

## O DIREITO À DIFERENÇA E À PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA RUPTURA NO REGIME DAS INCAPACIDADES

Rosalice Fidalgo Pinheiro\*

Flávia Balduino Brazzale\*\*

**SUMÁRIO:** *Introdução; 2 O Direito à diferença e à pessoa com deficiência; 3 A pessoa com deficiência e o regime jurídico das incapacidades; 3.1 Conceito e terminologia: A pessoa com deficiência; 3.2 O regime jurídico das incapacidades e a pessoa com deficiência; 4 Capacidade da pessoa com deficiência e liberdade; 5 Considerações finais; Referências.*

**RESUMO:** O advento da lei nº. 13.146/2015 recente já tem sido objeto de aplausos e críticas da doutrina mais recente do direito civil. Eis que ela emancipou a pessoa com deficiência, tornando-a plenamente capaz para prática de atos da vida civil. Trata-se de uma ruptura do regime das incapacidades, mas que gera alguns paradoxos. Dentre os quais está como proteger a pessoa que está completamente ausente de discernimento, não podendo exprimir sua vontade. Utilizando-se do método dedutivo e das concepções de liberdade, o presente trabalho busca instrumentos que possibilitem esta proteção e que evidenciem uma liberdade efetiva da pessoa com deficiência na sociedade atual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pessoa com deficiência; Capacidade de fato; Direitos fundamentais.

### THE RIGHT TO BE DIFFERENT AND THE PERSON WITH DEFICIENCY: RUPTURE WITHIN THE HANDICAPPED REGIME

**ABSTRACT:** Law 13.146 of 2015 has been praised and criticized on its doctrine within Civil Law. The law emancipated people with deficiency and made them totally capable of their acts in civil life. It is actually a rupture from the handicapped people regime, although it produced several paradoxes, such as the manner people with total lack of discernment and incapable of expressing their will may be protected. Current analysis employs the deductive method and the concepts of freedom. It provides tools that make possible such protection and provides effective freedom to people with deficiency in current society.

**KEY WORDS:** People with deficiency; True handicap; Basic rights.

\* Doutora em Direito das Relações Sociais; Docente de Direito Civil na UFPR; Docente e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito do no Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, Brasil.

\*\* Mestranda do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia no Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, em Curitiba-PR; Bolsista da CAPES.

## EL DERECHO A LA DIFERENCIA Y A LA PERSONA CON DEFICIENCIA: UNA ROTURA EN EL RÉGIMEN DE LAS INCAPACIDADES

**RESUMEN:** La llegada de la Ley n.º. 13.146/2015 reciente ya ha sido objeto de conmemoraciones y críticas de la doctrina más reciente del Derecho Civil. Es que ella emancipó la persona con deficiencia, volviéndola plenamente capaz para la práctica de actos de la vida civil. Se trata de una rotura del régimen de las incapacidades, pero que genera algunas paradojas. Entre las cuales está cómo proteger a la persona que está completamente ausente de discernimiento, no pudiendo expresar su voluntad. Utilizándose del método deductivo y de las concepciones de libertad, el presente estudio busca instrumentos que posibiliten esta protección y que evidencien libertad efectiva de la persona con deficiencia en la sociedad actual.

**PALABRAS CLAVE:** Persona con Deficiencia; Capacidad de Hecho; Derechos Fundamentales.

### INTRODUÇÃO

Estima-se que no Brasil, há mais de 45 milhões de pessoas com deficiência<sup>03</sup>, cuja origem decorre não apenas de problemas congênitos, mas de infortúnios como desnutrição, ocorrência de acidentes de trânsito e de trabalho, dentre outros. Trata-se de, aproximadamente, 24% da população brasileira que há pouco foi emancipada, por meio de um tratado internacional de direitos humanos (Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência) e da lei n.º 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência). Acolhendo-se o princípio da proibição de discriminação, o paradigma paternalista de proteção dessas pessoas foi alterado pelo de sua autonomia, afirmando-se o direito à diferença.

No conjunto de alterações promovidas pela Convenção e, notadamente, pelo Estatuto, está uma ruptura no regime das incapacidades estabelecido nos artigos 3º e 4º do Código Civil. A pessoa com deficiência psíquica ou intelectual conquistou capacidade plena para prática dos atos da vida civil, desfazendo-se a separação entre titularidade e capacidade. Em razão deste fato, o advento da lei

---

<sup>03</sup> Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). Cartilha do Censo 2010. Pessoas com Deficiência. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2015. p.6.

nº. 13.146/2015 no cenário jurídico nacional tem sido objeto de aplausos e críticas pela doutrina mais recente do Direito Civil. Eis que ela aponta para o paradoxo causado pela eliminação do regime de representação para as pessoas com deficiência completamente ausentes de discernimento, de tal modo a se cogitar “a destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes”<sup>04</sup>.

Em razão dessas críticas, é necessário examinar se o Estatuto rompeu com um regime, até então discriminatório, emancipando a pessoa com deficiência, ou se rompeu com a finalidade deste regime, deixando-a desprotegida. Para tanto, este trabalho se utilizará do método dedutivo e o procedimento bibliográfico, pois parte da noção geral de capacidade para aplicá-la à pessoa com deficiência, enunciando sua ruptura pela lei 13.146/2015. Elegem-se como marcos teóricos os estudos de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk e Joyceane Bezerra de Menezes, na doutrina mais recente sobre o tema, eis que ousaram enfrentar o aspecto mais polêmico da lei: como proteger uma pessoa capaz que não apresenta qualquer discernimento. Ao final, o trabalho avaliará se o Estatuto garante liberdade efetiva à pessoa com deficiência ou tão somente negativa e formal.

O plano de trabalho foi dividido em três partes, sendo a primeira a contextualização do Estatuto da Pessoa com Deficiência, conduzida pelo princípio da igualdade como direito à diferença. A segunda parte será dedicada ao regime das incapacidades, partindo do conceito de pessoa com deficiência, delineado pela Convenção e pelo Estatuto. Posteriormente, procurar-se-á demonstrar a ruptura provocada pela lei 13.146/2015 no regime das incapacidades do Código Civil, por meio do qual a pessoa com deficiência conquistou capacidade plena, dissociando-se titularidade e capacidade, procedendo a um cotejo entre situações existenciais e patrimoniais. A terceira parte apresentará e elucidará o paradoxo já proposto por este trabalho: como proteger a pessoa com deficiência que não tem qualquer discernimento e, portanto, não pode exprimir sua vontade? A busca por instrumentos que possibilitem esta proteção, seja na Convenção ou no Estatuto, será contraposta à concepção de liberdade, concluindo-se pela imprescindibilidade de um “conjunto capacitatório” que torne a liberdade da pessoa com deficiência efetiva.

<sup>04</sup> KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

## 2 O DIREITO À DIFERENÇA E À PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Segundo Francesco Galgano, no direito privado moderno, a relação entre codificação e igualdade é evidente<sup>05</sup>. A pluralidade de estatutos jurídicos era um fator de desigualdade jurídica no medievo. A substituição destes estatutos por uma lei única, geral e abstrata, advinda do Estado de Direito Liberal, contemplava tão somente a igualdade perante a lei. Suplantando o ideário característico do medievo, o indivíduo deixava de pertencer a um grupo para pertencer à nação, o que lhe permite o exercício de suas liberdades e afirmar-se como pessoa<sup>06</sup>.

