



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO**  
**UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO**  
**PRETO**



**UFOP**  
Universidade Federal  
de Ouro Preto

**A TEORIA DAS CAPACIDADES NA EMERGÊNCIA DE UM MICROSSISTEMA  
JURÍDICO DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA:  
FUNDAMENTOS DE JUSTIÇA BÁSICA PARA INTEGRAÇÃO DO SISTEMA DE  
APOIO**

**Priscilla Jordanne Silva Oliveira**

**Ouro Preto-MG**  
**2020**

**Priscilla Jordanne Silva Oliveira**

**A TEORIA DAS CAPACIDADES NA EMERGÊNCIA DE UM MICROSSISTEMA  
JURÍDICO DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA:  
FUNDAMENTOS DE JUSTIÇA BÁSICA PARA INTEGRAÇÃO DO SISTEMA DE  
APOIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Novos Direitos, Novos Sujeitos da Universidade Federal de Ouro Preto, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Iara Antunes de Souza

Coorientador: Prof. Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira

Área de Concentração: Novos Direitos, Novos Sujeitos

Ouro Preto-MG

2020

## SISBIN - SISTEMA DE BIBLIOTECAS E INFORMAÇÃO

O48a Oliveira, Priscilla Jordanne Silva .  
A teoria das capacidades na emergência de um microsistema jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência [manuscrito]: Fundamentos de justiça básica para integração do sistema de apoio . / Priscilla Jordanne Silva Oliveira. - 2020.  
260 f.: il.: color., tab.. + Quadro comparativo..

Orientadora: Profa. Dra. Iara Antunes de Souza.

Coorientador: Prof. Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira.

Dissertação (Mestrado Acadêmico). Universidade Federal de Ouro Preto. Departamento de Direito. Programa de Direito.

Área de Concentração: Novos Direitos, Novos Sujeitos.

1. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CIDPD). 2. Curatela. 3. Capacidade jurídica. 4. Pessoas com deficiência - Estatuto legal, leis, etc. . 5. Assistência judiciária às pessoas com deficiência. 6. Serviços jurídicos. I. Nogueira, Roberto Henrique Pôrto . II. Souza, Iara Antunes de. III. Universidade Federal de Ouro Preto. IV. Título.

CDU 34



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO  
REITORIA  
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

Priscilla Jordanne Silva Oliveira

**A TEORIA DAS CAPACIDADES NA EMERGÊNCIA DE UM MICROSSISTEMA JURÍDICO DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: FUNDAMENTOS DE JUSTIÇA BÁSICA PARA A INTEGRAÇÃO DO SISTEMA DE APOIO**

Membros da banca

**Profa. Dra. Iara Antunes de Souza - Orientadora - UFOP**  
**Prof. Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira - Coorientador - UFOP**  
**Profa. Dra. Renata Barbosa de Almeida - examinadora - UFOP**  
**Prof. Dr. Raphael Furtado Carminate - examinador - UNIPAC**

Versão final  
Aprovado em 17 de abril de 2020.

De acordo

**Profa. Dra. Iara Antunes de Souza - Orientadora UFOP**



Documento assinado eletronicamente por **Iara Antunes de Souza, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 09/06/2020, às 12:57, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.ufop.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0059383** e o código CRC **F80F18E8**.

**Referência:** Caso responda este documento, indicar expressamente o Processo nº 23109.004276/2020-14

SEI nº 0059383

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000  
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

## AGRADECIMENTOS

“De tudo, ficaram três coisas: a certeza de que ele estava sempre começando, a certeza de que era preciso continuar e a certeza de que seria interrompido antes de terminar. Fazer da interrupção um caminho novo. Fazer da queda um passo de dança, do medo uma escada, do sono uma ponte, da procura um encontro.” Fernando Sabino.

Eu sempre gostei desse poema. Acredito que porque ele me lembra que desde criança eu tinha a sensação de que o que eu plantasse, eu iria colher quando eu crescesse. Desde os primeiros questionamentos recebidos sobre “o que você gostaria de ser quando crescer?”, eu já sabia que o caminho seria repleto de renúncias, medo, inseguranças, desafios, decepções, mas também, de alegrias e realizações. Mais tarde, entendi que a minha sensação poderia ser conhecida também por persistência. Compreendi também que os começos, as continuidades e as quedas seriam sempre infinitas. E hoje estar diante de diversas pessoas que me ajudam diuturnamente a construir a minha história - (re)começando, continuando, me levantando diante das quedas - é motivo de imensa gratidão.

É com muito orgulho que agradeço, pela segunda vez a possibilitar a minha formação acadêmica e pessoal, à Universidade Federal de Ouro Preto e em especial aos professores integrantes da pós-graduação em Direito, nas pessoas de Iara Antunes de Souza, Roberto Henrique Pôrto Nogueira e Natália de Souza Lisboa. Quando me formei na graduação no mês de abril de 2016, lembro também de agradecê-la, mencionando ser o seu espaço de realização de sonhos, amadurecimento e muito aprendizado. E assim permaneceu sendo também por esses dois anos. Continuei realizando sonhos, amadurecendo e apreendendo, o que me possibilitou alçar novos voos. No entanto, o mestrado foi o maior desafio que eu já enfrentei em minha vida e sua realização e conclusão neste espaço, me deu forças para “fazer do medo uma escada”, que me possibilitasse chegar até esse momento.

Agradeço aos meus pais, Maria Aparecida e Emilio, por compreenderem a minha ausência, se orgulharem das minhas conquistas e aplaudirem a minha trajetória, me apoiando a sempre a “fazer da queda um passo de dança.” No seio da minha família, agradeço a minha querida Tia Luzia, que com o seu colo de segunda mãe e o seu abraço apertado, me ensinou a “fazer da interrupção um caminho novo.”

