

DEFICIÊNCIA & OS DESAFIOS PARA UMA SOCIEDADE INCLUSIVA

20
22

“A união de noventa autores para a elaboração de uma coleção é um fato que a engrandece sobremaneira. Mas reunir noventa autores para escrever uma coleção sobre o tema das pessoas com deficiência e os inúmeros desafios para que tenhamos uma sociedade efetivamente inclusiva, é notável!

Trata-se de obra de construção coletiva que vem regada pelos eflúvios de amorosidade dos autores em prol da causa das pessoas com deficiência, aliada ao forte propósito de todos no sentido de indicar e encontrar caminhos e instrumentos para cumprir o nosso dever primordial de amor ao próximo.

Ser “diferente” desafia o afeto e a empatia que desenvolvemos facilmente diante do que reconhecemos nos padrões familiares, linguísticos e sociais predeterminados. Ainda quando sujeitos a graus distintos de influências genéticas e ambientais, estes ainda compõem uma constelação de reflexões sobre o sentido do que significa ser “diferente” e, principalmente, do porquê não sermos inclusivos, aprendendo a amar e respeitar essas diferenças.

(...)

Atingir o patamar para merecer ser chamada de sociedade inclusiva não é tarefa fácil e sequer isolada, mas sim, uma intensa e contínua atividade amorosa de toda a sociedade. Os instrumentos e a forma de atingir esses objetivos são transmitidos com clareza, nos inúmeros textos que compõe essa rica obra. Das lições fica evidenciado que cada um, ainda que no seu pequeno mundo, pode praticar ações concretas que contribuirão significativamente para incrementar a inclusão social, poupar a todos da vergonha de responder por omissão.

Aliás, ainda que não atentarmos para a necessidade de cumprir as leis que regulam os direitos das pessoas com deficiência, seja por indiferença, seja por qualquer outra razão, ainda assim será suficiente cumprirmos o mandamento máximo da convivência humana: amar o próximo como a si mesmo”.

Trecho do prefácio da Ministra Nancy Andrighi • STJ.

Siga a EDITORA FOCO
para Dicas, Notícias,
Lançamentos e Sorteios

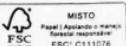
editorafoco



Leia Parte do Livro



INDICADO PARA
GRADUAÇÃO,
PÓS-GRADUAÇÃO E
CONCURSOS PÚBLICOS



DEFICIÊNCIA & OS DESAFIOS PARA UMA SOCIEDADE INCLUSIVA



ORGANIZADORES

IGOR LIMA DA CRUZ GOMES
JOÃO PEDRO LEITE BARROS
LEONARDO ROCHA DE ALMEIDA

DEFICIÊNCIA & OS DESAFIOS PARA UMA SOCIEDADE INCLUSIVA

PREFÁCIO MINISTRA NANCY ANDRIGHI • STJ
POSIÇÃO SENADORA MARA GABRILLI

MAMORU NISHIYAMA • VASCONCELOS ROQUE • MARCIA TONETTO FONTANA • BRUNA KATZ • GRACIENNE VIANA DE ARAUJO • MARINA DE SOUZA GUIMARÃES • GISEL DUARTE LAVOURA ROMÃO • CLÁUDIA BARROS PORTOCARRERO • STEIN VIEIRA • MECIÁNIA MUNIZ • CAUS BRANDÃO • THIAGO DE STEFANO GUEDES • FREITAS HORACIO DA SILVA • PIVA ALMEIDA LEITE • JADIR CARVALHO NUNES SILVA • HADJO NIGRO MAZZALLI • PEREIRA • FERREIRA • JESSICA NUNES SILVA • JOSÉ AMARO DE SOUZA BORGES • JORGE CÂMARA NICACIO • MÔNICA BORGES • MONTE NUNES BEZERRA • JUANA DE SOUSA GOMES LAGE • LOHANIE AQUIAR • WEISS BLAICHERIS • TAVIA CATARINA B. DE A. VASCONCELOS • MARTA GIL • COTON DE A. VASCONCELOS FILHO • MARINA ALMEIDA • VAGNER BELLINI DE OLIVEIRA SALLÉS • Tânia RESENDE NORONHA CUNHA • THIAGO MAGALHÃES PIRES • THIAGO ROSA SOARES • LÍVIA ALMEIDA • VIVIANE CRISTINA DE S. LIMONGI • VILSON LIMA PALERMO FERREIRA