Neste contexto, a realização individual do sujeito está baseada no exercício de suas liberdades. É importante registrar que a noção de indivíduo delineada pelos modernos se baseava em uma noção geral e abstrata de pessoa<sup>07</sup>. A igualdade de todos os indivíduos é garantida pelo fato de todos estarem sujeitos a uma única lei geral e abstrata, representada pelo Código Civil.

Com amparo nesta concepção de igualdade tão somente formal, o liberalismo fundamentou a noção de liberdade como valor estruturante de toda a sociedade, atingindo também o sistema jurídico. Trata-se do poder de autodeterminação, que se traduz na liberdade garantida à pessoa de determinar sua própria vida. No entanto, este poder de autodeterminação não foi reconhecido a todas as pessoas, em face de uma concepção geral e abstrata de sujeito de direito, mostrando-se incapaz de reconhecer as diferenças.

O Estado, cuja instituição histórica teve por função garantir e proteger os direitos individuais, passou por transformações, de tal maneira que a realização individual foi compatibilizada com os valores sociais<sup>08</sup>. Construiu-se um Estado democrático de Direito, no qual a igualdade passa a ser o valor supremo de uma sociedade que garante os direitos fundamentais de liberdade e sociais, e os valores

<sup>05</sup> GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*. Bologna: Zanichelli. [s.d.]. p. 36.

<sup>06</sup> Nos ensinamentos de Pietro Costa, tem-se que a liberdade medieval é definida a partir de uma complexa rede de relações de pertencimento, hierarquias e domínio de ordens e estamentos. Enquanto que a visão da liberdade para os modernos considera o homem naturalmente livre de todo vínculo, ordem e hierarquia social. Fazendo um contraponto entre o pensamento medieval e moderno (COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia. Ensaio de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 226).

<sup>07</sup> De acordo com Jesus Antonio de la Torre Rangel, o direito moderno é constituído por normas gerais, abstratas e impessoais e a razão destas características está na concepção de liberdade e de igualdade estabelecida no mundo moderno. (RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. *El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. San Luis Potosí, México: CENEJUS, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2006. p. 82)

<sup>08</sup> As transformações dos fundamentos modernos, na sociedade contemporânea, são caracterizadas por Paolo Grossi como rachaduras, termo que pretende marcar a complexidade da projeção jurídica naquele período. (GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre o direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005. p. 57).

da dignidade da pessoa humana e a justiça social. Da igualdade formal transita-se para a igualdade substancial, em face da qual um subjetivismo concreto toma lugar, na medida em que o Estado legisla em favor dos grupos mais vulneráveis da sociedade.

Na Constituição brasileira de 1988, a igualdade traduz-se no reconhecimento da diferença, pois a promoção do bem de todos, sem quaisquer preconceitos ou formas de discriminação é um dos objetivos fundamentais da República (art. 3, IV). O reconhecimento das diferenças supõe o tratamento desigual aos que assim carecem traz equilíbrio à relação em sociedade por possibilitar que todos tenham as mesmas oportunidades de desenvolver-se, promovendo-se o direito à diferença. Para tanto, o princípio da igualdade traduz a proibição de discriminação, que se impõe não apenas nas relações entre Estado e cidadão, mas ainda nas relações interprivadas.

Nessa perspectiva, as pessoas com deficiência constituem-se em um grupo que necessita de uma proteção especial por parte do Estado, sendo objeto de tutela constitucional, reconhecendo-lhes a titularidade de direitos fundamentais<sup>09</sup>. Em 2008, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU foi incorporada ao direito brasileiro com *status* de emenda constitucional<sup>10</sup>. Luiz Alberto David Araújo e Maurício Maia anotam o caráter inovador desta nova normativa, uma vez que condiciona a interpretação de todo o sistema jurídico em sede infraconstitucional, sob pena de inconstitucionalidade<sup>11</sup>.

Deposita-se no conceito de pessoa com deficiência o caráter inovador da Convenção, ao estabelecer em seu art. 1º. que “pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. O cerne deste conceito é a interação entre impedimento e as barreiras existentes na sociedade, que geram sua exclusão. Ele se contrapõe ao delineado

<sup>09</sup> O art. 37, VIII, da CR estabelece a reserva de vagas para pessoas com deficiência em concursos públicos, igualmente o art. 203, V, da CR, estabelece-lhes um benefício assistencial, e o art. 93 da Lei nº. 8.213/1991, estabelece uma reserva de vagas em postos de trabalho na iniciativa privada (Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David., MAIA, Maurício. O Conceito de Pessoas com Deficiência e algumas de suas Implicações no Direito Brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 22. n. 86, jan/mar. 2014. p.166)

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 2016. Art. 5º, § 3º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

<sup>11</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O Conceito de Pessoas com Deficiência e algumas de suas Implicações no Direito Brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 22. n.86. jan/mar. 2014. p.174.

pela medicina e acolhido pelo decreto nº. 3.298/1999, calcado em hipóteses típicas de deficiência, cuja exclusão é gerada pela impossibilidade de subsunção da pessoa a uma destas hipóteses. Por outras palavras, o novo conceito deposita na sociedade a deficiência, sendo, portanto, aberto e social, enquanto este último é fechado e típico<sup>12</sup>.

Abre-se um desafio: ultrapassar o conceito geral e abstrato de pessoa com deficiência, atento ao direito moderno, e reconhecer as diversidades que constituem cada ser, em atenção à igualdade como direito à diferença. Em resposta a este desafio, a lei nº. 13.146/15 estabelece o Estatuto da Pessoa com Deficiência, operando uma ruptura no regime das incapacidades no direito privado.

### 3 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O REGIME JURÍDICO DAS INCAPACIDADES

A personalidade ocupa posição central no ordenamento jurídico brasileiro<sup>13</sup>, em razão da afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos objetivos da República, na Constituição de 1988. Trata-se de uma perspectiva subjetiva que rompe com a concepção de personalidade como mero conceito técnico, isto é a aptidão genérica para contrair direitos e obrigações, que remonta à concepção abstrata de sujeito de direito, delineada pela modernidade. Na atualidade, esta perspectiva objetiva não se perdeu, de tal modo que se atribui esta aptidão às pessoas jurídicas<sup>14</sup>, no entanto, ela passa a ser vista como um valor. Reconhecendo esses dois sentidos para a personalidade, disserta Gustavo Tepedino:

O primeiro associa-se à qualidade para ser sujeito de direito, conceito aplicável tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas. O segundo traduz o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada objeto de proteção privilegiada por parte do ordenamento, bem jurídico representado pela afirmação da dignidade humana, sendo peculiar, portanto, à pessoa natural<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O Conceito de Pessoas com Deficiência e algumas de suas Implicações no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 22. n.86, jan/mar. 2014. p.170-171.

<sup>13</sup> Caio Mario da Silva Pereira reconhece que o direito é constituído por causa do homem, e por isso, deverá ir além, centralizando os cuidados ao ordenamento jurídico em atenção ao pensamento contemporâneo. (MÁRIO, Caio. *Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense. p.181).

<sup>14</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 12ª ed. 1. vol. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 94.

