

Ao  
seus amigos Dr. Vitor Almeida,  
com carinho e admiração 20  
23  
Rio, 28/23.  


# DIREITO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

COORDENADORES  
**Anderson SCHREIBER**  
**Marco Aurélio BEZERRA DE MELO**

Adriana Ramos de Mello • Alexandre Junqueira Gomide • Aluisio Gonçalves de Castro Mendes • Ana Frazão • Ana Luiza Maia Neves • Anderson Schreiber • André Gustavo Corrêa de Andrade • André Luís Machado de Castro • Andrea Issa Avila Vieiravres Martins • Augusto Werneck • Bruno Dubeux • Carlos Maroja • Carlos Nelson Konder • Carlos Vinicius Ribeiro Ferreira • Chiara Spadaccini de Teffé • Christiane Serra Ferreira • Cristina Gaulia • Daniel Sarmento • Danielle Tavares Peçanha • Denise Levy Treidler • Eduardo Chow de Martino Testes • Elisa Costa Cruz • Fábio Amado • Fábio Zambite Ibrahim • Fabiola Albuquerque Lobo • Fernanda Guerra • Flávio Ahmed • Guilherme Calmon Nogueira da Gama • Guilherme Magalhães Martine • Guilherme Peña de Moraes • Gustavo Topadino • Heloísa Carpona • Heloísa Helena Barboza • J. M. Leoni Lopes de Oliveira • João Gabriel Madeira Pontes • José Guilherme Vasi Werner • José Luiz de Moura Faleiros Júnior • José Roberto de Castro Neves • Joyceane Bezerra de Menezes • Julia Mendes Luz • Luciano Oliveira Mattos de Souza • Luiz Claudio Guimarães • Luiz Edson Fachin • Luiz Roberto Ayoub • Marcela Santana Lobo • Marco Aurélio Bezerra de Melo • Marcos Alcino de Azevedo Torres • Marcos Catalan • Marcus Eduardo de Carvalho Dantas • Maria Agláé Tedesco Vilardo • Marina Bertinatto • Mário Luiz Delgado • Micaela Dominguez Dutra • Milena Donato Oliva • Pablo Rentería • Patricia Ribeiro Serra Vieira • Paulo Lobo • Rachel Delmás Leoni • Rafael Mansur • Rafael Viola • Roberto Dalledone Machado Filho • Rosângela Maria de Azevedo Gomes • Sergio Cavallieri Filho • Thiago Ferreira Cardoso Neves • Vanderson Maçuló Braga Filho • Vinícius Rangel Marques • Vitor Almeida • Wallace Corbo



**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD**

---

D598

Direito e transformação social / coordenado por Anderson Schreiber, Marco Aurélio Bezerra de Melo. - 11. ed. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2023.

720 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui bibliografia e índice.a

ISBN: 978-65-5515-750-5

1. Direito. 2. Transformação social. I. Schreiber, Anderson. II. Melo, Marco Aurélio Bezerra de. III. Título.

2023-590

CDD 340 CDU 34

---

**Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410**

**Índices para Catálogo Sistemático:**

1. Direito 340
2. Direito 34

ao grande  
Vitor Barbato  
cintia e perguntas  
com meus notes  
e meus respe-  
tos,

Md, 07/08/2023

Pra o grande Vitor,  
com os meus 20mrs  
e 2hrs,  
L2 IIm

Ao Vitor, com meus  
carinhos e amizade,  
Anderson

# DIREITO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

7/8/23

COORDENADORES

**Anderson SCHREIBER**  
**Marco Aurélio BEZERRA DE MELO**

Adriana Ramos de Mello • Alexandre Junqueira Comide • Aluísio Gonçalves de Castro Mendes • Ana Frazão • Ana Luiza Maia Neves • Anderson Schreiber • André Gustavo Corrêa de Andrade • André Luís Machado de Castro • Andrea Issa Avila Vieiravres Martins • Augusto Werneck • Bruno Dubeux • Carlos Maroja • Carlos Nelson Konder • Carlos Vinícius Ribeiro Ferreira • Chiara Spadaccini de Teffé • Christiane Serra Ferreira • Cristina Caulia • Daniel Sarmento • Danielle Tavares Peçanha • Denise Levy Tedler • Eduardo Chow de Martino Testes • Elisa Costa Cruz • Fábio Amado • Fábio Zambite Ibrahim • Fabíola Albuquerque Lobo • Fernanda Guerra • Flávio Ahmed • Guilherme Calmon Nogueira da Gama • Guilherme Magalhães Martins • Guilherme Peña de Moraes • Gustavo Tepedino • Heloisa Carpina • Heloisa Helena Barboza • J. M. Leoni Lopes de Oliveira • João Gabriel Madeira Pontes • José Guilherme Vasi Werner • José Luiz de Moura Faleiros Júnior • José Roberto de Castro Neves • Joyceane Bezerra de Menezes • Julia Mendes Luz • Luciano Oliveira Mattos de Souza • Luiz Claudio Gulmarães • Luiz Edson Fachin • Luiz Roberto Ayoub • Marcela Santana Lobo • Marco Aurélio Bezerra de Melo • Marcos Alcino de Azevedo Torres • Marcos Catalan • Marcus Eduardo de Carvalho Dantas • Maria Aglá Tedesco Vilardo • Marina Bertinatto • Mário Luiz Delgado • Micaela Dominguez Dutra • Milena Donato Oliva • Pablo Renteria • Patricia Ribeiro Serra Vieira • Paulo Lobo • Rachel Delmás Leoni • Rafael Mansur • Rafael Viola • Roberto Dalledone Machado Filho • Rosângela Maria de Azevedo Gomes • Sergio Cavalieri Filho • Thiago Ferreira Cardoso Neves • Vanderson Maçulé Braga Filho • Vinícius Rangel Marques • Vitor Almeida • Wallace Corbo

acordo com ISBD

Aurélio Bezerra de Melo. - 11. ed. -

Aurélio Bezerra de. III. Título.