EDITORA
FOCO

2022 © Editora Foco

Coordenadores: Igor Lima da Cruz Gomes, João Pedro Leite Barros e Leonardo Rocha de Almeida
Autores: Adolfo Mamoru Nishiyama, Andre Vasconcelos Roque, Andressa Tonetto Fontana, Bruna Katz, Bruno Manoel Viana de Araújo, Carlos José de Souza Guimarães, César Eduardo Lavoura Romão, Claudia Barros Portocarrero, Cláudia Stein Vieira, Débora Vanessa Caís Brandão, Denise De Stefano Guedes, Eduardo Freitas Horácio da Silva, Flávia Piva Almeida Leite, Gabriel Carvalho Nunes Silva, Hugo Nigro Mazzilli, Igor Luis Pereira e Silva, Jéssica Gabriela Ferreira, Jéssica Nunes Silva, Jorge Amaro de Souza Borges, Jorge Luiz Câmara Nicácio, José Roberto Monte Nunes Bezerra, Julianne de Souza Gomes Lage, Ma. Catarina B. de A. Vasconcelos, Marcos Weiss Blacheris, Marta Gil, Otton de A. Vasconcelos Filho, Patrícia Almeida, Raquel Bellini, Oliveira Salles, Lohanie Aguiar, Tânia Regina Noronha Cunha, Thiago Magalhães Pires, Thiago Rosa Soares, Vitor Almeida, Viviane Cristina de S. Limongi e Wilson Luiz Palermo Ferreira

Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira

Editor: Roberta Densa

Assistente Editorial: Paula Morishita

Revisora Sênior: Georgia Renata Dias

Revisora: Simone Dias

Capa Criação: Leonardo Hermano

Diagramação: Ladislau Lima e Aparecida Lima

Impressão miolo e capa: FORMA CERTA

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 edição/edição. 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 erros: 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.

Erros: A Editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção **Atualizações**, eventuais erros 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 mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (04.2022) – Data de Fechamento (04.2022)

2022

Todos os direitos reservados à

Editora Foco Jurídico Ltda.

Avenida Itororó, 348 – Sala 05 – Cidade Nova

CEP 13334-050 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br

www.editorafoco.com.br

PREFÁCIO¹

A união de noventa autores para a elaboração de um livro é um fato que engrandece sobremaneira a obra. Mas reunir noventa autores para escrever um livro sobre o tema das pessoas com deficiência e os inúmeros desafios para que tenhamos uma sociedade efetivamente inclusiva, é notável!

Trata-se de uma obra de construção coletiva que vem regada pelos eflúvios de amoralidade dos autores em prol da causa das pessoas com deficiência, aliada ao forte propósito de todos no sentido de indicar e encontrar caminhos e instrumentos para cumprir o nosso dever primordial de amor ao próximo.

Ser “diferente” desafia o afeto e a empatia que desenvolvemos facilmente diante do que reconhecemos nos padrões familiares, linguísticos e sociais predeterminados. Ainda quando sujeitos a graus distintos de influências genéticas e ambientais, estes ainda compõem uma constelação de reflexões sobre o sentido do que significa ser “diferente” e, principalmente, do porquê não sermos inclusivos, aprendendo a amar e respeitar essas diferenças.

Ao lerem a obra tenho a certeza de que todos ficarão impregnados desses sentimentos e terão despertado em seus corações a vontade e a deliberação de que é preciso fazer, e fazer mais, em favor da integral e plena inclusão da pessoa com deficiência em todos os setores da sociedade.

O leitor tem nas mãos um livro que não deve ser lido da primeira à última página sem interrupções, porque a sua versatilidade está justamente na possibilidade do abandono sequencial dos textos e na pesquisa focada no interesse momentâneo e particular de cada um. É, sobretudo, um livro de consulta para mantermos sempre por perto, porque as múltiplas visões, percepções e assuntos nele contidos consolidam conhecimentos, inspiram novos debates e, inexoravelmente, motivam outras inovações em prol das pessoas com deficiência.

