

A presente obra é fruto das atividades desenvolvidas desde 2017 pelo Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência, projeto de extensão da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, sob nossa coordenação. Reúne trabalhos apresentados no Seminário "Direito, Vulnerabilidade e Pessoa com Deficiência", realizado em abril de 2018, que contou com a participação de professores e alunos de diversas instituições de ensino e áreas do conhecimento, representantes de órgãos públicos e entidades privadas, bem como com pessoas com deficiência e suas famílias, e teve como objetivo a difusão de informação, conhecimento e discussão sobre as principais mudanças determinadas pela Convenção das Nações Unidas de 2007 e pela Lei Brasileira de Inclusão de 2015. Agregaram-se ao conjunto, também, diversas outras contribuições de estudiosos do tema.

A obra está dividida em oito capítulos, sistematizados conforme a afinidade temática entre os vinte e cinco trabalhos que a compõem, os quais enfrentam, em perspectiva interdisciplinar, os principais desafios para a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, favorecendo o diálogo profícuo entre o Direito e outras áreas, entre elas as de Comunicação, Jornalismo, Letras, Educação e Arquitetura. A ampla temática da vulnerabilidade perpassa, em alguma medida, todos os trabalhos, que apontam conquistas, dificuldades, desafios e caminhos a trilhar para a construção de uma sociedade verdadeiramente inclusiva.

ISBN: 978-85-93741-47-0



9 788593 741470

www.editoraprocesso.com.br

Raquel Bellini Salles  
Aline Araújo Passos  
Juliana Gomes Lage  
(Organizadoras)

DIREITO, VULNERABILIDADE  
E PESSOA COM DEFICIÊNCIA



Raquel Bellini Salles  
Aline Araújo Passos  
Juliana Gomes Lage  
(Organizadoras)

## DIREITO, VULNERABILIDADE E PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Aline Araújo Passos  
Ana Luiza Brinati Medina  
Ana Carolina Brochado Teixeira  
Ana Paula Barbosa-Fohmann  
Andreza Cássia da Silva Conceição  
Carlos Nelson de Paula Konder  
Caroline da Rosa Pinheiro  
Cassiano Caon Amorim  
Dandara Santos Diniz  
Elita Betânia de Andrade Martins  
Elizabeth Rosa de Mello  
Emmanuel Sá Resende Pedroso  
Gabriel Infante Magalhães Martins  
Gabriel Pigozzo Tanus Cherp Martins  
Heloisa Helena Gomes Barboza  
Henrique Bicalho Civinelli de Almeida  
Immaculada Vivas-Tesón

Juliana de Sousa Gomes Lage  
Karen Artur  
Katiúscia C. Vargas Antunes  
Kelly Scoralick  
Letícia Ladeira Sirimarco  
Ligia Barros de Freitas  
Márcio Carvalho Faria  
Mylene Cristina Santiago  
Nelson Rosenvald  
Nina Bara Zaghetto  
Raquel Bellini de Oliveira Salles  
Sandrelena da Silva Monteiro  
Thainara Silva Costa  
Thais Silva da Costa  
Verônica de Andrade Mattoso  
Vitor de Azevedo Almeida Junior



NÚCLEO DE DIREITOS  
DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA



Editora Processo  
Tels: (21) 3128-5531 / (21) 3889-8181 / (21) 2209-0401

www.editoraprocesso.com.br  
Distribuição exclusiva da Catalivos Distribuidora Comércio Ltda ME

www.catalivos.com.br

Copyright © 2019 Raquel Bellini Salles, Aline Araújo Passos, Juliana Gomes Lage

Todos os direitos reservados.

#### Conselho Editorial

Maria Celina Bodin de Moraes (Presidente)  
Luiz Edson Fachin

Ana Carolina Brochado Teixeira  
Ana Frazão  
Antônio Augusto Cançado Trindade  
Antônio Celso Alves Pereira  
Caitlin Sampaio Mulholland  
Carla Adriana Comitre Gibertoni  
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho  
Cleyson de Moraes Mello  
Encas de Oliveira Matos  
Eugênio Facchini Neto  
Fernando de Almeida Pedrosa  
Hélio do Vale Pereira  
Joyceane Bezerra de Menezes  
Marco Aurélio Lagreca Casamasso  
Marco Aurélio Peri Guedes  
Marcos Ehrhardt Jr.  
Maria Cristina De Cicco  
Mariana Pinto  
Martonio Mont' Alverne Barreto Lima  
Maurício Moreira Menezes  
Melhim Namem Chalhuh  
Ricardo Calderón  
Sergio Campinho  
Zeno Veloso

Formatação: Mariana Carvalho

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

D346s SALLES, Raquel Bellini, Aline Araújo Passos, Juliana Gomes Lage  
Direito, vulnerabilidade e pessoa com deficiência / Raquel Bellini Salles,  
Aline Araújo Passos, Juliana Gomes Lage - Rio de Janeiro: Processo, 2019

757. ; 23cm. ISBN 978-85-93741-47-0

1. Direito da pessoa com deficiência 2. Brasil. I. Título.

CDD 343.810922

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)  
Impresso no Brasil  
Printed in Brazil

## APRESENTAÇÃO e AGRADECIMENTOS

A presente obra é fruto das atividades desenvolvidas desde 2017 pelo Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência, projeto de extensão da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, sob nossa coordenação. Reúne trabalhos apresentados no Seminário "Direito, Vulnerabilidade e Pessoa com Deficiência", realizado em abril de 2018, que contou com a participação de professores e alunos de diversas instituições de ensino e áreas do conhecimento, representantes de órgãos públicos e entidades privadas, bem como com pessoas com deficiência e suas famílias, e teve como objetivo a difusão de informação, conhecimento e discussão sobre as principais mudanças determinadas pela Convenção das Nações Unidas de 2007 e pela Lei Brasileira de Inclusão de 2015. Agregaram-se ao conjunto, também, diversas outras contribuições de estudiosos do tema.

A obra está dividida em oito capítulos, sistematizados conforme a afinidade temática entre os vinte e cinco trabalhos que a compõem, os quais enfrentam, em perspectiva interdisciplinar, os principais desafios para a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, favorecendo o diálogo profícuo entre o Direito e outras áreas, entra elas as de Comunicação, Jornalismo, Letras, Educação e Arquitetura. A ampla temática da vulnerabilidade perpassa, em alguma medida, todos os trabalhos, que apontam conquistas, dificuldades, desafios e caminhos a trilhar para a construção de uma sociedade verdadeiramente inclusiva.

Uma obra de dimensão tão relevante como esta jamais teria sido concretizada sem o engajamento de todos os envolvidos neste projeto acadêmico, igualmente comprometidos com o propósito de mobilizar concretas transformações sociais em prol da dignidade da pessoa humana e da diversidade. Registramos, assim, nossa gratidão a cada um dos autores, que dedicaram suas pesquisas, suas reflexões e seu tempo para, de algum modo, poderem fazer diferença no mundo em que vivemos. A

não há muitas publicações sobre o tema, a obra também registra seu potencial inovador. Alguns dos artigos trazem uma discussão completamente inédita à doutrina nacional. Somando-se todas essas qualidades e, em face da carência de material investigativo na área, o livro trará considerável impacto para o campo do conhecimento científico, de sorte que esta será apenas a primeira de muitas edições.

A comunidade científica será prestigiada com a presente coletânea! Mas, para além da academia, o conteúdo aqui apresentado se destina também aos aplicadores do direito, em geral, juizes, promotores, advogados públicos e privados. A partir da leitura deste livro, há que se alcançar uma melhor compreensão sobre os fins e a operacionalização dos direitos da pessoa com deficiência.

As pessoas com deficiência não precisam de caridade e sim de respeito e oportunidade para inclusão. Para isso é necessário, antes de tudo, o conhecimento que quebra os pré-conceitos e os antigos paradigmas. É fundamental a alteridade para que se possa compreender a condição do outro como diferente e igualmente digno. É imperiosa a reestruturação ou reabilitação da sociedade para que a inclusão aconteça e isso também requer mudança de atitude. As barreiras atitudinais ainda são as mais violentas como impedimento à inclusão da pessoa.

*Joyceane Bezerra de Menezes<sup>1</sup>*

Fortaleza, 18 de maio de 2019.

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora titular da Universidade de Fortaleza, vinculada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (Mestrado/Doutorado), na disciplina Tutela da Pessoa na Sociedade das Incertezas. Professora Adjunta da Universidade Federal do Ceará. E-mail: joyceane@unifor.br.

## SUMÁRIO

### PESSOA COM DEFICIÊNCIA E INCLUSÃO

**A experiência extensionista do “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência” e necessidades prementes para a efetividade da Lei Brasileira de Inclusão**

*Raquel Bellini de Oliveira Salles, Aline Araújo Passos e Nina Bara Zaghetto*..... 23

**Desafio para a efetividade da Lei Brasileira de Inclusão**

*Heloisa Helena Barboza*..... 51

**Boa vontade e beneficência para pessoas com deficiência mental extrema? Revisitando a Teoria Moral de Kant**

*Ana Paula Barbosa-Fohrmann*..... 73

### AUTONOMIA, CAPACIDADE E RESPONSABILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

**A capacidade civil da pessoa com deficiência em perspectiva emancipatória**

*Vitor Almeida*..... 93

**Novos contornos da responsabilidade civil da pessoa com deficiência após a Lei Brasileira de Inclusão**

*Raquel Bellini de Oliveira Salles e Nina Bara Zaghetto*..... 133

**A responsabilidade civil da pessoa adulta incapaz não capacitada e a de seu guardião de fato por danos causados a terceiros**

*Nelson Rosendal*..... 195

**A proteção da pessoa com deficiência: entre a curatela e a tomada de decisão apoiada**

*Ana Carolina Brochado Teixeira e Andreza Cássia da Silva Conceição* ..... 245

**CONTRATO E EMPRESA**

**A tutela da hipervulnerabilidade do consumidor com deficiência**

*Juliana de Sousa Gomes Lage* ..... 267

**A Lei 13.146/15 e o direito de empresa: considerações sobre a tomada de decisão apoiada e as relações entre os sócios**

*Caroline da Rosa Pinheiro e Ana Luiza Brinati Medina* ..... 293

**Alguns reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência na capacidade para o exercício de empresa**

*Caroline da Rosa Pinheiro, Thainara Costa e Thais Costa* ..... 327

**DIREITO À EDUCAÇÃO E AO TRABALHO**

**O direito à educação inclusiva de pessoas com deficiência em estabelecimentos de ensino particulares: análise à luz da Lei nº 13.146/2015 e da ADI 5357-MC**

*Carlos Nelson Konder* ..... 347

**O direito das pessoas com deficiência à educação assegurado pela Constituição Federal: avanços e desafios**

*Elita Betania de Andrade Martins e Sandrelena da Silva Monteiro* ..... 375

**Inclusão em educação: desafios para o ensino superior**

*Cassiano Caon Amorim, Katiuscia C. Vargas Antunes e Mylene Cristina Santiago* ..... 399

**BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS E SEGURIDADE SOCIAL**

**A reforma trabalhista na contramão da luta por direitos das pessoas com deficiência: o que temos, o que podemos perder**