CDD 340 CDU 34

9410

2023 © Editora Foco

**Coordenadores:** Anderson Schreiber e Marco Aurélio Bezerra de Melo

**Autores:** Adriana Ramos de Mello, Alexandre Junqueira Gomide, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Ana Frazão, Ana Luiza Maia Nevares, Anderson Schreiber, André Gustavo Corrêa de Andrade, André Luís Machado de Castro, Andrea Issa Avila Vieiralves Martins, Augusto Werneck, Bruno Dubeux, Carlos Maroja, Carlos Nelson Konder, Carlos Vinicius Ribeiro Ferreira, Chiara Spadaccini de Teffé, Christiane Serra Ferreira, Cristina Gaulia, Daniel Sarmento, Danielle Tavares Peçanha, Denise Levy Tredler, Eduardo Chow de Martino Tostes, Elisa Costa Cruz, Fábio Amado, Fábio Zambitte Ibrahim, Fabíola Albuquerque Lobo, Fernanda Guerra, Flávio Ahmed, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Guilherme Magalhães Martins, Guilherme Peña de Moraes, Gustavo Tepedino, Heloisa Carpêna, Heloisa Helena Barboza, J. M. Leoní Lopes de Oliveira, João Gabriel Madeira Pontes, José Guilherme Vasi Werner, José Luiz de Moura Faleiros Júnior, José Roberto de Castro Neves, Joyceane Bezerra de Menezes, Julia Mendes Luz, Luciano Oliveira Mattos de Souza, Luiz Claudio Guimarães, Luiz Edson Fachin, Luiz Roberto Ayoub, Marcela Santana Lobo, Marco Aurélio Bezerra de Melo, Marcos Alcino de Azevedo Torres, Marcos Catalan, Marcus Eduardo de Carvalho Dantas, Maria Aglaé Tedesco Vilardo, Marina Bertinatto, Mário Luiz Delgado, Micaela Dominguez Dutra, Milena Donato Oliva, Pablo Renteria, Patricia Ribeiro Serra Vieira, Paulo Lobo, Rachel Delmás Leoni, Rafael Mansur, Rafael Viola, Roberto Dalledone Machado Filho, Rosângela Maria de Azevedo Gomes, Sergio Cavalieri Filho, Thiago Ferreira Cardoso Neves, Vanderson Maçulho Braga Filho, Vinícius Rangel Marques, Vitor Almeida, Wallace Corbo

**Diretor Acadêmico:** Leonardo Pereira

**Editor:** Roberta Densa

**Assistente Editorial:** Paula Morishita

**Revisora Sênior:** Georgia Renata Dias

**Imagen de Capa:** Miguel Afá

**Capa Criação:** Leonardo Hermano

**Diagramação:** Ladislau Lima e Aparecida Lima

**Impressão miolo e capa:** Forma Certa Gráfica Digital

**DIREITOS AUTORAIS:** É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção do teor das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida vedação se estende às características gráficas da obra e sua editoração. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

**NOTAS DA EDITORA:**

**Atualizações e erratas:** A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página II do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.

**Erratas:** A Editora se compromete a disponibilizar no site [www.editorafoco.com.br](http://www.editorafoco.com.br), na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagens para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (04.2023) – Data de Fechamento (04.2023)

2023

Todos os direitos reservados à

Editora Foco Jurídico Ltda.

Rua Antonio Brunetti, 593 – Jd. Morada do Sol

CEP 13348-533 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br

[www.editorafoco.com.br](http://www.editorafoco.com.br)

# SUMÁRIO

## NOTA DOS COORDENADORES

Anderson Schreiber e Marco Aurélio Bezerra de Melo.....	V
---	---

## PREFÁCIO

Henrique Carlos de Andrade Figueira .....	VII
---	-----

## PARTE I INSTITUIÇÕES JURÍDICAS E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

### O DIREITO COMO EDUCADOR

José Roberto de Castro Neves.....	3
-----------------------------------	---

### A TRANSFORMAÇÃO SOCIAL COMO FUNÇÃO DAS FACULDADES DE DIREITO

Heloisa Helena Barboza.....	11
-----------------------------	----

### O PAPEL DO JUIZ NA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL – REPENSANDO A QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Cristina Gaulia.....	21
----------------------	----

### O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Bruno Dubeux .....	37
--------------------	----

### A CONVERGÊNCIA ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Luciano Oliveira Mattos de Souza.....	41
---------------------------------------	----