<sup>15</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Esta compreensão distancia-se da teoria kelsiana a qual considera a pessoa física não como indivíduo, mas como mera construção jurídica criada pela ciência do direito, tratando-se da "unidade personificada das normas jurídicas que obrigam e conferem poderes a um e mesmo indivíduo". (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.194)

A personalidade não se confunde com capacidade, pois, “enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é a projeção desse valor que se traduz em um *quantum*”, ligando-se a ideia de mensuração “pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa”<sup>16</sup>. Deste modo, a personalidade é atributo inseparável do homem, mas, que será complementado pela capacidade. De nada valeria um sem o outro, de modo que “como toda pessoa tem personalidade, tem também a faculdade abstrata de gozar os seus direitos”<sup>17</sup>. A capacidade, na compreensão de qualidade para o fim de aquisição e exercício dos direitos, descreve que as relações jurídicas são realizadas por pessoas capazes ou ainda, caso não possuam esta qualidade, pelos seus representantes.

Enquanto a personalidade “é o homem jurídico num estado, por assim dizer, estático; a capacidade é o homem jurídico no estado dinâmico”.<sup>18</sup> Reconhecendo este dinamismo albergado na ideia de capacidade é que se torna possível a compreensão de situações, nas quais se admite que uma pessoa tenha o gozo de um direito sem ter capacidade de agir. Daí a divisão feita doutrinariamente da capacidade jurídica em capacidade de direito (também denominada de aquisição ou gozo) e capacidade de fato (ação ou de exercício). Em auxílio a esta compreensão, o direito alemão expressava estas situações em dois termos diversos mais esclarecedores: *Rechtfaehigkeit* (aptidão para ser titular de direitos e obrigações) e *Handlungsfahigkeit* (aptidão de adquirir e exercitá-los por ato próprio). Cabe aqui empregar a correspondência entre personalidade e capacidade jurídica e de forma sequencial capacidade de direito e de exercício<sup>19</sup>.

A capacidade de direito é intrínseca a todo indivíduo (e estendida a agrupamentos morais) como atributos inerentes da própria personalidade. É propriamente a aptidão genérica para alguém ser titular de direitos e deveres: possibilidade de ser sujeito de direito, sujeito de relações jurídicas<sup>20</sup>. Diversamente, a capacidade de exercício corresponde à condição de praticar pessoalmente os atos da vida civil no sentido de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas. Esta capacidade sofre gradação distinguindo-se as pessoas plenamente capazes, pessoas

<sup>16</sup> AMARAL, Francisco. Direito Civil Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 254.

<sup>17</sup> MARIO, Caio. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.221.

<sup>18</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português. v.1, Max Limonad: São Paulo, 1955, p. 189.

<sup>19</sup> Ibidem, 1955, p. 190.

<sup>20</sup> FARIAS. Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. vol.1. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 305.

absolutamente incapazes e pessoas relativamente incapazes<sup>21</sup>. Logo, embora a capacidade de direito prescindia da capacidade de exercício, o inverso não se sustenta, já que, embora dotadas dos atributos da personalidade, determinadas pessoas podem não gozar da condição de exercício pessoal dos direitos civis. A estes o direito denomina incapazes.

Esse regime das incapacidades importa em uma restrição ao princípio da autonomia privada que não se presume, mas decorre da lei. Deste modo, ele foi acolhido pelo Código Civil de 1916, albergando a pessoa com deficiência dentre os “loucos de todo o gênero”, em seu artigo 5º, II. Expressão passível de críticas por parte da doutrina, o Código Civil de 2002 introduziu a ausência de “discernimento” como fator de enquadramento na incapacidade absoluta ou relativa, o que permite, segundo Judith Martins-Costa, uma reconstrução conceitual da teoria das incapacidades partindo de um raciocínio concreto ou específico e não apenas geral-abstrato<sup>22</sup>. Há, neste aspecto, uma exigência interpretativa de atualização dos valores pressupostos à lei, que se refletem na investigação da finalidade do regime das incapacidades.

A doutrina é uníssona<sup>23</sup> em afirmar que o regime das incapacidades tem por finalidade “a proteção daqueles que, presumivelmente, não têm discernimento para a administração pessoal de seus ‘interesses’”<sup>24</sup>. Tal finalidade enseja a proteção da pessoa e não a sua discriminação<sup>25</sup>, restando indagar acerca da natureza destes interesses, se patrimoniais ou existenciais.

O Código Civil revogado transparecia a matriz individual patrimonialista da racionalidade jurídica moderna, notadamente em sua parte geral, delineada sob a construção de conceitos gerais em semelhança ao *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), evidenciando sua herança germânica<sup>26</sup>. Na parte especial daquele Código via-se a nítida influência do Código Civil francês, o que retrata a filosofia do ideário

<sup>21</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. vol.1. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 304

<sup>22</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (Org.). Bioética e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 319.

<sup>23</sup> Neste sentido, ver Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Orlando Gomes e Silvio Rodrigues em RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. TEPEDINO, Gustavo (Org.). A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23.

<sup>24</sup> RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. TEPEDINO, Gustavo (Org.). A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23.

<sup>25</sup> LÔBO, Paulo. Direito civil: Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 118.

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. O positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2006. p.60-62.



iluminista da Europa ocidental. Ademais, a filosofia do direito, sob o predomínio da razão, constitui-se de forma apriorística<sup>27</sup>, idealizando construções cujo “... instrumental jurídico correspondente à concepção abstrata e universalizante de *sujeitos de direitos*”<sup>28</sup>

Para esse sujeito, a liberdade era o primeiro direito fundamental afirmado pelas codificações oitocentistas, uma vez que esta também ocupava a essência do liberalismo. Considerando o lugar de centralidade ocupado pelo patrimônio nesses ordenamentos jurídicos, a liberdade expressa pela autonomia privada era essencialmente econômica, e as restrições representadas pelo regime das incapacidades a esta liberdade colocavam em jogo tão somente os interesses patrimoniais. Por conseguinte, as pessoas que não pudessem exercer sua liberdade na esfera patrimonial eram consideradas incapazes. É o que afirma Ana Carolina Brochado Teixeira.

A incapacidade de agir está circunscrita ao elemento patrimonial, concepção esta que é fruto de uma tradição em que advertem os influxos de uma elaboração científica de séculos, que não aproxima a capacidade de agir dos direitos do homem, mas sim, da realização de negócios e para a tutela da relação contratual. Numa antiga concepção, os atos de autonomia privada, para o qual era necessário ser capaz, eram tidos como expressão do direito de propriedade e do tráfego comercial. Todavia, hoje, a tutela da pessoa não pode se exaurir apenas na esfera patrimonial<sup>29</sup>.

Inspirados em Pietro Perlingieri, Ana Carolina Brochado Teixeira e Rafael Garcia Rodrigues apontam o erro de um regime que resguarda o incapaz somente da prática de atos de natureza patrimonial<sup>30</sup>. Proclamam a releitura do regime das incapacidades quando estiver em jogo interesses existenciais, restando inadmissível separar titularidade da possibilidade de exercício do direito, em razão de seu perfil

<sup>27</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Síntese de uma História das Ideias Jurídicas: da antiguidade à modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 11.

<sup>28</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (Org.). Bioética e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 310.

<sup>29</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. Revista trimestral de direito civil, v. 33, janeiro/março, Rio de Janeiro: Padma, 2008, p. 3-36, p. 10.