À Rafaela, por ter me ensinado a “fazer da procura um encontro”. E que encontro! Eu passaria a vida toda tentando agradecer e demonstrar o que você significa em minha vida e ainda assim não seria suficiente. Obrigada por me ensinar todos os dias a “remar - re-amar - amar”. Essa conquista é nossa! E nessa história eu agradeço a possibilidade de recebermos Liz em nosso lar para cuidar, amar, proteger, nos recriar. Sempre brincamos que Liz está finalizando o seu segundo mestrado. Passou horas ao seu lado e no último semestre passou horas ao meu lado enquanto durante a árdua fase da escrita. Com seu gênio forte (nossa leozinha) e seu amor incondicional, Liz é a melhor filha de quatro patas que poderíamos ter, além de ser capaz de mudar o meu dia, com seu amor, carinho e até as mordidas.

Aos amigos que conquistei nesse período, em especial, Arísio, Emely, Gabi, Michelle, Rian, Andressa, Marco, Henrique, Roberta e Thiago, que “Na Força do Ódio”, compartilharam conhecimento, força, empatia e solidariedade, para que juntos chegássemos até o encerramento desse ciclo com a certeza de que as conquistas serão resultado de muita luta, paciência, resiliência e um eterno transformar-se.

Agradeço a minha orientadora Professora Dra. Iara Antunes de Souza, pelas orientações e por todas as oportunidades de crescimento pessoal e profissional fornecidas durante esses dois anos. Com você pude realizar o estágio docência em Direito das Famílias, e mais tarde foi possível replicar os aprendizados em minha própria turma da mesma disciplina. Foi fantástico vivenciar na minha primeira experiência como docente no Centro Universitário Estácio de Sá de Belo Horizonte, no primeiro semestre de 2018, a possibilidade de compartilhar com os meus alunos o que aprendi como sua aluna e posteriormente estagiária docente. A oportunidade de coorientar dois trabalhos de conclusão de curso e por dois anos ser coorientadora em uma iniciação científica, contribuíram para que eu pudesse me encantar pela docência!

Agradeço ao meu coorientador, Professor Dr. Roberto Henrique Pôrto Nogueira, pelas orientações, pela generosidade em suas leituras, por compartilhar de tanta sabedoria e se tornar inspiração! Você e a Profa. Iara me apresentaram a Teoria do enfoque das capacidades e despertaram a minha vontade em estudá-la.

E por fim, agradeço a todos os meus familiares e amigos, que me auxiliaram a tornar doce essa trajetória que está apenas começando!

## RESUMO

A realidade do contingente populacional de pessoas com deficiência no Brasil, representado em de 45.606.048 (quarenta e cinco milhões seiscientos e seis mil e quarenta e oito) pessoas, quando tensionada em relação a atual formatação da Teoria das Capacidades, denota que a premissa de igual capacidade legal que estrutura o sistema de apoio, impõe a desconsideração da diversidade em suas diferentes manifestações e graus. Por conseguinte, deixa de expressar o respeito pela sua dignidade inerente, em desconformidade com a premissa que funda o Microssistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência a partir da aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Dessa forma, adota-se a Teoria do Teoria do enfoque das capacidades de Martha C. Nussbaum (2017) como marco teórico do qual são extraídos critérios e conceitos não metafísicos para análise do sistema de apoio em conjugação com uma ideia geral de realização humana digna, a fim de que seja respondido o seguinte questionamento: como uma releitura do arquétipo atual do sistema de apoio à pessoa com deficiência poderá contribuir para promoção das suas capacidades internas e combinadas, por intermédio das medidas de cuidado, de forma proporcional às suas circunstâncias pessoais e em respeito pela sua dignidade inerente, a fim de efetivar e garantir oportunidades alternativas de escolha e ação no âmbito de exercício da sua capacidade legal? Assim, a pesquisa emerge do objetivo geral de desvelar as instâncias de desproporcionalidade do atual sistema de apoio, a fim de que elas possam ser supridas pelos influxos da Teoria do Enfoque das capacidades e serem moduladas como medidas individualizadas e adequadas às circunstâncias particulares de cada pessoa com deficiência. Dessa forma, objetiva-se em específico: No Capítulo 2, perquirir como a concepção jurídica de capacidade, formata e sistematiza a história jurídica da deficiência. No Capítulo 3, delimitar os impactos promovidos pelo advento de um Microssistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência na Teoria das Capacidades, bem como identificar possível a desproporcionalidade do novel sistema de apoio. No Capítulo 4, delimitar uma relação possível entre a Teoria das Capacidades e a Teoria do Enfoque das capacidades, a fim de derivar as premissas gerais para releitura integrada do sistema de apoio. Por fim, no Capítulo 5, repercutir aquelas premissas para a delimitação do caráter fungível dos procedimentos jurisdicionais de apoio; do conteúdo da assistência, da representação e do apoio; por fim, para especificação dos deveres dos cuidadores ante situações subjetivas patrimoniais e existenciais. A hipótese, que foi confirmada à guisa de conclusão, é de que a releitura integrada do atual arquétipo do sistema de apoio em atenção às circunstâncias particulares de cada pessoa com deficiência poderá promover o desenvolvimento de suas capacidades internas e combinadas. Para tanto, tem-se a fungibilidade dos procedimentos de interdição e tomada de decisão apoiada que são destinados ao deferimento das medidas de cuidado; a coexistência entre a assistência, representação e/ou apoio de forma proporcional ao grau de discernimento da pessoa com deficiência e, por fim, a expansão e funcionalização das medidas de cuidado em atenção à natureza da situação subjetiva patrimonial e/ou existencial. O desenvolvimento da dissertação encontra-se fundamentado na vertente teórico-metodológica denominada jurídico-sociológica.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Teoria das Capacidades. Capacidade legal. Teoria do enfoque das capacidades. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Sistema de apoio. Curatela. Tomada de decisão apoiada.