Os temas abordados pelos dedicados autores englobam desde a mais genuína modernidade por meio do uso da Inteligência Artificial na inclusão social, até a análise da pessoa com deficiência ao longo da história brasileira, iniciando com o assistencialismo primitivo e chegando à formação da legislação específica e adequada, passando por uma das questões mais complexas que é a análise e efeitos da capacidade civil e a concessão da curatela, estudadas em pelo menos dez profundos textos. A saúde da pessoa com deficiência também foi objeto de muita reflexão e sugestões diversas de aprimoramento, bem como às questões relativas ao direito fundamental,

1. Prefácio dos três volumes da coleção.

ao ensino em todos os níveis e à necessidade da aplicação da Lei de Cotas no mercado de trabalho. Também não escapou aos argutos autores a extrafiscalidade e a questão do direito a acessibilidade. As normas aplicáveis às relações patrimoniais advindas do casamento e da união estável da pessoa com deficiência mental e intelectual com análise criteriosa acerca da proteção dos seus interesses. Os aspectos penais do Estatuto da Pessoa com Deficiência e a ativa participação do Ministério Público, e, ainda outras abordagens, sem olvidar a atualidade, também a pandemia da Covid em face da pessoa com deficiência que também recebeu um olhar atento, de reflexão e cuidado.

Ao mergulhar na leitura da obra exsurge uma sintonia intelectual (e por que não dizer espiritual?) entre os autores que, com mentes brilhantes, puderam extrair de materiais ricos em detalhes aquilo que é essencial para compor o cenário atual da vida de pessoas com deficiência no país, mas principalmente orientar e indicar como se podem construir bases sólidas para projeções futuras de uma sociedade verdadeiramente inclusiva.

A leitura que a obra oferece tem o poder de nos remover da indiferença de comportamento, e dar motivação para agir, porque, além de transmitir o conhecimento das necessidades das pessoas com deficiência, apresenta vários caminhos para supri-las. Atingir o patamar para merecer ser chamada de sociedade inclusiva não é tarefa fácil e sequer isolada, mas sim, uma intensa e contínua atividade amorosa de toda a sociedade. Os instrumentos e a forma de atingir esses objetivos são transmitidos com clareza, nos inúmeros textos que compõe essa rica obra. Das lições fica evidenciado que cada um, ainda que no seu pequeno mundo, pode praticar ações concretas que contribuirão significativamente para incrementar a inclusão social, poupando a todos da vergonha de responder por omissão.

Aliás, ainda que não atentarmos para a necessidade de cumprir as leis que regulam os direitos das pessoas com deficiência, seja por indiferença, seja por qualquer outra razão, ainda assim será suficiente cumprirmos o mandamento máximo da convivência humana: amar o próximo como a si mesmo.

Tenhamos todos uma profícua leitura!

Março de 2022.

Nancy Andrichi

Ministra do Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

PREFÁCIO

Nancy Andrichi	V
----------------------	---

PARTE I INCLUSÃO, SAÚDE, POLÍTICAS PÚBLICAS E A CURATELA

A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS E NA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL

Thiago Magalhães Pires	3
------------------------------	---

PANORAMA DA TUTELA JUDICIAL DA SAÚDE

Carlos José de Souza Guimarães	19
--------------------------------------	----

AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

Hugo Nigro Mazzilli	27
---------------------------	----

O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E A INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL

Juliana de Sousa Gomes Lage	39
-----------------------------------	----

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL: ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO

Jorge Amaro de Souza Borges	59
-----------------------------------	----

A PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA EM FACE DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

Vitor Almeida	91
---------------------	----

UMA RELEITURA DA CURATELA À LUZ DO SISTEMA DE APOIOS À PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Thiago Rosa Soares	117
--------------------------	-----

JUSTIÇA SOCIAL E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: DA ABORDAGEM DAS CAPACIDADES AO MODELO SOCIAL

Eduardo Freitas Horácio da Silva	143
--	-----

PARTE II**ASPECTOS CIVIS, PROCESSUAIS E DO COTIDIANO
DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

AS NORMAS APLICÁVEIS ÀS RELAÇÕES PATRIMONIAIS ADVINDAS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL OU INTELECTUAL E A PROTEÇÃO DE SEUS INTERESSES
Cláudia Stein Vieira e Débora Vanessa Caús Brandão 157

A CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
Andressa Tonetto Fontana 171

OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA
Andre Vasconcelos Roque 183

IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO: APONTAMENTOS ACERCA DO CONSUMIDOR DEFICIENTE DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS DIGITAIS
Jorge Luiz Câmara Nicácio 195

A TOMADA DE DECISÃO APOIADA COMO MODELO PROTETIVO DE DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
Bruna Katz 203

PARTE III**EDUCAÇÃO, MERCADO DE TRABALHO E SUAS DESIGUALDADES**

EDUCAÇÃO E TRABALHO: DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA
Marta Gil 219

