teoria.

Em que pese o posicionamento doutrinário, fundamentando as questões de segurança jurídica, defenderem que "as hipóteses de interrupção e suspensão são taxativamente enumeradas na lei, não podendo ser criadas, ampliadas ou suprimidas pelos sujeitos dos atos jurídicos"[673], o acolhimento desta teoria pode ser um equilíbrio eficaz pela admissibilidade de abertura das "hipóteses paralisantes"[674] para inclusão restrita das situações excepcionais, como são as das pessoas com deficiência curateladas, que não possam exprimir vontade.

Essas são importantes questões que começarão a ser desenhadas com o desenvolver das situações fáticas, de toda sorte, restou constatado sobre a existência de valiosos caminhos protetivos que poderão resguardar os ideários de autonomia e proteção da pessoa com deficiência. Diante disto, importa analisar os instrumentos normativos incorporados com a inserção do instituto da Tomada de Decisão Apoiada e a releitura do instituto da Curatela como mecanismos implementadores de proteção às pessoas com deficiência sobre esta nova visão.

3.3.2 A Tomada de Decisão Apoiada

Em cumprimento a determinação emanada pela Convenção (art.12, item 4) e inspirados na figura italiana do *"amministrazione di sostegno"*[675], ou "administrador de

---

[671] FARIAS, Cristiano Chaves de., CUNHA, Rogério Sanches., PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo, p.313.
[672] FARIAS, Cristiano Chaves de., CUNHA, Rogério Sanches., PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo, p.313.
[673] LÔBO, Paulo. Direito Civil: Parte Geral. 2010, p.351.
[674] FARIAS, Cristiano Chaves de., CUNHA, Rogério Sanches., PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo, p.313.
[675] José W. Tobías esclarece sobre a formação na Itália do referido instituto "amministrazione di sostegno": "En Italia, hasta el año 2003, subsistían los institutos de la interdicción y la inhabilitacíon como fueron regulados por el Código Civil de 1942. Es em esse país, sin embargo, donde se habían realizado los maores esfuerzos doctrinarios para impulsar uma reforma legislativa. El sistema tradicional se considerava inadecuado por la excessiva rigidez y absolutez de los respectivos institutos y por la pesadez de los procedimientos judiciales; se planteaba la revisión del critério "absolutista" de la interdicción proponiendo la dopción de fórmulas que se adecuaran a las diversas graduaciones y características com que se presenta el distúrbio psíquico, mientras algunos planteaban la supresión de la interdicción, otros sugerían la atenuación de rigidez de sus consecuencias. .... Finalmente, el 9 de enero de

apoio", o Estatuto responsabilizou-se por inaugurar no âmbito do sistema jurídico brasileiro o instituto da Tomada de Decisão Apoiada.

Cabe dizer que referido instituto, surge no contexto atual como nova ferramenta capaz de atender aos propósitos albergados para promoção da autodeterminação da pessoa com deficiência. Sua incorporação mostrou-se como resposta à insuficiência que *"las codificaciones decimonónicas"*[676] eivavam em não consubstanciar alternativas que pudessem servir às pessoas vulneráveis (especialmente àquelas com comprometimento intelectual) de forma assistencial e desprovidas do caráter protetivo extremista que o instituto da curatela, por meio da interdição total ou parcial, solidificava para aqueles considerados absoluta ou relativamente incapaz. Portanto, já se observa de antemão que a presente medida não pode ser confundida com as formas de representação ou assistência, mas, sim, como terceiro elemento que se coloca ao lado daquelas, garantindo-se o direito de decisão à pessoa com deficiência.

Devidamente prevista no Estatuto no artigo 84, § 2º e art. 116, este último responsável pela alteração imposta ao art. 1.783-A do Código Civil, a Tomada de Decisão Apoiada encontra-se definida legalmente como:

> Artigo 1.783 – A do Código Civil: 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.[677] (sem grifos no original).

A partir do conceito supra alguns questionamentos primordiais passam a se formar: quem são as pessoas com deficiência em destaque? Qualquer pessoa, acometida por qualquer grau de discernimento, pode se valer com tal medida? Quem a pode requerer? O apoio a todos os atos da vida civil inclui os existenciais? Essas são perguntas que se mostram fundamentais para compreensão deste instituto.

Joyceane Bezerra define que a Tomada de Decisão Apoiada, "oferece apenas um apoio àquele que preserva sua capacidade civil incólume, reunindo condições de, por si, realizar suas escolhas e celebrar quaisquer negócios jurídicos sem a necessidade de

---

2004 el Parlamento italiano sanciono la ley nº 6 que modifica los institutos tradicionales de la interdicción y la inhabilitación e introduce um nuevo instituto de protección civil del minorado psíquico y físico denominado "Amministrazione di sostegno". TOBÍAS, José W. Estudios de la parte general del Derecho Civil. Buenos Aires: La Leu, 2006. p. 99.

[676] TOBÍAS, José W. Estudios de la parte general del Derecho Civil, p. 98.

[677] Art. 1783-A. BRASIL. Lei n.ª 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

assistência ou representação"[678]. Sua utilização destina-se, portanto, àquelas pessoas que, não sendo desprovidas por completo de sua percepção intelectual (em graus mais severos de acometimento), preservem a condição de expressar sua induvidosa vontade, mas, devido a natural vulnerabilidade da própria deficiência possam se sentir "fragilizada no exercício de sua autonomia"[679], a que se dizer, por exemplo, de uma pessoa com Síndrome de Down.

Nelson Rosenvald chega inclusive a relacionar um "apanhado exaustivo" sobre quais seriam as seis categorias de beneficiários a Tomada de Decisão Apoiada: 1) *Pessoas com deficiência física ou sensorial*[680]*;* 2) *Pessoas com deficiência psíquica, com restrição na autodeterminação*[681]*;* 3) *Pessoas sem deficiência, porém privados de parcela de autonomia em caráter temporário ou permanente*[682]*;* 4) *Pessoas com doença crônica degenerativa*[683]*;* 5) *Pessoas na iminência de um quadro de restrição na autodeterminação*[684] e 6) *Os interditos do Código Civil de 2002*[685].

A relação em comento propicia abordar alguns aspectos de maior relevância sobre a sua formação. Inicialmente, dependendo de um processo judicial, sob o rito de jurisdição voluntária, a tomada de decisão busca auxiliar a quem, com alguma limitação mantenham sua autonomia e querendo "cercar-se de maior proteção, possa receber

---

[678] MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). Revista Brasileira de Direito Civil. v.9. jul/set 2016. p.42.

[679] MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015), p.44.

[680] Diz respeito a sujeitos "cuja vulnerabilidade seja um handicap motor (v.g. tetraplégicos, obesos mórbidos, cegos, sequelados de AVC e vítimas de outras enfermidades que as privem da deambulação para a prática de negócios e atos jurídicos de cunho econômico))". ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.

[681] São aqueles indivíduos que estejam na espécie de uma "zona de penumbra", cujo enquadramento demonstra que "possuem deficiências psíquicas ou intelectuais que acarretam limitações no exercício do autogoverno, não obstante preservem de forma precária a aptidão de se expressar e de se conectar com o mundo". ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.

[682] Cabe lembrar que a Tomada de Decisão Apoiada pode ser requerida por qualquer pessoa com ou sem deficiência que, embora capaz apresente alguma fragilidade ou vulnerabilidade, conforme Nelson Rosenvald "não se associa obrigatoriamente ao conceito de pessoa com deficiência. O seu âmbito é mais amplo". ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.

[683] São aqueles exemplificados como acometidos por "Alzheimer, Parkinson, Esclerose Múltipla, Diabetes, Arteriosclerose, Câncer, Doenças Cardíacas, dentre outras, sofrem em maior ou menor grau, a degeneração do organismo, envolvendo vasos sanguíneos, tecidos, ossos, visão, órgãos internos e cérebro, seja pela evolução natural da patologia, como, por efeito secundário da medicação". ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.

[684] Segundo Nelson Rosenvald "será viável flexibilizar o suporte legal da TDA para disciplinar o exercício do consentimento informado de beneficiários que, apesar da plena capacidade ao tempo do pedido, estejam na iminência de uma intervenção cirúrgica programada ou com uma patologia já diagnosticada, que, em um ou outro caso, conduzirão a um provável prognóstico de restrição na autodeterminação." ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.

[685] Este assunto abordará explicação específica no tópico 3.3.3 (A Curatela).

apoio de terceiros no processo de tomada de decisão, sobretudo aquelas que implicarem efeitos jurídicos para si e/ou terceiros". [686]

Por se tratar eminentemente de um ato personalíssimo que se transmutará em "uma permanente negociação entre juiz, apoiadores e beneficiários", não se acolhe a possibilidade que seja a medida pleiteada por qualquer pessoa que não a própria a ser beneficiada[687] (até porque, vale lembrar, que a mesma está em pleno gozo de sua capacidade para impulsionar o feito), assim como, não se acolhe que seja o interessado menor de 18 anos (posto que, além da impossibilidade em integrar negócios jurídicos, o sistema dispõe da tutela e da autoridade parental especificadamente)[688]. Conforme Maurício Requião, o fato da estrita legitimidade ativa para interposição da Tomada de Decisão Apoiada, reforça o papel da autonomia atribuído à pessoa com deficiência, já que "possuirá apoiadores não porque lhe foram designados, mas porque assim o quis"[689].

Sobre o objeto que pode ser permeado pela Tomada de Decisão Apoiada cabe a consideração que sempre será uma questão a ser amoldada pelo caso concreto. De toda sorte, pela não previsão legal em sentido diverso, tem a doutrina posicionado pelo acolhimento tanto às situações "patrimoniais e/ou às questões existenciais"[690]. Cristiano Chaves de Farias *et al.* defende inclusive que a Tomada de Decisão Apoiada se traduz em um "remédio personalizado para as necessidades existenciais de uma pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório"[691]. Por fim, também para Nelson Rosenvald "no raio de ação desse modelo jurídico serão eventualmente compreendidos não apenas aspectos econômicos, mas tudo que for necessário ao tratamento e cuidado com a pessoa"[692]. Ademais, cumpre observar que a função dos apoiadores circunscreve a prestar sua contribuição sobre o que lhes pareça mais oportuno sobre algo que, o próprio beneficiado, por sua voluntaria transferência, cedeu

---

[686] MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.13.
[687] MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015), p.46.
[688] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.
[689] 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 Contemporânea. v.6. ano 3. P.-37-54. São Paulo: Ed.RT, jan.-mar.2016. p.50.
[690] MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015), p.47.
[691]FARIAS, Cristiano Chaves de., CUNHA, Rogério Sanches., PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo, p.337.
[692] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.

ao seu crivo. Nessa ocasião, se a seu julgo determinado negócio não lhe pareça favorável ao beneficiado, deverá manifestar-se em juízo para providências[693].

Deste modo, os sujeitos definidos como apoiadores (pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais o apoiado possua aproximação e que gozem de sua confiança), assumirão específica responsabilidade para que, por sua proba conduta, forneçam aconselhamento por elementos e informações necessárias, aos atos previamente definidos pelo beneficiário e homologados pelo Magistrado de modo que possam garantir ao solicitante a manutenção de sua autonomia no exercício do seu direito de decisão. Isso quer demonstrar as características de "flexibilidade" e "proporcionalidade" atribuída por José W. Tobías à Tomada de Decisão Apoiada [694].

Quanto à "flexibilidade" da Tomada de Decisão Apoiada esta se identifica tendo em vista que a mensuração sobre a atribuição dos apoiadores será obrigatoriamente definida pelo magistrado somente após a "audiência de entrevista" que, realizada na presença de equipe multidisciplinar e após oitiva do Ministério Público, fundamentará sua decisão. Conforme José W. Tobías: *"las funciones del administrador no son definidas de uma vez por el legislador, sino por el juez, caso a caso, teniendo em cuenta las exigências de tutela que requiere la persona de que se trate"*[695].

Por sua vez, a "proporcionalidade" concretiza-se na necessidade em que a pessoa beneficiada tenha garantido o respeito a sua plena capacidade de modo que a Tomada de Decisão Apoiada adeque-se limitadamente aos justos quesitos necessários. Logo, *"la proporcionalidade, a su vez, denota la idea que el procedimento debe adecuarse a las condiciones de la persona denunciada: significa que se le debe assegurar toda la libertad que es posible e indispensable"*[696]. Bem por isso, na medida da flexibilidade e proporcionalidade a ser observada, de acordo com Carlos Pianovski, o acolhimento da Tomada de Decisão Apoiada implicou na mudança das compreensões que até então se aplicavam ao direito privado para impor a transmutação do paradigma paternalista para o de autonomia. [697]

Paralelamente aos olhares mais entusiastas, Ana Luiza Maia Nevares e Andreson Screiber manifestam-se pela inquietação que a Tomada de Decisão Apoiada possa levar

[693] MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015), p.47.
[694] TOBÍAS, José W. Estudios de la parte general del Derecho Civil, p. 101.
[695] TOBÍAS, José W. Estudios de la parte general del Derecho Civil, p. 101.
[696] TOBÍAS, José W. Estudios de la parte general del Derecho Civil, p. 101.
[697] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Palestra proferida no V Congresso de Direito Empresarial e Cidadania da Unicuritiba (Centro Universitário Curitiba). Curitiba – PR, em 20 out. 2015.

por caminhos oblíquos ao mesmo destino do antigo regime da assistência nas incapacidades relativas[698]. Para essa percepção a condição de capacidade plena veemente construída e reconhecida pelo Estatuto não condiz com as exigências burocráticas de formação e procedimento do presente mecanismo. Para estes, o processo de judicialização da Tomada de Decisão Apoiada esbarra ao entrave da morosidade e custeio inerentes ao judiciário que por sua vez, resultam em outras questões não facilitadoras, como: tornar necessária a oitiva do Ministério Público quando poderia ser dispensada por ser "remédio disponibilizado para pessoa capaz"[699]; exigir a presença de dois apoiadores, que pode se reverter em empecilho ao solicitante caso não estejam dispostos a exercer a função em conjunto[700]; ou, facultar a terceiro com quem a pessoa apoiada firmou possível relação negocial o pleito de contra-assinatura dos apoiadores ao contrato ou acordo firmado (art. 1.783-A, §5º CC), o que, acabaria no grave risco de tornar-se mais uma forma de criação de Tomada de Decisão Apoiada de modo "forçado" que atendesse a idealização de maior segurança deste terceiro[701].

Crítica à parte, cabe reconhecer que é muito mais benéfico pensar em reestruturações ou reformulações por já ter as ferramentas postas que, ao contrário, não as aperfeiçoar porque sequer foram admitidas. Assim, é fato que não bastará à medida ser ofertada sem que se busquem algumas premissas que lhe tornem concretizáveis, tais como: gratuidade ou baixo custo do acesso ao apoio; respeito à vontade e às preferências da pessoa apoiada; inclusão comunicativa; entre outros[702].

Porém, o que se deve efetivamente aplaudir está na superação, conforme denominado por Joyceane Bezerra, do "sistema de substituição da vontade" para o "sistema de apoio"[703]. Nessa toada, a pessoa com deficiência tem resgatada sua centralidade de modo a ter, reconhecidamente, a "voz da última palavra" sobre aquilo que apoiadas ou não escolher para sí própria.

---

[698] NEVARES, Ana Luiza Maia., SCHREIBER, Anderson. Do Sujeito à Pessoa: uma análise da incapacidade civil. Revista Quaestio Iuris. v.09, n.03, Rio de Janeiro, 2016. p.1556.
[699] NEVARES, Ana Luiza Maia., SCHREIBER, Anderson. Do Sujeito à Pessoa: uma análise da incapacidade civil, p.1557.
[700] NEVARES, Ana Luiza Maia., SCHREIBER, Anderson. Do Sujeito à Pessoa: uma análise da incapacidade civil, p.1557.
[701] NEVARES, Ana Luiza Maia., SCHREIBER, Anderson. Do Sujeito à Pessoa: uma análise da incapacidade civil, p.1558.
[702] MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015), p.39-40.
[703] MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015), p.36.

3.3.3 Curatela

As recentes denominações atribuídas pela doutrina como "curatela sob medida"[704], "curatela qualificada"[705] ou "curatela aberta a demanda do curatelado"[706] já denotam de antemão que o "clássico instituto da curatela" sofreu modificações substanciais que o levaram a adequação ao modelo social de inclusão estabelecido com a percepção da pessoa curatelada em sua individualidade.

Com propósito de servir como amparo e zelo ao indivíduo impossibilitado de determinar-se, o instituto da curatela restava classicamente definido como "encargo público, cometido, por lei, a alguém para reger e defender a pessoa e administrar os bens de maiores, que, por si sós, não estão em condições de fazê-lo, em razão de enfermidade ou deficiência mental" [707], também, conforme Paula Greco Bandeira, vigia a curatela "como mecanismo de substituição de vontade do incapaz, em que o curador, a quem se reconheciam poderes de representação, agia em nome e no interesse do curatelado na prática de atos patrimoniais e existenciais"[708].

Porém, no afã do protecionismo não poderia estar desobrigado da imposição de limites aplicáveis ao seu exercício, isto porque, referida atuação se encontra, nos dizeres da Ministra Fátima Nancy Andrighi: "inseparável e inexoravelmente, unida a direitos fundamentais extremamente caros a todos nós. Entre eles, os direitos fundamentais à existência, à vida, à integridade física e moral, bem-estar, liberdade e igualdade". [709] [710]

---

[704] ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC, p.545.
[705] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.
[706] MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.17.
[707] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. v. 5, 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 556.
[708] BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre a autocuratela e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: In: Direito da pessoa com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas-Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. MENEZES, Joyceane Bezerra de. (org.). Rio de Janeiro: Processo. p.569.
[709] ANDRIGHI, Fátima Nancy. Interdição e Curatela. Palestra proferida no seminário sobre Interdição realizado no Superior Tribunal de Justiça em 07 nov. 2005. Disponível em: < www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/nancy_interdicao_curatela.pdf> Acesso em 27 fev. 2016.
[710] Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também se manifestam nesse sentido ao dizer: "É preciso sublinhar, ademais, que a decisão judicial de interdição atinge, frontalmente, alguns valores constitucionais preservados em favor da pessoa, como a liberdade e a intimidade. É por isso, que afirmamos não ser possível considerar para a interdição a pura e simples existência da patologia mental. É necessário atentar que a medida judicial atinge os direitos e as garantias fundamentais e, por via oblíqua,

A partir do olhar atento às singularidades da pessoa com deficiência, a Convenção responsabilizou-se por instituir internacionalmente, como regra, o reconhecimento da capacidade legal a todos seus tutelados. Desta feita, qualquer medida que pudesse circundar limitações à capacidade civil, por meio das então denominadas "salvaguardas apropriadas"[711], deveriam obedecer a rígidas exigências de serem temporal, proporcional e especificadamente determinadas. Isso porque, como bem pondera Carolina Valença Ferraz *et al*., qualquer limitação à capacidade civil importa "em redução da autonomia privada, afetando diretamente a prevalência da vontade"[712] cuja consequência, poderá ser arbitrária quando não estiver amparada "necessariamente na proteção de outro bem jurídico equivalente"[713].