## ABSTRACT

The reality of individual with disabilities population in Brazil, composed by 45,606,048 (forty-five million six hundred and six thousand and forty-eight) people, when pressed against the formal and rigid structure of the directives that aims to provide support for these persons (support system), denotes that the premise of equal legal capacity that structures the current Theory of Legal Capabilities may be inadequate, disproportionate and / or insufficient in view of its diversity. Consequently, it fails to express respect for dignity, in disagreement with the premise that underlies the Juridical Microsystem of protection for people with disabilities after the approval of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Thus, the Capabilities Approach Theory by Martha C. Nussbaum (2017) is adopted as a theoretical guideline of this study that's provide a non-metaphysical criteria and concepts are extracted to analyze the support system in conjunction with a general idea of dignified human, so, this study proposes the following question: how a re-reading of the current archetype of the support system for people with disabilities can contribute to the promotion of their internal and combined capacities, through "medidas de cuidado" legal institute, in proportion to their personal circumstances and in respect for their dignity, in order to implement and guarantee alternative opportunities for choice and action within the scope of exercising their juridical capacity? Thus, the research emerges from the general objective of unveiling the instances of inadequacy, disproportionality and insufficiency of the current support system that are derived from the presumption of equal legal capacity, so that they can be supplied by the inflows of the Capabilities Approach and be modulated as individualized measures appropriate to the personal circumstances of the individual with disability under guardianship and in respect for their dignity. Thus, the following specific objectives are established: in Chapter 2, the objective is to investigate how the legal conception of capacity, formats and systematizes the legal history of human disability. In Chapter 3, the objective is to delimit the impacts promoted by the advent of a Legal Microsystem for the protection of individual with disabilities in the Theory of Capabilities, as well as to identify possible inadequacy, disproportionality and insufficiency of the new support system. In Chapter 4, a correlation between the Theory of Capabilities and the Capabilities Approach is intended, in order to delimit, from the relationship between the basic, internal, central and combined capacities, the general premises for an integrated rereading of the support system. Finally, in Chapter 5, the objective is to reflect those premises for the delimitation of the fungible character of the jurisdictional support procedures; the content of assistance, presentation and support; finally,



to specify the duties of caregivers in the face of subjective patrimonial and existential situations. The hypothesis that will be tested is based on the statement that the re-reading of the current archetype of the support system for individual with disabilities imposes its understanding as a general and integrated clause, from which follows the fungible nature of the actions aimed at granting measures of support; the necessary modulation of caregivers' performance, specified by assistance, support or presentation, and finally; the expansion of its scope so that it understands, simultaneously, existential and patrimonial legal situations, all according to the personal circumstances of the individual with disabilities sub judice and due respect for their dignity. The development of the dissertation based on the theoretical-methodological aspect named legal-sociological.

Keywords: Individual with disability. Capablity Theory. Legal capacity. Capabilities Approach. International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Support system. Guardianship. “Tomada de Decisão Apoiada” legal institute.

## **LISTA DE ILUSTRAÇÕES**

Quadro 1 - comparativo entre o rol dos incapazes absoluta e relativamente na redação original do Código Civil de 2002, anterior e posterior ao EPD. ....	106
Quadro 2 - pessoas sujeitas à curatela, anterior e posterior ao EPD. ....	110
Figura 1 - quadro de perguntas sobre Pessoas com Deficiência utilizado no questionário do Censo Demográfico 2010. ....	126

## **LISTA DE TABELAS**

Tabela 1 - análise do nível de instrução entre pessoas com e sem deficiência. ....	128
--	-----

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

AMPID - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência

BPC - Benefício de Prestação Continuada

CDPD - Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

CID - Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde

CIF - Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde

CONADE - Conselho Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência

EPD - Estatuto da Pessoa com Deficiência

ICIDH - Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens

IF-Br - Índice de Funcionalidade Brasileiro

IFBr-A - Índice de funcionalidade brasileiro aplicado à aposentadoria

PROBAD - Protocolo Brasileiro de Avaliação da Deficiência

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2 O SUJEITO DE DIREITO E A SUJEIÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: A CAPACIDADE COMO FUNDAMENTO DO "OUTRO" .....</b>	<b>20</b>
<b>2.1 A evolução conceitual da deficiência: os diferentes modelos de abordagem prática da diferença na religião, na medicina e na sociedade .....</b>	<b>21</b>
<b>2.2 Do ser sujeito ao estar sujeito ao direito: o papel das categorias no design da Teoria das Capacidades .....</b>	<b>34</b>
<b>2.3 A pessoa com deficiência como o “Outro” do Direito Privado.....</b>	<b>48</b>
<i>2.3.1 Da Consolidação das Leis Civis ao Esboço do primeiro Código Civil brasileiro a partir das contribuições de Augusto Teixeira de Freitas .....</i>	<i>49</i>
<i>2.3.2 A capacidade no Código Civil de 1916 .....</i>	<i>59</i>
<i>2.3.3 O Código Civil de 2002 antes das alterações promovidas pela Lei n. 13.146/2015 .....</i>	<i>70</i>
<b>3 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A LEI N. 13.146 DE 2015: A EMERGÊNCIA DE UM MICROSSISTEMA JURÍDICO NO PARADIGMA DA TEORIA DAS CAPACIDADES .....</b>	<b>81</b>
<b>3.1 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 13.146 de 2015: a capacidade legal no modelo social de abordagem da deficiência.....</b>	<b>82</b>
<b>3.2 A revisão da Teoria das Capacidades e as medidas de apoio no Microsistema Jurídico da pessoa com deficiência .....</b>	<b>105</b>
<b>4 O DESENVOLVIMENTO DAS CAPACIDADES DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: FUNDAMENTOS PARA A RELEITURA DO SISTEMA DE APOIO A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DO ENFOQUE DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM.....</b>	<b>131</b>
<b>4.1 A Teoria do enfoque das capacidades de Nussbaum: uma aproximação particular entre a métrica de avaliação da qualidade de vida e a determinação da justiça social que cabe às pessoas com deficiência.....</b>	<b>133</b>
<b>4.2 Das capacidades básicas às capacidades combinadas: a importância das capacidades internas .....</b>	<b>151</b>
<b>4.3. Desvelando incompletudes e insuficiências do atual sistema de apoio para a ressignificação do exercício de igual capacidade da pessoa com deficiência.....</b>	<b>175</b>