LEI DE COTAS: AÇÃO AFIRMATIVA PARA A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO
César Eduardo Lavoura Romão e Denise De Stefano Guedes 225

A (DES)IGUALDADE DO ACESSO À INTERNET, OS REQUISITOS DA LEI 13.982/2020 E SEUS IMPACTOS NOS TRABALHADORES COM DEFICIÊNCIA DE BAIXA RENDA
Bruno Manoel Viana de Araújo, Oton de A. Vasconcelos Filho, Gabriel Carvalho Nunes Silva e Ma. Catarina B. de A. Vasconcelos 241

PARTE IV**ASPECTOS PENAIS, DE CONSUMO, PREVIDENCIÁRIOS
E A PANDEMIA DA COVID-19**

ASPECTOS PENAIS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
Claudia Barros Portocarrero e Wilson Luiz Palermo Ferreira 255

O APOIO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS E DE DISTANCIAMENTO SOCIAL
Raquel Bellini de Oliveira Salles 271

AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E AS RELAÇÕES DE CONSUMO
Flávia Piva Almeida Leite e Adolfo Mamoru Nishiyama 289

APOSENTADORIA ESPECIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS COM DEFICIÊNCIA – PARIDADE E INTEGRALIDADE
Tânia Regina Noronha Cunha e Jerusa Gabriela Ferreira 307

PARTE V**EDUCAÇÃO INCLUSIVA, NEGÓCIOS JURÍDICOS
E PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

EU ME PROTEJO – EDUCAÇÃO INCLUSIVA PARA PREVENÇÃO CONTRA O ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS COM E SEM DEFICIÊNCIA
Patrícia Almeida 329

O DIREITO À EDUCAÇÃO DA LÍNGUA ESTRANGEIRA NA POLÍTICA PÚBLICA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS AUTISTAS
Igor Luis Pereira e Silva e Lohanie Aguiar 343

EFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO FIRMADO PELA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL OU INTELECTUAL APÓS O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA
Viviane Cristina de S. Limongi 357

O QUE DIZEMOS QUANDO FALAMOS EM INCLUSÃO
Marcos Weiss Blacheris e Jéssica Nunes Silva 371

EDUCAÇÃO INCLUSIVA: GARANTIAS DE ACESSO E PERMANÊNCIA
José Roberto Monte Nunes Bezerra 381

POSFÁCIO

Mara Gabrilli 397

- DAGNINO, E. *Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania*. Anos, v. 90, p. 103-115, 1994.
- FERREIRA, Gilde. *Nada sobre Nós, sem Nós: um estudo sobre o protagonismo das pessoas com deficiência nas políticas sociais*. 2013. 84 f. Orientador: Adilson V. Cabral Filho. Dissertação Mestrado em Política Social) – Universidade Federal Fluminense, Escola de Serviço Social, 2013.
- FONSECA, R. T. M. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, n. 10, p. 45-54, 2012.
- GIROUX, H.; SIMON, R. Cultura popular e pedagogia crítica: a vida cotidiana como base para o conhecimento curricular. In: MOREIRA, Antonio Flávio; SILVA, Tomas Tadeu da (Org.). *Curriculo, cultura e sociedade*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1995.
- GOHN, M. G. *Conselhos Gestores e Participação Sociopolítica*. São Paulo: Cortez Editora, 2001.
- GRAMSCI, A. *Cadernos do Cárcere*. Edição e tradução: Carlos Nelson Coutinho; Coordicação: Luiz Sérgio Henrique e Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. v. 3: Maquiavel. Notas sobre o Estado e a política;
- KOERNER, A. O papel dos direitos humanos na política democrática: uma análise preliminar. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, n. 53, p. 143-157, 2003.
- LATOUR, B. *Políticas da natureza. Como fazer ciência na democracia*. Trad. Carlos Aurélio Mota de Souza. Barueri, SP: Edusc, 2004.
- LINHARES, C. F.S. Caminhos de Medo e Esperança. In: Linhares, C. F.S. & Nunes, C (2000). *Trajetórias de magisterio: memória e lutas pela reinvenção da escola pública*. Rio de Janeiro: Quartet.
- LOUREIRO, M. R.; ABRUCIO, F. L. Política e burocracia no presidencialismo brasileiro: o papel do Ministério da Fazenda no primeiro governo Fernando Henrique Cardoso. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 14, n. 41, p. 69-89, 1999.
- MAIOR, I. M. I. L. M. Movimento político das pessoas com deficiência: reflexões sobre a conquista de direitos. *Inc. Soc.*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 28-36, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://revista.ibict.br/inclusao/article/view/4029>. Acesso em: 10 de jun. 2020.
- MAJONE, G.; QUADE, E. S. (Ed.). *Pitfalls of Analysis*. London: John Wiley and Sons, 1980.
- MEIRELES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- NOGUEIRA, Fernando do Amaral. *Continuidade e descontinuidade administrativa em governos locais: Fatores que sustentam a ação pública ao longo dos anos*. 2006. Tese de Doutorado.
- PARO, V.H. *Gestão democrática da escola pública*. São Paulo: Ática, 2001.
- PINHEIRO, P. S.; NETO, P.M. Direitos humanos no Brasil: Perspectivas no final do século. *Cinquenta Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*. São Paulo, Pesquisas, n. 11, 1998. Disponível em: http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=1067. Acesso em: 10 jun. 2020.
- SECCHI, L. *Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.
- SOUZA, C. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, G; ARRETCHÉ, M.; MARQUES, E. *Políticas públicas no Brasil*. SciELO. Editora FIOCRUZ, 2007.
- SOUZA, C. *Políticas públicas: conceitos, tipologias e subáreas*. Trabalho elaborado para a Fundação Luís Eduardo Magalhães. São Paulo, 2002.

A PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA EM FACE DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO¹

Vitor Almeida

Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Civil da UFRRJ. Vice-diretor do Instituto Brasileiro de Biodeireito e Bioética (IBIOS). Advogado.

Sumário: 1. Notas introdutórias: da exclusão à inclusão social da pessoa com deficiência – 2. Personalidade e capacidade civil no direito brasileiro – 3. O 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 – 6. Referências.

1. 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-lhe 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 *o 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

1. 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.

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.²

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 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 aliceram 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.³

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.

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.

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"⁴, como tradicionalmente afirma a doutrina, ou seja, reconhece "a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas".⁵ 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", 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 jurídica⁶, definindo a primeira como a medida da segunda⁷. Para tanto, desenhou-se a bifuração 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.

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".⁸ 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

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. "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 graduação 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: admis graduação, bastando pensar, na contraposição entre nacional e estrangeiro, em que a capacidade jurídica daquele é maior do que a desse)". 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: Sarava, 2003, p. 132-133.

8. "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 legitimadas. Para se ter a medida da personalidade, é necessário, primeiramente, distinguir a capacidade de direito da capacidade de fato e finalmente verificar a graduação das limitações". GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 165.

9. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil nos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959, v. I, p. 139.

desde o momento em que nasce até o momento em que morre”¹⁰. Francisco Amaral comprehende que “conexo ao de personalidade¹¹ temos o conceito de capacidade”¹², 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 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.¹³

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”¹⁴. Apesar de correlatas, a capacidade de direito não se confunde com a personalidade no sentido da subjetividade. A personalidade é um conceito absoluto, não admite o estudo condicional, pois ou se atribui a personalidade em sua completude ou oente resta desprovido dela. Por seu turno, a capacidade jurídica enquanto “medida da personalidade”¹⁵ 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”¹⁶.

10. DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Atual. Gustavo Tepekindo. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 133.

11. 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.

12. Idem, ibidem, p. 222.

13. Idem, ibidem, p. 222-223.

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

15. 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.

16. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168.

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”¹⁷. 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 *príus* e a capacidade um *posteriori*. Se é pessoa porque se tem personalidade, logo, deve haver um mínimo de capacidade”.¹⁸

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.

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,

17. TEPEKINDO, 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.

18. BARBOZA, Heloisa Helena. Capacidade. In: CASABONA, Carlos Maria Rome (Dir.). *Enciclopédia de Biodevercho e Biotécnica*, Granada, 2011, t. I, p. 325.

e não à capacidade de direito¹⁹. Esta, inclusive, afeiçoava-se, cada vez mais, à própria personalidade em si²⁰, eis que automaticamente no mesmo instante do começo da personalidade, concede-se a capacidade jurídica a todas as pessoas físicas, sem distinção²¹. Um critério estático, sem graduações ou mitigações para a pessoa humana, logo, bem próximo ao conceito de personalidade em si.²²

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 subjetivas²³, 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 estética, sendo que a capacidade de fato corresponde ao aspecto dinâmico, calcado na idoneidade do indivíduo para desenvolver por si suas próprias atividades.²⁴

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 compreende, portanto, o momento estático e o sujeito como portador imóvel de interesses"²⁵.