Nesta razão, o Estatuto desenhou um novo modelo jurídico de curatela que deixa de ser a regra das medidas assistenciais e passa à aplicação residual, sendo possível identificar, segundo Nelson Rosenvald, a "deficiência sem curatela e a deficiência qualificada pela curatela"[714]. A primeira ocorre nos casos em que a pessoa consegue se autodeterminar, por meio da "tomada de decisão apoiada", a segunda exigindo do ordenamento jurídico uma proteção mais densa, por meio do devido processo legal da curatela[715].

Nos termos da redação originária do artigo 1.772 do Código Civil, a curatela determinaria a substituição da vontade do curatelado pela vontade do curador, em casos de incapacidade absoluta, e teria seus limites definidos pela sentença judicial apenas em casos de incapacidade relativa. Eugênia Augusta Gonzaga lança suas críticas a esse binômio, que está na base da curatela codificada, asseverando que o processo de interdição sempre incidiu sobre a pessoa com deficiência de forma absoluta, resultando na desconsideração plena da pessoa do interditando, cuja vontade seria substituída pela do seu curador. E nem mesmo os casos de interdição parcial assegurariam a autonomia

---

o exercício da cidadania pelo interditado". FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 310.

[711] Artigo 12. Item 4. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2007.

[712] FERRAZ, Carolina Valença., LEITE, Glauber Salomão. In: Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). 2014. Disponível em: < http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf> Acesso em 13 mar. 2016. p.155.

[713] FERRAZ, Carolina Valença., LEITE, Glauber Salomão. In: Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. p.155.

[714] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.

[715] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.

da vontade da pessoa com deficiência, pois ela permaneceria condicionada à intervenção assistencial de seu curador como instrumento de validação de seus atos[716].

Esse modelo sobre o qual se pautava a curatela restou reconhecido como "altamente incapacitante e anti-ressocializador, não se coadunando com as modernas teorias a respeito da reabilitação psicossocial ou com o ideário de inclusão das pessoas com deficiência". [717] Assim, como forma de "execução da política determinada pela Convenção", a curatela foi, então, mitigada como mecanismo de substituição da vontade do curatelado em favor de sua autodeterminação, delineando-se um novo desenho conformado ao princípio da proporcionalidade, como expressado no tratado:

> ...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 circunstancias 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....[718]

Neste novo paradigma passa-se a albergar, a partir do Estatuto, um "formato de curatela mais humanizado" [719], de modo que, a curatela permanece para proteção e segurança daqueles que necessitarem de referida intervenção, porém, como medida protetiva de caráter residual para aplicação proporcional e apropriada às circunstancias do curatelado com revisão regular pela autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial.

Nos termos do artigo nº 84 do Estatuto, exclui-se a hipótese de interdição ampla e total sobre os atos da vida civil do curatelado para passar como regra à medida assistencial comedidamente aplicável às circunstâncias de cada caso durante o menor tempo possível. O parágrafo 3º deste artigo ainda confere ao magistrado o dever de traçar os limites proporcionais às necessidades e às circunstâncias de cada caso que

---

[716] GONZAGA. Eugênia Augusta. In: Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, p.88.

[717] RAMOS. Cleide. In: A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada, p.56.

[718] Artigo 12, Item 4: "Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. 2007.

[719] MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.15.

melhor atendam ao curatelado por meio da imposição de deveres ao curador, que preferencialmente deverá ser sujeito que possua vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.[720]

Nelson Rosenvald deposita na trilogia "necessidade, subsidiariedade e proporcionalidade" o fundamento da curatela estatutária. Delineia-lhe como características a "a) a necessidade da curatela respeitar os direitos, as vontades e preferências da pessoa humana, sendo proporcional e apropriada às suas circunstâncias; b) a restrição à capacidade deve se dar pelo período mais curto possível; c) a necessidade de submissão da curatela a uma revisão regular, independente e imparcial"[721] .

Buscando essa concretização, alterações materiais e processuais foram implementadas para unir fundamento e procedimentos que garantam acima de tudo a proteção da pessoa com deficiência como titular de direitos fundamentais: amplia-se o rol dos legitimados para propositura do processo que definirá os termos da curatela (incluindo a própria pessoa incapacitada, artigo 1.768 do Código Civil[722], o companheiro, qualquer parente e o representante da entidade em que se encontra abrigado o 'interditando', artigo 747 do Código de Processo Civil); a pessoa com deficiência será citada para que compareça em juízo não mais para ser interrogada, mas para ser entrevistada acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências, laços familiares e afetivos, artigo 751 do Código de Processo Civil; deverá haver uma avaliação sobre a capacidade da pessoa com deficiência que poderá ser realizada por equipe multidisciplinar que indicará especificadamente os atos sobre os quais a curatela deverá incidir, artigo 753 do Código de Processo Civil, bem como poderá ulteriormente ser nomeada para proceder a exame em prol de pedido de levantamento da curatela que poderá, inclusive, ser realizado pelo próprio "interdito", artigo 756, § 1º do Código de Processo Civil.

Ressalta-se que os preceitos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, especialmente, no artigo 12, passaram a exigir não só novas disposições normativas, mas a releitura das já existentes. Por esta razão, a aplicação da curatela é

---

[720] Artigo 84: "A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.(...) § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível." BRASIL. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Lei n.ª 13.146, de 06 de julho de 2015.

[721] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.

[722] Cabe observar que o assunto sobre a "autocuratela" será estudado sequencialmente.

medida submetida também aos ditames recentemente alterados do Código Civil, do novo Código de Processo Civil e do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), cuja interpretação entende-se que deverá se dar em conformidade com a Convenção, dada sua força normativa hierarquicamente superior. Compartilhando o entendimento de Jussara Maria Leal de Meirelles, a confusão legislativa ocorrente pela simultaneidade e diversidade de dispositivos legais, deverá ser solucionada jurisprudencialmente nos seguintes moldes:

> A exegese deve ser fundada principalmente na força normativa constitucional da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (....). Enfim, o conflito intertemporal das normas referidas deverá ser solucionado tendo-se em vista dois objetivos – a coerência do sistema e a finalidade das normas em choque – norteando-se nas diretrizes da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, alcançada à categoria de norma constitucional.[723]

Também, cumpre discorrer que o Estatuto estabeleceu em seu artigo 85, que "a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial" da pessoa com deficiência, não afetando o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, como preceituado em seu parágrafo primeiro. Trata-se de uma curatela limitada à prática de atos patrimoniais, em face da emancipação da pessoa com deficiência, que lhe garante o exercício de direitos da personalidade, em conformidade com o artigo 6º. A este respeito, Joyceane Bezerra de Menezes pondera que:

> Consolida-se aquele perfil funcional que determina o respeito às 'escolhas de vida que o deficiente psíquico for capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. Pois em razão do *status personae*, todo ser humano é titular de situações existenciais como o direito à vida, à saúde, à integridade corporal, ao nome, à manifestação de pensamento, cujo exercício prescinde das suas capacidades intelectuais e é fundamental para o desenvolvimento de sua personalidade[724]

A previsão legislativa em questão vem atender ao que a Convenção da Pessoa com Deficiência acolheu por meio da teoria da incindibilidade "entre titularidade do direito e capacidade de exercício quando aborda as situações subjetivas existências".[725] Pelas próprias características definidoras dos direitos da personalidade o referendar

[723] MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência, p.719.
[724] MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.15.
[725] MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro, p. 68-69.

como intransmissível, irrenunciável e indisponível não se concebe que haja o exercício destes direitos senão por seu próprio titular.

Porém, essa incompatibilidade determinada pelo estatuto entre a curatela e o âmbito das relações existenciais pode ser comprometedora para alguns indivíduos; bastaria se pensar naquela situação em que a pessoa se encontre em estado de coma necessitando de uma grave intervenção médica ou, que por razões genéticas não consiga ao longo de sua vida realizar qualquer ato com discernimento, nestas hipóteses, cingir a curatela aos estritos direitos de natureza patrimonial e negocial poderia implicar na desproteção destes indivíduos[726].

Determinadas questões existenciais, de fato, não poderão autorizar a intervenção do curador (como o caso do próprio exercício do direito ao voto do curatelado ou sua anuência para o casamento), porém para as hipóteses cujas incongruências legais comprometam a proteção do indivíduo incapacitado em sua seara existencial (como para determinada situação que exija uma intervenção médica), não poderá o magistrado afastar-se da incidência da curatela respeitando "as salvaguardas importantes à efetivação dos direitos humanos."[727]

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald claramente discorrem sobre o equilíbrio necessário que deverá embasar tal medida protetiva:

> ... é preciso compatibilizar a interdição com a tábua axiológica constitucional, razão pela qual a retirada da plena capacidade jurídica de uma pessoa somente se justifica na proteção de sua própria dignidade, devendo o juiz, em cada caso, averiguar o grau de incapacidade pelos efeitos existenciais, e não pelas consequências econômicas da interdição[728]

---

[726] Esta crítica e análise desenvolvem-se no artigo científico: BRAZZALE, Flávia Balduino., PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Uma reviravolta no direito protetivo: a nova curatela e a pessoa com deficiência. Revista Jurídica da UNI7. v.13, n.2, 2016. Disponível em:< http://www.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/62> Acesso em 15 fev. 2017.

[727] MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.18. Em complementação a diferente entendimentos, vale transcrever a opinião de Aline Maria Gomes Massoni da Costa e Eric Scapim Cunha Brandão (Juízes de Direito do TJ/RJ): "..., pergunta-se, será que a aplicação rigorosa do art. 85 da Lei 13.146/15 não causará algum prejuízo à pessoa? Sustenta-se, para fins de evitar prejuízos a estes indivíduos que não possuem possibilidade mínima de manifestação volitiva, que eventuais questões relativas à atos existenciais (como casamento, voto, adoção, trabalho etc.) deverão ser discutidas em demandas específicas. A parte geral do Código Civil de 2002 é extremamente rica, possibilitando tais demandas. No mais, o art. 85 da Lei nº 13.146 deve ser rigorosamente observado, isto é, a curatela tão somente deve se estender a atos de cunho patrimonial e negocial". (COSTA, Aline Maria Gomes Massonida., BRANDÃO, Eric Scapim Cunha., As alterações promovidas pela Lei nº 13.146/2015 (Estattuto da pessoa com deficiência) na teoria das incapacidades e seus consectários. Disponível em:< http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3543964/artigo-interdicao.pdf>. Acesso em 20 jan. 2017. p.10.

[728] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.p313.

Segundo Pietro Perlingieri, deve-se superar a tendência segundo a qual "não seria necessário interditar o doente mental que não possua bens" ou, ainda, de "reduzir o instituto da curatela do *inabilitato* à assistência do sujeito na administração dos bens"[729]. Em outro lugar, ainda pondera o autor:

> O estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado e parcial, não se pode traduzir em uma série esterotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em consideração o grau e a qualidade do *déficit* psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas-de-força totalmente desproporcionadas e, principalmente, contrastantes com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa [730].

A resposta a essa crítica parece ecoar no artigo nº 84, §3º[731] do Estatuto, que permite ao juiz confiar poderes mais amplos ao curador, de acordo com as necessidades e as circunstâncias do caso concreto. Trata-se, segundo Joyceane Bezerra de Menezes, de uma "curatela aberta à demanda do curatelado", cujos poderes atuam como se fossem de representação, mas que não portam tal denominação por uma questão formal[732]. A curatela não poderá ser mera medida excepcional, adstrita tão somente aos atos patrimoniais, havendo

> ...a possibilidade de intervenção do curador, mas sempre com a intenção de realizar o interesse fundamental do curatelado, assim entendido como as suas preferências genuínas, sua percepção do mundo, suas convicções pessoais acerca da própria identidade. Caso o curatelado houver nascido sem qualquer competência volitiva e, por isso, não houver registrado por seu modo de viver, quais seriam esses interesses fundamentais, a autuação do curador deverá se guiar pelo princípio da beneficência, seguindo os padrões respeitáveis à dignidade da pessoa humana e os direitos do curatelado, na tentativa de atender, sempre que possível às suas inclinações e relações afetivas[733].

Desta feita, quando se verificar completa ausência de discernimento do curatelado, o juiz fixará os limites da curatela em conformidade com o desenvolvimento

---

[729] PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional, p.782.
[730] PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional. 1997. p.164.
[731] Artigo 84. "A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. (...) § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível." BRASIL. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Lei n.ª 13.146, de 06 de julho de 2015.
[732] MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.17.
[733] MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.18.

mental e intelectual do curatelado[734], resultando em "um terno talhado e cosido sob medida, de sorte a considerar as características pessoas do interdito, suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências"[735]. E isso ocorre, segundo Joyceane Bezerra de Menezes, porque a curatela não será exercida por meio de representação, uma vez que a conduta do curador não poderá ser guiada por sua vontade pessoal, mas pelos interesses fundamentais da pessoa com deficiência[736].

Agora se sobrepõe o "reconhecimento da autonomia e da capacidade das pessoas com deficiência" fator determinante que traçará os limites de qualquer atuação interventiva sobre a vida destes indivíduos. Ainda que se tratem de indivíduos desprovidos de qualquer discernimento, sua autonomia não deixará de ser resguardada, mas aqui, "como um aspecto nominal da personalidade" posto que, referida pessoa não deixa de ser titular dos direitos da personalidade e por eles ter assegurada sua dignidade[737].

De outro modo, no sentido adepto ao entendimento liderado por Nelson Rosenvald, reconhece-se a imprescindibilidade do Estatuto para com o rompimento das categorias abstratas e incapacitantes que se sobrepuseram às pessoas com deficiência, porém, isto não quer significar a extinção do regime das incapacidades. Consubstanciado a este entendimento, a remoção das pessoas com deficiência do rol dos absolutamente incapazes é louvável e condizente ao fato de que tal regime, por sua própria conformação é contrário "a qualquer avaliação concreta acerca do estatuto que regulará a condução da vida da pessoa deficiente após a curatela"[738].

Nesta razão, fala-se no denominado "projeto terapêutico individualizado"[739], isto é: reconhece-se como regra geral que toda pessoa com deficiência é sujeito capaz e vulnerável, mas, à medida que qualquer impossibilidade a impeça em absoluto de

---

[734] Em conformidade com o afirmado por Joyceane Bezerra de Menezes: "Uma vez que a curatela não se exercerá por meio de representação, quando o curatelado for absolutamente faltoso de entendimento, o juiz deverá delinear detalhadamente os poderes do curador de modo a atender efetivamente as necessidades do curatelado. Ainda que, na prática, tais poderes se assemelhem ao que se faria no caso da representação. Observa-se, porém, que a conduta do curador não pode ser motivada nos termos da sua vontade pessoal, mas sempre no intuito de atender os interesses fundamentais do curatelado" MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.23.

[735] MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.21.

[736] MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.23.

[737] MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro, p.63.

[738] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.

[739] FARIAS, Cristiano Chaves de., CUNHA, Rogério Sanches., PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo, p.241.

expressar sua vontade (inclusive sendo insuficiente a Tomada de Decisão Apoiada) poderá, extraordinariamente, se converter em relativamente incapaz, após o processo de curatela[740]. Mas, frise-se, converter-se-á não mais pela existência de deficiência e sim, pela razão e nas medidas necessárias face a sua inexpressão da vontade. Em virtude que cada intervenção deverá ser tecida meticulosamente, o processo de curatela pode se desdobrar nas três possibilidades: "a) o curador será um representante para todos os atos; b) o curador será um representante para alguns atos e assistente para outros; c) o curador será sempre assistente"[741].

A contribuição primordial nesta tríade de possibilidades denota a consonância com o artigo 755, inciso I e II do NCPC[742] na exigibilidade de que as sentenças de curatela proferidas sejam dotadas de "forte carga argumentativa", pelas palavras de Aline Maria Gomes Massoni da Costa e Eric Scapim Cunha Brandão (Juízes de Direito do TJ/RJ):

> ..., uma coisa nos parece ser certa a respeito do tema da teoria das incapacidades e da curatela: não mais subsiste a interdição total do curatelado ou interditando, como antigamente o era. Determinava-se a interdição total de forma genérica e sem quaisquer especificações, independentemente do grau de comprometimento psíquico do sujeito. O magistrado deverá, a partir da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência analisar cada caso, especificando, na sentença, a extensão da intervenção estatal, levando-se em consideração, sempre, as peculiaridades de cada requerido nas ações de interdição e sob a observância do princípio da dignidade da pessoa humana.[743]

Deste modo, verifica-se que somente a constatação caso a caso poderá graduar a curatela num grau maior ou menor, sendo que, para as hipóteses em que o magistrado apurar por sua própria avaliação e nos instrumentos periciais instrutivos, a impossibilidade total de expressão da vontade, poderá decidir conforme os termos desta doutrina, pela "representação da pessoa relativamente incapaz"[744].

---

[740] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.
[741] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.
[742] Art. 755 CPC: "Na sentença que decretar a interdição, o juiz: I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito; II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências. ...". BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 10 fev. 2017.
[743] COSTA, Aline Maria Gomes Massonida., BRANDÃO, Eric Scapim Cunha., As alterações promovidas pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com deficiência) na teoria das incapacidades e seus consectários, p.18-19.
[744] COSTA, Aline Maria Gomes Massonida., BRANDÃO, Eric Scapim Cunha., As alterações promovidas pela Lei nº 13.146/2015 (Estattuto da pessoa com deficiência) na teoria das incapacidades e seus consectários, p.14.

Isto permite delinear, em conformidade com os preceitos estatutários, que a pessoa com deficiência possa ser enquadrada na regra geral da 'capacidade plena e total para exercício de seus direitos' ou; na 'capacidade plena e total para exercício de seus direitos sob Tomada de Decisão Apoiada' ou; finalmente, na 'capacidade relativa sob Curatela (esta com poderes de representação ou assistência a depender da situação *in concreto*).