<sup>30</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. Revista trimestral de direito civil, v. 33, janeiro/março, Rio de Janeiro: Padma, 2008, p. 3-36, p. 10; RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. TEPEDINO, Gustavo (Org.). A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24.

funcional: o livre desenvolvimento da personalidade<sup>31</sup>. Neste aspecto, é possível suscitar uma crítica ao regime das incapacidades, presente no Código Civil, segundo Rafael Garcia Rodrigues.

A presunção da falta de discernimento ou compreensão, que justifica o tratamento como incapaz, é impreciso e imperfeito ao tratamento de atos patrimoniais, uma vez que desloca a realização de tais atos à vontade de um representante ou assistente, assim como assemelha em categorias genéricas como a de deficiente mental, o paranoico, o portador de síndrome de Down ou de Alzheimer entre outros, desconsiderando a diferença existente entre tais indivíduos. Muito mais angustiante é, no entanto, quando se tratam de situações de cunho existencial, como o tratamento sanitário, a disposição corporal, o método educacional [...], que ocupam preocupação central em um ordenamento jurídico voltado à realização da pessoa, como o nosso; por certo que não se pode desprezar ou desqualificar o valor jurídico da vontade dos incapazes em tais casos<sup>32</sup>.

Com vistas a superar esse panorama, o Estatuto da pessoa com deficiência inova, não mais apostando na codificação, mas criando um microsistema por meio da legislação infraconstitucional. Tal diploma revoga a condição de absolutamente incapaz daquele que por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática dos atos civis ou que, mesmo por causa transitória não puder expressar sua vontade, revogando os incisos I, II e III do artigo 3º, do Código Civil<sup>33</sup>. Aos que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade passarão a serem considerados relativamente incapazes inserindo-se no rol do artigo 4º do Código Civil, juntamente com os pródigos, ébrios habituais, viciados em tóxicos e os maiores de 16 e menores de 18 anos. Da leitura exegética da alteração proposta aos artigos 3º e 4º do Código Civil, pode-se verificar o esvaziamento do rol de situações de incapacidade absoluta, já que as normas de exceção ou normas

<sup>31</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista trimestral de direito civil*, v. 33, janeiro/março, Rio de Janeiro: Padma, 2008, p. 3-36, p. 13; RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24.

<sup>32</sup> RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. TEPEDINO, Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24.

<sup>33</sup> BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)> . Acesso em: 25 fev.2016. Art. 114 "A Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. I - (Revogado); II - (Revogado); III - (Revogado)." "Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial."

excepcionais não admitem a ocorrência de analogia ou interpretação extensiva<sup>34</sup>.

Há uma ruptura com regime das incapacidades do Código Civil, dissipando-se a racionalidade abstrata na apreensão do sujeito de direito. Eis que o Estatuto rende-se a uma racionalidade concreta, já que a incapacidade deixa de ser atribuída a situações previamente estabelecidas e passa a privilegiar a verificação concreta do sujeito de direito. Inaugura-se um novo cenário jurídico do que se entende por "(in) capacidade" na medida em que se exclui do rol da incapacidade de fato as causas de enfermidade e deficiência mental (adquirida ou congênita), e se reconhece a capacidade plena aos atos da vida civil sempre que se fizer possível, por óbvio, a expressão de vontade da pessoa com deficiência<sup>35</sup>. A percepção de não ser o conceito de incapacidade adstrito a uma categoria genérica de formato pré-definido cujo sujeito se enquadre ou não, traduz um "raciocínio atento às singularidades da pessoa" em interação com o seu contexto social que propicia o discurso sobre a "capacidade para consentir"<sup>36</sup>.

Torna-se insustentável a ideia sobre a capacidade jurídica como condição atrelada primordialmente ao desempenho do direito patrimonial, pois "...é inadmissível que o menor, o deficiente mental, o enfermo, tenham desprezadas suas manifestações de vontade acerca de questões que tocam ao seu desenvolvimento humano."<sup>37</sup> Considerando que a delegação de todo poder de escolha a um representante, poderia se configurar em violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o ordenamento jurídico resultaria em excesso de proteção, capaz de "...redundar na verdadeira supressão da subjetividade deste, na medida em que decisões sobre o desenvolvimento de sua própria personalidade fiquem a cargo de terceiros."<sup>38</sup> Por conseguinte, o Estatuto estabelece a capacidade

<sup>34</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 3. ed. São Paulo: Método. 2013. p.16.

<sup>35</sup> BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)> . Acesso 25 fev.2016. O artigo 6º expressa que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: "I- casar-se e constituir união estável; II- exercer direitos sexuais e reprodutivos; III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos [...]; IV- conservar sua fertilidade [...]; V- exercer direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI- exercer o direito à guarda, à curatela e à adoção [...]".

<sup>36</sup> Referida capacidade advém do próprio direito médico cuja preponderância do princípio do consentimento esclarecido se faz mister para todos os atos intervencionais ou dispositivos do próprio corpo. (MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (Org.). Bioética e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense. 2009.p. 324.)

<sup>37</sup> RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. TEPEDINO, Gustavo (Org.). A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 25.

<sup>38</sup> RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. TEPEDINO, Gustavo (Org.). A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 26.

para consentir cuja incidência também se debruça sobre os atos concernentes à esfera existencial da pessoa.

Judith Martins-Costa ressalta a insuficiência da capacidade negocial para o exercício desses atos, uma vez que tradicionalmente voltada às situações patrimoniais<sup>39</sup>. Por esta razão, o Estatuto, ao consagrar expressamente que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”<sup>40</sup>, reconhece a incidência da capacidade plena de consentir às pessoas sujeitas à sua proteção e que estejam aptas a declarar sua vontade. Trata-se de dissipar a distinção entre titularidade e possibilidade de exercício de direitos, quando estão em jogo os interesses existenciais, em conformidade com a crítica delineada por Pietro Perlingieri.

Para os interesses patrimoniais é ainda justificável isolar o momento da titularidade do direito (isto é, fruição) daquele da sua atuação (isto é, exercício); o mesmo não ocorre para os interesses existenciais. Se tais direitos, mais que outros, são concebidos aos fins de desenvolvimento da pessoa humana (2º e 3º Const.), não tem sentido reconhecer (abstratamente) um destes sem conceder também a possibilidade de exercê-lo. A observação diz respeito, não tanto às situações definidas como direitos personalíssimos [III, 1 sgs.], mas ainda atos ou negócios que não representam o exercício [IV, 67 sgs.], e os numerosos direitos e liberdades fundamentais consagrados pela Constituição<sup>41</sup>.

Deste modo, torna-se possível afirmar que há no Estatuto um repensar do regime das incapacidades<sup>42</sup>, que dissipa a distinção entre titularidade e exercício de direitos, em razão da acolhida do princípio de proibição de discriminação da pessoa

<sup>39</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (Org.). Bioética e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense. 2009.p.321.

<sup>40</sup> BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 jul. 2015.

<sup>41</sup> Tradução livre de: “Per gli interessi patrimoniali è ancora giustificato isolare il momento della titolarità del diritto (c.d. godimento) da quello della sua attuazione (c.d. esercizio); lo stesso non accade per gli interessi esistenziali. Se taluni diritti, più de altri, sono concepiti ai fini dello sviluppo della persona umana (2 e 3 cost.), non ha senso riconoscere (astrattamente) uno di questi senza concedere anche la possibilità di esercitarlo. L’osservazione concerne non soltanto le situazioni definite diritti personalissimi [III, 1 ss.] ma anche atti o negozi che ne rappresentano l’esercizio [IV, 67 ss.], nonché i numerosi diritti e libertà fondamentali sanciti della Costituzione.” PERLINGIERI, Pietro. Manuale di diritto civile. 3ª edição, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, p. 118; Cf. RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. TEPEDINO, Gustavo (Org.). A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 24.