<b>5 A INTEGRAÇÃO DO SISTEMA DE APOIO PELA CLÁUSULA GERAL CONSTITUCIONAL DE APOIO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....</b>	<b>185</b>
<b>5.1 Da (in) capacidade da pessoa com deficiência de exprimir vontade: a fungibilidade dos procedimentos de interdição e tomada de decisão apoiada .....</b>	<b>185</b>
<b>5.2 As medidas de cuidado à pessoa com deficiência: modulando os deveres do assistente, do representante e do apoiador .....</b>	<b>197</b>
<b>5.3 O cuidado nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais que contemplam as pessoas com deficiência no referencial da dignidade humana .....</b>	<b>209</b>
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>229</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>241</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A noção de direito subjetivo e seus elementos corolários fornecem uma estrutura organizacional para o Direito Privado que, no Código Civil de 1916 e no de 2002 foi disciplinada em sua Parte Geral. A ordem privada aplicável às pessoas, aos bens e às suas relações circunscreve as noções de pessoa, sujeito de direito, personalidade jurídica e capacidade que integram a Teoria das Capacidades.

Do nascimento com vida, é erigida a pessoa natural, dotada de personalidade jurídica e capaz de direitos e deveres na ordem civil. A posição privilegiada ocupada pelo sujeito de direito imprescinde da sua capacidade de fato ou de exercício para ocupar uma posição concreta de titular de direito. Nesse contexto, dois critérios preponderaram na limitação dessa posição: o etário, que determina a maioridade civil, e o modelo médico de abordagem da deficiência.

Pelo primeiro, alcançada determinada idade, implementa-se a capacidade de fato ou de exercício e é satisfeita a condição para que emergja o sujeito de direito plenamente capaz. Pelo segundo, ignora-se a maioridade civil e tem-se na identificação dos loucos de todo gênero, alienados de qualquer espécie, surdos-mudos e, posteriormente dos doentes ou deficientes mentais uma causa de incapacidade condicionada ou não<sup>1</sup>.

O sujeito de direito consagra o indivíduo universalizado pelo Direito Privado e simultaneamente o seu oposto, cuja segregação é imposta pela lógica consequencialista que relaciona a incapacidade, a interdição e a curatela. Com efeito, marginaliza-se o “Outro” daquele universalizado: os loucos de todo gênero, os alienados de qualquer espécie, os surdos-mudos e aqueles designados doentes ou deficientes mentais.

A divisão binária normalizada pelo Direito Privado entre o sujeito universal e o seu revés, foi estabilizada pelo forte endosso médico que estava subjacente ao regime jurídico da incapacidade consagrado pelo Código Civil de 1916 e de 2002.

Diante disso, as primeiras fissuras provocadas nesse sistema derivaram da mobilização política e da organização civil das pessoas com deficiência que demandaram por uma abordagem social da diferença no final do século XX. Por esse modelo, a deficiência é reivindicada com uma categoria complexa que correlaciona as aptidões das pessoas ao

---

<sup>1</sup> Diz-se condicionada a declaração de incapacidade para a qual era imprescindível a verificação da ausência ou redução do discernimento da pessoa com deficiência mental, conforme previsto nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 em sua redação original. Tema que será abordado no desenvolvimento do Capítulo 2.

conjunto de condições criadas pelo contexto social, entraves, obstáculos, atitudes ou comportamentos que limitam sua participação social, econômica e política.

A força dessa reivindicação pauta as modificações e adaptações nos direitos humanos que se julgaram necessárias na promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), assinada em 30 de março de 2007 e aprovada pelo Brasil em 9 de julho de 2008, na forma do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição da República de 1988, pela qual é a Convenção equiparada a emenda constitucional. Oportunidade na qual o Brasil aderiu, formalmente, o propósito de 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<sup>2</sup>, inaugurando o Microssistema Jurídico<sup>3</sup> de proteção e promoção da pessoa com deficiência.

Diante disso, a deficiência é normativamente deslocada da posição de atributo do sujeito e do centro do referencial de imputação de incapacidade legal e passa a designar, nos termos do artigo 1º da CDPD (2009), as pessoas com “[...] 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 igualdades de condições com as demais pessoas. ”

Por essa razão, a fim de efetivar as diretrizes estabelecidas pela Convenção, foi promulgada a Lei n. 13.146 de 2015, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). O referido diploma legal alterou, dentre outras normas<sup>4</sup>, aquelas que integram a Teoria das Capacidades no Código Civil de 2002. Pontualmente, tem-se no artigo 3º e 4º a revogação de

---

<sup>2</sup> Nos termos do artigo 1, da CDPD (BRASIL, 2009): “O propósito da presente Convenção é 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.”

<sup>3</sup> Entende-se que o microssistema jurídico é composto de normas, princípios e regras, extraídos da Constituição da República de 1988, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que possui status de norma constitucional, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e das demais normas infraconstitucionais de proteção e promoção à pessoa com deficiência, conforme dispõe Maria de Fátima Freire de Sá (2003, p. 189), no sentido de que “o surgimento de um microssistema se verifica em razão da instalação de uma nova ordem protetiva sobre determinado assunto, com princípios próprios, doutrina e jurisprudência próprias, autônomos ao Direito comum”.

<sup>4</sup> Além das mudanças legislativas que afetaram imediatamente a Teoria das Capacidades, área de maior interesse de desenvolvimento nesta pesquisa, registra-se as mudanças promovidas pelo novo Código de Processo Civil, publicado em 17 de março de 2015, que incidiram no regime das incapacidades, revogando os dispositivos referentes ao processo judicial de interdição até então relacionados entre os artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil (BRASIL, 2002), cuja regulação ficou sob encargo exclusivo do Código de Processo Civil, a partir do artigo 747. Dentre as mudanças processuais que se encontram subjacentes à área de interesse supra referida, destacam-se aquelas catalogadas por Iara Antunes de Souza (2016, p. 348): “1) inclui expressamente a legitimidade do companheiro; 2) trata dos parentes indistintamente, de forma que, nos termos do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) deve-se entender como parentes os naturais, os civis e os por afinidade; 3) dá legitimidade ao representante da entidade na qual o interditando encontra-se abrigado. ”

todas as hipóteses de incapacidade absoluta e relativa relacionadas a deficiência. Portanto, a única possibilidade de incapacidade da pessoa com deficiência decorre da coincidência das suas circunstâncias pessoais com o seu impedimento fático de exprimir vontade discernida, causa de incapacidade relativa prevista no inciso III do artigo 4º e que é comum para pessoas sem deficiência.