*Ligia Barros de Freitas e Karen Artur* ..... 425

**Benefícios tributários concedidos às pessoas com deficiência**

*Elizabeth Rosa de Mello* ..... 449

**Reflexos da Lei Brasileira de Inclusão na seguridade social**

*Henrique Bicalho Civinelli de Almeida* ..... 463

**MOBILIDADE E ACESSIBILIDADE COMUNICACIONAL**

**Acessibilidade e apropriação: uma aproximação necessária**

*Emmanuel Sá Resende Pedroso* ..... 491

**(Re)pensar a surdez: conflitos ideológicos e linguísticos presentes no cotidiano dos sujeitos surdos**

*Dandara Santos Diniz e Gabriel Pigozzo Tanus Cherp Martins* ..... 513

**Audiodescrição para a acessibilidade comunicacional na TV**

*Kelly Scoralick* ..... 535

**"No seu lugar" para perceber a acessibilidade comunicacional: relato da experiência de elaboração de uma dinâmica de sensibilização**

*Verônica de Andrade Mattoso* ..... 563

**A PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO PROCESSO CIVIL E PENAL**

**O processo de curatela a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código de Processo Civil de 2015**

*Aline Araújo Passos e Letícia Ladeira Sirimarco* ..... 601



**Breves notas sobre o “diálogo” (ou a falta dele) entre o Código de Processo Civil de 2015 e o Estatuto da Pessoa com Deficiência e uma proposta de interpretação do artigo 896, CPC**

*Márcio Carvalho Faria* ..... 643

**Em busca de soluções jurídicas para o problema da pessoa com deficiência sujeita a condições de cárcere degradantes: reflexões sobre a inefetividade da reparação pecuniária do dano moral a partir do acórdão do STF no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS**

*Raquel Bellini de Oliveira Salles e Gabriel Infante Magalhães Martins* ..... 659

**EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA E INTERNACIONAL**

**Una década de vigência de La Convención de Nueva York en España y un anteproyecto de ley: hacia un derecho inclusivo**

*Inmaculada Vivas-Tesón* ..... 689

**As decisões do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência e sua aplicação no Brasil**

*Aline Araújo Passos e Gabriel Infante Magalhães Martins* ..... 733

**AUTORES**

***Raquel Bellini de Oliveira Salles (Organizadora)***

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil pela Università di Camerino, Itália. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Coordenadora do projeto de extensão “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”. Advogada.

***Aline Araújo Passos (Organizadora)***

Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais - Sub-área Direito Processual Civil - pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, onde leciona Direito Processual Civil, Direito Processual Constitucional e Tutela Jurisdicional Coletiva. Diretora da mesma Faculdade, eleita para os quadriênios 2014-2018 e 2018-2022. Coordenadora do projeto de extensão “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”. Advogada.

***Juliana de Sousa Gomes Lage (Organizadora)***

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professora Assistente da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

## A CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA EM PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA<sup>1</sup>

Vitor Almeida<sup>2</sup>

**Sumário:** Notas introdutórias: da exclusão à inclusão social da pessoa com deficiência; 1. Personalidade e capacidade civil no direito brasileiro; 2. O fim da incapacidade absoluta e a capacidade “possível”; 3. O regime das (in)capacidades da pessoa com deficiência após o advento do EPD; Considerações finais; Referências.

### **Notas introdutórias: da exclusão à inclusão social da pessoa com deficiência**

O alvorecer do século XXI presencia uma preocupação sem precedentes na defesa e promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, visando sua plena inclusão social e exercício da cidadania, em igualdade de oportunidades com os demais atores sociais, superando um passado odioso de invisibilização social e privação de direitos e garantias fundamentais. Apesar do atual cenário de enaltecimento dos direitos da pessoa com deficiência, garantindo-lhes a plena capacidade legal, e, por conseguinte, a autonomia na tomada de decisões a respeito das questões existenciais e patrimoniais, a efetiva inclusão social encontra resistência de parcela da sociedade que não reconhece no *outro* com deficiência a qualidade de pessoas humanas de igual valor e

<sup>1</sup> O presente trabalho é fruto das ideias e reflexões já substancialmente desenvolvidas em ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, cap. 2, com modificações e acréscimos.

<sup>2</sup> Doutor e mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Civil da UFRRJ. Vice-diretor do Instituto Brasileiro de Biodireito e Bioética (IBIOS). Advogado.

competência para atuar, com independência e voz, em igualdade de condições na vida de relações.

A exclusividade do discurso médico a respeito da deficiência começou a ceder terreno em fins da década de 1970 com a ascensão do chamado modelo social, que forçou a sociedade a enxergar a pessoa com deficiência a partir de suas diferenças, retirando-lhe de um profundo isolamento forçado por meio de sua institucionalização. A principal inovação desse modelo reside na concepção de que a experiência da opressão não é uma consequência natural de um corpo com lesões, mas também um problema social. O principal desafio para superar o antigo modelo, puramente médico, é compreender que o legado de opressão é devido às barreiras sociais impostas e ao não reconhecimento dessas pessoas como agentes sociais de igual valor e competência.<sup>3</sup>

As reivindicações da sociedade civil e das entidades representativas culminaram na primeira Convenção Internacional do século XX sobre direitos humanos da Organização das Nações Unidas a versar sobre os direitos da pessoa com deficiência. A Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo (CDPD) foram ratificados pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 186, de 09 de julho de 2008, e promulgados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. As disposições do CDPD encontram-se formalmente incorporadas, com força, hierarquia e eficácia constitucionais, ao plano do ordenamento positivo interno do Estado brasileiro, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. A internalização à ordem constitucional brasileira da CDPD como Emenda Constitucional revolucionou o tratamento da questão, ao colocá-la no patamar dos direitos humanos e ao adotar o denominado modelo social de deficiência.

No plano infraconstitucional brasileiro, a Lei n. 13.146, denominada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou

<sup>3</sup> Cf. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 13, p. 17-37, 2017.

Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), aprovada em 06 de julho de 2015, instrumentalizou e deu cumprimento à CDPD. Destinado expressamente a assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania, o EPD cria os instrumentos necessários à efetivação dos ditames constitucionais, dentre os quais se inclui profunda alteração do regime de (in)capacidade jurídica, previsto no Código Civil, cujas consequências se alastram praticamente por todo ordenamento jurídico, especialmente no *giro funcional da curatela*, que transforma-se em instrumento de apoio à emancipação da pessoa com deficiência, afastando-se da noção assistencialista e substitutiva de vontade que sempre a acompanhou.<sup>4</sup>

O regime da incapacidade civil no direito brasileiro sempre foi estanque e absoluto, visando particularizar determinados sujeitos desautorizados ou inabilitados à prática de, pelo menos, certos atos da vida civil. Indispensável, no entanto, à luz da dignidade da pessoa humana e a partir das disposições da CDPD e do EPD, o estabelecimento de novas bases, numa perspectiva emancipatória da capacidade civil, que permita a transição da ótica rígida, estrutural e excludente, para uma concepção dinâmica, promocional e inclusiva do regime de incapacidade. É a partir dessas premissas que o presente estudo discorre sobre a perspectiva emancipatória da capacidade civil da pessoa com deficiência no ordenamento brasileiro.

## 1. Personalidade e capacidade civil no direito brasileiro

O direito brasileiro ao reconhecer a qualidade de pessoa do ser humano atribui-lhe personalidade jurídica em sua vertente de subjetividade, definida como a “aptidão genérica para ser titular de

<sup>4</sup> Sobre o assunto permita-se remeter a ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 195-268.

direitos e obrigações<sup>5</sup>, como tradicionalmente afirma a doutrina, ou seja, reconhece “a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas”<sup>6</sup>. Por ter a qualidade para ser sujeito de direito, o indivíduo tem capacidade de direito, entendida como a “faculdade abstrata de gozar os seus direitos”<sup>7</sup>, isto é, uma vez pessoa torna-se capaz de direitos e deveres na ordem civil, conforme expresso no art. 1º da Lei Civil.

Tradicionalmente, a doutrina brasileira aveizou-se a conceituar a capacidade civil a partir do conceito de personalidade jurídica<sup>8</sup>, definindo a primeira como a medida da segunda<sup>9</sup>. Para tanto, desenhou-se a bifurcação da capacidade civil em duas subespécies: a capacidade de direito – igualmente denominada de capacidade jurídica ou de gozo – e a capacidade de fato – conhecida também como capacidade de exercício ou negocial. Enquanto aquela constituiria o próprio conteúdo da personalidade jurídica, isto é, a titularidade de relações jurídicas; esta

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I, 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 213-214.

<sup>6</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 6. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 220.

<sup>7</sup> ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito civil*: teoria geral, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 135.

<sup>8</sup> “A capacidade jurídica nada mais é do que o limite da personalidade jurídica: a personalidade jurídica é a aptidão de ter direitos ou contrair obrigações (ideia absoluta: não admite gradação para mais ou para menos, pois ninguém tem mais ou menos personalidade jurídica), ao passo que a capacidade jurídica encerra maior ou menor número de direitos e obrigações que uma pessoa possa ter (é ideia relativa: admite gradação, bastando pensar, na contraposição entre nacional e estrangeiro, em que a capacidade jurídica daquele é maior do que a deste)”. ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 132-133.

<sup>9</sup> “A personalidade tem a sua medida na capacidade [...] o princípio de que todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil sofre, em relação a cada qual, limitações impostas pela própria ordem jurídica, em atenção a interesses que resguarda. O exercício de direitos não é permitido senão aos que preenchem certas condições: as pessoas capazes e legítimas. Para se ter a medida da personalidade, é necessário, primeiramente, distinguir a capacidade de direito da capacidade de fato e finalmente verificar a gradação das limitações”. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 165.

consistiria no poder de adquirir, modificar e extinguir, por si mesmo, seus direitos e deveres, à qual a lei impõe limitações, em caráter expresso e excepcional.

Nessa linha de íntima ligação entre personalidade jurídica e capacidade de direito, seja como conceitos conexos ou espelho, Clóvis Beviláqua afirmava que a capacidade “é a extensão dada aos poderes de ação, contidos na personalidade”<sup>10</sup>. San Tiago Dantas, por sua vez, lecionava que “[...] aquilo que constitui a substância da personalidade é a capacidade jurídica. Dizemos que todo homem é capaz de direitos e obrigações. Esta capacidade é o conteúdo da personalidade, e o homem a tem desde o momento em que nasce até o momento em que morre”<sup>11</sup>. Francisco Amaral compreende que “conexo ao de personalidade”<sup>12</sup> temos o conceito de capacidade”<sup>13</sup>, que, contudo, não é sinônimo daquele. De acordo com o autor:

A personalidade, mais do que qualificação formal, é um valor jurídico que se reconhece nos indivíduos e, por extensão, a grupos legalmente constituídos, materializando-se na capacidade jurídica ou de direito. A personalidade não se identifica com a capacidade, como costuma defender a doutrina tradicional. Pode existir personalidade sem capacidade, como se verifica com o nascituro, que ainda não tem capacidade, e com os falecidos, que já a perderam. Por outro lado, as pessoas jurídicas têm capacidade de direito e não dispõem de certas formas

<sup>10</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil nos Estados Unidos do Brasil*. v. 1. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959, p. 139.

<sup>11</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Atualizada por Gustavo Tepedino. 3. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 133.