Muito embora possa haver grande resistência, em especial à conotação sobre a condição da pessoa com deficiência considerada 'relativamente incapaz, curatelada e representada', esta parece ser, dentre as teorias que começam a se debruçar sobre este estudo, a que melhor protege a pessoa com deficiência em sua inquestionável "vulnerabilidade".

Ao defender que o "curatelando tem o direito (de envergadura constitucional) de ter parametrizada a sua curatela de acordo com as suas particularides"[745], Cristiano Chaves de Farias *et.al.*, também acolhem a condição do curador apresentar-se como representante do relativamente incapaz tal qual seria para os casos de pessoa com deficiência intelectual severa sem nenhuma possibilidade de interação com o mundo ao seu redor. Para estas hipóteses, a representação, na medida de suas atribuições, é a condição de ser a "voz" propulsora da efetivação de seus lídimos direitos. Substanciado em Nelson Rosenvald: "..., a representação de incapazes prossegue incólume, pois não se trata de uma categoria apriorística, cuida-se de uma técnica de substituição na exteriorização de vontade, que pode perfeitamente migrar da incapacidade absoluta para a relativa, inserindo-se em seu plano de eficácia"[746].

À medida que a curatela foi "funcionalizada à promoção da autonomia e da valorização das aspirações do sujeito privado total ou parcialmente de sua autodeterminação"[747], defende-se não ser mais admissível o instituto da interdição. Pela mácula adstrita que remetia a condição de "sanção civil" sobreposta ao indivíduo que abstratamente era considerado impedido para manifestar-se em qualquer ato da vida civil, a medida protetiva que deve ser aplicada substitui a antiga interdição, interditando e interdito, para; curatela, curatelando e curatelado[748]. Assim, em que pese tal premissa, Célia Barbosa Abreu, aduz que a não revogação do artigo 9º, inciso III, do Código Civil

[745] FARIAS, Cristiano Chaves de., CUNHA, Rogério Sanches., PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo. p.241.
[746] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.
[747] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.
[748] LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.

que faz referência ao registro da interdição "absoluta" ou relativa, é mais um contributo que em situações extremadas quis se admitir a condição de representação na curatela[749].

Outra questão que não pode deixar de ser ponderada diz respeito ao direito intertemporal sobre às pessoas com deficiência que, anteriormente à vigência do Estatuto, assumiu a condição de "interditados" como absoluta ou relativamente incapazes. Conforme Antônio dos Reis Júnior, a decisão adstrita às "ações de interdição" embora possam emanar diretivas na condutibilidade de questões patrimoniais, sua essencialidade diz respeito a proclamar sobre o *status personae* da pessoa curatelada[750] e, sobre esse aspecto "a lei nova deve incidir diretamente sobre a decisão de interdição, mesmo que já paire sobre ela o manto da coisa julgada"[751].

Sendo assim, na hipótese atinente a condição de pessoa com deficiência, que tenha sido interditada como absolutamente incapaz, em virtude da própria supressão do instituto, reconhece-se que passarão a serem considerados relativamente incapazes inclusive, por Nelson Rosenvald "haverá a possibilidade de se rever cada curatela, a fim de que a pessoa – anteriormente excluída de todos os atos da vida civil – seja doravante regrada por um projeto terapêutico individualizado"[752]. Entretanto, deve se relevar que o traslado do regime de incapacidade não impõe a obrigação para que o magistrado abrande os limites curatelados que, necessariamente, estarão condicionados, como já mencionado, à revisão do caso em concreto[753].

Já para os casos de interdição da pessoa com deficiência, com coisa julgada reconhecedora da condição de relativamente incapaz, a questão se mostra um pouco mais delicada, posto que, conforme Antonio dos Reis Júnior "a partir da Lei n.13.146/15, com o reconhecimento de sua plena capacidade, crê-se não haver qualquer motivo para manter sequer a condição da interdição como "curadoria de pessoa capaz""[754]. Nesse sentido, poderia ser aplicado o levantamento da curatela, "em tese,

---

[749] ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC, p.559.
[750] REIS JÚNIOR, Antonio dos Reis. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: questões de direito intertemporal. In: Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. MENEZES, Joyceane Bezerra de. (org.). Rio de Janeiro: Processo. 2016. p.214-215.
[751] REIS JÚNIOR, Antonio dos Reis. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: questões de direito intertemporal. p.215.
[752] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.
[753] REIS JÚNIOR, Antonio dos Reis. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: questões de direito intertemporal. p.216.
[754] REIS JÚNIOR, Antonio dos Reis. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: questões de direito intertemporal, p.217.

por iniciativa do curador ou do curatelado", com a consequente possibilidade de direcionamento ao instituto da Tomada de Decisão Apoiada.

Cumprido o deslinde das questões principais que permeiam a curatela, oportuno se faz a análise acerca de outras formas em que referido instituto poderá ser amoldado. Para tanto e inicialmente, caberá ser tratado acerca do mecanismo da "autocuratela".

Já cabe advertir que o expresso reconhecimento da autocuratela no ordenamento brasileiro ocorreu mediante um "atropelamento legislativo"[755]. Explique-se. Em que pese o Estatuto ter previsto a possibilidade do processo de curatela ser instaurado pela própria pessoa a ser futuramente curatelada - conforme acréscimo do inciso "IV", ao artigo 1.768 do Código Civil-, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, portanto, anterior ao Estatuto) tinha andado na contramão; pois, além de que já havia revogado o respectivo artigo, não admitiu, dentre os possíveis legitimados ativos do artigo 747, a figura da própria pessoa a "ser interditada"[756].

Pelo embate travado e tal qual a doutrina mais recente pondera nos preceitos da Convenção, prevaleceu o entendimento que "a possibilidade de o processo de interdição ser aberto pela própria pessoa que pretende ser interditada, ainda se mantém em vigor"[757]. Admite-se pensar em uma complementação do rol dos legitimados do artigo 747 do CPC, mas, não a exclusão desta permissividade. Como imperativamente discorre Paula Greco Bandeira:

> Em definitivo, os princípios da Convenção de Nova Iorque, inspirados nos princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana, de igualdade substancial e de solidariedade social, autorizam a conclusão de que a autocuratela existe e produz plenos efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, independentemente de previsão legal específica. [758]

---

[755] TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a Capacidade Testamentária Ativa. RJLB, Ano 2, n.6, 2016. p.521-561. Disponível em:< http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_0521_0561.pdf> Acesso em 02 fev. 2017. p.524.

[756] Sobre esta "colisão" normativa, Jussara Maria Leal de Meirelles esclarece que houve "...falha formal da Lei de Inclusão, de 06.07.2015 que, de forma indevida, resgatou ao artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil (sobre o processo de interdição), sem atentar para o fato de que tais artigos já se encontravam expressamente revogados pelo novo Código de Processo Civil, de 16.03.2015, artigo 1.072, inciso II. Ocorre que a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2915, devido à vacatio legis de 180 dias, entrou efetivamente em vigor em 03 de janeiro de 2016. Por sua vez, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) teve vacatio legis de 1 ano, o que resultou na sua efetiva vigência a partir de 16 de março de 2016". MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência, p.719.

[757] MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência, p.719.

[758] BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre a autocuratela e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.587.

Uma vez reconhecida à admissibilidade da autocuratela, importa compreender sobre sua conceituação e relevância. Até então, pode-se resumidamente concluir que a "curatela", que pese tenha recebido valiosa releitura sob o olhar estatutário, permanece sendo, medida aplicável às situações cujo "sujeito curatelado" não possua discernimento para os atos da vida civil, ou seja, que se enquadre na condição de relativamente incapaz.

Isto posto, porque não pensar na seguinte situação fática: pessoa, que acometida de certa anomalia intelectual, mas, que ainda em gozo de suas faculdades mentais, obtenha a ciência médica que a progressão de sua condição levará a possível situação de alienação, ou seja, de afastamento da realidade. Seria possível que esta pessoa, antevendo-se aos fatos, pudesse ter sua vontade resguardada traçando o formado da curatela que pretende que seja aplicada para si, quando incapaz? A resposta será positiva e estabelecida pela autocuratela.

Como ressalva Luiz Edson Fachin *et al.*, "o aprimoramento dos meios de diagnóstico e os avanços da Medicina, tornaram um fato a previsibilidade de acontecimento futuro que, por determinada patologia, venha trazer incapacidade civil"[759], nesta consideração, admitir a autocuratela é afastar suposições sobre aquilo que o curatelado gostaria para si e garantindo respeito a sua própria vontade e dignidade.

Assim, a conceituação doutrinária sobre a autocuratela é apresentada, por Thaís Câmara Maia Fernandes Coelho, como "instrumento que possibilita uma pessoa capaz, mediante um documento apropriado, deixar de forma preestabelecida questões patrimoniais e existenciais de forma personalizada, para serem implementadas em uma eventual incapacidade"[760], ou por Ana Carolina Brochado Teixeira *et.al*, "trata de documento em que a pessoa faz escolhas futuras, na seara existencial e/ou patrimonial, para o caso de eventual incapacidade, mas que não prescinde da intervenção do Poder Judiciário"[761].

---

[759] FACHIN, Luiz Edson., RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski.,FACHIN, Melina Girardi., GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. O presente do futuro incapaz. Disponível em: < www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/34114>. Acesso em 02 fev. 2017. p.1.

[760] COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. Autocuratela evita discussões judiciais entre familiares. IBDFAM. Disponível em:< http://www.ibdfam.org.br/noticias/6078/Autocuratela+evita+discuss%C3%B5es+judiciais+entre+familiares>. Acesso em 02 fev 2017. p.1.

[761] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado., RETTORE, Anna Cristina de Carvalho., SILVA, Beatriz de Almeida Borges. Reflexões sobre a autocuratela na perspectiva dos planos do negócio jurídico. In: Direito da pessoa com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas-Convenção sobre os direitos da

Em sendo um documento no qual se assentará "autonomia prospectiva"[762] sobre atos e fatos condicionados a futura incapacidade daquele que do declarante, reconhece-se que sua natureza jurídica o enquadra em negócio jurídico atípico, existencial e/ou patrimonial[763]. Assim sendo, Ana Carolina Brochado Teixeira *et.al,* discorre sobre seus elementos formadores dentre eles: livre e consciente expressão da vontade (sujeito capaz, artigo 104, I do Código Civil); não existência de forma prescrita em lei (por isso pode ser feito de forma oral, particular, mas pela função probatória, preferível que seja através de escritura pública[764]); o objeto poderá constar a escolha do curador (podendo ser curatela conjunta compartilhada ou fracionada[765]), modo de administração do patrimônio, possível remuneração do curador, etc.; e sua eficácia se concretizará com o "implemento da condição suspensiva incapacidade superveniente (entendida como comprometimento substancial ou perda do discernimento), reconhecida judicialmente"[766], isto remete a necessidade em que o curador eleito proceda com o ajuizamento da ação de curatela na vara de família[767].

Cabe verificar que o primeiro elemento indicado denota o requisito da presença de agente capaz, correspondendo àquele que possua discernimento suficiente para eleger o melhor para si. Sendo assim, na razão de ser uma "manifestação personalíssima de vontade, que não pode ser emitida por interposta pessoa"[768], Ana Carolina Brochado Teixeira *et al.* conclui acerca da inadmissibilidade de representação ou assistência para este instituto[769]. Portanto, nesta perspectiva, afasta-se da condição de "possíveis declarantes" àquelas pessoas tolhidas de discernimento por severo impedimento intelectual.

Diante disto e dentro do mesmo âmbito, cabe ser ponderado sobre as declarações antecipadas ou diretivas antecipadas de vontade, pelas quais, segundo

---

pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. MENEZES, Joyceane Bezerra de. (org.). Rio de Janeiro: Processo. p.320.

[762] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado., RETTORE, Anna Cristina de Carvalho., SILVA, Beatriz de Almeida Borges. Reflexões sobre a autocuratela na perspectiva dos planos do negócio jurídico, p.325.

[763] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado., RETTORE, Anna Cristina de Carvalho., SILVA, Beatriz de Almeida Borges. Reflexões sobre a autocuratela na perspectiva dos planos do negócio jurídico, p.321.

[764] COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. Autocuratela evita discussões judiciais entre familiares, p.2.

[765] COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. Autocuratela evita discussões judiciais entre familiares, p.1.

[766] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado., RETTORE, Anna Cristina de Carvalho., SILVA, Beatriz de Almeida Borges. Reflexões sobre a autocuratela na perspectiva dos planos do negócio jurídico. p.357.

[767] COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. Autocuratela evita discussões judiciais entre familiares, p.1.

[768] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado., RETTORE, Anna Cristina de Carvalho., SILVA, Beatriz de Almeida Borges. Reflexões sobre a autocuratela na perspectiva dos planos do negócio jurídico, p.330.

[769] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado., RETTORE, Anna Cristina de Carvalho., SILVA, Beatriz de Almeida Borges. Reflexões sobre a autocuratela na perspectiva dos planos do negócio jurídico, p.330.

Nelson Rosenvald, a autocuratela representaria uma espécie[770]. Ambas se assemelham a partir do resguardo de vontade previamente emanado à condição de incapacidade, deste modo, na conceituação de Jussara Maria Leal de Meirelles, as diretivas antecipadas de vontade são:

> ... manifestações de vontade direcionadas à consecução de um fim de natureza extrapatrimonial, existencial, objetivado pelo emitente, qual seja, o de escolher, de modo livre e antecipado, quando ainda tem condições de expressar autonomamente a sua vontade, se pretende se submeter (ou não) a este ou aquele cuidado e/ou tratamento médico.[771]

Verifica-se, portanto, que ambos os mecanismos apresentados são fios condutores aos propósitos convencionados para valorização e respeito da dignidade inerente das pessoas com deficiência. Para tanto, o caminho das diretivas antecipadas de vontade pode ser traçado em três perspectivas a partir das diretrizes estatutárias, consoantes aos ensinamentos de Jussara Maria Leal de Meirelles. Explique-se.

Em sendo declarante com deficiência em "plena e total capacidade de exercício de direitos"[772], o olhar maior se debruçará sobre a necessidade de garantir que não haja impedimentos intransponíveis a sua participação. "Em suma, se a limitação é de ordem física ou sensorial, há que ser afastada a barreira de comunicação/ informação/ emissão de vontade, para que seja respeitada a dignidade da pessoa deficiente, nesses casos"[773], tal qual a possibilidade de formação das diretivas antecipadas de vontade em Braille[774].

Agora, para acometimentos cujo declarante possua grau de deficiência mental/intelectual moderado, isto seja, cuja fragilidade possa comprometer sua percepção dos fatos, "recomenda-se desde logo o procedimento de tomada de decisão apoiada, tanto para a compreensão das informações necessárias à opção pelas diretivas antecipadas de vontade, quanto para a elaboração das diretivas em si"[775].

Por fim, nas situações de profunda deficiência intelectual, cujo comprometimento implique na ausência de discernimento e conduza a necessária

---

[770] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.
[771] MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência, p.720.
[772] MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência, p.723.
[773] MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência, p.723.
[774] MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência, p.723.
[775] MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência, p.727.

instituição da curatela, não pode ser "afastada a possibilidade de o curador ser autorizado judicialmente a emitir diretivas (na própria definição dos limites da curatela)"[776], reconhecido, portanto, aos restritos limites que possam incidir os interesses existências ao âmbito da curatela e em observância ao "princípio bioético da beneficência"[777].

Resta reconhecer que os entendimentos implementados caminham em direção ao mesmo objetivo, qual seja: unir fundamento e procedimentos que garantam acima de tudo a proteção da pessoa com deficiência enquanto sujeito titular de direitos fundamentais sobrepondo-se a proteção restrita e suprema ao seu patrimônio.

Ainda dentre os moldes assumidos pela curatela, outra importante inovação trazida pela Lei 13.146/15 diz respeito à curatela compartilhada. Inserida no artigo 1.775-A do Código Civil, confere-se ao magistrado a possibilidade de estabelecer a atribuição de curador da pessoa com deficiência para mais de uma pessoa a fim de lhe tutelar do melhor modo.

E inclusive, cabe contribuir acerca da possibilidade retratada por Nelson Rosenvald sobre a "curatela conjunta fracionada"[778] pela qual, as atribuições de tarefas e cuidados também sejam cindidas entre os curadores de acordo com as suas aptidões pessoais. Seria o caso, por exemplo, de constituir as questões de ordem existencial para um dos curadores e para o outro, que detenha maiores prerrogativas de gerência econômica as questões de preservação patrimonial.

Logo, a indagação sobre a existência de um regime de curatela diferenciado para pessoa com deficiência está confirmada pelo rompimento da anterior concepção patrimonialista por muito tempo enraizada. Agora se sobrepõe o "reconhecimento da autonomia e da capacidade das pessoas com deficiência" como fator determinante que traçará os limites de qualquer atuação interventiva sobre a vida destes indivíduos.[779]

Delineia-se, deste modo, a funcionalização da curatela que se revela como um instituto de proteção do indivíduo que não está apenas em condições de cuidar de seus bens, mas de si mesmo. Trata-se de voltar os olhos para a pessoa, de tal modo que se existirem faculdades intelectuais, ainda que residuais, elas são realizadas para o livre

---

[776] MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência, p.728.
[777] MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência, p.728.
[778] ROSENVALD, Nelson. Curatela. Material disponibilizado pelo autor. No prelo.
[779] MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro, p. 63.

desenvolvimento de sua personalidade[780], uma vez que lhe são garantidas a titularidade e o exercício de seus direitos, sejam eles patrimoniais ou existenciais.

Resta identificar, a partir das consideráveis alterações, qual é o entendimento que, embora muito recente e limitado, a jurisprudência começa a permear acolhimento a partir das ponderações doutrinárias já formadas. É isso que se propõe o próximo subitem.

3.4 Diretrizes da recente jurisprudência brasileira acerca da capacidade de pessoa com deficiência

O caminho está em construção[781]. O desenvolvimento traçado neste estudo permite chegar ao presente ponto com a inquestionável percepção de que o assunto em torno da capacidade civil da pessoa com deficiência não apenas trouxe rompimentos com padrões socialmente estigmatizados, mas, tem-se revelado extremamente inquietante doutrinariamente.

Por esta razão, após ter-se debruçado sobre conceitos formais que se mostraram essenciais, o recorte eleito para este trabalho demonstra a formação de diferentes entendimentos que poderão permear a aplicação do novel diploma de tutela das pessoas com deficiência. Deste modo, pelo propósito acadêmico de concretizar a formação de entendimentos, busca-se desenvolver a análise autônoma de alguns casos paradigmáticos que permitirão identificar quais são as primeiras diretrizes jurisprudenciais norteadoras que também conferirão embasamento aos preceitos estudados.