Paralelamente, tem-se a modificação do regime jurídico das incapacidades que é inaugurado pela presunção da plena capacidade civil das pessoas com deficiência. Dessa forma, embora a sua incapacidade relativa ainda seja reconhecida por intermédio do procedimento judicial de interdição, conforme disciplinada pelo Código de Processo Civil de 2015, definida a curatela, o poder do curador é de extensão assistencial e adstrito aos atos de natureza negocial e patrimonial relacionados a pessoa com deficiência. E, alternativamente, tem-se nova medida de cuidado à pessoa com deficiência: a tomada de decisão apoiada.

Ocorre que, não obstante a revisão da Teoria das Capacidades, a curatela e a tomada de decisão apoiada foram formatadas sob uma base excessivamente formal e abstrata. Logo, tem-se um sistema de apoio tão regulamentar quanto o seu antecessor, pelo qual são estabelecidos regimes autônomos e não complementares entre a curatela e a tomada de decisão apoiada. Ademais, persiste uma relação de tudo ou nada na verificação de eventual incapacidade da pessoa com deficiência de exprimir vontade discernida, uma vez que sua verificação impõe o deferimento da curatela, dependendo a tomada de decisão apoiada de procedimento jurisdicional autônomo. Por fim, registra-se que independentemente do grau de discernimento da pessoa sob curatela, impede-se que o cuidado incida sobre situações subjetivas existenciais.

Assim, quando casuisticamente se perspectiva a pessoa com deficiência, suas circunstâncias pessoais e seu grau de discernimento, o atual sistema de apoio pode revelar-se inadequado, desproporcional e/ou insuficientes ao cuidado protetivo e promocional que emerge do reconhecimento à sua dignidade inerente.

Os riscos derivados de uma base excessivamente formal e abstrata na emergência de um sistema de apoio podem ser ilustrados a partir do contingente populacional de pessoas com deficiência no Brasil, cujo número era de 45.606.048 (quarenta e cinco milhões seiscentos e seis mil e quarenta e oito) no último Censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (2010). Ademais, a extensão dessa diversidade pode ser observada pela constatação de que as deficiências expressadas podem ser inatas ou adquiridas e, em todo caso, apresentam variação em graus e faixa etária. Por fim, quando empreendida análise



comparativa entre as pessoas com deficiência e as pessoas sem deficiência, verificou-se a predominância da obstrução da participação plena e efetiva das pessoas com deficiência na sociedade em igualdade de condições com as pessoas sem deficiência, justificando o aprimoramento do sistema de apoio.

Diante disso, a realidade fática das pessoas com deficiência quando pressionada contra a atual formatação da Teoria das Capacidades, denota que a premissa de igual capacidade legal<sup>5</sup> que estrutura o sistema de apoio pode ignorar diversidade das pessoas com deficiência em suas diferentes manifestações e graus. Por conseguinte, a falta de articulação entre a eventual incapacidade da pessoa com deficiência e as medidas de apoio, culminam na não efetivação de um apoio proporcional às suas circunstâncias pessoais e alheio ao dever de respeito pela sua dignidade inerente.

Dessa forma, prorroga-se uma solução adequada acerca da justiça que cabe as pessoas com deficiência e que combine a visão subjacente da dignidade e igualdade à um sistema geral e integrado de apoio que permita sua participação, tanto quanto for possível, nas tomadas de decisão e de escolha.

Logo, para estabelecer qual a justiça que cabe às pessoas com deficiência em respeito pela sua igual dignidade inerente, a Teoria do enfoque das capacidades de Martha C. Nussbaum (2017) será adotada como marco teórico para o desenvolvimento dessa dissertação. A referida teoria oferece uma base para questões de justiça básica relacionadas ao desenvolvimento humano e, notadamente, questões proeminentemente complexas que envolvem a diversidade e a pluralidade como pressupostos necessários para problematizar o que as pessoas com deficiência são realmente capazes de fazer e de ser, bem como quais oportunidades elas têm a sua disposição para fazer tudo o que são capazes.

Dessa forma, oferece uma resposta originada de uma teoria de justiça social básica que está comprometida com o respeito às faculdades de autodeterminação das pessoas com deficiência. Se ocupando, especialmente, das falhas e omissões na produção de capacidades que culminam na discriminação e marginalização de grupos minoritários. Para tanto, dada a complexidade e pluralidade de fatores que podem influenciar a sua liberdade de escolher e agir, apresenta quatro espécies de capacidades que se relacionam de forma interdependente e comprometida com as faculdades de autodeterminação das pessoas, quais sejam: das capacidades básicas, das capacidades internas, das capacidades centrais e das capacidades combinadas.

---

<sup>5</sup> A capacidade legal pressupõe as capacidades de direito e de fato ou exercício, conforme será melhor desenvolvido no Capítulo 3.