### IMPLEMENTAÇÃO DA AUTONOMIA DA DEFENSORIA PÚBLICA: UM PROCES- SO POLÍTICO, SOCIAL E JURÍDICO

André Luís Machado de Castro .....	51
------------------------------------	----

### A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO REQUISITO DE VALIDADE DA ELABORA- ÇÃO DE PLANOS DIRETORES. BREVES REFLEXÕES

Augusto Werneck .....	69
-----------------------	----

**PARTE II****IGUALDADE SUBSTANCIAL E DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO**

FUNDAMENTOS E RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO	
Anderson Schreiber .....	87
A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO NO BRASIL: CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE UM NOVO E CENTRAL RAMO DO DIREITO	
Wallace Corbo.....	111
AÇÃO AFIRMATIVA NAS UNIVERSIDADES	
Sergio Cavalieri Filho .....	129
A VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MENINAS E MULHERES NO ÂMBITO DOS JUI- ZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER	
Adriana Ramos de Mello e Marcela Santana Lobo .....	139
A FUNÇÃO PROMOCIONAL DA CAPACIDADE DE EXERCÍCIO NA LEGALIDA- DE CONSTITUCIONAL: EM BUSCA DA AUTONOMIA EXISTENCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL	
Vitor Almeida .....	153
AUTONOMIA, ACESSIBILIDADE E PLANEJAMENTO GRADUAL DE APOIO PELA TOMADA DE DECISÃO APOIADA – TDA	
Joyceane Bezerra de Menezes .....	169
A ADPF DAS FAPELAS: SEGURANÇA PÚBLICA, CONSTITUIÇÃO E O PAPEL DO STF NA PROTEÇÃO DOS GRUPOS MARGINALIZADOS	
Daniel Sarmento e João Gabriel Madeira Pontes .....	185
FIM DOS DIREITOS HUMANOS: FIM DA TORTURA	
Fábio Amado.....	205
NAZISMO NUNCA MAIS – A IMPORTÂNCIA DA MEMÓRIA E DA EDUCAÇÃO	
Denise Levy Tredler .....	215

**PARTE III**  
**DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE**

DISCRIMINATÓRIO		
TIDISCRIMINATÓRIO	87	
NATÓRIO NO BRASIL: AL RAMO DO DIREITO	111	
ES NO ÂMBITO DOS JUI- TRA A MULHER	139	
RCÍCIO NA LEGALIDA- KISTENCIAL DA PESSOA	153	
ADUAL DE APOIO PELA	169	
ITUIÇÃO E O PAPEL DO	185	
RIA E DA EDUCAÇÃO	205	
POSSE E PROPRIEDADE: UM CONFLITO INFINDÁVEL. A FUNÇÃO SOCIAL COMO PARÂMETRO DE PROTEÇÃO DO VÍNCULO HOMEM-SOLO	215	233
Marcos Alcino de Azevedo Torres .....		
A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COLETIVA PARA A PROTEÇÃO DAS COMUNI- DADES REMANESCENTES DE QUILOMBOS NO BRASIL	233	
Marco Aurélio Bezerra de Melo .....		253
LOCAÇÃO DE IMÓVEL URBANO RESIDENCIAL E FOMENTO À MORADIA	253	
Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Thiago Ferreira Cardoso Neves.....		269
ALUGUEL SOCIAL E O DIREITO À MORADIA	269	
Patricia Ribeiro Serra Vieira .....		281
USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA	281	
Rosângela Maria de Azevedo Gomes.....		295
DIREITO REAL DE HABITAÇÃO E FUNÇÃO SOCIAL DA HERANÇA	295	
J. M. Leoni Lopes de Oliveira e Rachel Delmás Leoni.....		307
O CONTRATO <i>BUILT TO SUIT</i> COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	307	
Alexandre Junqueira Gomide .....		319
OS MUNICÍPIOS E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: NOTAS SOBRE FEDERA- LISMO COOPERATIVO E CONCRETUDE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	319	
Flávio Ahmed.....		327
A CONSTRUÇÃO DOS “BENS COMUNS”: É POSSÍVEL SUPERAR A LÓGICA PRO- PRIETÁRIA?	327	
Gustavo Tepedino e Danielle Tavares Peçanha .....		341
ENSAIO SOBRE A RELAÇÃO ENTRE PROPRIEDADE E OS BENS COMUNS: O EXEMPLO DA ÁGUA	341	
Marcus Eduardo de Carvalho Dantas e Pablo Renteria .....		359

DISCRIMINAÇÃO HIDROSSOCIAL: UM ESTUDO DE CASO CONCRETO DA CEDAE DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19, E UM CAMINHO RUMO A UMA EFETIVA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Eduardo Chow De Martino Tostes ..... 369

**PARTE IV**  
**DIREITO DAS FAMÍLIAS E PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS E IDOSOS**

AS MUDANÇAS SOCIAIS E O DIREITO DE FAMÍLIA

Luiz Claudio Guimarães ..... 383

O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NA PRÁTICA JUDICIAL

Elisa Costa Cruz ..... 393

MULTIPARENTALIDADE: ASPECTOS AINDA CONTROVERTIDOS

Fabíola Albuquerque Lobo e Paulo Lobo ..... 407

A BUSCA DA PATERNIDADE PELA HERANÇA E A CRISE DA LEGÍTIMA

Ana Luiza Maia Nevares ..... 417

A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA FRENTE À SEXUALIZAÇÃO PRECOCE INCITADA PELA PUBLICIDADE: NOTAS LIGEIRAS SOBRE A NECESSÁRIA TUTELA DE CADA DESPERTAR DA AURORA