<sup>12</sup> Segundo Francisco Amaral: “A personalidade ou subjetividade significa, então, a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas. É, portanto, o pressuposto dos direitos e dos deveres. Deve ser considerada como um princípio, um bem, um valor em que se inspira o sistema jurídico, superando-se a concepção tradicional, própria do individualismo do séc. XIX, que exaltava a pessoa apenas do ponto de vista formal ou técnico-jurídico”. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil brasileiro*: introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 222.

<sup>13</sup> *Id. Ibid.*, p. 222.

de proteção da personalidade, representadas pelos chamados direitos da personalidade.

[...] Enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é a projeção desse valor que se traduz em um *quantum*. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa. Compreende-se, assim, a existência de direitos da personalidade, não de direitos da capacidade. O ordenamento jurídico reconhece a personalidade e concede a capacidade, podendo considerar-se esta como um atributo daquela. A capacidade é então a 'manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade', ou a 'medida jurídica da personalidade'. E, enquanto a personalidade é valor ético que emana do próprio indivíduo, a capacidade é atribuída pelo ordenamento jurídico.<sup>14</sup>

Segundo Caio Mario da Silva Pereira, "personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele"<sup>15</sup>. Apesar de correlatas, a capacidade de direito não se confunde com a personalidade no sentido de subjetividade. A personalidade é um conceito absoluto, não admite o estado condicional, pois ou se atribui a personalidade em sua completude ou o ente resta desprovido dela. Por seu turno, a capacidade jurídica enquanto "medida da personalidade"<sup>16</sup> é que suporta modulações ou restrições, razão pela qual a legislação civil prevê as figuras dos absolutamente ou relativamente incapazes. Contudo, assim não o fez com a personalidade, que não comporta nenhuma condição ou redução em seu conteúdo.

<sup>14</sup> *Id. Ibid.*, p. 222-223.

<sup>15</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 223.

<sup>16</sup> Leciona Luiz Edson Fachin: "O que a capacidade faz, na verdade, é informar a medida da personalidade e o grau da sanção que se volta contra o não atendimento a esse requisito". FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36.

Nessa linha, já se afirmou que "não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Por isso se afirma que a capacidade é a medida da personalidade. Esta é integral ou não existe".<sup>17</sup>

A capacidade, portanto, assenta-se em perspectiva quantitativa que se opõe ao critério qualitativo da subjetividade. Isto é, a capacidade traduz-se num *quantum*, que é variável a depender do caso concreto. Em decorrência disso, afirma-se que a capacidade "é a intensidade do conteúdo da personalidade e por isso mesmo é considerada comumente como a medida da subjetividade"<sup>18</sup>. A capacidade é, portanto, parte integrante da personalidade, sua projeção, a investidura concreta na titularidade de determinadas situações jurídicas. Em necessária distinção conceitual, personalidade é conceito que se refere a uma existência, um valor intrínseco à condição humana que, no mundo jurídico, reconhece às pessoas a aptidão abstrata e genérica para adquirir direito e contrair obrigações. A capacidade jurídica é uma das qualidades ou manifestações essenciais da personalidade, traduzindo-se na concreta titularidade de direitos. Nessa direção, nota-se que os conceitos se exaurem reciprocamente, na medida em que a capacidade jurídica ora configura o núcleo concreto da personalidade, ora sua própria medida.

A personalidade é de existência elementar e estática. Se é pessoa porque se tem personalidade, logo, não se pode fragmentar a pessoa ou mitigar sua qualidade ou condição humana. De forma diferente, a capacidade é um conceito dinâmico e relativo, que admite gradações, limitações ou extensões. Como bem observou Heloisa Helena Barboza, "a personalidade é um *prius* e a capacidade um *posterius*. Se é pessoa porque se tem personalidade, logo, deve haver um mínimo de capacidade".<sup>19</sup>

<sup>17</sup> ALMEIDA, Sílmaria J. A. Chinelato. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168.

<sup>18</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, 2. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 5.

<sup>19</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Capacidade. In: CASABONA, Carlos Maria Rome

A capacidade jurídica baseia-se na liberdade e igualdade de todas as pessoas perante a lei, mas, para além da ótica formal, hoje, alcança sua função na efetiva promoção da liberdade e da igualdade de condições de participação na vida social de todos os indivíduos, encontrando-se embebida também do viés substancial de tais princípios. A capacidade jurídica, portanto, é atributo essencial da pessoa humana, reflexo de sua dignidade, canal de sua liberdade e afirmação da real igualdade de todas as pessoas humanas. Assim, restrições demasiadas, injustificadas e excessivas negam a própria condição humana, impedindo o desenvolvimento da personalidade e silenciando sua existência.

## 2. O regime das (in)capacidades da pessoa com deficiência após o advento do EPD

A capacidade, numa perspectiva dinâmica, se projeta como a medida da subjetividade. Apesar de tal entendimento, a doutrina, tradicionalmente, remete o *quantum* da capacidade ao efetivo exercício das situações jurídicas, ou seja, a prática de atos civis de forma direta e pessoal num dado caso concreto. Em outros termos, a dinamicidade e a relatividade da capacidade sempre esteve atrelada à capacidade de fato, e não à capacidade de direito<sup>20</sup>. Esta, inclusive, afeiçoava-se, cada vez mais, à própria personalidade em si<sup>21</sup>, eis que automaticamente no mesmo instante do começo da personalidade, concede-se a capacidade

(dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, tomo I, Granada, 2011, p. 325.

<sup>20</sup> “A capacidade de direito, como titularidade de direitos e deveres, chamada pela doutrina francesa de *capacidade de gozo*, porque é o titular que deles desfruta, distingue-se da *capacidade de fato*, aptidão para o exercício desses direitos ou deveres”. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Op. cit.*, p. 223.

<sup>21</sup> “A capacidade jurídica ou de direito, cujo significado em princípio equivale ao de personalidade civil, é também a aptidão para ter direitos e obrigações. [...] Todavia, a capacidade jurídica é passível de sofrer limitações”. MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros *et al.* TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil*: das pessoas (arts. 1º a 78). v. 1. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 11.

jurídica a todas as pessoas físicas, sem distinção<sup>22</sup>. Um critério estático, sem gradações ou mitigações para a pessoa humana, logo, bem próximo ao conceito de personalidade em si.<sup>23</sup>

Esforça-se a doutrina em afirmar que enquanto a subjetividade seria a aptidão genérica e abstrata para ser sujeito de direito, a capacidade jurídica representaria a investidura concreta e específica para titularizar as situações jurídicas subjetivas<sup>24</sup>, mas que, no plano fático, não revelaria distinções conceituais importantes, importando em confusão entre subjetividade e capacidade jurídica. Desse modo, azeva-se a compreender a capacidade de direito como a categoria estática, sendo que a capacidade de fato corresponde ao aspecto dinâmico, calcado na idoneidade do indivíduo para desenvolver por si suas próprias atividades.<sup>25</sup>

No entanto, muito embora a capacidade de direito seja a todos concedida com o nascimento com vida, nem todos os direitos são passíveis de serem titularizados por todas as pessoas, ou seja, também possui “natureza quantitativa, que se refere à suscetibilidade abstrata de titularidade, sem dimensioná-la. [...] A capacidade de direito

<sup>22</sup> “A privação total de capacidade implicaria a frustração da personalidade: se ao homem, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica para adquirir, a consequência seria o seu aniquilamento no mundo jurídico. Como toda pessoa tem personalidade, tem também a faculdade abstrata de gozar os seus direitos”. PEREIRA, Caio Mário da Silva (2011). *Op. cit.*, p. 223.

<sup>23</sup> “A capacidade abstrata, essa que constitui o conteúdo da personalidade, todo homem a tem inalterada desde o momento em que nasce até o momento em que morre. [...] De sorte que a capacidade jurídica não se altera”. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Atualizada por Gustavo Tepedino. 3. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 134.

<sup>24</sup> Segundo Paulo Lôbo, “qualquer pessoa, desde o início de sua existência (nascimento com vida) é dotada de capacidade civil. [...] A capacidade de direito, também denominada de capacidade jurídica, é a investidura de aptidão para adquirir direitos e transmitir direitos e para sujeição a deveres jurídicos”. LÔBO, Paulo. *Direito civil*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109-110.

<sup>25</sup> “A capacidade de agir expressa o aspecto dinâmico, a idoneidade do sujeito para desenvolver atividades jurídicas. A capacidade de agir é, geralmente, relativa, visto que varia de acordo com os pressupostos de cada tipo de ato e pode ser excluída ou limitada para atender objetivos determinados, como o de proteção dos menores de idade ou dos interditos legais”. BARBOZA, Heloisa Helena. *Capacidade*, cit., p. 326.

compreende, portanto, o momento estático e o sujeito como portador imóvel de interesses<sup>26</sup>.

Assim, apesar da capacidade jurídica investir o sujeito concretamente como titular de situações jurídicas subjetivas, nem todos os interesses merecedores de tutela são titularizáveis por todos os indivíduos<sup>27</sup>. Desse modo, por exemplo, alguns atos personalíssimos dependem de uma idade específica, a exemplo da capacidade para o casamento<sup>28</sup> e para testar<sup>29</sup>, visto que necessitam da titularidade e do exercício para a realização do ato, o que revela que a capacidade de direito pode, eventualmente, sofrer restrições<sup>30</sup>. Nesses casos, sequer a titularidade de determinadas situações jurídicas subjetivas é admitida antes da idade legal estabelecida pelo legislador, apesar da capacidade jurídica já concedida.

<sup>26</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Capacidade*, cit., p. 326.

<sup>27</sup> "Nascido o homem, a sua personalidade jurídica está completa, mas não devemos dizer que a sua capacidade jurídica é a mesma. Desde o momento em que ele nasce, até o momento em que ele morre, a capacidade jurídica dá-se de um modo absoluto – a capacidade de ter direitos e obrigações. Isto não se altera mais; porém sofre limitações. Há certos direitos e obrigações de que o homem só se torna capaz em certas circunstâncias, e essas limitações constituem modificações da capacidade jurídica. [...] Quer dizer, são limitações que a lei vai criando ao longo da vida do homem e que representam, não há dúvida, restrições à capacidade jurídica, mas são restrições à capacidade concreta". DANTAS, San Tiago. *Op. cit.*, p. 135.

<sup>28</sup> "Art. 1.517. O homem e a mulher com dezois anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil".

<sup>29</sup> "Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezois anos".

<sup>30</sup> "Mas a capacidade de direito ou de aquisição pode sofrer eventualmente restrições. Em regra, ocorre a restrição à capacidade de direito, sem confusão com a falta de capacidade de fato, quando se defrontam direitos personalíssimos, recusados em condições especiais". PEREIRA, Caio Mário da Silva (2011). *Op. cit.*, p. 224. "A capacidade de gozo tem-na indistintamente todas as pessoas por ser expressão da personalidade. No Direito moderno, não se admite sua negação total, mas há incapacidades parciais, relativas. Determinadas pessoas não podem ter certos direitos". GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 129-130.