Inicialmente demonstrou-se que, para o âmbito civilista, uma das modificações mais representativas deste Estatuto diz respeito à condição das pessoas com deficiência estarem inseridas na regra geral reconhecedora da capacidade civil plena. Denota-se que a presunção de incapacidade que tanto se sobrepôs a estes indivíduos foi aniquilada com a valiosa imposição legal que excluiu "a deficiência como critério redutor da capacidade"[782]. Por essa razão, ao ser desatrelado o conceito de incapacidade da

[780] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício, p. 35.
[781] Importa justificar que o recente lapso temporal de vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), bem como, a possível condicionante do segredo de justiça aplicável aos assuntos desta natureza, foram óbices impeditivos para identificação de decisões paradigmáticas que abordassem em sua totalidade a grande gama das questões levantadas neste trabalho.
[782] MENEZES, Joyceane Bezerra de., TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p.575.

condição de deficiência, outros inúmeros direitos foram reconhecidamente agregados a estes indivíduos para lhes promover o exercício de todo e qualquer ato condizente com a medida de sua autonomia, tais como: o direito ao trabalho, direito à moradia, direito à educação, direito à saúde, direito ao transporte e mobilidade, etc.

Nesse contexto, verifica-se decisão paradigmática. O presente caso diz respeito ao Recurso de Apelação/TJMG interposto pela improcedência do pedido realizado pelo reclamante (pessoa com síndrome de Down) para que fosse incluído pelo IPSEMG (Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais) como beneficiário de assistência à saúde na condição de dependente de sua genitora[783].

A razão para essa improcedência denota que a "ausência de declaração judicial, em processo de interdição, da incapacidade total do autor para os atos da vida civil"[784], fez presumir que o mesmo possui capacidade para o trabalho. Ademais, restou demonstrado pela documentação juntada que o autor é pessoa com síndrome de Down, porém, sem qualquer evidência de incapacidade impeditiva para o trabalho. Nas palavras do Relator, acolher a presunção defendida pelo recorrente de sua incapacidade seria afrontar as normas jurídicas prelecionadas no Estatuto. Conforme ementa:

> AÇÃO ORDINÁRIA. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. DEPENDÊNCIA DA GENITORA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. SEGURADA DO IPSEMG. FILHO MAIOR INDICADO NA INICIAL COMO "INVÁLIDO". RECUSA NA MANUTENÇÃO DE DEPENDENTE. AUSÊNCIA DE PROVA EFICAZ DA INVALIDEZ. INEXISTÊNCIA DE INTERDIÇÃO. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA.
> Sem a declaração judicial, em processo de interdição, da incapacidade total do autor para os atos da vida civil, sendo ele filho maior de segurada do IPSEMG, não há como reconhecer, neste processo, sua invalidez e, por conseguinte, sua condição formal de dependente, para efeitos da legislação aplicável à espécie (vide art. 4°, l, da LC 64/02).
> 2. Sem tal declaração judicial (incapacidade total do autor para todos os atos da vida civil), presume-se que o autor possui capacidade de trabalho. Presunção contrária, ou seja, de que ele é "inválido", ofenderia normas jurídicas pátrias, incluindo a contida no artigo 4º da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que "Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.
> 3. O Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para exercer o direito à

[783] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Civil nº 1.0024.10.116173-5/001 – Comarca de Belo Horizonte. Apelante: Willer Maciel Soares Pinto. Apelado: Instituto Previdência Servidores do Estado de Minas Gerais. Relator: Alberto Vilas Boas e Washington Ferreira. 05 de julho de 2016. Disponível em:< http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2015/12/8_Decisao-TJMG-Ausencia-de-prova-eficaz-da-invalidez-Inform-Setembro-Familia.pdf>. Acesso em 04 mar. 2017. p.1.
[784] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Civil nº 1.0024.10.116173-5/001 – Comarca de Belo Horizonte. Apelante: Willer Maciel Soares Pinto. Apelado: Instituto Previdência Servidores do Estado de Minas Gerais. Relator: Alberto Vilas Boas e Washington Ferreira. 05 de julho de 2016. p.1.

> igualdade e à não discriminação, sendo dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação de direitos elencados no artigo 8º, incluindo à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, à acessibilidade, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.[785]

Conforme afirma Heloisa Helena Barboza, a presunção geral de capacidade impera de forma absoluta, "só se admitindo a declaração de incapacidade por sentença, uma vez realizado o contraditório e produzida prova de que a pessoa não se encontra em condições de exercer pessoalmente os atos da vida civil, seja ou não deficiente"[786]. Neste ponto pode ser reconhecido que a percepção empregada ao indivíduo com deficiência, a partir do Estatuto, não se apega à questão primeira do impedimento físico, psíquico ou intelectual existente, ao contrário, a visão empregada busca reconhecer em primeiro plano, todos os atos passíveis de serem concretizados sem os excessos sufocantes das condutas paternalistas.

Vale ponderar que a presente análise está adstrita aos objetivos específicos deste trabalho, que se submete ao regime de incapacidades e suas reformulações a partir do Estatuto. Muitas outras reflexões podem ser extraídas nos casos fáticos discorridos, pois o tema da proteção às pessoas com deficiência não se prende apenas às categorizações técnicas, mas estão envoltas em inúmeras questões de ordem social, econômica, política, moral, histórica, trabalhistas, dentre outras.

A questão da capacidade para os atos da vida civil não garante por si só a igualdade de condições, assim, o avanço na regulação civil é um passo (ainda que considerável) no sentido de emancipar a pessoa com deficiência, cuja preocupação será efetiva com amparo em políticas públicas, na formação de uma sociedade preparada para estas pessoas e, assim por diante.

Ademais, nos termos do artigo 8º do Estatuto consta que o dever de assegurar o respeito e desenvolvimento da pessoa com deficiência nos direitos referentes à vida, à saúde, à liberdade, ao trabalho, etc., é obrigação do "do Estado, da sociedade e da

---

[785] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Civil nº 1.0024.10.116173-5/001 – Comarca de Belo Horizonte. Apelante: Willer Maciel Soares Pinto. Apelado: Instituto Previdência Servidores do Estado de Minas Gerais. Relator: Alberto Vilas Boas e Washington Ferreira. 05 de julho de 2016. p.1.

[786] BARBOZA, Heloisa Helena., ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, p. 262.

família"[787]. Nisto cabe reconhecer o reflexo do modelo social de deficiência incorporado pelo Estatuto, a partir da Convenção. Com este novo paradigma qualquer pessoa com impedimentos de ordem intelectual, física ou psicossocial, possui o direito de ser garantido em igualdade e dignidade como todas as outras pessoas que componham as diferentes características da realidade humana.

Essa é a razão determinante na reestruturação de todo o regime da incapacidade do direito pátrio que se responsabilizou pela formação e prevalência do "sistema inclusivo e assistencial" em detrimento do "sistema integrador e substitutivo". Isso, por sua vez, repercutiu não apenas na criação de novos institutos para salvaguardar as pessoas com deficiência, como foi o caso da inserção da "tomada de decisão apoiada" (artigo 1.783-A do Código Civil), mas, também, na reformulação dos já existentes a fim de amoldarem ao modelo adotado como o que se sobrepôs a "curatela".

Desta feita, quer se demonstrar que o amparo em torno das vulnerabilidades das pessoas com deficiência teve o objetivo em se tornar adequado à medida das necessidades que poderão variar em maior ou menor grau a depender da situação fática. Assim, conforme a jurisprudência a seguir retratará, o objetivo maior está em adequar o cenário que já tenha sido estabelecido, tal qual o reconhecimento de uma interdição absoluta, aos parâmetros trazidos pelas novas diretrizes estatutárias.

Conforme ponderado por Pablo Stolze "seria temerário, com sério risco à segurança jurídica e social, considerar, a partir do Estatuto, "automaticamente" inválidos e ineficazes os milhares – ou milhões – de termos de curatela existentes no Brasil"[788].

Verifica-se o caso acerca da Apelação Cível interposta perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para desconstituição de sentença reconhecedora da condição de incapacidade absoluta da apelante. Dentre os argumentos sustentados pela "interditada"/apelante, estava que o transtorno afetivo bipolar que a acomete está em remissão, recebendo tratamento adequado, bem como, a não dilapidação e conservação de seu patrimônio denotam discernimento para gerir-se.

Na análise do presente caso, o Tribunal reconheceu que, por se tratar de curatela já em curso, caberia dar-se prosseguimento a referida medida protetiva embasada ao apontamento do laudo pericial para o qual a apelante ainda demonstrava "incapacidade

[787] Artigo 8º. BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).
[788] STOLZE, Pablo. É o fim da interdição? Disponível em:< https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao>. Acesso em 05 mar. 2017.

relativa, para morar sozinha e para gerenciar seu tratamento de saúde, e permanente para os atos da vida civil"[789]. Entretanto, e mais importante, isso só seria permitido pelas palavras do relator: "desde que o instituto seja interpretado conforme as novas diretrizes trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência"[790].

Deste modo, houve o reconhecimento que "a apelante, a partir da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não pode mais ser considerada absolutamente incapaz, mas, sim, relativamente incapaz, nos termos da nova redação do art. 4º, III, do Código Civil"[791]. E ademais, devido suas particularidades psíquicas reformularam-se os termos curatelados para o fiel e estrito cumprimento das novas diretrizes:

> Importante consignar que, embora cuide o presente caso de incapacidade relativa, é possível se depreender do laudo psiquiátrico que, uma vez não sendo reconhecido pela recorrente o fato de sofrer de transtorno afetivo bipolar, essa condição só tem se mantido em remissão por conta de sua internação em lar geriátrico, onde tem seu tratamento de saúde administrado por terceiros. Não lhe é possível, portanto, morar sozinha e sem assistência.
> Diante do exposto, VOTO pelo DESACOLHIMENTO DA PRELIMINAR arguida pelo Ministério Público e, no MÉRITO, pelo PARCIAL PROVIMENTO da apelação, reconhecendo a incapacidade relativa da apelante, mantendo-lhe como curador o filho Arthur William V. S. de A., e fixando a extensão da curatela, nos termos do art. 755, I, do CPC/2015, à prática de atos de conteúdo patrimonial e negocial, bem como ao gerenciamento de seu tratamento de saúde, devendo a recorrente ter sua moradia mantida em lar geriátrico ou na companhia de um cuidador. [792]

A questão consolida-se reconhecendo que os "termos de curatela já lavrados e expedidos continuam válidos, embora a sua eficácia esteja limitada aos termos do Estatuto"[793], bem por isso, percebe-se a ocorrência de uma postura judicial bastante cuidadosa para admissibilidade das condições deste levantamento. Isso também pode ser verificado a partir da decisão de outro Recurso de Apelação do Tribunal de Justiça

---

[789] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº 70069122794. Apelante: Dulce Ila S. Apelado: Arthur William V. S. e Greice Caroline S.de A.D. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. 11 de agosto de 2016. Disponível em:< http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70069122794&num_processo=70069122794&codEmenta=6896195&temIntTeor=true >. Acesso em 04 mar. 2017. p.9.

[790] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº 70069122794. Apelante: Dulce Ila S. Apelado: Arthur William V. S. e Greice Caroline S.de A.D. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. 11 de agosto de 2016. p.6.

[791] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº 70069122794. Apelante: Dulce Ila S. Apelado: Arthur William V. S. e Greice Caroline S.de A.D. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. 11 de agosto de 2016. p.7.

[792] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº 70069122794. Apelante: Dulce Ila S. Apelado: Arthur William V. S. e Greice Caroline S.de A.D. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. 11 de agosto de 2016. p.9.

[793] STOLZE, Pablo. É o fim da interdição?.

do Rio Grande do Sul, sobre o pedido de levantamento de interdição total e definitiva, que resultou na determinação para que a apelante fosse interrogada e submetida a nova avaliação na origem, nos seguintes moldes:

> Conforme se depreende, a *mens legis* do novel estatuto é ampliar o debate referente à caracterização da pessoa com deficiência, o qual, a partir de agora, deve levar em conta circunstâncias extrapatológicas, mas que envolvam o estudado e sejam capazes de defini-lo como ser social.
> Todavia, duas situações estão a exigir providências, na origem, de modo a permitir o julgamento, com nova sentença.
> Ocorre que (1) a curatelada não foi, pessoalmente, ouvida pela autoridade judiciária, o que deve ocorrer, à semelhança do caso inverso, de interdição. Depois (2), deve ser efetuada nova perícia, levando em conta as disposições da Lei Lei 13.146/2015.
> *CONCLUSÃO.* Voto por *desconstituir a sentença, para que, na origem, seja interrogada e submetida a nova avaliação.*[794]

Semelhante raciocínio foi empregado em sentença proveniente da Comarca de Rio Verde – Estado de Goiás. Mencionada Ação de Interdição foi impulsionada pela filha do interditando diagnosticado com a doença de Alzheimer para ser reconhecida sua interdição parcial. Durante o curso do processo retratou-se por um lado que o interditando demonstrou "compreensão e consciência da realidade do mundo em que vive, deixando claro que possui discernimento quanto a sua orientação no tempo e no espaço"[795], mas, por outro, verificou-se grande dependência para que sua filha o auxiliasse em razão da diminuição de sua capacidade auditiva e dos demais sinais exteriorizados na condição de ser um ancião com "alterações no humor e falha da memória, problemas com linguagem, falta de interesse em cuidados pessoais, como higiene e peças de vestimenta"[796].

Reconhecido o caráter de essencialidade da curatela para que o interditando pudesse prover seu bem-estar e administrar seu patrimônio, ponderou a magistrada sobre o dever de adequação da situação fática aos preceitos estatutários do artigo 84,

---

[794] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº 70069331346. Apelante: Patricia C.V. Relator: Ivan Leomar Bruxel. 13 de outubro de 2016. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70069331346&num_processo=70069331346&codEmenta=7005623&temIntTeor=true>. Acesso em 04 mar. 2017. p.11-12.

[795] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Góias. Autos nº 183/2015. Requerente: P.de F.D. Requerido: J.P. de F.D. Comarca de Rio Verde. Vara de Família e Sucessões. 21 de março de 2016. Disponível em:< http://docplayer.com.br/22615093-Poder-judiciario-comarca-de-rio-verde-vara-de-familia-e-sucessoes-s-e-n-t-e-n-c-a.html>. Acesso em 04 mar. 2017.

[796] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Góias. Autos nº 183/2015. Requerente: P.de F.D. Requerido: J.P. de F.D. Comarca de Rio Verde. Vara de Família e Sucessões. 21 de março de 2016

para qual, impõe-se como regra a proporcionalidade e adequação restrita da medida às necessidades e circunstâncias demonstradas[797].

Desse modo, na compreensão de não mais falar-se em "interdição", que nas palavras da magistrada "em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação ou atuação exclusiva de seu curador"[798], restou determinada "curatela específica", para os atos patrimoniais devidamente nominados a representação da curadora eleita. Nestes termos:

> Com base na fundamentação supra e nos termos do inciso I do art. 487 do Novo Código de Processo Civil, JULGO EXTINTO O PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, e ACOLHO PARCIALMENTE a pretensão da autora, em consequência NOMEIO P. de F. D. para exercer o encargo de curadora de seu pai J. P. de F. D.. Em recorrência do encargo, deverá representá- lo nos atos que importem na administração de bens e valores, celebração de contratos e outros que exijam maior capacidade intelectual, além dos atos previstos no artigo 1.782, caput, do Código Civil (emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado e atos que não sejam de mera administração), na forma do art. 84, §1º da Lei nº 13.146/2015.[799]

Isso posto, pode se chegar à compreensão que o instituto da curatela, a partir das alterações substanciais emanadas sobre a capacidade civil plena às pessoas com deficiência, sofreu consideráveis modificações quanto a concepção ou ao modo de aplicação, porém, a sua essência protecionista não desapareceu estando apenas assentada em uma "uma nova perspectiva". Nesta compreensão, o curador como núcleo de "poderes indefinidos, gerais e ilimitados"[800], obriga a sair de cena adaptando-se de forma restrita e responsável às medidas de seu encargo. Admitindo-se, inclusive, falar em diferentes modalidades de curatela.

No âmbito da "curatela compartilhada", agora expressamente admissível nos termos do artigo 1.775-A do Código Civil: *"Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz* poderá *estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa"*[801], pode ser acolhida a oportuna aplicação sempre que se mostrar mais

---

[797] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Góias. Autos nº 183/2015. Requerente: P.de F.D. Requerido: J.P. de F.D. Comarca de Rio Verde. Vara de Família e Sucessões. 21 de março de 2016

[798] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Góias. Autos nº 183/2015. Requerente: P.de F.D. Requerido: J.P. de F.D. Comarca de Rio Verde. Vara de Família e Sucessões. 21 de março de 2016

[799] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Góias. Autos nº 183/2015. Requerente: P.de F.D. Requerido: J.P. de F.D. Comarca de Rio Verde. Vara de Família e Sucessões. 21 de março de 2016.

[800] STOLZE, Pablo. É o fim da interdição?.

[801] BRASIL. Código Civil. Lei n.ª 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

favorável ao resguardo do sujeito curatelado a nomeação de mais de um curador a depender do caso concreto.

O caso paradigmático a seguir retratou a interposição de Agravo de Instrumento perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em face da decisão de primeiro grau para que, uma das duas agravantes, que configuravam como requerentes ao processo de interdição do irmão, realizassem o apontamento de qual delas deveria ser nomeada como curadora, sob pena de indeferimento da inicial.

> Agravo de instrumento. Interdição. Curatela provisória. Possibilidade de nomeação simultânea de mais de um curador. Precedentes. Art. 1.775-A do CC, incluído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que reforça a possibilidade de curatela compartilhada. Compartilhamento do encargo entre as duas irmãs que parece já ocorrer de fato, bem como, por ora, consta atender ao melhor interesse do interditando. Decisão reformada. Recurso provido.[802]

Com análise da viabilidade e possibilidade do "exercício compartilhado do encargo"[803], quedou-se provido o presente agravo de forma a reconhecer que a nomeação realizada em conjunto pelas agravantes não denota nenhum prejuízo ao "interditando", mas, ao contrário, indicam um melhor exercício para desempenho das atribuições assumidas.