Marina Bertinatto e Marcos Catalan ..... 427

A BIOÉTICA TRANSFORMANDO A SOCIEDADE ATRAVÉS DAS DECISÕES JUDICIAIS

Maria Aglaé Tedesco Vilardo ..... 439

**PARTE V**  
**PROTEÇÃO DOS CONTRATANTES VULNERÁVEIS**

EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

Carlos Nelson Konder ..... 451

IMPACTOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Milena Donato Oliva e Vinícius Rangel Marques ..... 461

ASO CONCRETO DA CE-		CONTRATOS CONSCIENTES: UMA ABORDAGEM RELACIONAL PARA DOCUMENTOS LEGAIS	
AMINHO RUMO A UMA		Fernanda Guerra .....	469
	369		
RIANÇAS E IDOSOS		<b>PARTE VI</b>	
		<b>TRABALHO, MERCADO E TRIBUTAÇÃO</b>	
E DO ADOLESCENTE NA		DA PRAÇA AO JARDIM: DIREITO, TRABALHO E PROMESSAS CONSTITUCIONAIS	
	383	Luiz Edson Fachin e Roberto Dalledone Machado Filho .....	481
VERTIDOS		DANOS À DIGNIDADE DO TRABALHADOR: NOTAS SOBRE O REGIME DO “DANO EXTRAPATRIMONIAL” NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO	
	393	Rafael Mansur .....	491
E DA LEGÍTIMA		A PREVIDÊNCIA SOCIAL E OS DESAFIOS DA PRÓXIMA DÉCADA: UMA ANÁLISE DE SEU POTENCIAL TRANSFORMADOR	
	407	Fábio Zambitte Ibrahim e Carlos Vinicius Ribeiro Ferreira.....	505
CÃO PRECOCE INCITA- CECESSÁRIA TUTELA DE		DIREITO DO CONSUMIDOR E A INTEGRIDADE NO MERCADO	
	427	Heloisa Carpena .....	519
RAVÉS DAS DECISÕES		FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA: REPERCUSSÕES PRÁTICAS	
	439	Mário Luiz Delgado .....	531
LNERÁVEIS		O EMPREENDEDORISMO E A NOVA LEI DAS STARTUPS: ATIVIDADE ECONÔMICA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL	
		Rafael Viola .....	545
CÕES CONTRATUAIS		A IMPORTÂNCIA DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NAS ATIVIDADES ECONÔMICAS LIGADAS À EDUCAÇÃO E AO ESPORTE	
	451	Luiz Roberto Ayoub e Vanderson Maçullo Braga Filho.....	559
R NA SOCIEDADE BRA-		IMPACTOS SOCIAIS E POLÍTICOS DO ANTITRUSTE	
	461	Ana Frazão .....	573
		O TRIBUTO COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS	
		Micaela Dominguez Dutra.....	587

**PARTE VII**  
**TECNOLOGIA E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL**

*FAKE NEWS E PÓS-VERDADE*

- André Gustavo Corrêa de Andrade ..... 599

A IMPORTÂNCIA DA LGPD PARA A PROTEÇÃO DAS PESSOAS HIPERVULNERÁVEIS

- Chiara Spadaccini de Teffé ..... 619

RESPONSABILIDADE CIVIL E O TEMPO DO CONSUMIDOR: DO DESVIO PRODUTIVO À INTRUSÃO PUBLICITÁRIA

- Guilherme Magalhães Martins e José Luiz de Moura Faleiros Júnior ..... 631

**PARTE VIII**  
**ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL**

A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL A SERVIÇO DA DEMOCRACIA: REFLEXÕES SOBRE O PROTAGONISMO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

- Guilherme Peña de Moraes ..... 651

OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES E AS GARANTIAS PROCESSUAIS

- Aluisio Gonçalves de Castro Mendes ..... 663

O PROCESSO ESTRUTURANTE NA PROTEÇÃO PATRIMONIAL

- Carlos Maroja ..... 673

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E ACESSO À JUSTIÇA: UMA AMPLIAÇÃO PLANEJADA OU REFLETIDA?

- José Guilherme Vasi Werner ..... 685

O CURSO DEFENSORAS E DEFENSORES DO DIÁLOGO

- Andrea Issa Avila Vieiralves Martin, Christiane Serra Ferreira e Julia Mendes Luz ... 693

# A FUNÇÃO PROMOCIONAL DA CAPACIDADE DE EXERCÍCIO NA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL: EM BUSCA DA AUTONOMIA EXISTENCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL<sup>1</sup>

Vitor Almeida

Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Civil da UFRRJ. Professor de Direito Civil do Departamento de Direito da PUC-Rio. Advogado.

**Sumário:** 1. Notas introdutórias: o direito à capacidade de exercício como igual reconhecimento da pessoa humana perante a lei – 2. Personalidade e capacidade civil no direito brasileiro – 3. Regime das (in)capacidades da pessoa com deficiência após o advento do EPD – 4. O fim da incapacidade absoluta e a capacidade “possível” – 5. Considerações finais.