Assim, a capacidade como medida da personalidade impõe restrições de ordem objetiva e subjetiva. No plano objetivo, é possível que algumas situações jurídicas somente possam ser titularizadas por determinadas pessoas, ou seja, a capacidade de direito se refere à extensão ou medida do universo de situações jurídicas subjetivas ou relações jurídicas titularizáveis por uma pessoa. No terreno subjetivo, apesar da titularidade adquirida, nem toda pessoa física poderá exercê-la por si mesma, admitindo-se restrições na chamada capacidade de fato. A capacidade civil, portanto, possui dois sentidos, que correspondem à substância e medida da subjetividade: a capacidade de direito e a capacidade de fato<sup>31-32</sup>. A capacidade de fato pressupõe a capacidade

<sup>31</sup> "Entretanto, da capacidade jurídica, da capacidade de ter direitos, devemos distinguir uma outra, que é a capacidade de exercer o direito. Uma coisa é a capacidade de direito, outra coisa é a capacidade de exercício de direito, o que os juristas alemães exprimem com termos diferentes chamando a uma capacidade de direito e a outra capacidade de negócio. A capacidade de direito é essa a que me tinha referido, é a capacidade de ter direitos e obrigações, que o homem tem desde que nasce até que morre. E a capacidade de negócios é a capacidade de exercer o próprio direito, de dispor dele, de praticar atos jurídicos. [...] De maneira que vemos esta situação: o homem é capaz de ter direitos, mas não é capaz de praticar os atos que conduzem a adquirir, a perder, ou a modificar os seus direitos. Distinguir a capacidade de direitos da capacidade de exercício é uma coisa fundamental. Ninguém pode se enganar neste ponto, isto é uma coisa de somar no direito civil. [...] De onde vem a incapacidade jurídica? De onde vem a incapacidade para negociar? Vem exclusivamente de um fato natural que o direito é obrigado a reconhecer e dar-lhe consequência jurídica. Esse fato natural é a insuficiência da vontade, em certos casos, para a boa conduta do homem na vontade jurídica. [...] De maneira que o único fundamento da incapacidade do direito moderno é esse fundamento psicológico que acabo de dar – a imaturidade do espírito, a circunstância do homem, enquanto jovem, incivilizado, ou doente, não poder usar da sua vontade em pé de igualdade com os outros indivíduos [...]". DANTAS, San Tiago. *Op. cit.*, p. 135-138.

<sup>32</sup> "A esta aptidão oriunda da personalidade, para adquirir os direitos na vida civil, dá-se o nome de *capacidade de direito*, e se distingue da *capacidade de fato*, que é a aptidão para utilizá-los e exercê-los por si mesmo. A distinção é certa, mas as designações não são totalmente felizes, porque toda capacidade é uma emanção do direito. Se hoje podemos dizer que toda pessoa é dotada da capacidade de direito, é precisamente porque o direito a todos a confere, diversamente do que ocorria na Antiguidade. É se aqueles que preenchem condições materiais de idade, de saúde etc. se dizem portadores de capacidade de fato, é também porque o ordenamento jurídico lhes reconhece a aptidão para o exercício pessoal dos direitos. A *capacidade de direito*

jurídica, uma vez que o exercício de uma situação jurídica depende da aptidão para titularizá-la.

A capacidade de fato, também denominada de capacidade de agir<sup>33</sup>, representa o poder que a pessoa natural tem de dirigir-se autonomamente na ordem civil<sup>34</sup>, correspondente à idoneidade para atuar no exercício direto de direitos e deveres por ato próprio ou mediante um representante voluntário<sup>35</sup>. A capacidade de exercício, portanto, significa a idoneidade para exercer por si mesmo, de modo eficaz, os atos da vida jurídica, que “se presume plena, em virtude do princípio do livre desenvolvimento da personalidade”<sup>36</sup>. A capacidade de fato<sup>37</sup>, em razão

corresponde à *capacidade de gozo*; a *capacidade de fato* pressupõe a *capacidade de exercício*. Podemos dar à primeira uma designação mais precisa, dizendo-a *capacidade de aquisição*, e à segunda *capacidade de ação*. A capacidade de direito, de gozo ou de aquisição não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de despi-lo dos atributos da personalidade. Por isso mesmo dizemos que todo homem é dela dotado, em princípio. Onde falta esta capacidade (nascituro, pessoa jurídica ilegalmente constituída), é porque não há personalidade”. PEREIRA, Caio Mário da Silva (2011). *Op. cit.*, p. 223-224.

<sup>33</sup> “Pouco adiantaria ter capacidade de direito e não ter capacidade de exercício, porque é através desta que se adquirem, modificam ou perdem direitos subjetivos. De maneira que, ao lado da incapacidade do exercício, temos de olhar os meios técnicos de que o direito se vale para suprir a incapacidade”. DANTAS, San Tiago. *Op. cit.*, p. 138.

<sup>34</sup> EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 137.

<sup>35</sup> “A capacidade de exercício ou capacidade de agir - já o dissemos - é a idoneidade para actuar juridicamente, exercendo direito ou cumprindo deveres, adquirindo direitos ou cumprindo obrigações, por acto próprio e exclusivo, ou mediante um representante voluntário ou procurador, isto é, um representante escolhido pelo próprio representado”. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed., Coimbra: Coimbra, 1996, p. 214.

<sup>36</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. *Capacidade, cit.*, p. 327.

<sup>37</sup> “Aos indivíduos, às vezes faltam requisitos materiais para dirigirem-se com autonomia no direito civil. Embora não lhes negue a ordem jurídica a capacidade de direito, recusa-lhes a autodeterminação, interdizendo-lhes o exercício dos direitos, pessoal e diretamente, porém condicionado sempre à intervenção de uma outra pessoa, que os representa ou assiste. A ocorrência de tais deficiências importa em *incapacidade*. Aquele que se acha em pleno exercício de direitos é *capaz*, ou tem a *capacidade de fato*, de *exercício* ou de *ação*; aquele a quem falta a aptidão para agir não tem a *capacidade de fato*. [...] Toda pessoa tem a faculdade de assumir direitos, mas nem toda pessoa tem o poder de usá-los pessoalmente e transmiti-los a outrem por ato de vontade”. PEREIRA, Caio Mário da Silva (2011). *Op. cit.*, p. 224.

de sua própria natureza quantitativa, é mensurável e, por consequência, admite limitações ao pleno agir. Considerando que a capacidade civil é a regra<sup>38</sup>, por força dos princípios da dignidade, liberdade, igualdade e solidariedade, as limitações devem ser expressamente estabelecidas em lei ou por sentença, não se admitindo interpretações extensivas<sup>39</sup>. As limitações atualmente admissíveis no ordenamento jurídico brasileiro são as previstas nos art. 3º e 4º do CC.

Por isso, em razão de algumas situações previstas em lei, a capacidade de exercer pessoalmente direitos e obrigações, designada como capacidade de fato ou de exercício, sofre restrições, sempre sob o discurso de proteção da pessoa<sup>40</sup>, que passa a ser qualificada como juridicamente incapaz. Se a proibição para a prática dos atos da vida civil é total, a incapacidade diz-se absoluta; se parcial, haverá incapacidade relativa. Em ambos os casos a pessoa incapaz dependerá de alguém que

<sup>38</sup> “Por isso mesmo se diz que a *regra é a capacidade*, e a incapacidade é exceção, ou, enunciado de outra maneira, afirma-se que toda pessoa tem a capacidade de direito ou de aquisição, e presume-se a capacidade de fato ou de ação; somente por exceção, e *expressamente decorrente de lei*, é que se recusa ao indivíduo a capacidade de fato. É por isso, também, que ninguém tem a faculdade de abdicar da sua capacidade, ou de se declarar incapaz, ou de reduzir a sua capacidade, seja de direito, seja de fato”. *Id. Ibid.*, p. 224.

<sup>39</sup> Segundo Caio Mário da Silva Pereira: “Como a incapacidade é uma restrição ao poder de agir, deve ser sempre encarada *stricti iuris*, e sob a iluminação do princípio segundo o qual a *capacidade é a regra e a incapacidade a exceção*”. *Id. Ibid.*, p. 226.

<sup>40</sup> “O instituto das *incapacidades* foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a *proteção* dos que são portadores uma deficiência juridicamente apreciável. Esta é a ideia fundamental que o inspira, e acentuá-lo é de suma importância para a sua projeção na vida civil, seja no tocante à aplicação dos princípios legais definidores, seja na apreciação dos efeitos respectivos ou no aproveitamento e na ineficácia dos atos jurídicos praticados pelos incapazes. A lei não institui o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficientes”. *Id. Ibid.*, p. 228.



possa representá-la ou assisti-la na vida civil a depender do grau de incapacidade catalogado previamente em lei.<sup>41</sup>

Por isso, o conceito de incapacidade civil<sup>42</sup> é costumeiramente construído pela doutrina nacional como o oposto simétrico da capacidade de fato, isto é, como a inaptidão de exercício independente dos direitos e deveres titularizados. Em outras palavras, uma vez presente uma das causas legais de incapacidade no caso concreto, para que a pessoa declarada incapaz pratique pessoalmente os atos da vida civil, faz-se necessária a presença de seu representante (absolutamente incapaz) ou de seu assistente legal (relativamente incapaz).

Desse modo, o sistema de incapacidades no ordenamento brasileiro estrutura-se em dois níveis, segundo a gradação da *capacidade de fato*: os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes. A presunção geral é de que todos são plenamente capazes para a prática de

<sup>41</sup> “A incapacidade se supre sempre do seguinte modo: colocando ao lado do incapaz alguém que decida por ele ou, então, decida em colaboração com ele. Ai está a técnica do suprimento da incapacidade de exercício do negócio. [...] De maneira 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. A incapacidade jurídica, a incapacidade de exercer os direitos divide-se, então, em duas espécies: incapacidade absoluta e incapacidade relativa. Incapacidade absoluta é aquela que se supre com um representante; incapacidade relativa é aquela que se supre por um assistente. Na incapacidade absoluta o homem não tem vontade, não pode deliberar, de modo que outra pessoa delibera por ele. Na incapacidade relativa o homem pode deliberar, mas, como a sua vontade é incipiente, ele precisa de apoio, do auxílio de alguém. Este alguém é o seu assistente. A incapacidade diz-se, por essa razão, relativa”. DANTAS, San Tiago. *Op. cit.*, p. 137-138.

<sup>42</sup> “Não se confunde também com incapacidade a restrição que a lei estabelece a que certas pessoas realizem certos negócios jurídicos, como, por exemplo, fazer contratos com outras pessoas determinadas, ou quanto a bens a ela pertencentes. A lei proíbe ao tutor adquirir bens do pupilo (art. 1.749 do Código Civil); interdiz, sob pena de anulação, aos ascendentes vender aos descendentes, sem o expreso consentimento dos demais descendentes (art. 496 do Código Civil). Tais casos, e outros previstos expressamente, importam em *impedimento* para determinado ato jurídico, mas não traduzem incapacidade do tutor ou do ascendente, que conservam poder livre de exercício dos direitos civis. Apenas, por uma razão de moralidade são atingidos de uma restrição limitada especificamente aos atos previstos”. PEREIRA, Caio Mário da Silva (2011). *Op. cit.*, p. 227-228.

todos os atos da vida civil, uma vez que a incapacidade sempre decorre da expressa previsão da lei<sup>43</sup>. Presumem-se, portanto, capazes todas as pessoas para prática dos atos da vida civil, a exceção corresponde estritamente às hipóteses previstas no rol dos artigos 3º e 4º do Código Civil, os quais indicam respectivamente os absolutamente incapazes e o grupo dos relativamente incapazes, seja por critério etário ou outra causa que afete a manifestação de vontade válida.