<sup>42</sup> Ideia suscitada por Rafael Garcia Rodrigues. RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. TEPEDINO, Gustavo (Org.). A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24.

com deficiência no direito privado<sup>43</sup>, tanto no que se refere aos direitos patrimoniais como extrapatrimoniais. Mais do que isso, há uma ruptura com a ideia segundo a qual a capacidade jurídica é o critério da titularidade dos direitos fundamentais, proclamando, segundo Joyceane Bezerra, um tratamento humanista que produz uma reviravolta no regime das incapacidades e do direito protetivo<sup>44</sup>.

#### 4 CAPACIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E LIBERDADE

O Estatuto da Pessoa com Deficiência tem sido objeto de críticas, que se dirigem às lacunas deixadas pela nova lei, causando perplexidades à doutrina mais recente. Neste sentido, destaca José Fernando Simão: (i) considerada a plena capacidade civil, como as pessoas com deficiência que não podem de forma alguma exprimir sua vontade poderão praticar pessoalmente os atos da vida civil, uma vez que não poderão ser representadas? (ii) revogadas as regras dos artigos 198, I, e 208, do Código Civil, os prazos prescricionais e decadenciais passam a correr contra as pessoas com deficiência, levando à prescrição de suas pretensões creditícias; (iii) os casos de invalidade de negócios jurídicos, previstos nos artigos 166, I, e 171, I, do Código Civil deixam de existir, tornando-se válidos os negócios jurídicos praticados pessoalmente pelas pessoas com deficiência, não obstante lhes sejam desvantajosos; (iv) a quitação passada pelo credor com deficiência será válida, afastando-se a incidência do artigo 310, do Código Civil, e a presunção de aceitação de doação, prevista no artigo 543, do Código Civil, para os absolutamente incapazes deixa de existir, passando-se a exigir a aceitação expressa ou tácita; (v) a responsabilidade civil subsidiária do representante do incapaz pelos atos ilícitos praticados pelo representado, no caso, a pessoa com deficiência, prevista no artigo 928, do Código Civil, é afastada em favor da responsabilidade exclusiva do autor do dano<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 jul. 2015. Artigo 4º “Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação. § 1o Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.”

<sup>44</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Civilistica.com.*, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em 24 fev. 2016. p. 10.

<sup>45</sup> SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte I). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em 24 fev. 2016. p. 3-5.

Às lacunas, acima apontadas, é possível acrescentar o raciocínio de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, segundo o qual a nova lei elimina tão somente a incapacidade para a pessoa com deficiência, sem eliminar o regime da incapacidade do Código Civil. Tal fato revela uma lógica ambígua que deriva de uma interpretação equivocada da Convenção da Pessoa com Deficiência, da qual o Estatuto se faz portador<sup>46</sup>. Constata-se, então, um paradoxo: a lei nº. 13.146/2015 porta uma subjetividade concreta, que afirma o direito à diferença da pessoa com deficiência, mas que mantém em suas entrelinhas uma subjetividade abstrata, na medida em que desconsidera as diferenças entre aquelas que podem exprimir sua vontade e aquelas que não têm quaisquer condições de fazê-lo. Por outras palavras, indaga-se se o princípio de não discriminação, acolhido pelo Estatuto, traduz uma igualdade substancial como direito à diferença. Com vistas a desfazer ou confirmar semelhante paradoxo, aprecia-se a recepção da Convenção pelo Estatuto, para, em seguida, concluir se a capacidade da pessoa com deficiência expressa uma liberdade efetiva, com amparo em Amartya Sen.

A lei nº. 13.146/2015 regulamentou a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, tendo esta como propósito descrito em seu artigo 1º, “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”. Deste modo, a Convenção rompe com a concepção segundo a qual “a pessoa com deficiência tem um valor inferior às demais e de que a capacidade jurídica é critério para conquistar a titularidade de direitos fundamentais”<sup>47</sup>. Sob a égide dos princípios *in dubio pro capacitas* e da “intervenção mínima”, promove-se uma reviravolta no regime das incapacidades<sup>48</sup>, quando em seu artigo 12, estabelece no item 2 que “Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”. Trata-se, segundo Paulo Lôbo, de

<sup>46</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Palestra proferida no V Congresso de Direito Empresarial e Cidadania da Unicuritiba (Centro Universitário Curitiba). Curitiba – PR, em 20 out. 2015.

<sup>47</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Civilistica.com.*, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016. p. 10.

<sup>48</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Civilistica.com.*, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016. p. 4.

uma capacidade legal que é mais ampla do que a capacidade civil<sup>49</sup>, pois abrange tanto a capacidade de direito como a capacidade de exercício<sup>50</sup>, garantindo-se o exercício de direitos exemplificativamente enumerados no item 5, do artigo 12 da Convenção:

Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

Segundo Joyceane Bezerra de Menezes, “o reconhecimento da autonomia e da capacidade das pessoas com deficiência” é o principal contributo da Convenção, levando-as a concorrer em igualdade de condições com as demais pessoas, em termos de participação na vida social, familiar e política<sup>51</sup>. Deste modo, a pessoa com deficiência não se incluía mais no rol de absolutamente incapazes no direito brasileiro, derrogando o Código Civil<sup>52</sup>, uma vez que se tratava de tratado de direitos humanos recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional. Trata-se, portanto, do acolhimento de um direito à diferença, que parte da contemplação das diferenças existentes entre as pessoas, uma vez que a humanidade é diversificada e multicultural<sup>53</sup>. Em lugar do sujeito de direito abstrato da modernidade, busca-se proteger a pessoa concreta, de acordo com suas diferenças, pois como afirma Boaventura de Sousa Santos “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”<sup>54</sup>. Por conseguinte, a Convenção fundamenta-

<sup>49</sup> LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 25 fev. 2016. p. 1.

<sup>50</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Palestra proferida no V Congresso de Direito Empresarial e Cidadania da Unicuritiba (Centro Universitário Curitiba). Curitiba – PR, em 20 out. 2015.

<sup>51</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Civillistica.com.*, n.1, 2015. Disponível em: < <http://civillistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civillistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016. p. 5.

<sup>52</sup> Conferir neste sentido: LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 25 fev. 2016. p. 2.

<sup>53</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 88

<sup>54</sup> Uma concepção multicultural de direitos humanos. In: *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, nº 39, 1997. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=es&nrm=iso&tng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=es&nrm=iso&tng=pt)>. Acesso em: 17 jul. 2016. p. 122.

se em um direito à igualdade que não comporta tratamentos discriminatórios, impondo-se a igualdade de tratamento.