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS: O DIREITO À CAPACIDADE DE EXERCÍCIO COMO IGUAL RECONHECIMENTO DA PESSOA HUMANA PERANTE A LEI

A capacidade civil, de feição tipicamente patrimonial e excludente, tem sido alvejada por uma interpretação que, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia substancial, desafia o entendimento secularmente cristalizado e aponta para indispensável necessidade de sua atual compreensão a partir do direito à igualdade de reconhecimento como pessoa perante a lei, sem discriminação, eis que é um atributo universal inerente a todos devido à condição humana. Nesse trilho, de abstrato instituto com fins protetivos, almeja-se com os ventos transformadores que a capacidade se volte como concreta expressão do *status* de pessoa humana na vida de relações, promovendo a autodeterminação individual, notadamente em questões de índole existenciais. Neste cenário, o repensar da capacidade civil da pessoa com deficiência é crucial para a compreensão dos novos rumos sobre o tema a partir da perspectiva promocional.

Decerto que o alvorecer do século XXI tem presenciado 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

1. Parte das reflexões e conclusões do presente artigo foram fruto da tese de doutorado defendida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, que, posteriormente, foi publicada, com modificações, em livro: ALMEIDA, Vitor. *A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

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 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>2</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 186, de 09 de julho de 2008, e promulgados pelo Decreto 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 13.146, denominada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou 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>3</sup>

2. 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.

3. 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.

sistência de parcela da sociedade  
lade de pessoas humanas de igual  
e voz, em igualdade de condições

a deficiência começou a ceder ter-  
mado modelo social, que forçou a  
er de suas diferenças, retirando-lhe  
a institucionalização. A principal  
a experiência da opressão não é  
mas também um problema social,  
uramente médico, é compreender  
impostas e ao não reconhecimento  
competência.<sup>2</sup>

des representativas culminaram na  
direitos humanos da Organização  
pa com deficiência. A Convenção  
as Pessoas com Deficiência e seu  
o Congresso Nacional através do  
ulgados pelo Decreto 6.949, de  
tram-se formalmente incorpora-  
o plano do ordenamento positivo  
º, da Constituição Federal. A in-  
PD como Emenda Constitucional  
o patamar dos direitos humanos  
ia.

3.146, denominada de Lei Bra-  
atuto da Pessoa com Deficiência  
entalizou e deu cumprimento à  
over, em condições de igualdade,  
ais por pessoa com deficiência,  
a os instrumentos necessários à  
is se inclui profunda alteração do  
go Civil, cujas consequências se  
o, especialmente no giro funcional  
apoio à emancipação da pessoa  
ta e substitutiva de vontade que

redo. Reconhecimento e inclusão das pessoas  
2017.

de civil das pessoas com deficiência e os perfis

O regime da incapacidade civil no direito brasileiro sempre foi estanque e absoluto, visando particularizar determinados sujeitos desautorizados ou inabilitados a 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 e inclusiva da capacidade civil da pessoa com deficiência no ordenamento brasileiro, em especial no que concerne à autodeterminação existencial.

## 2. 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 direitos e obrigações”,<sup>4</sup> como tradicionalmente afirma a doutrina, ou seja, reconhece “a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas”.<sup>5</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>6</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 avezou-se a conceituar a capacidade civil a partir do conceito de personalidade jurídica,<sup>7</sup> definindo a primeira como a medida da segunda.<sup>8</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 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.

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>9</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

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

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

6. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, v.I, p. 135.

7. 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.

8. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 165.

9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 223.

jurídica enquanto “medida da personalidade”<sup>10</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. 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>11</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>12</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 graduações, limitações ou extensões. Como bem observou Heloisa Helena Barboza, “a personalidade é um *prius* e a capacidade um *posteriorius*. Se é pessoa porque se tem personalidade, logo, deve haver um mínimo de capacidade”<sup>13</sup>.

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.

- 
10. 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.
  11. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168.
  12. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. I, p. 5.
  13. BARBOZA, Heloisa Helena. Capacidad. In: CASABONA, Carlos María Rome (Dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Granada, 2011, t. I, p. 325.

### 3. 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>14</sup> Esta, inclusive, afeiçoava-se, cada vez mais, à própria personalidade em si, eis que automaticamente no mesmo instante do começo da personalidade, concede-se a capacidade jurídica a todas as pessoas físicas, sem distinção.<sup>15</sup> Um critério estático, sem gradações ou mitigações para a pessoa humana, logo, bem próximo ao conceito de personalidade em si.<sup>16</sup>

Esfoga-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>17</sup> mas que, no plano fático, não revelaria distinções conceituais importantes, importando em confusão entre subjetividade e capacidade jurídica. Desse modo, aveza-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>18</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 comprehende, portanto, o momento estático e o sujeito como portador imóvel de interesses”<sup>19</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>20</sup> Desse modo, por exemplo, alguns atos personalíssimos dependem de uma idade específica, a exemplo da capacidade para o casamento<sup>21</sup> e para

14. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Op. cit., p. 223.

15. PEREIRA, Caio Mário da Silva (2011). Op. cit., p. 223.

16. “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*. Atual. Gustavo Tepedino. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 134.

17. LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109-110.

18. “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. *Capacidad*, cit., p. 326.

19. BARBOZA, Heloisa Helena. *Capacidad*, cit., p. 326.

20. DANTAS, San Tiago. Op. cit., p. 135.

21. “Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil”.

testar,<sup>22</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>23</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.

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>24-25</sup>. A capacidade de fato pressupõe a capacidade 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>26</sup> representa o poder que a pessoa natural tem de dirigir-se autonomamente na ordem civil, correspondente à idoneidade para atuar no exercício direto de direitos e deveres por ato próprio ou mediante um representante voluntário.<sup>27</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>28</sup>. A capacidade de fato,<sup>29</sup> em razão de sua própria natureza quantitativa, é mensurável e, por consequência, admite limitações ao pleno agir. Considerando que a capacidade civil é a regra,<sup>30</sup> por força dos princípios da dignidade, liberdade e igualdade, as limitações devem ser expressamente estabelecidas em lei ou por sentença, não se admitindo interpretações extensivas.

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>31</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

- 22. “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 dezesseis anos”.
- 23. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 129-130.
- 24. DANTAS, San Tiago. Op. cit., p. 135-138.
- 25. PEREIRA, Caio Mário da Silva (2011). Op. cit., p. 223-224.
- 26. “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.
- 27. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 214.
- 28. BARBOZA, Heloisa Helena. Capacidad, cit., p. 327.
- 29. PEREIRA, Caio Mário da Silva (2011). Op. cit., p. 224.
- 30. Idem, ibidem, p. 224.
- 31. Idem, ibidem, p. 228.

exercício para a realização do ato, o que, entretanto, sofrer restrições.<sup>23</sup> Nesses casos, a capacidade jurídica subjetivas é admitida antes da capacidade jurídica já concedida, e a legalidade impõe restrições de ordem civil, portanto, possui dois sentidos, uma vez que, ou seja, a capacidade de direito se refere às situações jurídicas somente, ou seja, a capacidade de direito se refere às situações jurídicas subjetivas ou relações subjetivo, apesar da titularidade por si mesma, admitindo-se restrição civil, portanto, possuir dois sentidos, uma vez que a capacidade de direito e a capacidade jurídica, uma vez que a aptidão para titularizá-la.

A capacidade de agir,<sup>26</sup> representa o envolvimento na ordem civil, correspondendo direitos e deveres por ato próprio ou de exercício, portanto, significa a capacidade, os atos da vida jurídica, que “se desenvolvem no ambiente da personalidade”.<sup>28</sup> Aureza quantitativa, é mensurável e, portanto, considerando que a capacidade de liberdade, liberdade e igualdade, as limita ou por sentença, não se admitindo

que em lei, a capacidade de exercer a capacidade de fato ou de exercício, da pessoa,<sup>31</sup> que passa a ser qualificada para a prática dos atos da vida civil é total, a capacidade relativa. Em ambos os

casos de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.

neiro: Forense, 2000, p. 129-130.

de exercício, porque é através desta que se iria que, ao lado da incapacidade do exercício, se achar a incapacidade”. DANTAS, San Tiago. Op.

3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 214.

casos a pessoa incapaz dependerá de alguém que possa representá-la ou assisti-la na vida civil a depender do grau de incapacidade catalogado previamente em lei.<sup>32</sup>

Por isso, o conceito de incapacidade civil<sup>33</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 graduação 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 todos os atos da vida civil, uma vez que a incapacidade sempre decorre da expressa previsão da lei.<sup>34</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>35</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 maior segurança às relações jurídicas, o que ocorreu também no Brasil”.<sup>36</sup>

32. DANTAS, San Tiago. Op. cit., p. 137-138.

33. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 227-228.

34. “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*”. Idem, ibidem, p. 226-227 (grifo nosso).

35. 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, p. 131-154.

36. MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista Pensar*, v. 21, n. 2, p. 576, Fortaleza, maio/ago. 2016.

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.<sup>37</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>38</sup> inclusive para (i) casar-se e constituir união estável; (ii) exercer direitos sexuais e reprodutivos; (iii) exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; (iv) conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; (v) exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e (vi) exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

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 (dezesseis) anos, uma vez que derrogou os incisos I a III do citado artigo, dando nova redação ao *caput*.<sup>39</sup> Finda, portanto, a incapacidade absoluta de pessoa maior no direito brasileiro, em importante movimento de valorização da autonomia da pessoa.<sup>40</sup>

Do mesmo modo, os incisos II e III do art. 4º do Código Civil receberam nova redação,<sup>41</sup> tendo sido suprimida a referência aos relativamente incapazes que, por *deficiência mental, tenham seu discernimento reduzido* do inciso II e sido substituída a discrimina-

37. 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 Araújo 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”. 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*, v. 18, n. 1, p. 227-256, Vitória, jan./abr. 2017.

38. Cf. BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Art. 6º. In: BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (Org.). *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 61-69.

39. “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16(dezesseis) anos”.