As capacidades básicas representam as faculdades inatas das pessoas, sejam elas físicas, mentais, intelectuais, cognitivas ou sensoriais. Das habilidades aperfeiçoadas e desenvolvidas a partir daquelas faculdades em interação com o entorno social, econômico, familiar e político, dar-se-á o nome de capacidades internas, cuja produção poderá depender de medidas proporcionais de cuidado. As capacidades centrais são o mínimo exigível para uma vida humana digna e que constituem uma lista aberta de dez capacidades e que incluem, exemplificativamente, desde viver uma vida que valha a pena ser vivida até o direito de poder participar ativamente da atividade política e laboral. Por fim, as capacidades combinadas representam uma relação imediata entre essas três primeiras. A relação entre as capacidades básicas e as capacidades internas, informam as alternativas de ser acessíveis as pessoas humanas e, por fim, a relação entre essas duas e as capacidades centrais, é formatado por essa última que informa o que as pessoas podem fazer. As capacidades combinadas são, portanto, a representação do que alguém pode concretamente ser e fazer no seu entorno político, social e econômico (NUSSBAUM, 2017, p. 37-65).

Assim, o Teoria do enfoque das capacidades está sendo pressuposto para que dele sejam extraídos critérios e conceitos não metafísicos para análise do sistema de apoio em conjugação com uma ideia geral de realização humana digna. A dignidade é, portanto, o ponto de interseção entre o Teoria do enfoque das capacidades e o Microsistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência, de cuja base normativa devem ascender as medidas de cuidado adequadas para produção de diferentes modos de vida, enfatizando a dignidade como um eterno e constante *dever*.

Logo, esse marco teórico oferece à presente pesquisa um modelo alternativo para questões relacionadas ao desenvolvimento humano e questões complexas que envolvem a diversidade e a pluralidade como pressupostos necessários para problematizar o que as pessoas com deficiência são realmente aptas a fazer e ser, bem como as oportunidades que elas têm a sua disposição.

Diante disso, questiona-se: como uma releitura do arquétipo atual do sistema de apoio à pessoa com deficiência poderá contribuir para promoção das suas capacidades internas e combinadas, por intermédio das medidas de cuidado, de forma proporcional às suas circunstâncias particulares e em respeito pela sua dignidade inerente, a fim de efetivar e garantir oportunidades alternativas de escolha e ação no âmbito de exercício da sua capacidade legal?

A hipótese que será testada é que a releitura do atual arquétipo do sistema de apoio à pessoa com deficiência a partir da conjugação entre os fundamentos que emergem do Microsistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência e a Teoria do enfoque das capacidades, impõe a compreensão do sistema de apoio como uma cláusula geral e integrada, da qual decorre a natureza fungível das ações destinadas ao deferimento de medidas de apoio; a necessária modulação da atuação dos cuidadores, especificada pela assistência, apoio ou representação e, finalmente; a expansão do seu âmbito a fim de que compreenda, simultaneamente, situações jurídicas existenciais e patrimoniais, tudo conforme as circunstâncias particulares de cada pessoa com deficiência.

A solução da questão proposta foi orientada pelo objetivo geral de desvelar possíveis instâncias de desproporcionalidade do atual sistema de apoio que são derivadas da presunção de igual capacidade legal, a fim de que elas possam ser supridas pelos influxos da Teoria do Enfoque das capacidades e serem moduladas como medidas individualizadas e adequadas às circunstâncias pessoais da pessoa com deficiência sob cuidado. Para a execução do objetivo geral a presente pesquisa foi estruturada em quatro capítulos, além da introdução e conclusão.

No Capítulo 2, objetiva-se perquirir como a concepção jurídica de capacidade, que fundamenta o “Outro” do sujeito de direito, formata e sistematiza a história jurídica da deficiência. Para tanto, pretende-se na seção 2.1 apresentar a relação entre os diferentes modelos de abordagem da deficiência e as práticas que lhe eram correlatas; Na seção subsequente, 2.2, objetiva-se delimitar conceitualmente as categorias jurídicas de pessoa, sujeito de direitos e capacidades que são utilizadas na formatação da Teoria das Capacidades; Por fim, objetiva-se na seção 2.3 expor o desenvolvimento da Teoria das Capacidades no Direito Privado brasileiro e seus efeitos para que seja estabelecido o paradigma sobre o qual recai a ruptura atribuída à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

No Capítulo 3, objetiva-se delimitar os impactos promovidos pelo advento de um Microsistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência na Teoria das Capacidades, bem como identificar possíveis evidências da desproporcionalidade do sistema de apoio. Para tanto, a seção 3.1 apresentará o contexto de promulgação da CDPD e do EPD e a relação entre eles, além de delimitar como a introdução normativa do modelo social de abordagem da deficiência e a noção de capacidade legal influem na revisão da Teoria das Capacidades. Sucessivamente, na seção 3.2 objetiva-se determinar a extensão da referida revisão.

No Capítulo 4, objetiva-se uma correlação entre a Teoria das Capacidades e a Teoria do Enfoque das capacidades de Martha Nussbaum, a fim de estabelecer como uma relação entre as capacidades básicas, as capacidades internas, as capacidades centrais e as capacidades combinadas podem contribuir para uma releitura do sistema de apoio à pessoa com deficiência. Para tanto, na seção 4.1 será apresentada a Teoria do enfoque das capacidades, bem como os argumentos pelos quais Nussbaum afirma sua superioridade ante teorias rivais. Posteriormente, na seção 4.2 será especificada a relação interdependente entre as capacidades, a fim de que seja apresentada a adequação entre a Teoria do Enfoque das capacidades e a pluralidade que representa as pessoas com deficiência e sua vulnerabilidade diversa. Por fim, na seção 4.3, sendo a Teoria do enfoque das capacidades uma teoria de justiça, será indicado qual o seu papel na compreensão do atual estado da arte e na releitura de um instituto jurídico de Direito Privado, a fim de que sejam alvitradas as premissas gerais para a releitura integrada do sistema de apoio, em respeito pela sua dignidade inerente.

Finalmente, no Capítulo 5, são desenvolvidas as premissas para a promoção da capacidade legal da pessoa com deficiência na releitura integrada do sistema de apoio que emerge da interpretação da Teoria das Capacidades. Para tanto, pretende-se na seção 5.1 delimitar como a capacidade ou incapacidade da pessoa com deficiência de exprimir vontade discernida poderá influir na fungibilidade dos procedimentos de interdição e tomada de decisão apoiada, bem como na coexistência desses procedimentos. Sucessivamente, na seção 5.2, pretende-se especificar o fundamento para coexistência das medidas de assistência, do apoio e da representação, bem como os limites de atuação do cuidador em conformidade com a capacidade de discernimento da pessoa com deficiência. Por fim, na seção 5.3, será especificado como a natureza da situação jurídica deve influir na funcionalização das medidas de cuidado e nos deveres do assistente, do representante e do apoiador.