É de se registrar, por oportuno, que a construção do conceito de capacidade jurídica, e, por conseguinte, de incapacidade civil e sua regulamentação, ainda vigente no Brasil, teve orientação liberal, vocacionada para atos de natureza patrimonial. O vigente Código Civil promoveu algumas modificações no instituto da incapacidade, mas que foram pontuais, sem realizar uma profunda alteração em regime já tão criticado desde o Código pretérito, deixando, inclusive, de tratar das situações existenciais. Não é de hoje que a doutrina busca reconstruir as bases da teoria da incapacidade, apesar da forte herança paternalista e excludente que permeava e ainda permeia o tema<sup>44</sup>. Nessa linha, a função do regime das incapacidades “é a proteção daqueles que não têm condições de transitar na vida civil de forma autônoma”, sendo que, em razão do “momento da sua criação (época do liberalismo)”, sua finalidade primordial era “o resguardo do incapaz no trânsito jurídico patrimonial, para sua proteção nos negócios praticados, oferecendo

<sup>43</sup> “Toda incapacidade é *legal*, independentemente da indagação de sua causa próxima ou remota. É sempre a lei que estabelece, com caráter de ordem pública, os casos em que o indivíduo é privado, total ou parcialmente, do poder da ação pessoal, abrindo na presunção de capacidade genérica, a exceção correspondente estritamente às hipóteses previstas. Toda incapacidade resulta, pois, da lei. Consequência é que não constitui incapacidade qualquer restrição ao exercício dos direitos, originária do ato jurídico, seja *inter vivos*, seja *causa mortis*”. *Id. Ibid.*, p. 226-227 (grifo nosso).

<sup>44</sup> V., por todos, SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes*: saúde mental e uma leitura da teoria das incapacidades no direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 131-154.

maior segurança às relações jurídicas, o que ocorreu também no Brasil".<sup>45</sup>

A restrição na liberdade da pessoa para reger sua própria vida só pode ser admitida pelo direito contemporâneo, especialmente após o inegável reconhecimento dos direitos humanos, quando feita no interesse de proteger e promover a dignidade da pessoa, em razão de circunstâncias individuais que justifiquem a limitação no exercício de direitos, sempre orientada para máxima preservação de sua vontade e preferências na tomada de decisão a respeito da sua vida.

No caso da incapacidade em razão de deficiência intelectual, o regime revogado possibilitava que a experiência judicial brasileira se aproximasse "do que o Comissariado para Direitos Humanos do Conselho da Europa denomina de *outcome approach*, ou enfoque de resultados. Trata-se de modelo de aferição da capacidade dos indivíduos a partir de um juízo de razoabilidade sobre as consequências dos atos a serem praticados". Em outros termos, Luiz Alberto David Araujo e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk esclarecem que "é a razoabilidade das decisões que determinaria a capacidade plena, relativa, ou a incapacidade dos indivíduos. Quem não tivesse – ainda a partir de um juízo médico – condições de tomar decisões razoáveis (assim aferíveis pelos seus prováveis resultados), incorreria em hipótese de incapacidade".<sup>46</sup>

O EPD provocou profunda modificação no sistema de incapacidades ao prever, de forma expressa, em seu art. 6º que a deficiência, *de per si*, não afeta a plena capacidade civil da pessoa<sup>47</sup>, inclusive para:

<sup>45</sup> 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, mai./ago., 2016, p. 576.

<sup>46</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A pericia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o estatuto da pessoa com deficiência e o código de processo civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 18, n. 1, p. 227-256, jan./abr. 2017, p. 235.

<sup>47</sup> Cf. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Art. 6º. In: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (orgs.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com*

- 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.

De modo a ratificar o reconhecimento da plena capacidade civil das pessoas com deficiência, espancando dúvida porventura existente, o Estatuto (art. 114) alterou o art. 3º do Código Civil, para declarar como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil apenas os menores de 16 (dezesesseis) anos, uma vez que derogou os incisos I a III do citado artigo, dando nova redação ao *caput*<sup>48</sup>. Finda, portanto, a incapacidade absoluta de pessoa maior no direito brasileiro, em importante movimento de valorização da autonomia da pessoa.

Do mesmo modo, os incisos II e III do art. 4º do Código Civil receberam nova redação<sup>49</sup>, tendo sido suprimida a referência aos relativamente incapazes que, por *deficiência mental, tenham seu discernimento reduzido* do inciso II e sido substituída a discriminatória expressão *excepcionais, sem desenvolvimento mental completo*, por "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir

**Deficiência à luz da Constituição da República.** Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 61-69.

<sup>48</sup> "Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16(dezesesseis) anos".

<sup>49</sup> "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".

sua vontade". Com isso, o EPD tem provocado intenso debate acerca da possibilidade de se reconhecer a plena capacidade às pessoas com deficiência intelectual.<sup>50</sup>

Embora o art. 6º afirme a plena capacidade da pessoa com deficiência, há de se ressaltar que o art. 84, § 1º, ambos do EPD, permite como medida excepcional a curatela, que se torna extraordinária e se legitima apenas como instrumento de proteção, devendo ser deferida de modo "proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso" e "no menor tempo possível" (art. 84, § 3º). A harmonização dos dispositivos mencionados não tem sido uma tarefa fácil. Para alguns, o EPD, ao permitir que a pessoa com deficiência seja submetida à curatela, manteve sua capacidade, enquanto, para outros, configuraria hipótese de declaração da incapacidade, ao menos, relativa aos curatelados. Com efeito, as inovações pontuais do EPD têm suscitado tormentosa tarefa de compatibilização, eis que as mudanças instauradas com o novo regime de capacidade civil das pessoas com deficiência não foram acompanhadas por mudanças nos institutos em que a capacidade se apresenta como requisito de validade ou causa impeditiva, como, por exemplo, no regime das invalidades<sup>51</sup> dos negócios jurídicos e na prescrição e decadência<sup>52</sup>, temas que escapam dos limites propostos no presente trabalho.

<sup>50</sup> Entre os críticos ao EPD, especialmente à revisão ao sistema de incapacidades, v.: SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em 17 dez. 2017.

<sup>51</sup> Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em:

<<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Souza-e-Silva-civilistica-com-a-5.n.1.2016.pdf>>. Acesso em 14 abr. 2017. V., ainda, BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A (in)capacidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual e o regime das invalidades: primeiras reflexões. In: Marcos Ehrhardt Jr. (Org.). *Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 205-228.

<sup>52</sup> Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Influências da incapacidade civil e do discernimento reduzido em matéria de prescrição e decadência. In: *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 469-499, maio/ago. 2017, p. 496.

De fato, conforme observa Anderson Schreiber, "o Estatuto representa uma corajosa intervenção legislativa, que tem a genuína virtude de revisitar de modo criativo um setor tradicionalmente intocável: o regime da incapacidade civil". No entanto, ressalta que a "maior deficiência foi ceder ao peso excessivo da concretização, a ponto de operar uma reforma limitada à situação do deficiente, que acabou por ser introduzida sem uma preocupação sistemática e abrangente", tendo por efeito "reforma tão restrita no regime de incapacidades que gera um resultado fraturado"<sup>53</sup>. Nessa linha, advoga:

Com isso, em vez de valorizar o dado concreto da realidade, o Estatuto acabou por criar um outro sistema abstrato e formal, no qual agora a pessoa com deficiência é sempre capaz, ingressando-se, mais uma vez, no velho e revelho modelo do "tudo-ou-nada" em relação à capacidade, agora com sinais trocados, mas ainda preso à lógica abstrata e geral que governava a disciplina das incapacidades na codificação de 1916 e que nosso Código Civil de 2002 reproduziu, com impressionante dose de desatualidade. Uma efetiva personalização do regime de incapacidades, que permita a modulação dos seus efeitos, seja no tocante à sua intensidade, seja no tocante à sua amplitude, continua a ser aguardada para completar a travessia do sujeito à pessoa – para usar a expressão de Stefano Rodotà –, e não poderá ser alcançada com a criação de setorizações desnecessárias que, ainda quando compreensíveis à luz das oportunidades legislativas ditadas por uma agenda política, acabam por recortar o sistema quando deveriam reformá-lo.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade? In: *Jornal Carta Forense*, 03 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em 14 jul. 2016.

<sup>54</sup> Id. *Ibid*.

Apesar das críticas, a doutrina tem reconhecido um verdadeiro “giro estrutural no regime das incapacidades para garantir a inclusão da pessoa com deficiência e por admitir que a lida com os assuntos existenciais não pode ser conduzida pelos mesmos parâmetros talhados para definir a capacidade para a prática de negócios patrimoniais”<sup>55</sup>. Nessa medida, ao se afirmar e promover a capacidade jurídica plena à pessoa com deficiência afasta-se o caráter discriminatório típico da categoria da incapacidade e se reconhece a “incindibilidade entre capacidade de gozo e capacidade de exercício quanto aos interesses existenciais presentes no plano dos direitos da personalidade”<sup>56</sup>.

De fato, é no campo das situações existenciais que o sacrifício do sujeito incapaz sempre foi mais sensível. Construído para a proteção do patrimônio do incapaz, as genéricas decisões judiciais que determinavam a curatela acabavam por conferir amplos poderes sobre a “pessoa e bens” do curatelado. Afirmando-se que “consentir equivale a ser”<sup>57</sup> revela que a privação do direito ao livre consentimento a respeito das decisões mais pessoais sempre negou a condição de pessoa aos incapazes, que dependiam da participação alheia para a validade e eficácia de suas declarações de vontade.<sup>58</sup>

Nesse particular, Judith Martins-Costa propõe como terceira espécie a “capacidade para consentir”, também denominada de competência, para o “processo de tomada de decisões sobre os cuidados para com a saúde, globalmente considerados, abrangendo, portanto, [...]”

<sup>55</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Op. cit.*, p. 593-594.

<sup>56</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Op. cit.*, p. 593-594.

<sup>57</sup> RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, item 5.

<sup>58</sup> SCHREIBER, Anderson; NEVARES, Ana Luiza Maia. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (orgs.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 41-42.

quaisquer atos de lícita disposição do próprio corpo”<sup>59</sup>. Embora útil num regime fechado como o anterior, na linha da atual vocação emancipatória da capacidade civil, despiçando uma nova categoria, uma vez que a capacidade de consentir corresponde à própria capacidade de agir, que não se confina somente nas questões afetas ao cuidado da saúde e ao governo do próprio corpo. A relevância da proposição desta categoria reside na mensuração do discernimento, que atenta para as “singularidades da pessoa (‘raciocínio por concreção’). Assim, “não é a pessoa como abstrato sujeito, mas é a pessoa de carne e osso, em sua concretude e em suas circunstâncias, que deverá estar no centro do raciocínio”<sup>60</sup>.