40. STJ, REsp. 1.927.423 – SP, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. 21 abr. 2021, publ. 04 maio 2021.

41. “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 ebrios 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 índigenas será regulada por legislação especial”.

a própria vida só pode ser admitida, legável reconhecimento dos direitos promover a dignidade da pessoa, em a limitação no exercício de direitos, vontade e preferências na tomada,

ema de incapacidades ao prever, de *per si*, não afeta a plena capacidade de união estável; (ii) exercer direitos dirigir sobre o número de filhos e de ter planejamento familiar; (iv) compulsória; (v) exercer o direito à exercer o direito à guarda, à tutela, igualdade de oportunidades com

a capacidade civil das pessoas com o Estatuto (art. 114) alterou o art. 3º, incapazes de exercer pessoalmente (is) anos, uma vez que derrogou os *caput*.<sup>39</sup> Finda, portanto, a incânciro, em importante movimento de

Código Civil receberam nova redação: incapazes que, por deficiência II e sido substituída a discrimina-

gime revogado possibilitava que a experiência Direitos Humanos do Conselho da Europa se de modelo de aferição da capacidade dos encias dos atos a serem praticados". Em outros Ruzyk esclarecem que "é a razoabilidade das capacidade dos indivíduos. Quem não tivesse - razoáveis (assim aferíveis pelos seus prováveis), Luiz Alberto David; PIANOVSKI RUZYK, tutela e o aparente conflito entre o estatuto da metodológicas à luz da teoria geral do direito. 56, Vitória, jan./abr. 2017.

ARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor

*da Constituição da República*. Belo Horizonte:

atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis)

julg. 21 abr. 2021, publ. 04 maio 2021.

e exerce: I – os maiores de dezesseis e meia; III – aqueles que, por causa transitória ou Parágrafo único. A capacidade dos indígenas

tória expressão excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, por "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir 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>42</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>43</sup> dos negócios jurídicos e na prescrição e decadência,<sup>44</sup> temas que escapam dos limites propostos no presente trabalho.

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>45</sup>

42. 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-agosto-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 17 dez. 2017.

43. 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.

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

45. "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

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>46</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>47</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. Afirmar-se que “consentir equivale a ser”<sup>48</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>49</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, [...] quaisquer atos de lícita disposição do próprio corpo”.<sup>50</sup> Embora útil num regime fechado como o anterior, na linha da atual vocação emancipatória da capacidade civil, despicienda 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>51</sup>

As nuances do discernimento<sup>52</sup> constituíam o critério limítrofe entre a capacidade e a incapacidade, mas sempre se apresentaram de difícil compreensão por parte

recortar o sistema quando deveriam reformá-lo”. 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.

46. MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit., p. 593-594.
47. MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit., p. 593-594.
48. RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, item 5.
49. SCHREIBER, Anderson; NEVARES, Ana Luiza Maia. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 41-42.
50. 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; MÖELLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 324-325.
51. Idem, ibidem, p. 326.
52. 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 res-

do um verdadeiro “giro estrutural” da pessoa com deficiência e por que pode ser conduzida pelos mesmos para a prática de negócios patrimoniais, capacidade jurídica plena à pessoa, típico da categoria da incapacidade de gozo e capacidade de exercício dos direitos da personalidade”.<sup>47</sup> Que o sacrifício do sujeito incapaz do patrimônio do incapaz, as gerações acabavam por conferir amplos mar-se que “consentir equivale a consentimento a respeito das decisões dos incapazes, que dependiam das declarações de vontade”.<sup>48</sup>

Como terceira espécie a “capacidade civil, para o “processo de tomada de decisões considerados, abrangendo, próprio corpo”.<sup>50</sup> Embora útil num sentido emancipatório da capacidade de consentir corresponde somente nas questões afetas. A relevância da proposição desta que atenta para as “singularidades da pessoa como abstrato sujeito, em suas circunstâncias, que deverá

criterio limitrofe entre a capacidade de difícil compreensão por parte

Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é? Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/ma-utilidade/16608>. Acesso em: 14 jul. 2016.

<sup>47</sup> Op. cit., p. 593-594.

<sup>48</sup> Op. cit., p. 593-594.

<sup>49</sup> M. S. G. P. L. Ribeiro, 2007, item 5.

<sup>50</sup> Pessoas: uma análise da incapacidade civil. In: MEIDA, Vitor (Org.). *O Direito Civil entre o social e o individual*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 41-42.

<sup>51</sup> Círculo de mulheres tornadas incapazes pelo uso

<sup>52</sup> da reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, D. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 324-325.

<sup>53</sup> Capacidade de entender e de querer. Se o

<sup>54</sup> crime e a imputabilidade (isto, é a res-

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 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.

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>53</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, comprehende-se a “deficiência é uma experiência cultural e não apenas o resultado de um diagnóstico biomédico de anomalias”.<sup>54</sup> Por isso, é preciso revisitá-la ideia de discernimento ligada ao discurso psiquiátrico de exclusão do século XIX, 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 *déficit* cognitivo em relação às circunstâncias objetivas que impedem 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.

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

<sup>55</sup> ponsabilidade)”. BODIN DE MORAIS, Maria Celina. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: *Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 192.

<sup>56</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 783.

<sup>57</sup> DINIZ, Debora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Op. cit.