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 indivíduos²⁶. Desse modo, por exemplo, alguns atos

19. "A capacidade de direito, como titularidade de direitos e deveres, chamada pela doutrina francesa de *capacidade de gozo*, porque é o titular que desfruta, distingue-se da *capacidade de fato*, aptidão para o exercício desses direitos ou deveres". AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Op. cit., p. 223.
20. "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. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil: das pessoas* (arts. 1º a 78). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. 1, p. 11.
21. "A privação total de capacidade implicaria a frustração da personalidade: se ao homem, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, 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.
22. "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, São Tiago. *Programa de direito civil*. Atual. Gustavo Teodoro. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 134.
23. Segundo Paulo Lobo, "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.
24. "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.
25. BARBOZA, Heloisa Helena. *Capacidade*, cit., p. 326.
26. "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

personalíssimos dependem de uma idade específica, a exemplo da capacidade para o casamento²⁷ e para testar²⁸, visto que necessitam da titularidade e do exercício para a realização do ato, o que revela que a capacidade de direito pode, eventualmente, sofrer restrições²⁹. 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 fato³⁰⁻³¹. A capacidade de fato pressupõe a

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 longo da vida do homem e que representam, não dúvida, restrições à capacidade jurídica, mas são restrições à capacidade concreta" DANTAS, São Tiago. Op. cit., p. 135.

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

28. "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 dezenas anos".

29. "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 específicas". PEREIRA, Caio Mário da Silva (2011). Op. cit., p. 224. "A capacidade de gozo tem – 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.

30. "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, e 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 essa 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 nesse 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. [...] O de maneira que o único fundamento da incapacidade do direito moderno é esse fundamento psicológico que acaba 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, São Tiago. Op. cit., p. 135-138.

31. "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 emanação

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 agir³², representa o poder que a pessoa natural tem de dirigir-se autonomamente na ordem civil³³, correspondente à idoneidade para atuar no exercício direto de direitos e deveres por ato próprio ou mediante um representante voluntário³⁴. 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"³⁵. A capacidade de fato³⁶, em razão de sua própria natureza quantitativa, é mensurável e, por consequência, admite limitações ao pleno agir. Considerando que a capacidade civil é a regra³⁷, 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 extensivas³⁸.

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. E 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 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 despolio dos atributos da personalidade. Por isso mesmo devemos 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.

32. "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.

33. EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 137.

34. "A capacidade de exercício ou capacidade de agir – já 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.

35. BARBOZA, Heloisa Helena. Capacidade, cit., p. 327.

36. "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, interdiz-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 e 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 todas pessoas 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.

37. "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. E 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". Idem, ibidem, p. 224.

38. Segundo Caio Mário da Pereira: "Como a incapacidade é uma restrição ao poder de agir, deve ser sempre encarada *stricti juris*, e sob a iluminação do princípio segundo o qual a *capacidade é a regra e a incapacidade é exceção*". Idem, ibidem, p. 226.

As limitações atualmente admissíveis no ordenamento jurídico brasileiro são as previstas nos arts. 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 pessoa³⁹, que passa a ser qualificada como juridicamente incapaz. Se a proibição é 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 possa representá-la ou assisti-la na vida civil a depender do grau de incapacidade catalogado previamente em lei.⁴⁰

Por isso, o conceito de incapacidade civil⁴¹ 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 incapá-

39. "O instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável. Esta é a ideia fundamental que o inspira, e acentua-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 eficiência dos atos jurídicos praticados pelos incapazes. A lei não institui o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que dela 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". Idem, ibidem, p. 228.

40. "A incapacidade se supre sempre do seguinte modo: colocando ao lado do incapaz alguém que decide por ele ou, então, decide em colaboração com ele. Até esta é 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 deliberar 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.

41. "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. Aí proibe ao tutor adquirir bens do pupilo (art. 1.749 do Código Civil); interdiz, sob pena de anulação, aos ascendentes venderem os descendentes, sem o expresso 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. Apesar, 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.

zes 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 lei⁴². 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 preterito, 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 excluente que permeava e ainda permeia o tema⁴³. 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”⁴⁴.

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

42. “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).

43. V., por todos, SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOURA, 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.

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

indivíduos a partir de um jústo 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 juiz médico – condições de tomar decisões razoáveis (assim aferíveis pelos seus prováveis resultados), incorreria em hipótese de incapacidade”⁴⁵.