Isso permite demonstrar que as mudanças propostas pelo Estatuto criam, de acordo com Thaís Fernanda Tenório Sêco, um "duplo juízo de pertinência"[804], significando que, para que se possa atingir o fim precípuo de tutelar a pessoa com deficiência garantindo amparo às necessidades preeminentes e concretizando (na possibilidade do caso concreto) tratamento e apoio apropriado à conquista de sua autonomia (artigo 758 NCPC), deve-se avaliar não apenas a necessidade de a pessoa

---

[802] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n° 2191636-02.2015.8.26.0000. Agravantes: Maria dos Anjos Fernandes Hengles e Maria da Consolação Pereira. Agravado: Francisco Estevam Fernandes. Relator: Claudio Godoy. São Paulo, 16 de fevereiro de 2016. Disponível em:< https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9172666&cdForo=0>. Acesso em 04 mar. 2017. p.2.

[803] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n° 2191636-02.2015.8.26.0000. Agravantes: Maria dos Anjos Fernandes Hengles e Maria da Consolação Pereira. Agravado: Francisco Estevam Fernandes. Relator: Claudio Godoy. São Paulo, 16 de fevereiro de 2016. p.5.

[804] SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Direito de adotar e de exercer a guarda, a tutela e a curatela. In: Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas- Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasielira de Inclusão. MENEZES, Joyceane Bezzera de. (org.). Rio de Janeiro: Processo. 2016. p.439.

ser curatelada, mas, também, a possibilidade e aptidão do curador em exercer tal medida[805].

Outrora, Caio Mário da Silva Pereira afirmou, ao referir-se sobre o instituto da curatela, que o seu "pressuposto fático" é a incapacidade; e o "pressuposto jurídico" uma decisão judicial[806]. Em que pese o pressuposto fático possa ser, atualmente, afastado por alguns doutrinadores que coadunam com a "curatela de pessoa capaz"; o entendimento defendido ainda se amolda aos do professor mineiro com a incorporação de algumas novas perspectivas.

A prevalência da capacidade civil plena às pessoas com deficiência é norma absoluta que demanda notória observação e aplicação. Entretanto, nas hipóteses cujo indivíduo não possa exprimir sua vontade, a incapacidade civil relativa cumpre a finalidade do instituto para fins de "assistência" ou "representação" como forma de melhor amparo às vulnerabilidades existentes ao caso concreto.

Não se pode deixar de pontuar que todos os institutos, atos, procedimentos ou conclusões sempre deverão ser amoldadas pela força diretriz que proclama, por regra, a capacidade civil plena das pessoas com deficiência para exercer sua autonomia de vontade. Conforme já proferido em decisão pelo Superior Tribunal de Justiça, independente da decisão que tenha sido eleita pela pessoa com deficiência: "correta ou errada a decisão, é direito da pessoa tomá-la com autonomia e independência"[807], posto que, nenhuma proteção pode chegar ao "extremo de contrariar uma decisão" que a própria pessoa com deficiência tomou acerca dos rumos de sua vida. Isso justifica o caráter extraordinário e rigoroso que o estatuto atribui à medida da curatela.

Ademais, ainda resta elucidar sobre outra importante questão, já problematizada no item 3.3.1, em torno da invalidação dos negócios jurídicos praticados por pessoa com deficiência. Conforme restou ponderado, mencionada questão não é dotada de uniformidade doutrinária, entretanto, a jurisprudência eleita permite observar que a regra de presunção da capacidade civil plena às pessoas com deficiência impera de forma veemente de modo a não invalidar qualquer negócio jurídico mediante pura e simples alegação de falta de discernimento à época de sua realização:

---

[805] SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Direito de adotar e de exercer a guarda, a tutela e a curatela, p.439.
[806] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito Civil. Direito de Família. 22.ed. v. 5, Rio de Janeiro: Forense. 2014. p.565.
[807] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1105663-SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Central de Álcool Lucélia Ltda e Outro. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 04 de setembro de 2012.

> APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE COBRANÇA.DIREITO INTERTEMPORAL. DA CAPACIDADE DA PARTE RÉ. Alegada incapacidade civil em razão da existência de ação de interdição. Sentença que possui efeitos *ex nunc*. Suposta ausência de discernimento à época em que firmados os contratos em questão não evidenciada. Presunção da capacidade civil. Prevalência das disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei 13.146/2015. Perspectiva isonômica. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, ainda que, para atuar no cenário social, precise se valer de institutos assistenciais e protetivos como a tomada de decisão apoiada ou a curatela.[808]

Depreende-se da respectiva situação fática que as partes Banrisul e Silvia Regina Ramos celebraram Termo de Adesão a Produtos e Serviços Pessoa Física, englobando diferentes Contratos de abertura de crédito pessoal. O consequencial inadimplemento da contratante resultou em ação de cobrança que foi extinta em primeiro grau, ocasião que "alegou como matéria de defesa a sua incapacidade, referindo a existência de ação de interdição em andamento"[809]. Mediante apelação interposta pela instituição credora, restou reconhecida "a capacidade da parte demandada e, por consequência, a validade dos contratos em questão" isto porque:

> ... ausente prova acerca da existência de incapacidade concomitante à época em que firmados os contratos objetos da presente ação, prevalece a regra geral, qual seja, de efeito *ex nunc* da sentença de interdição. E, ausente essa, não se cogita de incapacidade, prevalecendo a presunção de validade dos atos praticados.[810]

Conforme restou concluída nessa decisão, referindo-se a aplicabilidade do Estatuto: "a pessoa deve ser tratada, em perspectiva isonômica, como legalmente capaz. Ou seja, consoante aquele regramento, a incapacidade seria a exceção, restrita a casos específicos e desafiando vasta prova documental"[811].

---

[808] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação n° 70069688612. Apelante: Banrisul. Apelado: Silvia Regina Ramos. Relator: Jorge Alberto Vescia Corssac. Porto Alegre, 26 de outubro de 2016. Disponível em:< http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70069688612&num_processo=70069688612&codEmenta=7015446&temIntTeor=true>. Acesso em 04 mar. 2017. p.1.

[809] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação n° 70069688612. Apelante: Banrisul. Apelado: Silvia Regina Ramos. Relator: Jorge Alberto Vescia Corssac. Porto Alegre, 26 de outubro de 2016. p.1.

[810] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação n° 70069688612. Apelante:Banrisul. Apelado: Silvia Regina Ramos. Relator: Jorge Alberto Vescia Corssac. Porto Alegre, 26 de outubro de 2016. p.1.

[811] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação n° 70069688612. Apelante:Banrisul. Apelado: Silvia Regina Ramos. Relator: Jorge Alberto Vescia Corssac. Porto Alegre, 26 de outubro de 2016. p.7.

Nesse sentido, observou-se pela análise de outras decisões jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça que o fator determinante que amoldará os efeitos da sentença de interdição como sendo constitutivos ou declaratórios, consequentemente produzindo efeitos *ex nunc* ou *ex tunc,* condiciona-se a aferição se ao tempo dos atos praticados anteriormente a sentença já havia a constatação de ausência de discernimento e em qual medida.

Nos termos do seguinte Recurso Especial (nº 1.414.884/RS), o reconhecimento de possível união estável entre a demandante e o demandado foi julgado improcedente pela comprovação que a enfermidade mental acometida ao demandado, anteriormente ao suposto convívio familiar, resultava na absoluta ausência de discernimento para os atos da vida civil:

> Sem adentrar na discussão doutrinária, e até jurisprudencial, acerca da natureza da sentença de interdição civil, se constitutiva ou se declaratória, certo é que a decisão judicial não cria o estado de incapacidade. Este é, por óbvio, preexistente ao reconhecimento judicial. Nessa medida, reputar-se-ão nulos os atos e negócios jurídicos praticados pelo incapaz anteriores à sentença de interdição, em se comprovando que o estado da incapacidade é contemporâneo ao ato ou negócio a que se pretende anular. Em relação aos atos e negócios jurídicos praticados pessoalmente pelo incapaz na constância da curadoria, estes afiguram-se nulos, independente de prova.[812]

Cumpre observar que a razão para o reconhecimento de possível união estável no âmbito do Superior Tribunal de Justiça condiciona-se a averiguação do pressuposto subjetivo referente ao intento conscientemente emanado para constituição de família. Isto posto, o olhar direcionado a natureza jurídica das uniões estáveis pela corte superior amolda-se ao dos negócios jurídicos, para os quais, a clarividente manifestação de vontade é atributo condicionante[813].

Entretanto, imbuído deste entendimento, a constatação sobre a configuração de união estável com contraente pessoa com deficiência acometida por ausência das faculdades intelectuais, não poderá afastar-se dos preceitos legitimadores para

---

[812] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.414.884/RS. Recorrente: L A A. Recorrido: S M Relator: Ministro Marco Aurelio Bellizze. 03 de fevereiro de 2015. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2013%2F0071709-1+ou+201300717091&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 04 mar. 2017.

[813] XAVIER, Marília Pedroso., PUGLIESE, William Soares. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a união estável: primeiras reflexões. In: Direito da pessoa com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas-Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. MENEZES, Joyceane Bezerra de. (org.). Rio de Janeiro: Processo. 2016. p.365.

constituição de família, como mencionado anteriormente nos termos do artigo 6º do Estatuto e artigo 23 da Convenção.

Assim sendo, acolhe-se o entendimento pelo qual deverá ser direcionado atento olhar do judiciário para o reconhecimento de toda e possível manifestação de vontade em prol da união estável, de forma que "apenas em casos excepcionais, a depender da avaliação da deficiência, poderia um tribunal rejeitar a capacidade de uma pessoa para estes fins". Isto se afilia a 'um dos possíveis caminhos'[814] a ser trilhado em torno desta questão apontado por Marília Pedroso Xavier e William Soares Pugliese:

> ..., é preciso ingressar no estudo de cada uma das enfermidades, realizar a avaliação de deficiência, considerar os prejuízos sobre a capacidade do indivíduo e formular um juízo sobre a possibilidade, ou não, da pessoa ter vivido em união estável e manifestado a vontade de assim conviver.[815]

Por fim, escolheu-se propositadamente apresentar a subsequente jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em caráter conclusivo à análise desses pareceres. Isso porque, entende-se que o fato permeado nessa situação é a causa primeira, senão a maior, responsabilizadora pela formação dos óbices impeditivos à eficácia real dos preceitos insculpidos pelo Estatuto.

Trata-se de situação que determinada consumidora, pessoa com deficiência motora, maior de idade, em pleno gozo de discernimento e, portanto, de sua capacidade civil, ao pleitear abertura de conta poupança em certa instituição financeira, teve seu pedido não atendido mediante a exigência imposta pelo estabelecimento bancário para que constituísse procurador com o fito de assinar os documentos de abertura de conta pelo solicitante.

> OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZATÓRIA Prestação de serviço Abertura de conta bancária - Exigência, pela instituição financeira, de procurador, à parte plenamente capaz que, em razão de ser deficiente física, está impossibilitada de assinar seu nome em contrato para abertura de conta Inadmissibilidade Observância de que, para fazer negócios jurídicos, são requisitos do ato apenas a maioridade e o pleno discernimento mental Existência de outros meios que não acarretem ônus indevido ao banco ou ao autor Inteligência do artigo 595 do Código Civil - Obrigação de fazer

[814] Cumpre observar que os autores em comento desenvolvem dois caminhos possíveis para a recepção dos preceitos albergados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência sobre a questão da constituição de união estável: "em primeiro lugar, é possível sugerir a alteração da natureza jurídica da união estável pelo EPD; em segundo, sugere-se a tese de que a natureza jurídica da união estável é a mesma, mas a noção de manifestação de vontade é que deve ser reconsiderada". XAVIER, Marília Pedroso., PUGLIESE, William Soares. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a união estável: primeiras reflexões. p.365.

[815] XAVIER, Marília Pedroso., PUGLIESE, William Soares. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a união estável: primeiras reflexões. p.381.

> reconhecida - Dano moral evidenciado, frente ao formalismo discriminatório e obstrutivo da pessoa com deficiência à plena participação e inclusão em sociedade - Sentença reformada - Recurso provido.[816]

Em que pese a improcedência da ação indenizatória em primeiro grau, o Tribunal de Justiça oportunizou a reforma da decisão sendo veemente ao reconhecer o "formalismo discriminatório e obstrutivo"[817] imposto a pessoa com deficiência pelo tratamento inadequado e ensejador de repulsivo abalo moral. Fundamentado aos preceitos instituídos pelo novel Estatuto, reconheceu-se o afrontamento aos seus princípios norteadores:

> O conceito de discriminação, segundo a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146/2015), instituída com o propósito de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania, inclui a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas. ...
> Deste modo, a exigência da instituição financeira para que o apelante, plenamente capaz para a prática dos atos da vida civil, apresente procurador que assine em seu nome o contrato de prestação de serviço, mesmo havendo outros meios que não acarretam ônus indevido ao banco ou ao autor, representa formalismo discriminatório e obstrutivo da pessoa com deficiência à plena participação e inclusão em sociedade, a qual não está obrigada a suportar.[818]

Conforme Rodrigo da Guia Silva *et al.* cabe ser auferido que o "novo *status* jurídico"[819] da pessoa com deficiência, e aqui compreendida com qualquer impedimento físico, psíquico ou intelectual, a insere no dever de respeito a sua plena capacidade civil e isso consequentemente, deve ser observado não como formas permeadas de "romantizações ou maniqueísmos, mas sim como uma oportunidade de aplicação dos valores do sistema e, particularmente, de promoção da dignidade humana"[820].

---

[816] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n° 1007265-71.2015.8.26.0564. Apelante: Djeison Possamai. Apelado: Banco Santander Brasil S/A. Relator: Paulo Pastore Filho. São Paulo, 19 de dezembro de 2016. Disponível em:< https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10087790&cdForo=0&vlCaptcha=vdjsj>. Acesso em 04 mar. 2017. p.2.

[817] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n° 1007265-71.2015.8.26.0564. Apelante: Djeison Possamai. Apelado: Banco Santander Brasil S/A. Relator: Paulo Pastore Filho. São Paulo, 19 de dezembro de 2016. p.2

[818] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n° 1007265-71.2015.8.26.0564. Apelante: Djeison Possamai. Apelado: Banco Santander Brasil S/A. Relator: Paulo Pastore Filho. São Paulo, 19 de dezembro de 2016. p.2

[819] 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, p.278.

[820] 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, p.278.

O desenvolvimento deste trabalho permeado pelas indicações jurisprudenciais que começam a serem construídas, faz reconhecer a afirmação de Eduardo Rabossi ao dizer que "*los sistemas* jurídicos *positivos son buenos espejos de las valoraciones que tienen vigencia em una sociedad dada, en una época dada"*[821].

Isso permite admitir que o Estatuto, por meio do Direito positivado, cumpriu com a tarefa que já havia sido dada anteriormente pela Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, qual seja: afirmar o protagonismo merecido à proteção sobre a existência e gozo dos direitos destas pessoas. Se por um lado, trata-se do simples cumprimento ao que já estava em débito de ser realizado, por outro, merece ser reconhecido por ter sido o elo concretizador da força propulsora ao rompimento dos enraizados paradigmas jurídicos e dos fluidos padrões sociais.

[821] RABOSSI, Eduardo. Derechos Humanos: El principio de Igualdad y la Discriminación. In: El Derecho a la Igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitário. ALEGRE, Marcelo., GARGARELLA, Roberto. (coord.). Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007. p.47.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações finais do presente trabalho são um convite a se prosseguir com o atento estudo sobre as situações jurídicas que envolvam as pessoas com deficiência. Isto, porque, cabe ser reconhecido que as complexas questões que permeiam a aplicabilidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), não são permissivas para que se produzam respostas prontas e conclusivas no campo do direito.

Ciente de que a pesquisa não se encerra, o trabalho desenvolvido permitiu estabelecer os caminhos por meio dos quais se poderá continuar a percorrer. A revisão crítica do regime das incapacidades, apresentada de forma inicial, foi determinante para compreender sobre quais embasamentos amoldaram-se durante um longo período o regime das incapacidades.

Contributo do projeto civilizatório que se incorporou com a modernidade, as características da universalidade, individualidade e autonomia, resultou que o ser humano passa-se a assumir um conceito abstrato que o identificava a partir da generalidade empregada. Não se olhava, e nem havia pretensão em se olhar, para as particularidades que tornavam cada indivíduo único. Permeado por estes ideários o surgimento das codificações contribuíram para formação da era positivista cuja inserção abstrata do indivíduo no ordenamento fundamentava a razão de ser do direito aos elementos da condição de proprietário e contratante.

Consubstanciado na concepção distanciada da realidade ontológica do ser, o surgimento do Código Civil Brasileiro de 1916, desenhou o regime de incapacidades eivado da mesma viciosidade. Mediante o afastamento da vida civil dos sujeitos que integrassem o rol dos absolutamente ou relativamente incapazes, buscava-se garantir acima de tudo, proteção as questões de ordem patrimonial. As máculas provenientes de um padrão normativo fechado e inflexível acompanharam longamente o cenário jurídico brasileiro ao serem perpetuadas no âmbito normativo do Código Civil de 2002.

Porém, à medida que o olhar reconhecedor das singularidades humanas, demonstravam o conflito existente entre a realidade pela qual concebeu-se as codificações e para aquela, que de fato, incidia, a necessária superação da referida dogmática abstrativista mostrou-se questão de primeira ordem. O repensar sobre os fundamentos do Direito Civil foram sendo incorporados mediante o avançar liderado pela ordem constitucional que enalteceu a supremacia de proteção a dignidade do ser

humano na exata medida de suas desigualdades. Com isso, a força normativa da Constituição responsabilizou-se pelo reconhecimento de que o ordenamento jurídico, nada mais é que um sistema unitário gravitante ao seu redor e obediente aos seus valores, e por isso mesmo, sem espaço para o protagonismo patrimonial.

Isso posto, a necessidade de releitura dos institutos civilistas permearam obrigatoriamente o regime estruturante da incapacidade. Já não podia mais conceber que o simples processo de subsunção fosse o fator determinante para enquadramento de qualquer sujeito à condição de incapaz. A insuficiência em torno da proteção dos interesses existências e o modo mecanicista que rotulavam, em especial para o presente caso, a pessoa com deficiência intelectual, como absolutamente incapaz para os atos da vida civil a partir de engessados padrões médicos, passaram a ser veemente combatidos.

O resultado da condição de incapacidade não poderia ser obtido com o mesmo mecanicismo e exatidão que se empenhara em uma relação aritmética. Os paradigmas pré-conceituais que em prol de céleres soluções enquadravam a pessoa com deficiência intelectual na condição de ser incapaz para desenvolvimento de todos os atos de sua vida civil, simbolizavam de forma contumaz a desconsideração das particularidades de cada ser, sempre mascarados na justificativa de estarem resguardados, amparados ou protegidos das situações prejudiciais.