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>55</sup>

Indiscutível, portanto, constatar que a Convenção, seguida pelo Estatuto, não se compreende de um regime de incapacidades que se baseie em um modelo centrado em um conceito geral e abstrato, cuja graduação 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 restringida) sempre limitada no tempo e em sua extensão, de modo a preservar 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>56</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>57</sup> que impeça a pessoa de autodeterminar-se, a fim de representar uma prisão à autocriação da pessoa,<sup>58</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

- 
55. De acordo com Nelson Rosenvald: “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 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”. ROSENVOLD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 744.
56. LÓBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 112.
57. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco, 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 164.
58. 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 (Coord.). *Direito Civil: Atualidade II*. Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 68.

e deixa de ser um conceito puramente legalista, na restrição e assimetrias causadas pelo Estatuto, não se compraz em um modelo centrado em um conceito geral de ser mensurada sempre nos espectros de absoluta de pessoa maior. Um julgamento, que permite, para além das competências e habilidades, os domínios da funcionalidade e a 2 da CDPD e o art. 6º do EPD, e assegura o proporcional e temporário.

acidade relativa por causa transitória pode ser lida como passageira ou repentina. Declarar a incapacidade de alguém é uma vez que a lei impõe que a curatela (CDPD). Com isso, a incapacidade geral renascer uma incapacidade (*rectius*: e em sua extensão, de modo a pres-

incapacidade civil à luz de interesses existenciais encerram violação à liberdade existencial. No entanto, a incapacidade em um instrumento de limiar que impeça a pessoa de autodeterminar-se, é sempre, não é compatível com os valores do sistema codificado de incapacidade, uma verdadeira ficção jurídica através

ptou por localizar a incapacidade no conjunto de direitos da pessoa querer e entender – e que, portanto, complexidade, seja reduzido ao âmbito clínico de águas da capacidade para a incapacidade encontrar em uma situação que as impeça, por exemplo, a Lei 13.146/15, embasado em padrões puramente médicos, e comunicação por qualquer modo, meio ou forma, Rodrigo da Cunha (Org.) *Tratado de Direito*

*Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina 4.

Autonomia Privada: uma distinção necessária. Torquato (Coord.). *Direito Civil: Atualidade II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 68.

de cisões abruptas<sup>59</sup> entre capacidade e incapacidade e entre incapacidade absoluta e relativa, que acabam por refletir em uma proteção excessiva<sup>60</sup> e demasiadamente paternalista que se traduzia em uma “terrível tirania”,<sup>61</sup> claramente violadora da dignidade da pessoa humana na medida em que desvaloriza a autonomia privada.

Por isso, afirma-se que o regime das incapacidades “deve-se despir de ideias patrimonialistas e valorizar a pessoa humana”.<sup>62</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 pessoal ou ao nome, cujo exercício não depende da capacidade do titular”.<sup>63</sup>

Nas situações existenciais, a titularidade decorre necessariamente do seu exercício.<sup>64</sup> Os atos de autonomia existencial são personalíssimos,<sup>65</sup> o que inviabiliza o exercício por outrem, sendo contrários a natureza da representação e da assistência<sup>66</sup> típicos do regime de (in)capacidade patrimonial. Fundamental, portanto, garantir à pessoa com capacidade restringida a possibilidade de atuar diretamente,<sup>67</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. 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>68</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

59. 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.
60. 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.
61. PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional, cit., p. 782.
62. DINIZ, Fernanda Paula; ABRAHÃO, Ingrith Gomes. Op. cit., p. 139.
63. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 111.
64. 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.
65. “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.
66. Idem, ibidem, p. 126.
67. Idem, ibidem, p. 131.
68. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 164.

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 CDPD, 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.

#### 4. 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 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.

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. 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 constitucionalidade.

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.

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 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 restrinida”. 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>69</sup>

69. 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

movimento personalista. Nessa toada, com os preceitos contidos na CPDR, com o tecido normativo atualmente adotado e em benefício da pessoa, tendo em vista da personalidade humana.

### CAPACIDADE "POSSÍVEL"

PD foi a nova redação dada ao art. 3º de exercer pessoalmente os atos da Afastou-se a menção à enfermidade, no causa da incapacitação absoluta, isso, finda, de uma vez por todas, a brasileiro.

do Código Civil e da compatibilidade axiológica constitucional, parte da Tais questionamentos não devem lade absoluta, o que constituiria um postas que amparem a emancipação tuem o grande objetivo da CDPD e ocularem retomar aspectos do antigo Convenção e, portanto, já nasceriam

deficiência não é critério para aferição com o CDPD que reconhece a capacidade particular, o Comitê da ONU dispôs que vierem a violar o artigo 12, a fim de sua plena capacidade jurídica em

e Ana Carolina Brochado Teixeira não podemos cogitar repetir que a Até mesmo para evitar os estigmas da história, optamos por utilizar a importante reconstruir a tutela protetiva das limitações em relação ao funcionamento da complexa condição humana, e preferências. A lógica é de reforço quando justificadas e amparadas em ia.<sup>69</sup>

cial foi no sentido de alterar o foco do direito [...] em respeito a essa capacidade legal, dispõe

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

### 5. 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 trâfego 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

que os mecanismos do direito protetivo devem se consubstanciar em apoios e não na substituição de vontade". MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civilistica.com*, ano 4, n. 1, jan./jun., 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>. Acesso em: 20 maio 2016.

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.