Ao recepcionar a Convenção, o Estatuto da Pessoa com Deficiência substituiu o ideal de integração pelo de inclusão. Enquanto pelo modelo integrador “se espera a inserção daquele que consegue adaptar-se”<sup>55</sup>, o modelo inclusivo busca deixar de excluir por reconhecer que “todos fazem parte de uma mesma comunidade e não de grupos distintos”<sup>56</sup>. Nesta perspectiva, o artigo 6º do Estatuto assegura o direito à igualdade e a não discriminação no exercício de direitos existenciais. Não obstante, Paulo Lôbo já considerasse, antes do Estatuto, que “os direitos existenciais não são alcançados pela incapacidade absoluta ou relativa”, restringindo-se aos atos patrimoniais<sup>57</sup>, colocou-se fim à discussão sobre a possibilidade de exercício de direitos da personalidade como se casar e constituir união estável, dos direitos sexuais reprodutivos, do direito ao planejamento familiar, do direito à guarda, tutela, curatela, adoção, dentre outros. Nesta perspectiva, o Estatuto reconhece a diversidade de discernimento exigido para prática de atos existenciais e patrimoniais, eis que os primeiros em razão de seu caráter personalíssimo devem ser exercidos pessoalmente, não se justificando a separação entre a titularidade e o exercício de tais direitos. Joyceane Bezerra de Menezes pondera neste sentido:

Enquanto os atos civis patrimoniais impactam na esfera disponível do sujeito, os atos civis que operam no âmbito não-patrimonial tocam em interesses indisponíveis, intransmissíveis e, em geral, irrenunciáveis. [...] As escolhas realizáveis nessa esfera não são passíveis de se concretizar por meio da representação, com a substituição de vontade; o agente (do ato civil que impacta nessa ordem de interesses) não pode ser pessoa diferente daquela que titulariza o direito<sup>58</sup>.

Por conseguinte, o casamento de pessoa com deficiência não será realizado mediante representação ou assistência. Entretanto, o Estatuto acrescenta o parágrafo 2º ao artigo 1.550 do Código Civil, segundo o qual “a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia [sic] poderá contrair matrimônio, expressando sua

<sup>55</sup> FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004. p. 40.

<sup>56</sup> FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. Direitos das pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: WVA, 2004. p. 40.

<sup>57</sup> LÔBO, Paulo. Direito Civil: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.119.

<sup>58</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Civilistica.com.*, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016. p. 7.



vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador”. Nos termos do Estatuto, esta exigência restringe-se aos atos patrimoniais, imprimindo-se à norma uma interpretação restritiva por parte da doutrina, em razão do caráter personalíssimo do casamento<sup>59</sup>.

Considerando-se, que a capacidade plena da pessoa com deficiência passa a ser a regra, somente é possível uma intervenção em sua autonomia de acordo com seu grau de discernimento, prevendo-se para tanto a tomada de decisão apoiada e a curatela. Trata-se a primeira de um mecanismo de apoio à capacidade da pessoa com deficiência, que visa manter sua autonomia, na medida em que lhe garante o direito de decidir<sup>60</sup>. Depende de um processo judicial, sob o rito de jurisdição voluntária, e poderá ser utilizada para realização tanto de atos patrimoniais como de atos extrapatrimoniais<sup>61</sup>. Não se trata de representação nem de assistência, mas de uma terceira figura que se coloca ao lado daquelas, garantindo-se o direito de decisão à pessoa com deficiência. Já a segunda é delineada com um caráter excepcional pelo Estatuto, uma vez que é mitigada como mecanismo de substituição da vontade do curatelado e restringindo-se aos atos patrimoniais<sup>62</sup>. Quanto a este aspecto, a inovação da lei 13.146/2015 causa estranheza à doutrina ao se indagar sobre a curatela de pessoa capaz. Trata-se de uma curatela que não envolve poderes de representação<sup>63</sup> e, por conseguinte, reafirma a categoria dos capazes sob curatela<sup>64</sup>.

As inovações da lei 13.146/2015 demonstram a um só tempo a ruptura e afirmação de paradigmas: rompe-se com o paternalismo, pois a excessiva proteção

<sup>59</sup> SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte I). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 24 fev. 2016. p. 3.

<sup>60</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Civilistica.com.*, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016. p. 12-13.

<sup>61</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Civilistica.com.*, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016. p. 14.

<sup>62</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Civilistica.com.*, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016. p. 15-16.

<sup>63</sup> Cf. MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Civilistica.com.*, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016. p. 17.

<sup>64</sup> Cf. SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte I). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 24 fev. 2016. p. 4.

traduzir-se-ia em uma terrível tirania<sup>65</sup>, passando-se à valorização da autonomia da pessoa com deficiência, pois “é preciso, ao contrário, privilegiar, na medida do possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz concretamente de exprimir ou em relação às quais manifesta grande propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma ‘morte civil’”<sup>66</sup>.

Entretanto, a afirmação da autonomia da pessoa com deficiência não poderá significar ausência de sua proteção. Se a pessoa não tiver qualquer discernimento, como ela poderá exprimir sua vontade? Caberia nomear um curador com poderes de representação para os atos patrimoniais e existenciais? Na doutrina mais recente sobre o Estatuto, José Fernando Simão cogita da aplicação da teoria das invalidades, não obstante seu caráter taxativo<sup>67</sup>. Já Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk indaga se a assistência e a representação seriam incompatíveis com a capacidade da pessoa com deficiência, suscitando a possibilidade de instituir salvaguardas de proteção<sup>68</sup>, procurando compatibilizar o Estatuto à Convenção<sup>69</sup>.

Segundo Pietro Perlingieri, deve-se superar a tendência segundo a qual “não seria necessário interditar o doente mental que não possua bens” ou, ainda, de “reduzir o instituto da curatela do *inabilitato* à assistência do sujeito na administração dos bens”<sup>70</sup>. A resposta a esta crítica parece ecoar no artigo 84,

<sup>65</sup> PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 782.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 781-782.

<sup>67</sup> José Fernando Simão sustenta a Aplicação analógica das regras que cuidam da invalidade dos negócios jurídicos, reconhecendo ser esta uma solução atécnic e contrária ao Direito. (SIMÃO, José Fernando. Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (Parte I). Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade> > . Acesso em 24 fev. 2016. p. 4).

<sup>68</sup> BRASIL. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: BRASIL. Dec. nº 6.949, de 25 ago. 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Artigo 12, 4: “Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa”.

<sup>69</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Palestra proferida no V Congresso de Direito Empresarial e Cidadania da Unicuritiba (Centro Universitário Curitiba). Curitiba – PR, em 20 out. 2015.

<sup>70</sup> PERLINGIERI, Pietro, op cit., 2008. p. 782.

§3<sup>o71</sup> do Estatuto, que permite ao juiz confiar poderes mais amplos ao curador, de acordo com as necessidades e as circunstâncias do caso concreto. Trata-se, segundo Joyceane Bezerra de Menezes, de uma “curatela aberta à demanda do curatelado”, cujos poderes atuam como se fossem de representação, mas que não portam tal denominação por uma questão formal<sup>72</sup>. A curatela não poderá ser mera medida excepcional, adstrita tão somente aos atos patrimoniais, havendo

[...] a possibilidade de intervenção do curador, mas sempre com a intenção de realizar o interesse fundamental do curatelado, assim entendido como as suas preferências genuínas, sua percepção do mundo, suas convicções pessoais acerca da própria identidade. Caso o curatelado houver nascido sem qualquer competência volitiva e, por isso, não houver registrado por seu modo de viver, quais seriam esses interesses fundamentais, a atuação do curador deverá se guiar pelo princípio da beneficência, seguindo os padrões respeitáveis à dignidade da pessoa humana e os direitos do curatelado, na tentativa de atender, sempre que possível às suas inclinações e relações afetivas<sup>73</sup>.