Em meio a críticas doutrinárias e clamores sociais o Brasil concretizou seu avanço primordial e determinante para todos os atos que se direcionassem as pessoas com deficiência a partir da incorporação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, assinada em Nova York (EUA), em 30 de março de 2007, e recepcionada pelo ordenamento pátrio com equivalência de norma constitucional, mediante Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008 e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Cabe aqui concluir que referido tratado internacional foi sem dúvidas o verdadeiro “divisor de águas”. A identidade assumida pela pessoa com deficiência a partir deste marco legal já não correspondiam em nada as que até então insistiam em permanecer estigmatizadas aos padrões sociais, legais e juridicamente aplicáveis. Constata-se que a medida se foi sendo concretizado o amadurecimento social sobre quem seriam as pessoas com deficiência, também os dispositivos normativos caminharam no mesmo compasso.

Num primeiro momento, a partir do modelo reabilitador ou modelo médico, a deficiência compôs a principal peça desencadeadora dos impedimentos resultantes da

não inserção social. O modelo linear pelo qual o detentor de doença ou distúrbio, que conduzisse a formação de específica deficiência pelo comprometimento das funções psicológicas, fisiológicas ou anatômicas, também agregaria incapacidade resultante para desempenho dos atos de sua vida em desvantagem com a coletividade, acabou sendo drasticamente modificado.

Consoante à nova ordem internacional incorpora-se o modelo social de deficiência que vai impactar severamente em todo o contexto social, jurídico e legislativo dos Estados signatários. Em promoção aos direitos humanos reconhecidamente albergados, rompe-se a percepção sinonímia entre deficiência e impedimento. Enquanto a pessoa com impedimentos passa a denotar a existência de alterações de natureza física, intelectual ou sensorial; a deficiência está representada pelo meio ambiente insuficientemente condizente para possibilitar a inserção destes indivíduos.

Por isso, pode se concluir que o antigo modelo médico (que identifica a deficiência mediante estritos preceitos físicos, biológicos ou psíquicos), cede espaço ao modelo social (que reconhece a deficiência como problema criado pelo contexto social e não um simples atributo da pessoa), igualmente; a sociedade integradora (isto é, aquela que embora reconheça a pessoa com deficiência, entenda ser sua única e pessoal responsabilidade encontrar formas de interação com ao meio social), cede espaço para sociedade inclusiva (a qual compreende ser dever de todos adaptarem o meio ambiente de forma permissiva a inclusão destas pessoas através da superação das inúmeras barreiras físicas, atitudinais, etc.).

Entretanto, pode-se reconhecer que, de fato, a anunciada reviravolta protetiva e emancipatória em torno da pessoa com deficiência, apenas se concretizou no ordenamento civilista com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015). A concepção rígida e fechada inerente às codificações que já se demonstrava solo infértil para tutela da diversidade numa sociedade eminentemente pluralista, também se aplicava a presente questão das pessoas com deficiência.

Assim, no processo de concretização de medidas direcionadas a formação de normas individuais para atendimento das vulnerabilidades características deste conjunto de pessoas, o Estatuto da Pessoa com Deficiência passa a ser reconhecido enquanto microssistema de tutela da pessoa com deficiência que deve obrigatoriamente irradiar os preceitos emanados pela ordem constitucional.

Para tanto, obediente às obrigações instituídas pela Convenção, e ao modelo social adstrito, o Estatuto primou pela criação de medidas que atendessem a concretização de igualdade de oportunidades acolhendo o princípio de proibição de discriminação da pessoa com deficiência e rompendo com as barreiras para o exercício pleno de seus direitos da personalidade e dos direitos patrimoniais.

Promoveu-se a ruptura no regime das incapacidades, na medida em que tornou a pessoa com deficiência psíquica e intelectual plenamente capaz para o exercício dos atos da vida civil, modificando a redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil. Eis aqui a questão de maior debate que inquietou a doutrina mais recente do Direito Civil. A discussão se o ato estatutário emancipador das pessoas com deficiência poderia ser sinônimo de desproteção, rendeu o que já seria naturalmente esperado: valiosos e diferentes entendimentos.

Dentre as principais correntes apresentadas elegeram-se quatro importantes desdobramentos. O primeiro permeado por Vitor Kumpel rechaça severas críticas às mudanças concentradas no regime de incapacidades. Para este entendimento instaurou-se a desproteção das pessoas com deficiência pela admissibilidade da capacidade plena ser causa excludente de sua inserção aos padrões do regime anterior.

Em contrariedade o fundamentado de Flávio Tartuce discorreu no sentido reconhecedor da promoção à dignidade e inclusão social da pessoa com deficiência proporcionada pelo Estatuto, porém, isto não retirou a condição destes sujeitos virem a inserir-se no rol dos relativamente incapazes pela simples impossibilidade de expressão da vontade.

No terceiro momento, Joyceane Bezerra de Menezes defendeu o entendimento pelo reconhecimento da capacidade plena das pessoas com deficiência sobre a fundamentação afinada ao princípio da preservação da dignidade da pessoa humana. Por vir a configurar um retrocesso ao avanço conquistado, não caberia admitir o enquadramento da pessoa com deficiência a nenhum rol de incapacidades que não seja a condição de capacidade absoluta. A necessidade de amparo e proteção a pessoas com deficiência que se encontre em grau de impossibilidade de autogoverno deveria se configurar a partir das salvaguardas representadas pelo Instituto da Tomada de Decisão Apoiada ou da Curatela, mas, não incidir na impropriedade de destinações submetidas ao artigo 4º, inciso III do Código Civil.

E por fim, a compreensão descrita por Nelson Rosenvald é a que parece estar imbuída do equilíbrio necessário para promover e garantir a concretização da dignidade

das pessoas com deficiência no atual contexto do ordenamento brasileiro. Enquanto por um lado esta doutrina aplaude a vitória do ganho propiciado com o reconhecimento da capacidade civil plena e dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, não se abstêm, por outro, de ampara-las na exata medida de suas vulnerabilidades.

Reconhecedor de que o mundo jurídico é o que deve enquadrar-se ao mundo dos fatos, e não o inverso, este entendimento admite que a pessoa com deficiência desprovida severamente da possibilidade de inteirar com a realidade exteriorizando consciente e autonomamente sua vontade, possa ser inserida na condição de relativamente incapaz, nos termos do artigo 4º, inciso II do Código Civil. Entretanto, tal enquadramento não mais se fará no modo automático das prévias concepções, ao contrário, sua admissibilidade deverá ser permeada pelo olhar atento das vicissitudes do caso concreto norteando em primeiro lugar o reconhecimento mínimo de qualquer possibilidade de autonomia e em segundo, a necessária forma de assistência ou representação aplicável.

Importa concluir que não se faz possível compreender qualquer mudança implementada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência se houver a insistência no uso das lentes que enxergavam a anterior teoria das incapacidades. As profundas modificações que foram implementadas obrigaram a releitura sobre o regime das incapacidades e de todas as medidas aplicáveis em torno da capacidade jurídica, de forma que, tem-se um novo regime das incapacidades que permanece estruturado para proteção da pessoa com deficiência relativamente incapaz, mas, que agora deixa de possuir um molde pronto e único para todos os sujeitos.

Consoante ao atendimento desta nova visão protetiva das pessoas com deficiência, discorreu-se sobre as denominadas “salvaguardas” que foram instituídas para melhor tutelar a pessoa com deficiência no exercício de sua capacidade civil, a partir do instituto da tomada de decisão apoiada e da reestruturação do instituto da curatela.

Para tanto, nas hipóteses cuja pessoa com deficiência não seja desprovida por completo de sua percepção intelectual, mas, que devido às próprias vulnerabilidades sinta-se fragilizada para emanar decisões sobre os atos da sua vida civil sem qualquer aconselhamento, demonstrou-se a possibilidade da Tomada de Decisão Apoiada. Em que pese os críticos a tal modalidade, cabe aqui concluir pela sua maior contribuição ao inaugurar o sistema de apoio em detrimento à substituição da vontade até então aplicável automaticamente.

E de outra forma e sob um novo olhar, para as situações cuja pessoa com deficiência possua um grau de comprometimento mais severo cujo impedimento lhe prive da exteriorização consciente de sua vontade, poderá, a partir da inserção ao artigo 4º, inciso III do Código Civil, se valer por meio de uma proteção mais densa do ordenamento jurídico, do devido processo legal da curatela.

A partir de então, a compreensão permeada pela interdição do sujeito incapaz enquanto penalidade de afastamento, proibição ou amplo impedimento para os atos da sua vida civil com a consequencial exclusão social, resta determinantemente superada. O instituto da curatela foi incorporado de modo "humanizado" que o obrigou o estabelecimento motivado do tempo e em quais circunstancias passará a incidir, no resguardo, via de regra, aos atos de natureza patrimonial. A partir de então, não se anuem às privações vitalícias, ao contrário, de período em período determinados judicialmente as medidas deverão ser novamente tecidas e ajustadas ao caso concreto se houver necessidade.

Diante destas instigantes alterações, as conclusões obtidas pelas diretrizes da recente jurisprudência brasileira acerca da capacidade da pessoa com deficiência foram fundamentais para chegar-se neste momento conclusivo tendo a validação concreta do estudo empreendido. Assim, isto pode ser claramente perceptível pela retomada compreensiva da decisão judicial apresentada na introdução deste trabalho.

A mesma decisão que, na introdução dessa dissertação, serviu para anunciar as inquietantes alterações que necessitavam serem compreendidas - na qual uma magistrada da Comarca de Tijucas em Santa Catarina, reconheceu em processo de interdição a condição de incapacidade relativa para pessoa com deficiência e a releitura sobre a curatela -, passa agora a servir de paradigma fundamentador para pesquisa desenvolvida na indicação sobre a direção que começa a ser traçada para solução das situações fáticas.

Com isso, dentre o amplo estudo empreendido e consoante as decisões jurisprudenciais albergadas, denota-se que a presunção de incapacidade que tanto se sobrepôs a estes indivíduos foi aniquilada pelo reconhecimento de que deficiência e incapacidade são questões diversas. Imperando-se a presunção de plenitude da capacidade civil para estas pessoas, qualquer reconhecimento em contrário, a partir de então, deverá ser aplicado de forma restrita, fundamentada e atenta aos limites essenciais.

Buscou-se o afastamento das medidas desproporcionalmente paternalistas que mais representavam penalizações sobreposta a autonomia e dignidade das pessoas com deficiência, porém, a aplicação do regime da incapacidade relativa para aqueles que não possam expressar-se de modo consciente e autônomo ainda demonstra ser o mecanismo protetivo, entretanto, sob uma nova releitura. De toda forma a ruptura do binômio incapacidade absoluta e relativa não implicou em desamparo para a pessoa com deficiência.

Muito embora as respostas não sejam definitivas ou as certezas absolutas, acima de todos os debates e possíveis caminhos a serem percorridos, não se pode deixar de reconhecer que a razão pela qual faz do Estatuto da Pessoa com Deficiência merecedor de infindáveis aplausos resume-se na obrigação imposta para que se enxergue "a pessoa" antes "da deficiência" ou, melhor dizendo, "o ser humano, sujeito titular de dignidade" antes de "qualquer impedimento".

Isto comprova que o caminho inicial do regime das incapacidades trilhado na concepção abstrativista das codificações modernas, passo inicial para o presente estudo, apenas, e tão somente, passa a integrar um caminho já ultrapassado que foi suplantado para concretização do atual regime das incapacidades fundamentado na percepção concreta do ser.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. In: **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão.** Rio de Janeiro: Processo, 2016.

ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. A capacidade civil da pessoa física no direito civil. **Revista de Direito Privado**. NERY JUNIOR, Nelson., NERY, Rosa Maria Andrade (coord.). n. 18. Abr./Jun, 2004.

AMARAL, Francisco. **A Descodificação do Direito Civil Brasileiro.** Disponível em:< http://www.ablj.org.br/revistas/revista13e14/revista13e14%20%20FRANCISCO%20AMARAL%20%E2%80%93%20A%20Descodifica%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito%20Civil%20Brasileiro.pdf>. Acesso em 03 mar. 2017.

_____. **Direito Civil Introdução.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Direito Civil: Introdução.** 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

_____. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v.31, n.121, p.233-243. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176154>. Acesso em 18 set 2016.

América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho. San Luis Potosí, México: CENEJUS, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2006.

AMIRALIAN, Maria LT., PINTO, Elizabeth B., GHIRARDI, Maria IG., LICHTIG, Ida., MASINI, Elcie FS., PASQUALIN, Luiz. Conceituando Deficiência. **Revista de Saúde Pública.** v.34. n.1. fev/2000. p.97-103. Disponível em:< http://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/24988>. Acesso em 30 dez.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Interdição e Curatela.** Palestra proferida no seminário sobre Interdição realizado no Superior Tribunal de Justiça em 07 nov. 2005. Disponível em: < www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/nancy_interdicao_curatela.pdf> Acesso em 27 fev. 2016.

ARANHA. Maria Salete Fábio, **Paradigmas da relação da sociedade com as pessoas com deficiência.** Disponível em:< http://devotuporanga.educacao.sp.gov.br/SiteAssets/Paginas/Institucional/Educa%C3%A7%C3%A3oEspecial/Educa%C3%A7%C3%A3oEspecial_PARADIGMAS_DA_RELA%C3%87%C3%83O_DA%20SOCIEDADE_COM%20_AS_PESSOAS_COM_DEFICI%C3%8ANCIA_19abril_2012.pdf>. Acesso em 16 mai. 16

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Artigo 3: Princípios Gerais. In: **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada.** RESENDE. Ana Paula Crosara; VITAL. Flavia Maria de Paiva. (coord.) Brasília : Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008. p. 44. Acesso em: http://www.governoeletronico.gov.br/biblioteca/arquivos/a-convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-comentada/view>. Acesso em 13 mar. 2016.

ARAUJO, Luiz Alberto David., COSTA FILHO, Waldir Macieira da. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência- EPCD (Lei 13.146 de 06.07.2015): Algumas novidades.** Revista dos Tribunais. v.962. Dez/2015. p.65-80.

_____., MAIA, Maurício. **O Conceito de Pessoas com Deficiência e algumas de suas Implicações no Direito Brasileiro.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 22. n.86. Jan/Mar. 2014.

ARGENTINA. **Codigo Civil y Comercial de La Nacion. Ley 26.994.** Disponível em:< http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#47>. Acesso em 03 mar.2017.

ARISTÓTELES. **Poética; Organon; Política; Constituição de Atenas.** Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural. 1999.

AUGUSTIN, Ingrid. **Modelos de deficiência e suas implicações na educação inclusiva.** IX ANNPED SUL: Seminário de Pesquisa em Educação da Região Sul. 2012. Disponível em:< http://www.portalanpedsul.com.br/admin/uploads/2012/Educacao_Especial/Trabalho/08_07_19_1427-7299-1-PB.pdf> . Acesso em 03 jan. 2017.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n.17, janeiro/março, Salvador: IBDP, 2009

_____. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008

BAMPI, Luciana Neves da Silva., GUILHEM, Dirce., ALVES, Elioenai Dornelles. Modelo social: uma nova abordagem para o tema deficiência. **Revista Latino – Americana de Enfermagem.** v.18, n.4, Ribeirão Preto. Jul/Ago. 2010. Disponível em:< http://www.scielo.br/pdf/rlae/v18n4/pt_22.pdf>. Acesso em 30 dez. 2016.

BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre a autocuratela 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.** p.569-591.

BARBOZA, Heloisa Helena., ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil 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.249-274.

BARBOZA-FORHMAN, Ana Paula., KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo Social de abordagem e 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.67-90.

BARIFFI, Francisco. Plena igualdad ante la Ley, capacidade jurídica y limitación de derechos. (mesa redonda). **Conferencia internacional 2008-2013: cinco años de vigência de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas com Discapacidad.** Disponível em:< www.cermi.es/.../Francisco%20Bariffi%20Capacidad.>. Acesso em 10 fev. 2017.

BASILE, F. **Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2015 (Boletim do Legislativo nº 40, de 2015). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 08 jan. 2017.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico.** Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora. 1969.

BIANCHETTI. Lucídio; FREIRE. Ida Mara. **Um olhar sobre a diferença: interação, trabalho e cidadania.** 10. ed. São Paulo: Papirus. 2010.

BIELER, Rosangela Berman. Desenvolvimento Inclusivo: uma abordagem universal da deficiência. Banco Mundial, v. 25, 2005. Disponível em:< http://www1.uefs.br/disciplinas/exa519/Des_Inclusivo_Paper_Port_Final.pdf>. Acesso em 15 jan. 2017.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social.** 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BONFIM, Symone Maria Machado. **A luta por reconhecimento das pessoas com deficiência: aspectos teóricos, históricos e legislativos.** 2009. 214f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro e Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Rio de Janeiro. Disponível em:<

file:///C:/Users/Daniel%20Brazzale/Downloads/luta_reconhecimento_bonfim.pdf>. Acesso em 03 jan. 2017.

BRASIL. **Avanços das Políticas Públicas paras as pessoas com Deficiência: Uma análise a partir das Conferências Nacionais.** 1 ed. 2012. Disponível em:< http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/livro-avancos-politicas-publicas-pcd.pdf> Acesso em 09 jul.2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil,** de 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado, 2016.

_____. **Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho 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.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em 06 mar. 2017.

_____. **Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em 06 mar. 2017.

_____. **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.** Brasília, DF: 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 06 mar. 2017.

_____. **Lei n.ª 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 10 fev. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em 06 mar. 2017.