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 pessoa⁴⁶, 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, espalhando 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*⁴⁷. 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 redação⁴⁸, 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 sua vontade

45. 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*, Vitoria, v. 18, n. 1, p. 227-256, jan./abr. 2017.

46. 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.

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

48. “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 ebríos 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”.

tade". Com isso, o EPD tem provocado intenso debate acerca da possibilidade de se reconhecer a plena capacidade às pessoas com deficiência intelectual.⁴⁹

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 invalidades⁵⁰ dos negócios jurídicos e na prescrição e decadência⁵¹, 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".⁵² 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 incapacida-

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

50. Cf. SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Autonomia, discernimento e vulnerabilidade: estudo sobre as invalidades: negociações à luz do novo sistema de 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 Ehbrardt Jr. (Org.). *Impactos do novo CPC e do EPD no direito civil brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 205-228.

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

52. SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é qual sua utilidade? *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.

dades 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 Rodotá –, 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.⁵³

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".⁵⁴ 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".⁵⁵

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"⁵⁶ 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.⁵⁷

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".⁵⁸ Embora útil num regime fechado como o anterior, na linha da atual vocação emancipatória da capacidade civil, despicinda 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

53. Idem, ibidem.

54. MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit., p. 593-594.

55. MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. cit., p. 593-594.

56. RODOTÁ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Nápoli: Editore Scientifica, 2007, item 5.

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

58. 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; MOELLER, Leticia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 324-325.

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".⁵⁹

As nuances do discernimento⁶⁰ constituíram 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 graduações 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. O descalço 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 métrico 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 propõe 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".⁶¹ 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)⁶² aprovou em 2001 a Classificação Internacional de

59. Idem, *ibidem*, p. 326.

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

61. PERLINGERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Ciccio. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 783.

62. 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.

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"⁶³. 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, actividades e participação; de maneira similar, incapacidade é um termo que inclui deficiências, limitação da *actividade* ou restrição na *participação*".⁶⁴

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".⁶⁵ Por isso, é preciso revisitar a 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 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

63. DINIZ, Debora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos* (impresso), v. 6, n. 11, p. 12-24, 2009.

64. OMS. *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Trad. e rev. de Amélia Leitão. Lisboa, 2004. Disponível em: http://www.inr.pt/uploads/docs/cid/CIF_port_202004.pdf. Acesso em: 09 nov. 2017.

65. DINIZ, Debora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Op. cit.

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”⁶⁶. 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 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”⁶⁷.

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 EPD⁶⁸, 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”⁶⁹, se caracterizava como hipótese

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

67. “O paciente, nessa condição, pode 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 pálebra, assim como sua sensibilidade a dor, continuam a funcionar; a estar presentes, visto que tal tipo de lesão cerebral não é, 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 desejara vida”. BARBOSA-FORRMANN, Ana Paula. O Escândalo e a Borboleta: A Conquista da Autonomia e Dignidade de Deficientes com Síndrome ‘Locked-In’. *Inclusive* – inclusão e cidadania, 11 fev. 2014. Disponível em: www.inclusive.org.br. Acesso em: 19 nov. 2017.

68. Heloisa Helena Barboza defende que: “O ocaso da curatela do enfermo não constitui assim seu desaparecimento, pois a ideia que a gerou e a fez nascer de modo acentuado 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 Régo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). *Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 451.

69. V. art. 1.779 do CC.

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, 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 restrinida 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.⁷⁰

70. 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 impõe, 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”. ROSENVOLD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 744.

Indiscutível, portanto, constatar que a Convenção, seguida pelo Estatuto, não se compra 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 juizo 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.

Dante 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 restrinida*) sempre limitada no tempo e em sua extensão, de modo a prestigiar 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 humana⁷¹, pois alcança o exercício de sua liberdade existencial. No ordenamento jurídico brasileiro, transformar a incapacidade em um instrumento de limitações, proibições e exclusões estereotipadas⁷² que impõe a pessoa de autodeterminar-se, a fim de representar uma prisão à autocriação da pessoa⁷³, 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 abruptas⁷⁴ entre capacidade e incapacidade e entre incapacidade absoluta e relativa, que acabam por refletir em uma proteção excessiva⁷⁵ e demasiadamente paternalista que se traduzia em uma

71. LÓBO, Paulo Luiz Netto. Op. cit., p. 112.

72. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 164.

73. "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". 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: Atualidades II – Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 68.