Desta feita, quando se verificar completa ausência de discernimento ao curatelado, o juiz fixará os limites da curatela em conformidade com o desenvolvimento mental e intelectual do curatelado<sup>74</sup>, resultando em “um terno talhado e cosido sob medida, de sorte a considerar as características pessoas do

<sup>71</sup> BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 jul. 2015. Artigo 84. “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1o Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. [...] § 3o A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.”

<sup>72</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Civilistica.com.*, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016. p. 17.

<sup>73</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Civilistica.com.*, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016. p. 18.

<sup>74</sup> Em conformidade com o afirmado por Joyceane Bezerra de Menezes: “Uma vez que a curatela não se exercerá por meio de representação, quando o curatelado for absolutamente faltoso de entendimento, o juiz deverá delinear detalhadamente os poderes do curador de modo a atender efetivamente as necessidades do curatelado. Ainda que, na prática, tais poderes se assemelhem ao que se faria no caso da representação. Observa-se, porém, que a conduta do curador não pode ser motivada nos termos da sua vontade pessoal, mas sempre no intuito de atender os interesses fundamentais do curatelado”. MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Civilistica.com.*, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016. p. 23.

interdito, suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências”<sup>75</sup>. E isso ocorre, segundo Joyceane Bezerra de Menezes, porque a curatela não será exercida por meio de representação, uma vez que a conduta do curador não poderá ser guiada por sua vontade pessoal, mas pelos interesses fundamentais da pessoa com deficiência<sup>76</sup>. Resta saber, se este mecanismo de proteção garante uma liberdade efetiva à pessoa com deficiência.

Considerando-se que “não existe desenvolvimento sem liberdade”<sup>77</sup>, é imprescindível eliminar os fatores que sirvam de obstáculos às pessoas para fazerem suas escolhas e alcançarem as oportunidades de exercer sua condição de agente, o que significa para Amartya Sen a concretização das liberdades substantivas<sup>78</sup> pela remoção dos fatores impeditivos. Para este filósofo contemporâneo, a compreensão do que seja liberdade e justiça pode identificar o núcleo centralizador em que se pauta o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A ideia de justiça e liberdade para Amartya Sen está compreendida na remoção das injustiças e das não liberdades do caso concreto e, para isso, o direito é a ferramenta utilizada como forma de solução aos problemas sociais. O fato de a justiça estar “fundamentalmente conectada ao modo como as pessoas vivem”<sup>79</sup> demonstra que somente é possível compreender a situação do outro, a partir do comportamento solidário de se colocar no lugar deste “outro”. Isto, por sua vez, implica que o foco do direito deixa de ser o positivismo rigoroso para ser, propriamente, a busca da realização de justiça em concreto a partir da interpretação das situações fáticas<sup>80</sup>. O cenário das situações fáticas que são privativos à liberdade das pessoas com deficiências fica resplandecido pelos obstáculos materiais e imateriais criados pela sociedade. Às vezes, entre tantos outros percalços materiais,

<sup>75</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Civillistica.com.*, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civillistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civillistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016. p. 21.

<sup>76</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Civillistica.com.*, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civillistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civillistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016. p. 23.

<sup>77</sup> PEREIRA, Ana Lucia Preto. A atividade política da jurisdição constitucional brasileira. 2013. 175f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Paraná. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/34882/R%20-%20T%2020ANA%20LUCIA%20PRETTO%20PEREIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 13 set. 2015. p.75.

<sup>78</sup> Referidas liberdades estão compreendidas na capacidade de se escolher uma vida que se tenha razão para valorizar, ou seja, ter condições de exercício de suas liberdades de escolha do estilo de vida que melhor lhe aprouver. (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.94)

<sup>79</sup> SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 12

<sup>80</sup> *Ibidem*, 2011. p. 12-13.

a ausência de liberdade relaciona-se a não oferta de programas que possibilitem a habilitação profissional o que implica na retirada da chance de exercício de seu direito ao trabalho<sup>81</sup>, ou, ainda, de modo mais visível, quando não há a eliminação das barreiras impeditivas ao exercício de sua legítima liberdade de locomoção. Em outros casos, a privação de liberdade resulta diretamente de uma negação do reconhecimento de autonomia para essas pessoas. São estes os obstáculos imateriais que se fazem presentes, ainda que de modo velado, pelas práticas discriminatórias e que acabam por tolher destes sujeitos a oportunidade de usufruir do seu direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Ora, se o desenvolvimento é proporcionado pela remoção das não liberdades, o caminho que se deve seguir para se chegar à liberdade da pessoa com deficiência passa obrigatoriamente por uma sociedade inclusiva. Até a pouco se falava na integração da pessoa com deficiência e não em sua inclusão, e falar em integração significa o mesmo que admitir a participação destes indivíduos à vida social, desde que conseguissem por si próprias, inserir-se no contexto social. Este ideal integrador, embora pudesse representar um avanço se comparado a outros contextos (como aqueles que proibam o acesso à escola da pessoa com deficiência), em quase nada, veio a contribuir para a remoção das não liberdades. O princípio fundamental da sociedade inclusiva é identificado como um dos pilares mestres do Estatuto, à medida que busca conferir atendimento a todas as necessidades especiais das pessoas com deficiência garantindo sua liberdade substantiva. Reconhecer como dever do Poder Público e da sociedade em geral uma atuação inclusiva pela realização de medidas que ofereçam condições necessárias para todos, nada mais é do que reivindicar a aplicação do princípio da igualdade constitucionalmente garantido<sup>82</sup>.

Entretanto, quando se trata do tema da capacidade da pessoa com deficiência, não basta remover os obstáculos que impedem sua liberdade. Eis que para Amartya Sen a liberdade efetiva é a possibilidade concreta de se realizar o que a pessoa valoriza<sup>83</sup>. Trata-se de uma liberdade substancial, que requer “um conjunto de funcionamentos”<sup>84</sup> que permitam à pessoa alcançar seu bem-estar. Isto significa que não basta a lei 13.146/2015 eliminar as restrições delineadas pela incapacidade da pessoa com deficiência, para garantir a esta a liberdade, pois esta se reduziria a

<sup>81</sup> Trata-se do direito humano e fundamental ao trabalho. Sobre o tema cf. WANDELLI, Leonardo Vieira. O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTR, 2012. p. 224.

<sup>82</sup> FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. Direitos das pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: WVA, 2004. p. 38

<sup>83</sup> SEN, Amartya. op cit., 2000, p. 32.

<sup>84</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Institutos Fundamentais de Direito Civil Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 58.

uma liberdade negativa. Neste sentido, sinaliza Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk que

um gravíssimo déficit de liberdade se não tiver um considerável conjunto capacitatório. Alguém que formalmente pode escolher entre alimentar-se ou não é livre se não conseguir realizar o funcionamento pertinente ao alimentar-se. Tem opções formais, mas não as tem no âmbito material, efetivo<sup>85</sup>.

A liberdade negativa é própria do liberalismo moderno, que atenta para a inexistência de restrições legais. Nesta perspectiva, a “emancipação” das pessoas com deficiência para prática de atos da vida civil, desconsiderando por completo suas especificidades, poderia portar consigo uma perspectiva ideológica: promover a condição jurídica necessária à circulação mais intensa dos bens. Tornando-se possível afirmar com Enzo Roppo, que “...as ideologias são sempre, em vária medida, falsificações da realidade, elas não podem, no entanto, ser apenas pura e simples falsificações da realidade, mas devem também de algum modo, reflectir esta última...”<sup>86</sup>.