_____. **Lei nº 13.146, de 06 de jullho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> . Acesso 25 fev.2016.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Manual de legislação em saúde da pessoa com deficiência.** 2.ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015.** Disponível em:< http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=194634&tp=1#Emenda1>. Acesso em 27 jan.2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1.414.884/RS. Recorrente: L A A. Recorrido: S M Relator: Ministro Marco Aurelio Bellizze. 03 de fevereiro de 2015. Disponível em:< http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2013%2F0071709-1+ou+201300717091&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 04 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 1105663-SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Central de Álcool Lucélia Ltda e Outro. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 04 de setembro de 2012. Disponível em:http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1105663&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em 04 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Góias. Autos nº 183/2015. Requerente: P.de F.D. Requerido: J.P. de F.D. Comarca de Rio Verde. Vara de Família e Sucessões. 21 de março de 2016. Disponível em:< http://docplayer.com.br/22615093-Poder-judiciario-comarca-de-rio-verde-vara-de-familia-e-sucessoes-s-e-n-t-e-n-c-a.html>. Acesso em 04 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Civil nº 1.0024.10.116173-5/001 – Comarca de Belo Horizonte. Apelante: Willer Maciel Soares Pinto. Apelado: Instituto Previdencia Servidores do Estado de Minas Gerais. Relator: Alberto Vilas Boas e Washington Ferreira. 05 de julho de 2016. Disponível em:< http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2015/12/8_Decisao-TJMG-Ausencia-de-prova-eficaz-da-invalidez-Inform-Setembro-Familia.pdf>. Acesso em 04 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação n° 70069688612. Apelante: Banrisul. Apelado: Silvia Regina Ramos. Relator: Jorge Alberto Vescia Corssac. Porto Alegre, 26 de outubro de 2016. Disponível em:< http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70069688612&num_processo=70069688612&codEmenta=7015446&temIntTeor=true>. Acesso em 04 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº 70069122794. Apelante: Dulce Ila S. Apelado: Arthur William V. S. e Greice Caroline S.de A.D. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. 11 de agosto de 2016. Disponível em:< http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70069122794&num_processo=70069122794&codEmenta=6896195&temIntTeor=true >. Acesso em 04 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº 70069331346. Apelante: Patricia C.V. Relator: Ivan Leomar Bruxel. 13 de outubro de 2016. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_proc

esso_mask=70069331346&num_processo=70069331346&codEmenta=7005623&temIntTeor=true>. Acesso em 04 mar. 2017

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n° 2191636-02.2015.8.26.0000. Agravantes: Maria dos Anjos Fernandes Hengles e Maria da Consolação Pereira. Agravado: Francisco Estevam Fernandes. Relator: Claudio Godoy. São Paulo, 16 de fevereiro de 2016. Disponível em:< https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9172666&cdForo=0>. Acesso em 04 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n° 1007265-71.2015.8.26.0564. Apelante: Djeison Possamai. Apelado: Banco Santander Brasil S/A. Relator: Paulo Pastore Filho. São Paulo, 19 de dezembro de 2016. Disponível em:< https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10087790&cdForo=0&vlCaptcha=vdjsj>. Acesso em 04 mar. 2017.

BRAZZALE, Flávia Balduino., PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Uma reviravolta no direito protetivo: a nova curatela e a pessoa com deficiência. **Revista Jurídica da UNI7.** V.13, n.2, 2016. Disponível em:< http://www.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/view/62> Acesso em 15 fev. 2017.

BRITO, L., GOMES, N.G.B., **Heróis problemáticos: cavaleiros sem identidade.** Revista Encontros de Vista: Publicação do curso de letras da UFRPE. n.12, jul/dez 2013. Disponível em:< http://www.encontrosdevista.com.br/Artigos/artigo_2_12.pdf>. Acesso em 08 dez 2016.

BUJÁN, Antonio Fernández de. Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad. **Revista de Derecho Uned.** N.9. 2011. Disponível em:< http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11069>. Acesso em 01 dez 2016.

CAENEGEM, R.C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado.** Trad. Carlos Eduardo Lima Machado; revisão Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CAMBI, Eduardo., LIMA, Jairo Néia. **Constitucionalismo inclusivo: o reconhecimento do direito fundamental à inclusão social.** Revista de Direito Privado. n.60. 2014.

CAMPO, Ana Sastre. **La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.** In: 2003-2012: 10 AÑOS DE LEGISLACIÓN SOBRE NO DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA: Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna. RAMÍREZ, Glória Álvarez (coord.). Fundación Derecho y Discapacidad. Disponível em:< http://www.convenciondiscapacidad.es/Publicaciones_new/46_Libro_MAC.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito.** São Paulo: Lejus, 1999.

CARVALHO- FREITAS, Maria Nivalda de; MARQUES, Antônio Luiz. **A diversidade através da história: a inserção no trabalho de pessoas com deficiência.** Salvador: Org. Soc. v.14. n.41. abr/jun 2007. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S19842302007000200003>. Acesso em 01 mai 2016.

Centro de Reabilitação Profissional de Gaia (CRPG); Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa (ISCTE). **Mais Qualidade de Vida para as Pessoas com Deficiência e Incapacidades** - Uma Estratégia para Portugal. 2007. Vila Nova de Gaia: CRPG. Disponível em:< https://comunicacaoaa.files.wordpress.com/2010/02/9-mais_qualidade_de_vida_para_as_pessoas_com_deficiencia_dez_20071.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

CERVO, Fernando Antonio Sacchetim. **Codificação, descodificação e recodificação – do monossistema ao polissistema jurídico.** Disponível em:< http://www.lex.com.br/doutrina_26099622_CODIFICACAO_DESCODIFICACAO_E_RECODIFICACAO__DO_MONOSSISTEMA_AO_POLISSISTEMA_JURIDICO.aspx >.Acesso em 24 ou 2016.

CHAMIE, Mary. **The status and use of the International Classification of Impairments, disabilities and Handicaps (ICIDH).** World Health Stat Q. v. 43, p. 273-280, 1990. Disponível em:< http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/53452/1/whsq_43_4_273-280_eng.pdf>. Acesso em 31 dez. 2016.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade.** 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007.

CIFUENTES, Santos. **Elementos de derecho civil: Parte general.** 4.ed. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** 8.ed, v.2, Saraiva: São Paulo.

COELHO, Thaís Câmara Maia Fernandes. **Autocuratela evita discussões judiciais entre familiares.** IBDFAM. Disponível em:< http://www.ibdfam.org.br/noticias/6078/Autocuratela+evita+discuss%C3%B5es+judiciais+entre+familiares>. Acesso em 02 fev 2017.

CORREIA, Atalá. **Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. Consultor Jurídico.** Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-

civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>. Acesso em 26 jan. 2017.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** 1. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 31-56.

COSTA, Aline Maria Gomes Massonida., BRANDÃO, Eric Scapim Cunha., **As alterações promovidas pela Lei nº 13.146/2015 (Estattuto da pessoa com deficiência) na teoria das incapacidades e seus consectários.** Disponível em:< http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/3543964/artigo-interdicao.pdf>. Acesso em 20 jan. 2017.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia. Ensaios de história do pensamento jurídico.** Curitiba: Juruá Editora, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência.** 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001

DI NUBILA, Heloisa Brunow Ventura., BUCHALLA, Cassia Maria. O papel das classificações da OMS-CID e CIF nas definições de deficiência e incapacidade. **Rev. Bras. Epidemiol.** 2008. p. 324-335. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2008000200014 >. Acesso em: 30 dez. 2016.

DÍAZ, Julio Alberto. Para uma nova hermenêutica dos intervalos lúcidos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999

DICK, Maria Elmira Evangelina do Amaral. (coords.) **Direitos das Pessoas com Deficiência e dos Idosos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

DINIZ, Debora. O que é Deficiência. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense. 2007.

_____., BARBOSA, Lívia. Artigo 2: Definições. In: **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada.** RESENDE. Ana Paula Crosara; VITAL. Flavia Maria de Paiva. (coord.) Brasília : Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008. p. 37. Acesso em: http://www.governoeletronico.gov.br/biblioteca/arquivos/a-convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-comentada/view>. Acesso em 13 mar. 2016.

_____., BARBOSA, Lívia., SANTOS, Wederson Rufino. Deficiência, direitos humanos e justiça. Sur. **Revista Internacional de Direitos Humanos.** v.6. n.11. Dez. 2009. Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452009000200004>. Acesso em 29 set 2016. p.64-77.

_____., MEDEIROS, Marcelo., SQUINCA, Flávia. Reflexões sobre a versão em Português da Classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde. **Cad. Saúde Pública**, v.23, n.10, Rio de Janeiro, out/2007. Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007001000025>. Acesso em 31 dez. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **A Nova Teoria das Incapacidades.** Revista Thesis Juris. v.5, n.2, Mai-Ago. 2016. Disponível em:< www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/download/426/pdf>. Acesso em 20 jan. 2017. p.263-288

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** v. 5, 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil.** 19.ed. v.1. São Paulo: Saraiva. 2002.

DIRECTIVA 2004/113/CE DO CONSELHO de 13 de Dezembro de 2004. **Jornal Oficial da União Europeia**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0113&from=PT>. Acesso em: 10 jan. 2017.

DO CENSO, Cartilha. **Pessoas com deficiência**. Luiza Maria Borges Oliveira/Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD)/Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência, 2010.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito.** Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone. 1996.

ERBELE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2006.

ESPAÑA, Down. **La Convención Internacional de naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con discapacidad vista por sus Protagonistas.** 2010. Disponível em:http://www.sindromedown.net/wp-content/uploads/2014/09/57L_guia.pdf. Acesso em 10 fev. 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____., RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski.,FACHIN, Melina Girardi., GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. O presente do futuro incapaz. Disponível em: < www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/34114>. Acesso em 02 fev. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de., CUNHA, Rogério Sanches., PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____., ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações.** 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

_____., ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil.** 12ª ed vol.1.Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

_____., ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral.** 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade.** Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FEMINELLA, Anna Paula., LOPES, Laís de Figueirêdo. Disposições Gerais/ Da Igualdade e da não Discriminação e Cadastro-Inclusão. p.9-32. In: **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Comentada.** SETUBAL, Joyce Marquezin., FAYAN, Regiane Alves Costa. (orgs.). Campinas: Funadação FEAC, 2016. Disponível em:< http://www.social.mg.gov.br/images/documentos/textos_complementares/lei_brasileira_inclusao.pdf>. Acesso em 03 fev. 2017.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação.** 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003

FERRAZ, Carolina Valença., LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença., LEITE, Glauber Salomão (orgs.). **Direito à Diversidade.** São Paulo: Atlas. 2015.

_____., LEITE, Glauber Salomão. In: **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.** Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). 2014. Disponível em: < http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf> Acesso em 13 mar. 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa.** 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente. **Identidades e direitos da pessoa com transtorno mental.** 1.ed. Curitiba: CRV, 2013.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo.** 18.ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____., OLIVEIRA, Wanderson Marquiori Gomes de**. A necessária revisão prática da teoria das incapacidades.** Disponível em: < www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=aca49daec57b423d> Acesso em 10 mar. 16.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O trabalho protegido do portador de deficiência. In: **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.** v. 7, 2001. p. 267-275. Disponível em: < http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/764>. Acesso em 09 mai 16.

_____. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. **Revista do TRT da 2ª Região**, São Paulo, n.10/2012, p.37-77. Disponível em:< https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/78834>. Acesso em: 10 fev. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes. 2002.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANCO, Roberto João; DIAS, Tárcia Regina da Silveira. **A pessoa cega no processo histórico: um breve percurso.** Revista Beijamin Constant. ed.30. Abr.2005. Disponível em: < http://www.ibc.gov.br/?catid=4&itemid=10028>. Acesso em 09 jul.2016.

GABRILLI, Mara. **Discursos e Notas Taquigráficas.** Câmara dos Deputados. Sessão nº 024.1.55.0. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=5&nuSessao=024.1.55.O%20%20%20%20%20&nuQuarto=75&nuOrador=3&nuInsercao=24&dtHorarioQuarto=19:28&sgFaseSessao=OD%20%20%20%20%20%20%20%20&data=05/03/2015&txApelido=MARA+GABRILLI+PSDB. Acesso em 21 set. 2015.

GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e costituzione.** Bologna: Zanichelli. [s.d.].

GARCÍA, Rafael de Lorenzo., PALACIOS, Agustina. **Los grandes hitos de la protección jurídica de las personas com discapacidad em albores del siglo XXI.** Documentación Administrativa. n.271-272. Enero/agosto 2005. Disponível em:< http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5674 > . Acesso em 10 fev. 2017.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** 4. ed. Rio de Janeiro: LTC. 1988.

GOMES, José Jairo**. Direito Civil: Introdução a Parte Geral.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Orlando**. Introdução ao Direito Civil.** 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro.** 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOMES. Luiz Roldão de Freitas. Noção de pessoa no direito brasileiro. In: FRANÇA, R. Limongi. (org.). **Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Empresarial.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992.

GÓMEZ, Patícia Cuenca. La capacidad jurídica de las personas com discapacidad: el art. 12de la Convención de la ONU y su impacto em el ordenamento jurídico español. In: **Derechos y Libertades.** n.24, época II, enero 2011, p.221-257. Disponível em:< https://www.academia.edu/2477983/La_capacidad_jur%C3%ADdica_de_las_personas_con_discapacidad_el_art._12_de_la_Convenci%C3%B3n_de_la_ONU_y_su_impacto_en_el_Ordenamiento_jur%C3%ADdico_espa%C3%B1ol>. Acesso em 04 jan. 2017.

_____. Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoria de los derechos humanos. **Revista de Estudios Políticos (nueva época)**, n.158, Madrid, octubre-diciembre (2012), p.103-137. Disponível em:< https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4130420.pdf>. Acesso em 08 jan. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral.** 12.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português.** v.1, Max Limonad: São Paulo, 1955

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha., FURTADO, Gabriel Rocha. Da realidade biológica do sujeito à constituição jurídica da pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo., TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado., ALMEIDA, Vitor. (coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà.** Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.77-95.

GONZAGA. Eugênia Augusta. In: **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.** Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). 2014. p.86. Disponível em: < http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf> Acesso em 13 mar. 2016.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Fundamentos da Ordem Jurídica.** 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

GUGEL, Maria Aparecida. **A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade.** Disponível em: < http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php>. Acesso em 17 mai. 2016.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito.** 24.ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milénio.** Coimbra: Almedina, 2012.

IRTI, Natalino. Decodificazione. In: **Digesto dele discipline privatistiche.** Sezione Civile. UTET. p.144.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIRSTE, Stephan. Autonomia e direito à autolesão. Para uma crítica do paternalismo. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, , jul/dez. 2016. p.73-86

KUMPEL, Vitor Frederico., BORGARELLI, Bruno de Ávila. **A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes.** Disponível em:< http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>. Acesso em 05 fev. 2017

_____., BORGARELLI, Bruno de Ávila. **As aberrações da Lei 13.146/2015.** Disponível em:< http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015> . Acesso em 05 fev. 2017.

LAURENTI, Ruy., NUBILA, Heloisa Brunow Ventura Di., QUADROS, Abrahão Augusto Joviniano., CONDE, Mônica Tilli Reis Pessoa., OLIVEIRA, Acary Souza Bulle. **A classificação internacional de Doenças, a Família de Classificações Internacionais, a CID- 11 e a Síndrome Pós-Poliomielite.** Arquivos de Neuro-Psiquiatria. V.71. n.9ª. São Paulo/ set. 2013. Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-282X2013000900111>. Acesso em 30 dez. 2016.

LIMA, Taisa Maria Macena de. O Estatuto da pessoa com deficiência e suas repercussões na capacidade civil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, v.60, n.91, p.223-234, jan./jun.2015.

_____., SÁ, Maria de Fátima Freire de. Menoridade e deficiência: limites da atuação dos cuidadores e os direitos da personalidade da criança e do adolescente. 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.593-601.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil.** Disponível em: <www.jus.com.br/doutrina/constidc.html>. Acesso em: 05 mai. 2011.

_____. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em 25 fev. 2016.

_____. **Direito Civil: Parte Geral.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito civil: Parte Geral.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. **O direito na história: lições introdutórias.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu Protocolo Facultativo e a Acessibilidade.** 2009. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em:< https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8653/1/Lais%20Vanessa%20Carvalho%20de%20Figueiredo%20Lopes.pdf>. Acesso em 06 mar. 2017.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MÂNGIA, E. F.; MURAMOTO, M. T.; LANCMAN, S. **Classificação Internacional de Funcionalidade e Incapacidade e Saúde (CIF): processo de elaboração e debate sobre a questão da incapacidade.** Rev. Ter. Ocup. Univ. São Paulo, v. 19, n. 2, p. 121-130, maio/ago. 2008. Disponível em:< http://www.revistas.usp.br/rto/article/view/14037>. Acesso em 30 dez. 2016.

MARCELINO, Miguel Abud. **Compreendendo a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF e suas interfaces com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.** I Seminário Nacional sobre Deficiência e Funcionalidade: Transitando do modelo médico para o biopsicossocial. 19 a 21 nov. 2014. Brasília. Disponível em:< http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_imagens-filefield-description%5D_134.pdf>. Acesso em 04 jan. 2017.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia: dos Pré-Socráticos a Wittgenstein.** 13 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

MARIO, Caio. **Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil.** 24ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARQUES, Claudia Lima., MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e Sistema Constitucional.** 1.ed. Florianópolis: Habitus. 2008.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico-penal.** 2010. 297f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde.../TESE_versao_final.pdf. Acesso em 18 jan 16.

MARTINS, Patrícia Isabel de Souza Roque. **Museus (In)Capacitantes: Deficiência, Acessibilidades e Inclusão em Museus de Arte.** Volume I. 2014. 398f. Tese (Doutoramento em Belas-Artes). Universidade de Lisboa. Disponível em:< http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/15959/1/ulsd069831_td_vol_1.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

MARTINS. Lilia Pinto, In: **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.** Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). 2014. p.28. Disponível em: < http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf> Acesso em 13 mar. 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (orgs.). **Bioética e Responsabilidade.** Rio de Janeiro: Forense. 2009.

MAYNEZ, Eduardo García. **Introduccion al estudio del derecho.** 53.ed. México: Editorial Porrua. 2002.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (org.). **Direito da pessoa 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.713-731.

_____. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.87-114.

_____. O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades. In: TEPEDINO, Gustavo., FACHIN, Luiz Edson (orgs.) **Diálogos sobre direito civil.** v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Vanessa Correia. O casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual: possibilidade, inconsistências circundantes e mecanismos de apoio. 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.387-414.

MENEZES, Elisângela Dias. **O direito de autor como microssistema no paradigma do Estado Democrático de Direito.** 2006. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MenezesED_1.pdf>. Acesso em 04 fev. 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A capacidade dos incapazes: o diálogo entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o Código Civil Brasileiro. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra; JUNIOR, Marcos Ehrhardt (orgs.). **Direito Civil Constitucional – A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

_____. Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil.** v.9. jul/set 2016.

_____., TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Revista Pensar, Fortaleza, v.21,n.2, maio/ago.2016. p.568-599

_____., O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: Civilistica.com., n.1, 2015. Disponível em: < http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>. Acesso em 24 fev. 2016.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito.** 2.ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Comentário à Convenção.** Disponível em:< http://www.inr.pt/content.php?idlang=1&id=1665&alias=comentario-convencao-por-jorge-miranda&imprime>. Acesso em 13 jan. 2017.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Campinas: Bookseller, 2000.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito.** 31.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, MARIA Celina B. **A caminho de um Direito Civil Constitucional.** Revista Estado, Direito e Sociedade. Disponível em:< http://empreendimentosjuridicos.com.br/site/wp-content/uploads/2015/06/CaminhosDireitoCivilConstitucional-Maria-Celina-B-Moraes.pdf>. Acesso em 04 mar. 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin. Prefácio ao livro de 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.