74. 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; 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.

75. 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.

"terrível tirania"⁷⁶, 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"⁷⁷. 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".⁷⁸

Nas situações existenciais, a titularidade decorre necessariamente do seu exercício⁷⁹. Os atos de autonomia existencial são personalíssimos⁸⁰, o que inabilitiza o exercício por outrem, sendo contrários a natureza da representação e da assistência⁸¹ típicos do regime de (in)capacidade patrimonial. Fundamental, portanto, garantir à pessoa com capacidade restrinida a possibilidade de atuar diretamente⁸², 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 desculpar 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".⁸³

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

76. PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional, cit., p. 782.

77. DINIZ, Fernanda Paula; ABRAHÃO, Ingrith Gomes. Op. cit., p. 139.

78. LÓBO NETTO, Paulo Luiz. Op. cit., p. 111.

79. 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: RUYZ, 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.

80. "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.

81. Idem, ibidem, p. 126.

82. Idem, ibidem, p. 131.

83. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 164.

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. 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"⁸⁴. Por isso, "neutralizar completamente a possibilidade de uma pessoa protagonizar a sua biografia"⁸⁵ não mais condiz com a superada incapacidade absoluta.⁸⁶

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 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 ampara⁸⁷, repristina dois incisos da antiga redação do art. 3º do Código Civil, que passaria a estabelecer como abso-

84. ROSENVALD, Nelson. As quatro críticas infundadas ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. *O Direito Civil em movimento. Desafios contemporâneos*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 108.

85. Idem, ibidem, p. 108.

86. "A expressão 'absolutamente incapaz' é tecnicamente e éticamente inadmissível. Ela parte da premissa de que existe uma classificação abstrata capaz de albergar seres humanos despersonalizados, incapazes 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 estagio 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 excepcioníssimos com a estigmatizadora maioria de hipóteses de curatela em que o curatelado permanece 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%99Caixa-de-Pandora%E2%80%99-da-incapacidade-absoluta>. Acesso em: 16 dez. 2017.

87. SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/lose-simao-estatuto-pessoas-com-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 17 dez. 2017. Segundo Flávio Turtuce, "fica a dúvida se não seria interessante retornar 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". TURTUCE, Flávio. *Direito civil*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral, p. 138-139.

lutamente incapazes: "II – os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos, conforme decisão 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 nascem 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 recuperar a sua plena capacidade jurídica em igualdade de condição com as demais pessoas.⁸⁸

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 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.⁸⁹

88. 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 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)".

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

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 trânsito 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 excluente 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.

6. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silmara J. A. *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 RUYK, 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*, v. 18, n. 1, p. 227-256, Vitoria, jan./abr. 2017.
- ASCENSAO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 1.
- BARBOZA-FORHMANN, Ana Paula. O Escafandro e a Borboleta: A Conquista da Autonomia e Dignidade de Deficientes com Síndrome "Locked-In". *Inclusive – inclusão e cidadania*, 11 fev. 2014. Disponível em: www.inclusive.org.br. Acesso em: 19 nov. 2017.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Capacidade. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Dir.). *Enciclopédia de Direito Civil y Bioética*, Granada, 2011. t. I.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Curatela do enfermo: instituto em renovação. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Org.). *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 Elhardt 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 (Org.). *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*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1.

- BODIN DE MORAIS, Maria Celina. *Uma aplicação do princípio da liberdade. Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Atual. Gustavo Tepedino. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DINIZ, Debora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino dos. *Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. 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 Antônio Fabris, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FARIA, Roberta Eley 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.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LÓBO, 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; MÖELLER, Letícia Ludwig (Org.). *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, v. 21, n. 2, Fortaleza, maio/ago. 2016.
- 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: RUYK, Carlos Eduardo Piankoff; 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. *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.
- MONTEIRO FILHO, Raphael de Barros et al. TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil: das pessoas (arts. 1º a 78)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. 1.
- 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 Amelia Leitão. Lisboa, 2004. Disponível em: 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*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.
- PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- 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.
- 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.nelsonrosenwald.info/single-post/2017/06/06/A-%E2%80%9Ccaixa-de-Pandora%E2%80%9D-da-incapacidade-absoluta>. Acesso em: 16 dez. 2017.
- ROSENVALD, Nelson. *As quatro críticas infundadas ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. 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 (Org.). *O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodota*. 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-5.n.1.2016.pdf>. Acesso em: 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*. Pensar, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 489-499, 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*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. 1.