As nuances do discernimento<sup>61</sup> constituíam o critério limítrofe entre a capacidade e a incapacidade, mas sempre se apresentaram de difícil compreensão por parte do Direito, que em regra, sempre delegou para o campo da psiquiatria a definição do sujeito “anormal”. A noção de “discernimento” sempre foi de tormentosa interpretação e aplicação. Por consequência, o grau de discernimento ou o déficit psíquico sempre foram igualmente gradações de difícil compreensão e que carregavam consigo alto teor do “padrão de normalidade” insculpido pela estrutura social.

A fórmula da ausência ou redução de discernimento como *standards* jurídicos de inserção da pessoa em categorias padronizadas previamente e estanques – absolutamente incapazes e relativamente

<sup>59</sup> 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; MÖLLER, Leticia Ludwig (orgs.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 324-325.

<sup>60</sup> *Id. Ibid.*, p. 326.

<sup>61</sup> Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “ter discernimento é ter capacidade de entender e de querer. Se o indivíduo for dotado desta capacidade, dela decorrem a autodeterminação e a imputabilidade (isto, é a responsabilidade)”. BODIN DE MORAIS, Maria Celina. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: *Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 192.

incapazes – se consolidou como esquema simplório que visava facilitar a operacionalização dos efeitos jurídicos nos negócios jurídicos. Desconsiderava-se, sobretudo, que as restrições à plena capacidade não se perfazem automaticamente, mas configuram-se como processos, cuja progressividade na aquisição e na perda é nítida na maior parte dos casos. O descaso com o exame pormenorizado e casuístico em relação ao grau de discernimento nos laudos periciais protocolares colaborou sensivelmente para a inundação de interdições totais no país.

Sustenta-se, desse modo, que o discernimento não seja um critério puramente médico que se cristaliza como jurídico, mas, a partir da adoção do modelo social conforme preconizado na CDPD, outros fatores sejam igualmente importantes para a justificativa de restrições à capacidade da pessoa humana. Por isso, já se propôs uma “complexa avaliação das condições pessoais do sujeito e daquelas sociais, culturais e ambientais, mas, sempre, em relação ao exclusivo interesse das manifestações do desenvolvimento pessoal”<sup>62</sup>. Por isso, ao lado do discernimento, que deixou de apresentar-se como requisito legal exclusivo, propõe-se como critérios igualmente úteis na avaliação da pessoa supostamente com a capacidade restringida a funcionalidade e o grau de dependência.

Em decorrência da adoção do modelo social, componente importante para se verificar eventuais restrições à capacidade de fato é a funcionalidade. A Organização Mundial da Saúde (OMS)<sup>63</sup> aprovou em 2001 a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), considerado um marco na legitimação do modelo social, e que antecipou o principal desafio político da definição de deficiência proposta pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,

que reside no estabelecimento de critérios para mensurar as barreiras e a restrição de participação social. Cabe destacar que até a publicação da CIF, a OMS adotava uma linguagem estritamente biomédica para a classificação dos impedimentos corporais. Nessa perspectiva, com a CIF, compreendeu-se, finalmente, que uma “pessoa com deficiência não é simplesmente um corpo com impedimentos, mas uma pessoa com impedimentos vivendo em um ambiente com barreiras”<sup>64</sup>. Por isso, o objetivo dessa classificação é proporcionar uma “linguagem unificada e padronizada assim como uma estrutura de trabalho para a descrição da saúde e de estados relacionados com a saúde”.

A CIF dimensiona os domínios da saúde e aqueles relacionados, contemplando as funções e estruturas do corpo, bem como as atividades e participação do indivíduo, relacionando-os aos fatores ambientais. Na perspectiva da CIF, funcionalidade é um “termo que engloba todas as funções do corpo, atividades e participação; de maneira similar, incapacidade é um termo que inclui deficiências, limitação da *atividade* ou restrição na participação”.<sup>65</sup>

A CDPD, com base na adoção do modelo social, propôs um conceito de deficiência que reconhece a experiência da opressão sofrida pelas pessoas com impedimentos, superando a “ideia de impedimento como sinônimo de deficiência”, de modo a focar “na restrição de participação o fenômeno determinante para a identificação da desigualdade pela deficiência”. Com isso, compreende-se a “deficiência é uma experiência cultural e não apenas o resultado de um diagnóstico biomédico de anomalias”<sup>66</sup>. Por isso, é preciso revisitar a ideia de discernimento ligada ao discurso psiquiátrico de exclusão do século XIX,

<sup>62</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 783.

<sup>63</sup> Nas classificações internacionais da OMS, os estados de saúde (doenças, perturbações, lesões, etc.) são classificados principalmente na CID-10 (abreviatura da Classificação Internacional de Doenças, Décima Revisão), que fornece uma estrutura de base etiológica. A CID-10 e a CIF são complementares e não classificações excludentes.

<sup>64</sup> DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. In: *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos* (Impresso), v. 6, n. 11, p. 12-24, 2009.

<sup>65</sup> OMS. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Trad. e rev. de Amélia Leitão. Lisboa, 2004. Disponível em: <[http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF\\_port\\_%202004.pdf](http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf)>. Acesso em 09 nov. 2017.

<sup>66</sup> DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. *Op. cit.*

para reconhecer que, no âmbito jurídico, tal noção é fortemente subjetiva e vincula-se a uma análise da *psique* do agente na declaração de vontade segundo parâmetros de normalidade. Não é apenas um diagnóstico médico que define a restrição ao agir individual, mas a avaliação global do seu *deficit* cognitivo em relação às circunstâncias objetivas que impedem de forma significativa e efetiva, seja de maneira permanente ou transitória, a expressão da sua vontade, que leva em conta a posição da pessoa concretamente considerada em seu contexto social. Desse modo, discernimento e funcionalidade caminham juntos como critérios hábeis para a submissão à curatela.

Por outro lado, é o grau de dependência que determinará a modulação da extensão e dos efeitos da curatela. A dependência é uma construção social que, à luz do modelo médico, relaciona os impedimentos corporais às desvantagens sociais vivenciadas pelas pessoas com deficiência. Com o modelo social, a dependência foi encarada de forma pejorativa, na medida em que se compreendeu que “o corpo não é um destino de exclusão para as pessoas com deficiência”<sup>67</sup>. No entanto, a dependência deve ser vista como um aspecto fundamental da trajetória humana, que, em alguns casos, exige um cuidado maior com aqueles que necessitam, sem, obviamente, negar-lhes visibilidade e direitos. Uma avaliação da dependência que visa emancipação e conquista da autonomia pode constituir um valioso critério de modulação da curatela.

Em termos jurídicos, o grau de dependência se projeta como uma possível medida do suporte ou auxílio necessário para a realização dos atos da vida civil. Serve de exemplo o caso das pessoas com a síndrome rara, denominada de “locked-in” (LIS), que apesar de plenamente conscientes e lúcidas, ficam com todos os seus movimentos musculares paralisados, preservando somente o movimento voluntário dos olhos. Eis um caso em que o discernimento parece intacto, mas o sujeito depende

<sup>67</sup> DINIZ, Debora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. In: *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos* (Impresso), v. 6, n. 11, p. 12-24, 2009.

de suporte para os atos mais corriqueiros da vida civil. Jean-Dominique Bauby, editor bem-sucedido de revista, foi acometido de tal síndrome, após sofrer grave acidente vascular cerebral, mas conseguiu canalizar sua comunicação por meio do piscar do olho esquerdo, tendo sido “capaz de ditar (piscar) letras do alfabeto, formar palavras, parágrafos e, no final, escrever sua biografia”<sup>68</sup>.

No direito brasileiro, o legislador cioso dessa situação havia previsto no art. 1.780 do Código Civil, atualmente revogado por força do art. 123, inc. VII do EPD<sup>69</sup>, que a “requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens”. Tal dispositivo introduziu a chamada “curatela do enfermo” ou “curatela especial” no ordenamento jurídico nacional, que ao lado da “curatela do nascituro”<sup>70</sup>, se caracterizava como hipótese de curatela sem interdição. Tratava-se, portanto, de curatela que prescindia de processo de interdição, “pois o curatelado se autodetermina”, ou seja, não se destinava à pessoa incapaz,

<sup>68</sup> “O paciente, nesta condição, parece estar ou continuar em coma. Mas só parece. O estado de plena consciência é revelador, contudo. Os movimentos dos músculos verticais dos olhos e a elevação da pálpebra, assim como sua sensibilidade a dor, continuam a funcionar, a estar presentes, visto que tal tipo de lesão cerebral não e, portanto, preserva o movimento voluntário dos olhos. No livro e no filme, apesar de drástica e irreversível mudança de vida, Bauby, preso em seu próprio corpo, não se entregou a estados depressivos graves ou profundos. A sua capacidade de sonhar, desejar e seu humor positivo não permitiram que ele se embrenhasse pelo caminho pretensamente mais simples: o de não desejar a vida”. BARBOSA-FORRMANN, Ana Paula. O Escafandro e a Borboleta: A Conquista da Autonomia e Dignidade de Deficientes com Síndrome ‘Locked-In’. In: *Inclusive - inclusão e cidadania*, 11 fev. 2014. Disponível em: <www.inclusive.org.br>. Acesso em 19 nov. 2017.

<sup>69</sup> Heloisa Helena Barboza defende que: “O caso da curatela do enfermo não constitui assim seu desaparecimento, pois a ideia que a gerou e a fez nascer de modo acanhado renasce com o Estatuto da Pessoa com Deficiência de modo renovado e vigoroso”. BARBOZA, Heloisa Helena. Curatela do enfermo: instituto em renovação. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (orgs.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 451.

<sup>70</sup> V. art. 1.779 do CC.

mas à pessoa que não possuía plenas condições físicas ou materiais de exercer os atos patrimoniais da vida civil.

Apesar da presença do discernimento, indubitável que algumas pessoas dependem de colaboradores para o exercício de determinados atos de acordo com a vontade manifestada, ainda que a acessibilidade comunicacional seja difícil. Por causa da inerente vulnerabilidade, afasta-se a possibilidade de representação voluntária por meio do contrato de mandato, uma vez que as responsabilidades decorrentes do encargo da curatela são mais adequadas à proteção dessas pessoas. Embora já revogado, tal dispositivo sinalizava que nem sempre somente a noção de discernimento é útil para atrair a necessidade de suporte para os cuidados da pessoa com deficiência, mas, no mundo dos fatos, o grau de dependência pode se revelar como um componente seguro para verificar as restrições à plena capacidade de agir, eis que, embora lúcidas e conscientes, tais pessoas tem a autonomia restringida em razão de limitações de ordem física. Cabe ao curador – além do Poder Público e da sociedade – envidar os esforços necessários para facilitar a declaração de vontade da pessoa com deficiência e buscar sempre diminuir sua dependência, visando à conquista de sua autonomia.

Busca-se, com isso, densificar o critério do discernimento, que pode permanecer útil, apesar de não mais constar expressamente na Lei Civil, mas que carece de componentes mais objetivos para demarcar no território jurídico a necessidade do sistema de suporte da pessoa com deficiência, que possa suprir as restrições eventualmente constatadas na capacidade de agir da pessoa. Desse modo, os critérios para a submissão à curatela em razão das restrições à capacidade se assentam na falta de discernimento e na funcionalidade, enquanto que a dependência é critério hábil a modular a extensão da curatela.