O desenvolvimento da dissertação encontra-se fundamentado na vertente teórico-metodológica denominada jurídico-sociológica. Haja vista a amplitude temática, a pesquisa apropriou do conteúdo produzido por diversas áreas do conhecimento, tais como o Direito Privado, o Direito Constitucional e a Filosofia Política. Sendo assim, utilizou-se de vários métodos de investigação, quais sejam: histórico-jurídico, jurídico-descritivo e jurídico-propositivo (GUSTIN; DIAS, 2006).

A partir de raciocínio dedutivo (GUSTIN; DIAS, 2002, p. 43), primeiramente realizou-se uma investigação histórico-jurídico a fim de esclarecer o tratamento jurídico conferido às pessoas com deficiência no Brasil, notadamente, na literatura do Direito Privado,

com ênfase na revisitação do regime da teoria das incapacidades promovida pela Lei n. 13.146 de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a fim de evidenciar o deslocamento da pessoa com deficiência de sua posição persistente de sujeição para a posição emergente de sujeito de direitos.

Posteriormente, pretendeu-se apresentar a partir de investigação jurídico-interpretativa (GUSTIN; DIAS, 2002, p. 50), a compatibilidade entre a teoria não jurídica do enfoque das capacidades de Martha C. Nussbaum e o Microssistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência. Por fim, a partir de investigação jurídico-propositivo (GUSTIN; DIAS, 2002, p. 50), (GUSTIN; DIAS, 2002, p. 50), foi proposta uma releitura do sistema de apoio como uma cláusula geral da qual decorre suas premissas estruturantes.

## 2 O SUJEITO DE DIREITO E A SUJEIÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: A CAPACIDADE COMO FUNDAMENTO DO "OUTRO"

O sujeito de direito reflete, na ordem jusprivatista, uma posição jurídica a partir da qual se tem a figura do titular de direitos, pretensões, ações e exceções, bem como sujeito passivo de deveres, obrigações, ações e exceções. Do sujeito de direito extrai-se a noção de personalidade jurídica, que se funda com a noção de capacidade de direito. Da capacidade de direito, segue-se ou não a capacidade de fato ou de exercício.

Dessa forma, enquanto a capacidade de direito é formalmente igual para todas as pessoas naturais e decorre do nascimento com vida<sup>6</sup>, a capacidade de exercício é atribuída pelo sistema jurídico mediante adimplemento de determinada idade e pode ser suprimida, também a partir daquele, pela verificação de fatos deficitantes da capacidade, originados da afetação da saúde e/ou integridade mental da pessoa humana (MIRANDA, 2000, p. 209-344). A capacidade de exercício emergiu na história de desenvolvimento do Direito Privado<sup>7</sup>, conforme se demonstrará, como uma categoria jurídica distintiva entre as pessoas que podiam se autodeterminar e manifestar vontade e entre aquelas impossibilitadas de fazê-lo, por idade ou integridade psicofísica.

As pessoas com deficiência<sup>8</sup>, ou seja, com impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial<sup>9</sup>, comprovados judicialmente, eram colocadas à margem da

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, reserva-se uma crítica acerca as diversas inaptidões substanciais que as pessoas em sua singularidade e diversidade podem enfrentar para adquirir, efetivamente, direitos e garantias fundamentais, notadamente.

<sup>7</sup> Diz-se da Codificação brasileira porque conforme infere-se da pesquisa realizada por Felipe Quintella Machado de Carvalho (2013), uma Teoria das Capacidades no Direito brasileiro apenas emerge sistematicamente na Nova Apostila e no Esboço de Código Civil, de Augusto Teixeira de Freitas, cujo extrato parcial foi refletido no Código Civil de 1916.

<sup>8</sup> A presente dissertação utilizará do termo pessoa com deficiência, por enquadrar-se no paradigma promocional da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, além de ser a expressão utilizada por esta. Porém, historicamente, vários termos foram usados para referir-se à pessoa com alguma deficiência, tais como “pessoa portadora de necessidades especiais” e “pessoa portadora de deficiência”. Entende-se que ambos os termos possuem sentido estigmatizante e excludente, por deslocar a pessoa do âmbito de tutela e colocar a deficiência em evidência. No entanto, verifica-se que diversas legislações infraconstitucionais ainda adotam os termos mencionados, como por exemplo, os Decretos de n. 5.296, de 2 de dezembro de 2004 e n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. O primeiro “regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências”. O segundo “regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências”. Justifica-se ainda que a utilização do termo pessoa com deficiência está de acordo com a nomenclatura utilizada pelo Regimento Interno do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CONADE), que a partir da Resolução de n. 1, de 15 de outubro de 2010, em seu art. 1º, inciso I, alterou a nomenclatura antes utilizada: [...] Onde se lê "Pessoas Portadoras de Deficiência", leia-se "Pessoas com Deficiência [...]". (BRASIL, 2010).

imputabilidade e da validade dos atos e dos negócios jurídicos, uma vez que julgadas incapazes de praticá-los. Assim, sob uma perspectiva médica com repercussão jusprivatista, ter-se-ia pessoas plenamente capazes ou absolutamente incapazes. As pessoas absolutamente incapazes eram assim consideradas quando surdas-mudas e sem condições de exprimir vontade ou porque eram loucas de todo o gênero<sup>10</sup>. E, entre a norma jurídica e a vida como ela é, restou à pessoa absolutamente incapaz uma história proeminentemente marcada pelos desígnios do extermínio, da caridade e da institucionalização.