MORATO, Antonio Carlos. Codificação e descodificação: uma análise acerca do tema. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.** v.98, 2003. Disponível em: < http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67581>. Acesso em 08 set 2016.

MOUREIRA, Diogo Luna. **Pessoas: A co-relação entre as coordenadas da pessoalidade e as coordenadas da personalidade jurídica.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte. Disponível em:< file:///G:/DISSERTA%C3%87%C3%83O/Direito_MoureiraDL_1.pdf>. Acesso em 20 nov.2016.

MULCAHY, Frank. **Position paper on the Definition of Disability.** Disponível em:< http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO7029/position_paper.pdf>. Acesso em 03 jan. 2017.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NANNI, Giovanni Ettore. **A capacidade para consentir: uma nova espécie de capacidade negocial.** Instituto dos Advogados de São Paulo: set. out. 2011. Informativo n. 96. Disponível em: < http://direitoprivado.org.br/wp-content/uploads/2013/03/Letrado96-Artigo-Giovanni-Ettore-Nanni.pdf>. Acesso em: 21 set. 2015.

NEVARES, Ana Luiza Maia., SCHREIBER, Anderson. **Do Sujeito à Pessoa: uma análise da incapacidade civil.** Revista Quaestio Iuris. v.09, n.03, Rio de Janeiro, 2016.

NICOLAU, Noemí Lidia. La tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado. **Revista de la Facultad de derecho de la Universidad Nacional de Rosario.** Argentina. Disponível em:< http://www.cideci.org/revista/index.php/trabajos/article/view/63>. Acesso em 24 out 2016. p.79-83.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: Do estado de direito liberal ao estado social e democrático de Direito.** Coimbra: Coimbra, 1987.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de., MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de Direito de Família.** 4.ed. Curitiba: Jurúa, 2008.

OLIVEIRA, Mariana Kuhn de. **O fenômeno histórico da codificação. In: Revista Científica dos Estudantes de Direito da UFRGS.** v.1, 2009. Disponível em:<

https://www.ufrgs.br/ressevera/wp-content/uploads/2009/09/21-artigo-10.pdf > Acesso em 10 fev. 2017.

OLMO, Juan Pablo., ALCORTA, Julio A. Martínez. Artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas com discapacidad: medidas de apoyo y de salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino. **Revista Interdisciplinarioa de Doctrina y Jurisprudencia.** n. 49. Buenos Aires: AbeledoPerrot. Mai.2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência.** Disponível em:<http://www.portalinclusivo.ce.gov.br/phocadownload/publicacoesdeficiente/programadeacaomundialparaaspcd-onu.pdf>. Acesso em 30 dez. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.** 2007. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 06 mar. 2017.

Organização Mundial de Saúde. **CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde.** Lisboa. 2004. Disponível em:< http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf>. Acesso em 02 jan. 2017.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud.** Disponível em:< http://aspacenet.aspace.org/images/doc/cif_2001-abreviada.pdf>. Acesso em 02 jan. 2017.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. **Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación.** 2006. Disponível em:< http://www.who.int/mental_health/policy/legislation/WHO_Resource_Book_MH_LEG_Spanish.pdf>. Acesso em 19 dez. 2016.

PALACIOS, Agustina., BARIFFI, Francisco**. La Discapacidad como uma cuestión de derechos humanos: Uma aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas com Discapacidad.** Madrid: Grupo editorial Cinca. 2007.

_____., ROMAÑACH, Javier. El modelo de la diversidade: una nueva visión de la bioética desde la perspectiva de las personas con diversidade funcional (discapacidad). **Revista Sociológica de Pensamiento Crítico.** Disponível em:<http://www.intersticios.es>.Acesso em 21 jan. 2017.

PALOMBA, Guido Arturo. **Intervalos Lúcidos.** v.2. nº2. mar/abr 2000. Disponível em:< http://www.saude-mental.net/pdf/vol2_rev2_artigo2.pdf>. Acesso em 08 dez 2016.

PEREIRA, Ana Lucia Preto. **A atividade política da jurisdição constitucional brasileira.** 2013. 175f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Paraná. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/34882/R%20-%20T%2020ANA%20LUCIA%20PRETTO%20PEREIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 set. 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Código Napoleão: Influência nos sistemas jurídicos ocidentais.** Disponível em:< http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1003/937>. Acesso em 10 set 2016.

_____. **Instituições de direito civil.** 20.ed. v.1, Rio de Janeiro: Forense. 2004.

_____. **Instituições de direito Civil: Direito de Família.** 22.ed. v. 5, Rio de Janeiro: Forense. 2014.

PEREIRA, Geailson Soares. O Direito como Sistema Autopoiético. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n.55, out/dez 2011.

PEREZ, Vanessa Silva. **Pessoa com deficiência= pessoa incapaz? Um estudo acerca do estereótipo e do papel da pessoa com deficiência nas organizações.** Cadernos EBAPE.BR, v.10. nº 4, artigo 6, Rio de Janeiro, dez. 2012. p. 887. Disponível em: < http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/7187> . Acesso em 13 fev 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile.** 3ª edição, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

_____. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A proibição de discriminação nos contratos no direito brasileiro em face da experiência europeia. In: **Direitos fundamentais e justiça.** Ano 8, n.28, p.52-81, jul/set. 2014. Disponível em:< http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/28_Doutrina_Nacional_01.pdf>. Acesso em 10 jan. 2017.

_____. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Curitiba: Unibrasil Centro Universitário, 24 ago. 2015. Aula ministrada no Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia.

_____. **O abuso do direito e as relações contratuais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil.** Coimbra: Coimbra, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia., PIOVESAN, Luciana., SATO, Priscila Kei. Implementação do direito à igualdade. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos. v.2. Ago/2011. **Revista dos Tribunais.** p.493-502.

PLATÃO. **A República de Platão**. Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural. 1999.

POZZOLLO, Suzanna. **Un Constitucionalismo Ambiguo.** In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo (s). Trotta: Madrid, 2003.

RABOSSI, Eduardo. **Derechos Humanos: El principio de Igualdad y la Discriminación. In: El Derecho a la Igualdad: Aportes para un constitucionalismo igualitário.** ALEGRE, Marcelo., GARGARELLA, Roberto. (coord.). Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

RAMOS. Cleide. In: **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada.** RESENDE. Ana Paula Crosara; VITAL. Flavia Maria de Paiva. (coord.) Brasília : Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008. p. 56. Acesso em: http://www.governoeletronico.gov.br/biblioteca/arquivos/a-convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-comentada/view>. Acesso em 13 mar. 2016.

RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. **El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho.** San Luis Potosí, México: CENEJUS, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2006.

REIS JÚNIOR, Antonio dos Reis. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: questões de direito intertemporal. 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.185-223.

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 Contemporânea.** v.6. ano 3. P.-37-54. São Paulo: Ed.RT, jan.-mar.2016.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília,

a.33.n.131. jul-set. 1996. p.283-295. Disponível em:< http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3 > Acesso em 10 jan. 2017.

RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto ala persona.** Editoriale Scientifica, 2007.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Renata de Lima. **Incapacidade, Curatela e Autonomia Privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito.** 2007. 198f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em:< www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RodriguesRL_1.pdf>. Acesso em 20 jul 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral.** 34.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES. Aroldo; ASSMAR. Eveline Maria Leal; JABLONSKI. Bernardo. **Psicologia Social.** 19 ed. Rio de Janeiro: Vozes. 2000. p. 150.

ROHRMANN, Carlos Alberto., RÊGO, Cristiane. O paternalismo e o fenômeno da juridicização da vida privada. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**. v. 27, 2013, Disponível em: <http://ojs.mcampos.br/index.php/RFDMC/article/view/34>. Acesso em 02 fev 16. p.119-140.

ROIG, Rafael de Asis., CUENCA, Patricia. La igualdad de oportunidades de las personas com discapacidad. In: RAMÍREZ, Glória Álvarez (coord.). **2003-2012: 10 AÑOS DE LEGISLACIÓN SOBRE NO DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA: Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna.** Fundación Derecho y Discapacidad. Disponível em:< http://www.convenciondiscapacidad.es/Publicaciones_new/46_Libro_MAC.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In: NETTO, Felipe Peixoto Braga., SILVA, Michael Cesar. (Orgs.). **Direito Privado e Contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI.** Editora: D'Plácido. p.6. Livro Digital.

_____. **Curatela.** Material disponibilizado pelo autor. No prelo.

_____. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146.2015. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas- Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão.** Rio de Janeiro: Processo, 2016. p.91-110

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade Material e Discriminação Positiva: o princípio da isonomia. In: **Novos Estudos Jurídicos**, v.13, n.2, p.77-92, jul-dez 2008. Disponível em:< http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>. Acesso em 10 jan. 2017

ROUANET, Sergio Paulo. **Mal –estar na modernidade: ensaios.** São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

RUGGIE, John. **Empresas e Direitos Humanos: parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar.** São Paulo: Conectas Direitos Humanos, 2012. Disponível em:<http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1).pdf >. Acesso em 10 fev. 2017.

RULL, Ariadna Aguilera. Discriminación directa e indirecta. InDret. **Revista para el Análisis del Derecho.** Barcelona, p.2-17, abr.2008. Disponível em:< http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78708/102784>. Acesso em 10 jan. 2017.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais de Direito Civil.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

_____. Palestra proferida no V Congresso de Direito Empresarial e Cidadania da Unicuritiba (Centro Universitário Curitiba). Curitiba – PR, em 20 out. 2015.

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

_____. Prefácio ao livro de CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SAAVEDRA, Miguel de Cervantes. **D. Quixote.** v.II. Disponível em:< http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000014.pdf>. Acesso em 08 dez 2016.

SALES, Gabrielle Bezerra., SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federaç de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e 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.131-159.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial.** Madrid: Trotta. 2005.

SARLET, Ingo Wolf Sarlet.; MARINONI, Luiz Guilherme.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado. **Revista EMERJ**, v.6, n.23, 2003. Disponível em:< http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_272.pdf>. Acesso em 10 set 2016.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

_____. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. NETO, Cláudio Pereira de Souza., SARMENTO, Daniel., BINENBOJM, Gustavo. (org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1998.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

_____. **Ubiqüidade Constitucional: Os dois lados da moeda.** Disponível em:< https://fabioshecaira.wikispaces.com/file/view/ART.+Sarmento+-+Ubiquidade+Constitucional.pdf>. Acesso em 18 set 2016.

SASSAKI, Romeu Kazumi. Artigo 24-Educação. In: **Novos comentários a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.** Disponível em: <www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/.../convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf > Acesso em 04 jul 2016.

_____. Como chamar as pessoas que têm deficiência?. In: **Vida Independente: história, movimento, liderança, conceito, filosofia e fundamentos.** São Paulo: RNR, 2003, p.12-16. Disponível em:< http://proex.pucminas.br/sociedadeinclusiva/Blog_Direito_de_se_Diferente/Como%20Chamar%20as%20Pessoas%20com%20Deficiencia.pdf>. Acesso em 02 jan. 2017.

_____. **Deficiência mental ou deficiência intelectual?** Reação: Revista Nacional de Reabilitação, nov/dez. São Paulo: 2004. Disponível em:< http://www.todosnos.unicamp.br:8080/lab/links-uteis/acessibilidade-e-inclusao/textos/deficiencia-mental-ou-deficiencia-intelectual/>. Acesso em: 02 jan. 2017

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema do Direito Romano Atual.** Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí. 2004.

_____. **Sistema del derecho romano actual.** Tomo II. Madrid: F.Góngora y Compañia Editores. 1879. Disponível em:< https://pt.scribd.com/doc/47486059/Sistema-del-Derecho-Romano-Actual-Tomo-II >. Acesso em 26 nov. 2016.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1999.

_____.. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (ORG.). **Direito constitucional brasileiro.** Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Direito de adotar e de exercer a guarda, a tutela e a curatela. In: MENEZES, Joyceane Bezzera de. (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas- Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasielira de Inclusão.** Rio de Janeiro: Processo. 2016. p. 415- 442.

SILMANN, Marina Carneiro Matos. **Curatela e Tomada de Decisão Apoiada: Uma nova visão acerca da proteção jurídica conferida às pessoas com deficiência psíquica.** Disponível em:< http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/vgn7y7g7/L1v558SJmvJR5dyG.pdf>. Acesso em 04 fev. 2017.

SILVA, Cláudio Henrique Ribeiro da. **Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados.** Disponível em:< http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/apontamentos-para-uma-teoria-dos-entes-despersonalizados>. Acesso em 19 nov. 2016.

SILVA, Diego Nassif da. **Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica.** 2012. 211f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Paraná. Disponível em:< http://www.uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/2499-diego-nassif-da-silva/file>. Acesso em 01 jan. 2017.

SILVA, Otto Marques da. **A Epopeia Ignorada: A Pessoa Deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje.** São Paulo: CEDAS, 1987, s/p. Disponível em:< https://pt.scribd.com/doc/130604275/A-Epopeia-Ignorada-Oto-Marques-da-Silva-corrigido>. Acesso em 09 jul. 2016.

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 (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 – 317.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros. 2009

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2).** Consultor Jurídico. Disponível em:< http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>. Acesso em 26 jan. 2017.

SIMÃO. José Fernando**. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte I).** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade> . Acesso em 24 fev. 2016.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. Sistema Jurídico e Teoria Geral dos Sistemas. **Revista Jurídica da Unifil.** Ano I. nº1. Disponpivel em:< http://web.unifil.br/docs/juridica/01/Revista%20Juridica_01-17.pdf> Acesso em: 25 out 2016.

SOUTO MAIOR, Armando. **História Geral.** São Paulo: Editora Nacional. 1976.

SOUZA, Iara Antunes de. **Revisão da interdição e da curatela: uma proposta baseada na revisão da teoria das incapacidades à luz do biodireito e da saúde mental.** 2015. 268 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em:< http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SouzaIAd_1.pdf>. Acesso em 19 dez. 2016.

_____. **Revisão da teoria das incapacidades e a Lei n. 13.146/15: a autonomia privada afeta ao biodireito.** Disponível em:< http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/nmt6dg26/roLHpqOwDU56Vuw3.pdf >. Acesso em 10 fev. 2017.

SOUZA, Sylvio Capanema de. O Código Napoleão e sua Influência no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**, v.7, n.26, 2004. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_36.pdf>. Acesso em 10 set. 2016.

STOLZ, Pablo. Deficiência não é causa de incapacidade relativa: a brecha autofágica. **Revista UNIFACS.** n.195. 2016. Disponível em:< http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4578/2997>. Acesso em 16 jan. 2017

_____. **É o fim da interdição?** Disponível em:< https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao>. Acesso em 05 mar. 2017.

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.** Primeira Parte. Disponível em:< http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Acesso em 09 fev. 2017.

_____. **Manual de Direito Civil.** 3 ed. São Paulo: Método. 2013.

_____. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a Capacidade Testamentária Ativa.** RJLB, Ano 2, n.6, 2016. p.521-561. Disponível em:<

http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_0521_0561.pdf> Acesso em 02 fev. 2017.

_____. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa. 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.463-492.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. **Revista trimestral de Direito Civil**, v. 33, janeiro/março, Rio de Janeiro: Padma, 2008.

_____., PENALVA, Luaciana Dadalto. Autoridade parental, incapacidade e melhor interesse da criança: uma reflexão sobre o caso Ashely. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, a.45, n.180, out/dez 2008, p.293-304. Disponível em:< http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176577/000860626.pdf>. Acesso em 18 dez. 2016.

_____., RETTORE, Anna Cristina de Carvalho., SILVA, Beatriz de Almeida Borges. Reflexões sobre a autocuratela na perspectiva dos planos do negócio jurídico. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (org.). **Direito da pessoa 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.

TEIXEIRA, Marina Codo Andrade. **Políticas Públicas para pessoas com deficiência.** 2010. 131f. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Disponível em:< http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4778/61080100037.pdf?sequence=1> Acesso em 02 mar. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento Civil-constitucional Brasileiro.** In: TEPEDINO, Gustavo. In: Temas de Direito Civil. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **As relações de consumo e a nova teoria contratual**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa.** Disponível em:< http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_codigo_civil_os_chamados_micross

istemas_e_a_constituicao_premissas_para_uma_reforma_legislativa.pdf>. Acesso em 10 set 2016. p.1.

_____. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o sujeito e a pessoa. In: **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà.** TEPEDINO, Gustavo., TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado., ALMEIDA, Vitor. (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.17-35.

_____., 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.227-247.

TOBÍAS, José W. **Estudios de la parte general del Derecho Civil.** Buenos Aires: La Leu, 2006.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Apresentação ao livro de PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14.ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

UPIAS: The Union os the Physically Impaired Against Segregation (1976). **Fundamental principles of disability.** London: UPIAS. Disponível em:< http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/UPIAS-fundamental-principles.pdf> Acesso em: 03 jan. 2017.

VILLELA, João Baptista. Capacidade Civil e Capacidade Empresarial: Poderes de exercício no Projeto do Novo Código Civil. In: **Comentários sobre o projeto do Código Civil brasileiro.** Brasília, Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários, série Cadernos do CEJ, v.20, 2002. Disponível em:< http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf>. Acesso em 10 dez. 2016.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WIACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenklan. 1967.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma História das Ideias Jurídicas: da antiguidade à modernidade.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

WORL HEALTH ORGANIZATION. **International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems.** 10th Revision. CID-10. Disponível em:< http://www.who.int/classifications/icd/ICD10Volume2_en_2010.pdf?ua=1&ua=1> Acesso em: 30 dez. 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps.** Geneva. 1980. Disponível em:http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/41003/1/9241541261_eng.pdf. Acesso em 30 dez. 2016.

XAVIER, Lucas Bittencourt e. Uma análise crítica à constitucionalização do microssistema de proteção da criança e do adolescente. In: **Legis Augustus**, v. 2. n° 2, Rio de Janeiro, ago.2011. p.17-32. Disponível em:< apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/219>. Acesso em 30 jul. 2016.

XAVIER, Marília Pedroso., PUGLIESE, William Soares. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a união estável: primeiras reflexões. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (org.). **Direito da pessoa 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.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Trotta: Madrid, 2007