Por isso, em chave de leitura a partir do paradigma social da deficiência, as restrições socialmente impostas à efetiva participação na sociedade e realização de atividades, que conduzem à maior dependência da pessoa para a prática de atos civis, preenchem e colaboram com o conteúdo do discernimento, que deixa de ser um conceito puramente

abstrato e psíquico para contemplar seus impactos na restrição e assimetrias causadas nas pessoas que apresentam esse *déficit* volitivo.<sup>71</sup>

Indiscutível, portanto, constatar que a Convenção, seguida pelo Estatuto, não se compraz de um regime de incapacidades que se baseie em um modelo centrado em um conceito geral e abstrato, cuja gradação no caso individualizado pode ser mensurada sempre nos espectros da incapacidade relativa, eis que finda a incapacidade absoluta de pessoa maior. Um juízo funcional do indivíduo, a partir de suas potencialidades e habilidades, permite, para além do diagnóstico médico, aferir o grau de discernimento, os domínios da funcionalidade e a intensidade da dependência, homenageando o art. 12 da CDPD e o art. 6º do EPD, e assegurando as salvaguardas protetivas necessárias, de modo proporcional e temporário.

Diante disso, importante ressaltar que a incapacidade relativa por causa transitória prevista no art. 4º, inc. III, do Código Civil, não pode ser lida como passageira ou repentina. É preciso um mínimo de durabilidade para declarar a incapacidade de alguém e submeter à curatela. Por outro lado, a rigor, a incapacidade, nos termos atuais, é sempre considerada como temporária, ainda que durável, uma vez que a lei impõe que a curatela durará o “menor tempo possível” (art. 84, § 3º, EPD). Com isso, a incapacidade geral e absoluta se despediu do ordenamento, fazendo renascer uma incapacidade (*rectius*: capacidade

<sup>71</sup> De acordo com Nelson Rosenthal: “Corretamente, o legislador optou por localizar a incapacidade no conjunto de circunstâncias que evidenciem a impossibilidade real e duradoura da pessoa querer e entender – e que, portanto, justifiquem a curatela –, sem que o ser humano, em toda a sua complexidade, seja reduzido ao âmbito clínico de um impedimento psíquico ou intelectual. Ou seja, o divisor de águas da capacidade para a incapacidade não mais reside nas características da pessoa, mas no fato de se encontrar em uma situação que as impeça, por qualquer motivo, de conformar ou expressar a sua vontade. [...] Como medida de incapacitação, a Lei n. 13.146/15 viabiliza a substituição do critério subjetivo do déficit cognitivo, embasado em padrões puramente médicos, por outro objetivo. [...] a absoluta impossibilidade de interação e comunicação por qualquer modo, meio ou formato adequado”. ROSENTHAL, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 744.

restringida) sempre limitada no tempo e em sua extensão, de modo a restringir a emancipação digna da pessoa humana.

Indispensável observar que a atávica visão da incapacidade civil à luz de interesses patrimoniais e a consequente negligência das situações existenciais encerram violação à dignidade da pessoa humana<sup>72</sup>, pois alcança o exercício de sua liberdade existencial. No ordenamento jurídico brasileiro, transformar a incapacidade em um instrumento de limitações, proibições e exclusões estereotipadas<sup>73</sup> que impeça a pessoa de autodeterminar-se, a fim de representar uma prisão à autocriação da pessoa<sup>74</sup>, não é compatível com os valores democraticamente eleitos pelo constituinte. O então sistema codificado de incapacidade estampado originalmente na Lei Civil de 2002 criou uma verdadeira ficção jurídica através de cisões abruptas<sup>75</sup> entre capacidade e incapacidade e entre incapacidade absoluta e relativa, que acabam por refletir em uma proteção excessiva<sup>76</sup> e demasiadamente paternalista que se traduzia em uma “terrível tirania”<sup>77</sup>, claramente violadora da dignidade da pessoa humana na medida em que desvaloriza a autonomia privada.

<sup>72</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 112.

<sup>73</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., ver. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 164.

<sup>74</sup> “Reconhecer ao homem um direito à autonomia permite a autocriação, ou seja, permite que cada um de nós seja responsável pela configuração de nossas vidas de acordo com nossa própria personalidade – coerente ou não, mas de qualquer modo distinta”. FÁRIA, Roberta Elzy Simiqueli de Faria. *Autonomia da Vontade e Autonomia Privada: uma distinção necessária*. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato (coordenadores). *Direito Civil: Atualidade II*. Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 68.

<sup>75</sup> DINIZ, Fernanda Paula; ABRAHÃO, Ingrith Gomes. *Autonomia da Vontade, Consentimento e Incapacidade: a possibilidade de doação de órgãos em vida por incapaz*. In: FIUZA, César; de SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato (coord.). *Direito Civil: Atualidades II* - Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007, p. 136.

<sup>76</sup> RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 25-26.

<sup>77</sup> PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional, *cit.*, p. 782.

Por isso, afirma-se que o regime das incapacidades “deve-se despir de ideias patrimonialistas e valorizar a pessoa humana”<sup>78</sup>. Assim, não deve prevalecer a segurança jurídica dos atos negociais garantidas por previsões legais abstratas, mas sim as avaliações à luz das características particulares do caso concreto que condizem com a promoção do desenvolvimento da personalidade da pessoa e, com isso, a promoção de seus interesses existenciais. Logo, não se aplica às situações existenciais a dicotomia entre a capacidade de direito e a capacidade de fato, pois esta “não abrange os direitos não patrimoniais, que emergem exclusivamente do estado da pessoa humana, como o direito à identidade pessoa ou ao nome, cujo exercício não depende da capacidade do titular”<sup>79</sup>.

Nas situações existenciais, a titularidade decorre necessariamente do seu exercício<sup>80</sup>. Os atos de autonomia existencial são personalíssimos<sup>81</sup>, o que inviabiliza o exercício por outrem, sendo contrários a natureza da representação e da assistência<sup>82</sup> típicos do regime de (in)capacidade patrimonial. Fundamental, portanto, garantir à pessoa com capacidade restringida a possibilidade de atuar diretamente<sup>83</sup>, ou seja, de contribuir pessoalmente com a sua vontade, desejos e preferências na tomada de decisões a respeito das situações jurídicas existenciais que lhe envolvem, mas sem descuidar de verificar a necessidade de apoio e suporte para tanto à luz do caso concreto.

<sup>78</sup> DINIZ, Fernanda Paula; ABRAHÃO, Ingrith Gomes. *Op. cit.*, p. 139.

<sup>79</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>80</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra. 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; de SOUZA, Eduardo Nunes; MENEZES, Joyceane Bezerra; et al. *Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 57.

<sup>81</sup> “Ademais, as situações existenciais normalmente se apresentam como situações personalíssimas, de modo que inaplicáveis os meios de suprimento da incapacidade”. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 234.

<sup>82</sup> *Id. Ibid.*, p. 126

<sup>83</sup> *Id. Ibid.*, p. 131.



Considerar a pessoa capaz não significa que ela não necessite de auxílio para a prática dos atos da vida civil, mas retirá-la das “camisas-de-força totalmente desproporcionais e, principalmente, contrastantes com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa”.<sup>84</sup>

Não se pode olvidar que o intuito do Estatuto foi nitidamente de atribuir autonomia a um grupo historicamente vulnerável e marginalizado, que, não raras vezes, era tolhido de livre exercício de suas escolhas, em perceptível movimento personalista. Nessa toada, cabe ao intérprete, de forma diligente e de acordo com os preceitos contidos na CPDP, sistematizar o regime das restrições à capacidade com o tecido normativo atualmente em vigor, desde que de modo excepcional, motivado e em benefício da pessoa, tendo como norte o atendimento ao livre desenvolvimento da personalidade humana.

### 3. O fim da incapacidade absoluta e a capacidade “possível”

Um dos maiores impactos provocados pelo EPD foi a nova redação dada ao art. 3º da Lei Civil, que considera absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil apenas os menores de 16 (dezesseis) anos. Afastou-se a menção à enfermidade, à deficiência mental, ou à falta de discernimento como causa da incapacitação absoluta por ser injustificadamente discriminatória. Com isso, finda, de uma vez por todas, a incapacidade absoluta de pessoa maior no direito brasileiro. Segundo Nelson Rosenvald, um “ser humano jamais poderá ser limitado a uma doença ou ao seu diagnóstico médico. O discernimento e a aptidão psíquica formam apenas uma faceta da complexa personalidade humana”.<sup>85</sup> Por isso, “neutralizar

completamente a possibilidade de uma pessoa protagonizar a sua biografia”<sup>86</sup> não mais condiz com a superada incapacidade absoluta.<sup>87</sup>

Apesar da clareza da nova redação do art. 3º do Código Civil e da compatibilidade do fim da incapacidade absoluta com a tábua axiológica constitucional, parte da comunidade jurídica tem criticado severamente e já tramita no Senado o Projeto de Lei n. 757/2015, que visa alterar o Código Civil, o EPD e o CPC para dissociar a condição de pessoa com deficiência de qualquer presunção de incapacidade, mas, sob a justificativa de que o Estatuto mais desprotege que ampara<sup>88</sup>, repristina dois incisos da antiga redação do art. 3º do Código Civil, que passaria a estabelecer como absolutamente incapazes: “II - os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos, conforme decisão

<sup>86</sup> *Id. Ibid.*, p. 108.

<sup>87</sup> “A expressão “absolutamente incapaz” é tecnicamente e eticamente inadmissível. Ela parte da premissa de que existe uma classificação abstrata capaz de albergar seres humanos despersonalizados, inaptos a cumprir o seu destino e substituídos em todo e qualquer ato da vida civil. Isso é moralmente aceitável? É evidente que é da “natureza das coisas” que existam pessoas completamente impossibilitadas de exercer o autogoverno, seja por um grave AVC, estado comatoso, doenças crônicas degenerativas em estágio avançado. Porém, será que é necessário ressuscitar a anacrônica incapacidade absoluta apenas para justificar essas situações extremadas da vida, renunciando a outras alternativas legislativas e interpretativas que, ao invés de “interditar” o ser humano, possam conciliar tais casos excepcionais com a esmagadora maioria de hipóteses de curatela em que o curatelado remanesce com residuais ou parciais espaços de autodeterminação?”. ROSENVALD, Nelson. A “caixa de Pandora” da incapacidade absoluta. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/06/06/A-%E2%80%9Ccaixa-de-pandora%E2%80%9D-da-incapacidade-absoluta>>. Acesso em 16 dez. 2017.

<sup>88</sup> SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em 17 dez. 2017. Segundo Flávio Tartuce, “fica a dúvida se não seria interessante retomar alguma previsão a respeito de maiores absolutamente incapazes, especialmente para as pessoas que não têm qualquer condição de exprimir vontade e que não são necessariamente pessoas deficientes. Este autor entende que sim, havendo proposição nesse sentido no citado Projeto de lei 757/2015, com nosso apoio. Cite-se, a esse propósito, justamente a pessoa que se encontra em coma profundo, sem qualquer condição de exprimir o que pensa”. TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral. 13. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 138-139.

<sup>84</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 164.

<sup>85</sup> ROSENVALD, Nelson. As quatro críticas infundadas ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: **O Direito Civil em movimento**. Desafios contemporâneos. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 108.

judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial. III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”.