Nos termos sugeridos por Amartya Sen, a primazia da liberdade substancial passa pela garantia de “funcionamentos”, ou ainda, de um “conjunto capacitatório”<sup>87</sup>, nos quais devem se incluir os instrumentos que permitam à pessoa com deficiência exprimir concretamente a sua vontade. Nesta perspectiva, a instituição de salvaguardas com fundamento no artigo 12, inciso 4, da Convenção, ou ainda, uma fixação cuidadosa dos poderes do curador com fundamento no artigo 84, § 3º, do Estatuto, poderiam promover uma intervenção na autonomia da pessoa com deficiência de acordo com o seu grau de discernimento e o devido processo legal<sup>88</sup>. Eis que somente desta maneira, poder-se-ia considerar nos dizeres de Amartya Sen que “para combater os problemas que enfrentamos, temos que considerar a liberdade individual um comprometimento social”<sup>89</sup>.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

<sup>85</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, op cit., 2011, p. 58.

<sup>86</sup> ROPPO, Enzo. O contrato, Coimbra: Coimbra, 1988. p. 31.

<sup>87</sup> RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. op cit., 2011, p. 73.

<sup>88</sup> MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: *Civillistica.com.*, n.1, 2015. Disponível em: < <http://civillistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civillistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em 24 fev. 2016. p. 12.

<sup>89</sup> SEN, Amartya. op cit., 2000. p. 10.

Inicialmente, refletiu-se sobre o significado da igualdade que o Estatuto da Pessoa com Deficiência porta consigo. Trata-se da ruptura com a igualdade formal, afirmada pelas codificações modernas e afirmação de igualdade substancial, característica da era dos estatutos. Ela traduz o direito à diferença, previsto constitucionalmente, e ensejando a proibição de discriminações e a igualdade de tratamento. Em atenção a esta ideia, a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de emenda constitucional, permitindo cogitar-se da incidência dos direitos humanos nas relações interprivadas.

A lei nº. 13.146/2015 recepcionou referida Convenção, rompendo com um conceito médico, que se revelava fechado em um rol taxativo de hipóteses de deficiência, para se afirmar como um conceito aberto e possível de ser delineado em cada caso concreto. Deste modo, a deficiência passou a ser conceituada a partir de uma interação entre o impedimento e as barreiras sociais capazes de gerar sua exclusão social. Deste modo, a deficiência não está mais na pessoa, mas no meio social onde ela está inserida, delineando-se não mais sua integração, mas sua inclusão na sociedade.

O Estatuto em consonância com a Convenção acolheu o princípio de proibição de discriminação da pessoa com deficiência, rompendo as barreiras para o exercício pleno de seus direitos da personalidade e dos direitos patrimoniais. Para tanto, promoveu uma ruptura no regime das incapacidades, na medida em que tornou a pessoa com deficiência psíquica e intelectual plenamente capaz para o exercício dos atos da vida civil, modificando a redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil. Trata-se tão somente de uma ruptura e não da revogação do regime em si, uma vez que manteve as demais categorias de incapazes, taxativamente delineados naqueles artigos. Considerando-se a leitura do Código Civil, já seria possível afirmar essa ruptura, tendo em vista a recepção da Convenção com *status* de norma constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, não foi o que se passou.

Antes mesmo da entrada em vigor do Estatuto, suas inovações já geravam aplausos e críticas dos diversos setores da sociedade e da comunidade jurídica. O trabalho suscitou o paradoxo, já apontado pela doutrina mais recente, acerca da capacidade legal da pessoa com deficiência e seus efeitos. Deixando-se de lado o paternalismo e optando pela autonomia na proteção da pessoa com deficiência, a

lei n. 13.146/2015 afirmou a “tomada de decisão apoiada” e conferiu à curatela um caráter excepcional, sendo dirigida à condução de atos patrimoniais. Entretanto, o Estatuto não previu como as pessoas que não podem exprimir de nenhuma maneira a sua vontade poderão praticar os atos da vida civil.

Com vistas a desfazer esse paradoxo, a doutrina delinea duas possibilidades: (i) utilizar as salvaguardas previstas no artigo 12, inciso 4, da Convenção para suprir a falta de discernimento desta categoria de pessoas com deficiência; (ii) recorrer ao artigo 84, § 3º, do Estatuto para reconhecer ao juiz o poder de fixar cuidadosamente os poderes do curador em face do curatelado, sem que haja uma substituição de vontade. No primeiro caso, considera-se que a assistência e a representação não são incompatíveis com a capacidade, no segundo caso, a representação não existe apenas em termos formais.

Finalmente, entendeu-se que as hipóteses acima descritas podem ser consideradas no âmbito das “funcionalidades” ou ainda do “conjunto capacitatório”, suscitado por Amarthya Sen, para que a liberdade da pessoa com deficiência seja efetiva. Caso contrário, a liberdade garantida pelo Estatuto, ao desfazer a distinção entre titularidade e capacidade para prática de atos da vida civil, estará reduzida à mera liberdade negativa, característica de um contexto do qual ele se distancia: a modernidade.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David., MAIA, Maurício. O Conceito de Pessoas com Deficiência e algumas de suas Implicações no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 22. n.86, jan/mar. 2014.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 2016.

BRASIL. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Decreto



Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: BRASIL. Dec. nº 6.949, de 25 ago. 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da outras providencias. **Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 ago. 2009.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 jul. 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)> . Acesso em: 25 fev.2016.

BRASIL. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). Cartilha do Censo 2010. Pessoas com Deficiência. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido.pdf>> . Acesso em: 11 ago. 2015. p.6.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

FARIAS. Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. vol.1. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2014

FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência**: garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e costituzione**. Bologna: Zanichelli, [s.d.].

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português**. v.1. Max Limonad: São Paulo, 1955.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>> . Acesso em: 24 fev. 2016.

LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARIO, Caio. **Introdução ao Direito Civil:** Teoria Geral de Direito Civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 12. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (Org.). **Bioética e Responsabilidade.** Rio de Janeiro: Forense. 2009.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Ana Lucia Preto. **A atividade política da jurisdição constitucional brasileira.** 2013. 175f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Paraná. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/34882/R%20-%20T%2020ANA%20LUCIA%20PRETTO%20PEREIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 13 set. 2015.

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile.** 3. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. **El derecho como arma de liberación en América Latina**. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho. San Luis Potosí, México: CENEJUS, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2006.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. TEPEDINO, Gustavo (Org.). **A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Coimbra, 1988.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Palestra proferida no V Congresso de Direito Empresarial e Cidadania da Unicuritiba (Centro Universitário Curitiba). Curitiba – PR, em 20 out. 2015.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais de Direito Civil**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, nº 39, 1997. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=es&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=es&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 17 jul. 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade** (Parte I). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3. ed. São Paulo: Método. 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Integridade psíquica e capacidade de exercício. **Revista trimestral de direito civil**, v. 33, jan./mar. Rio de Janeiro: Padma, 2008, p. 3-36.

TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma História das Ideias Jurídicas: da antiguidade à modernidade.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

*Recebido em: 27 de fevereiro de 2016*

*Aceito em: 20 de junho de 2017*