Tais questionamentos não devem procurar o retorno ao regime anterior de incapacidade absoluta, o que constituiria um injustificável retrocesso, mas sim o encontro de repostas que amparem a emancipação e inclusão das pessoas com deficiência que constituem o grande objetivo da CDPD e do EPD. Eventuais modificações legislativas que procurem retomar aspectos do antigo modelo de incapacidade não são compatíveis com a Convenção e, portanto, já nasceriam eivados de inconstitucionalidade.

Como já reiterado, o EPD estabeleceu que a deficiência não é critério para aferição da capacidade (art.6º, *caput*), em plena sintonia com o CDPD que reconhece a capacidade legal das pessoas com deficiência. Nesse particular, o Comitê da ONU dispôs que devem ser abolidas todas as práticas cujos efeitos vierem a violar o artigo 12, a fim de que as pessoas com deficiência possam recobrar a sua plena capacidade jurídica em igualdade de condição com as demais pessoas.<sup>89</sup>

Nessa senda, alinha-se ao entendimento de Ana Carolina Brochado Teixeira e Joyceane Bezerra de Menezes, que defendem que “não podemos cogitar repetir que a pessoa com deficiência sob curatela

<sup>89</sup> ONU. CRPD/C/11/4. “Item 8. El artículo 12 de la Convención afirma que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica. La capacidad jurídica les ha sido negada de forma discriminatoria a muchos grupos a lo largo de la historia, como las mujeres (sobre todo al contraer matrimonio) y las minorías étnicas. Sin embargo, las personas con discapacidad siguen siendo el grupo al que más comúnmente se le niega la capacidad jurídica en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe defenderse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales en lo que respecta a la salud, la educación y el trabajo. (En muchos casos, la negación de capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha conducido a privarlas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos de reproducción, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad.)”.

seja incapaz. Até mesmo para evitar os estigmas que o regime das incapacidades produziu ao longo da história, optamos por utilizar a expressão pessoa com capacidade restringida”. É importante reconstruir a tutela protetiva da pessoa humana não partindo da premissa das suas limitações em relação ao funcionamento cognitivo, que encerram apenas um aspecto da complexa condição humana, mas sim da emancipação e respeito de suas vontades e preferências. A lógica é de reforço da capacidade, admitindo-se restrições somente quando justificadas e amparadas em proteção e benefício direto da pessoa com deficiência.<sup>90</sup>

A capacidade é deferida igualmente a todos, conforme capitulado no art. 12 do CDPD e no art. 6º do EPD. Na hipótese de a pessoa necessitar de apoio ao exercício de sua capacidade, é dever da sociedade e do Estado disponibilizar uma rede de apoio que envolva desde a acessibilidade e fornecimento de tecnologias assistivas, que permitam a liberdade de agir do indivíduo, até instrumentos jurídicos para a promoção da máxima capacidade civil como a tomada de decisão apoiada e a curatela. Vital, portanto, que os Estados desenvolvam mecanismos de respeito ao direito ao reconhecimento da capacidade jurídica das pessoas com deficiência em condições de igualdade e apoio necessário no exercício da sua autonomia.

Com isso, busca-se preservar ao máximo a capacidade das pessoas com deficiência por meio do respeito às suas vontades, preferências e desejos, assegurando, no maior grau possível, sua participação no meio social, sem negar-lhe o livre desenvolvimento de sua própria personalidade. Uma capacidade cujo exercício pode revelar-

<sup>90</sup> Conforme Joyceane Bezerra de Menezes, a mudança substancial foi no sentido de alterar o foco do direito protetivo do sistema de substituição para o sistema de apoio: “[...] em respeito a essa capacidade legal, dispõe que os mecanismos do direito protetivo devem se consubstanciar em apoios e não na substituição de vontade”. 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. In: *Civilistica.com*, ano 4, n. 1, jan./jun., 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

se difícil no plano fático, mas que sempre será possível na medida das condições psíquicas da pessoa com deficiência e com o apoio necessário.

### Considerações finais

A capacidade reflete a liberdade pessoal de escolher entre vários modos de viver. No âmbito jurídico, a capacidade civil se revela como poder de atuar livremente no tráfego negocial, administrando seu patrimônio da maneira como melhor convém a cada pessoa, e autorrealizar-se existencialmente, promovendo suas habilidades e desenvolvendo sua individualidade. A pessoa humana firma-se como autora de sua própria vida, deixando de ser mera expectadora de seu destino, moldando-se a si própria.

Nessa ótica, a capacidade civil é a liberdade de ser do indivíduo no mundo jurídico, que, portanto, deve-se voltar à proteção e emancipação das pessoas com deficiência. A dignidade humana como autodeterminação é que justifica o fim do discriminatório e excludente regime das incapacidades, que sacrificava o livre agir das pessoas com limitações intelectuais ou psíquicas, relegando o controle de suas vidas a um curador nomeado para tanto, que sequer era obrigado a buscar o melhor interesse do curatelado ou reconstruir os desejos e preferências revelados ao longo da vida, no caso em que a deficiência tenha sido adquirida.

A independência da pessoa com deficiência é aspecto chave para compreensão da nova perspectiva emancipatória da pessoa com deficiência. É de se destacar que constitui princípio geral da CDPD, na forma de seu art. 3º, alínea 'a', o "respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas". A vulnerabilidade antes compreendida como justificativa para um sistema de exclusão torna-se razão e fundamento para exigir uma proteção mais reforçada no que concerne aos mecanismos de apoio ao processo de tomada de decisão sobre os aspectos da vida da pessoa com deficiência.

Nessa linha emancipatória, o EPD reconheceu a plena capacidade civil às pessoas com deficiência, que assegura o exercício de direitos em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. Definitivamente, afasta-se o caráter discriminatório típico de se considerar como causa da incapacidade a deficiência intelectual. Além disso, findou-se a incapacidade absoluta para as pessoas maiores de idade, as quais agora somente podem ser consideradas como relativamente incapazes em razão de um critério genérico e não discriminatório baseado na impossibilidade objetiva de exprimir sua vontade, transitória ou permanentemente, de forma válida.

Afirmar a capacidade civil das pessoas com deficiência é, acima de tudo, reconhecer-lhes como pessoas dotadas de igual dignidade e assegurar condições de igualdade para a plena e efetiva participação na vida em sociedade. A adoção do modelo social na abordagem da deficiência impõe, sobretudo, uma mudança de postura da própria sociedade no reconhecimento das pessoas com deficiência com aptidões e habilidades específicas e a fim de impedir qualquer atitude paternalista e contrária à inclusão social.

### Referências

- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- ALVES, José Carlos Moreira. **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro**: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Direito civil brasileiro**: introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o estatuto da pessoa com deficiência e o código de processo civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 18, n. 1, p. 227-256, jan./abr. 2017.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral, v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BARBOSA-FORHMANN, Ana Paula. O Escafandro e a Borboleta: A Conquista da Autonomia e Dignidade de Deficientes com Síndrome 'Locked-In'. In: **Inclusive** - inclusão e cidadania, 11 fev. 2014. Disponível em: <www.inclusive.org.br>. Acesso em 19 nov. 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena. Capacidad. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (dir.). **Enciclopedia de Bioderecho y Bioética**, tomo I, Granada, 2011.

BARBOZA, Heloisa Helena. Curatela do enfermo: instituto em renovação. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (orgs.). **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A (in)capacidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual e o regime das invalidades: primeiras reflexões. In: Marcos Ehrhardt Jr. (Org.). **Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Reconhecimento e inclusão das pessoas com deficiência. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 13, p. 17-37, 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (orgs.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil nos Estados Unidos do Brasil**. v. 1. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959.

BODIN DE MORAIS, Maria Celina. Uma aplicação do princípio da liberdade, **cit.**, p. 192.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. Atualizada por Gustavo Tepedino. 3. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. In: **Sur** - Revista Internacional de Direitos Humanos (Impresso), v. 6, n. 11, p. 12-24, 2009.

DINIZ, Fernanda Paula; ABRAHÃO, Ingrith Gomes. Autonomia da Vontade, Consentimento e Incapacidade: a possibilidade de doação de órgãos em vida por incapaz. In: FIUZA, César; de SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato (coord). **Direito Civil: Atualidades II** - Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007.

EBERLE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de Faria. Autonomia da Vontade e Autonomia Privada: uma distinção necessária. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato (coordenadores). **Direito Civil: Atualidade II**. Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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; MÖLLER, Leticia Ludwig (orgs.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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, mai./ago., 2016.

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; de SOUZA, Eduardo Nunes; MENEZES, Joyceane Bezerra; et. al. **Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

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. In: **Civilistica.com**, ano 4, n. 1, jan./jun., 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros et al. TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo código civil: das pessoas (arts. 1º a 78)**. v. 1. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed., Coimbra: Coimbra, 1996.

OMS. Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Trad. e rev. de Amélia Leitão. Lisboa, 2004. Disponível em: <[http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF\\_port\\_%202004.pdf](http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf)>. Acesso em 09 nov. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 24. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. I, 20. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., ver. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **O Código Civil na perspectiva civil-constitucional: parte geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

ROSENVALD, Nelson. A “caixa de Pandora” da incapacidade absoluta. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/06/06/A-%E2%80%99Ccaixa-de-Pandora%E2%80%99D-da-incapacidade-absoluta>>. Acesso em 16 dez. 2017.

ROSENVALD, Nelson. As quatro críticas infundadas ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: **O Direito Civil em movimento**. Desafios contemporâneos. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.) **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

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

SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade? In: **Jornal Carta Forense**, 03 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em 14 jul. 2016.

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

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em 17 dez. 2017.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades negociais à luz do novo sistema das incapacidades. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Souza-e-Silva-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>>. Acesso 14 abr. 2017.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Influências da incapacidade civil e do discernimento reduzido em matéria de prescrição e decadência. In: *Pensar*, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 469-499, maio/ago. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral. 13. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, vol. I, 2. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

## NOVOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA APÓS A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

*Raquel Bellini de Oliveira Salles<sup>1</sup>*  
*Nina Bara Zaghetto<sup>2</sup>*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD); 3. O regime das (in)capacidades; 4. A construção do conceito de vulnerabilidade; 5. A construção do conceito de autonomia; 5.1 A relação entre os conceitos de vulnerabilidade e de autonomia; 5.2 A relação entre os conceitos de autonomia e de capacidade; 6. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência após a Lei Brasileira de Inclusão; 6.1 A dissociação entre os conceitos de imputabilidade, culpabilidade e capacidade e os pressupostos para a responsabilização civil da pessoa com deficiência; 6.2 O problema da medida da indenização e a possibilidade de sua fixação equitativa em favor da preservação do mínimo existencial da pessoa com deficiência à luz do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil; 7. Considerações finais; Referências.

<sup>1</sup> Coordenadora do projeto de extensão "Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência". Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre e Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil pela Università di Camerino – Itália. Advogada. E-mail: [raquel.bellini@ufff.edu.br](mailto:raquel.bellini@ufff.edu.br).

<sup>2</sup> Graduanda em Direito na Universidade Federal de Juiz de Fora. Bolsista do projeto de extensão "Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência". E-mail: [nina\\_bz@hotmail.com](mailto:nina_bz@hotmail.com).