Diante do exposto, objetiva-se no presente Capítulo investigar como a concepção jurídica de capacidade, que fundamenta o “Outro” do sujeito de direito, formata e sistematiza a história sócio jurídica da deficiência, compreendida como a diversidade de impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. Para tanto, pretende-se na seção 2.1 apresentar a relação entre os diferentes modelos de abordagem da deficiência e as práticas que lhe eram correlatas; Na seção subsequente, 2.2, objetiva-se delimitar conceitualmente as categorias jurídicas de pessoa, sujeito de direitos e capacidades que são utilizadas na formatação da Teoria das Capacidades; Por fim, objetiva-se na seção 2.3 expor o desenvolvimento da Teoria das Capacidades no Direito Privado brasileiro e seus efeitos para que seja estabelecido o paradigma sobre o qual recai a ruptura atribuída à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que será apresentada no Capítulo 3.

## **2.1 A evolução conceitual da deficiência: os diferentes modelos de abordagem prática da diferença na religião, na medicina e na sociedade**

A forma pela qual se perspectiva a pessoa com deficiência no tempo pode ser compreendida no percurso conceitual pelo qual estão subjacentes práticas de extermínio, caridade, institucionalização e inclusão. Os diferentes modelos de abordagem da deficiência indicam como seu conteúdo persiste como uma questão de disputa política, social, teórica e prática. Diante disso, objetiva-se correlacionar os modelos da prescindência, médico ou reabilitador e social no contexto temporal no qual estiveram inseridos, a fim de perceber a

---

<sup>9</sup> Pessoas que são atualmente designadas pessoas com deficiência e que, contudo, no desenvolvimento do Direito Privado foram tratadas sob desígnios diversos, conforme se demonstrará no presente Capítulo.

<sup>10</sup> Conforme se extrai da redação do Código Civil de 1916: “Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: [...] II. Os loucos de todo o gênero. III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade. [...]” (BRASIL, 1916).

sutil construção social da deficiência e sua influência na formatação jurídica da Teoria das Capacidades que será apresentada na seção 2.3.

A deficiência tem sido pautada como um importante instrumento analítico<sup>11</sup> (FRANÇA, 2014, p. 119) para a compreensão de processos históricos e sociais que culminaram na produção de um discurso justificatório da desigualdade, no qual a deficiência atua como um marcador de relações hierárquicas de sujeição daqueles que são excluídos das noções de normalidade e naturalidade (BAYTON, 2005, p. 34-35).

A projeção dessas relações hierárquicas justificou o tratamento assimétrico imposto às pessoas com deficiência no desenvolvimento da Teoria das Capacidades no Direito Privado. Contudo, é importante que se esclareça que a pessoa com deficiência não emerge na categoria residual do “Outro” a partir do Direito, mas é o Direito que captura essa produção subjacente às práticas sociais e a reproduz em uma estrutura normativa para o normal e seu oposto.

Antes da universalização da ideia de normalidade, durante a Idade Média “[...] com o poder crescente da Igreja Católica, as deficiências passaram a ser espiritualizadas. [...] noções relacionadas à impureza e pecado, ação demoníaca ou rejeição divina ganharam importância como fatores explicativos.” (FRANÇA, 2014, p. 108).

Por essa razão, foi a noção do natural que emprestou conteúdo para uma hierarquização social entre o bom e o certo em detrimento do reputado mau e errado. O bom e o certo eram categorias estabelecidas em observação aos desígnios de Deus, uma vez que, sendo Deus perfeito, a criação das pessoas à sua imagem e semelhança também deveria implicar na perfeição física e mental daquelas (SILVA, 2009, p. 136). Nesse sentido, Paula Gaudenzi e Francisco Ortega (2016, p. 3063-3064) ao realizarem um estudo acerca da incapacidade observaram que:

Portadores de um corpo marcado pela diferença foram por um longo período do pensamento ocidental, compreendidos como inválidos, anormais, monstros ou degenerados e seus corpos eram entendidos misticamente como resultado da ira ou do milagre divinos. A anomalia, sobretudo a congênita, era vista como corporificação da ira dos deuses e o destino do sujeito era a morte imediata.

No Brasil, essa política de exclusão foi também percebida como um traço cultural dos povos originários que rejeitavam aqueles que nascessem ou viessem a apresentar algum tipo de deficiência visível. Dessa forma, embora cada tribo possuísse suas crenças e rituais, ao coletar relatos de historiadores e antropólogos, Emilio Figueira (2018, n.p) afirmou que:

---

<sup>11</sup> Tal como o gênero, no desvelamento de relações de subordinação que demarcaram a posição social desigual atribuída ao homem e a mulher historicamente.



Quando nascia uma criança com deformidades físicas era imediatamente rejeitada, acreditando-se que trariam maldição para a tribo, entre outras consequências. Algumas das formas de se livrar desses recém-nascidos era abandoná-los nas matas, ou atirá-los de montanhas e, nas mais radicais atitudes, até sacrificá-los em chamados rituais de purificação.

As práticas de extermínio impostas às pessoas com deficiência configuram a abordagem da incapacidade sob o modelo da prescindência ou de rejeição social. Por esse modelo a deficiência tem origem no pecado e no castigo divino, a partir dos quais se tem simultaneamente a imprestabilidade da pessoa com deficiência para o desenvolvimento da sociedade (CARMINATE, 2019, p. 26). Com efeito, “[...] tais pessoas eram consideradas prescindíveis e, como tal, excluídas da convivência em sociedade” (BARBOSA-FORHMANN; KIEFER; 2016, p. 69).

O modelo da prescindência organiza as práticas de exclusão e extermínio da pessoa com deficiência em dois submodelos: de prescindência eugênica, operado pela articulação de políticas de eugenia, preponderante na antiguidade clássica, e o submodelo da marginalização, preponderante na Idade Média (BARBOSA-FORHMANN; KIEFER; 2016, p. 69).

O primeiro, oriundo da sociedade greco-romana, com fortes origens religiosas, impunha a rejeição ao crescimento e o desenvolvimento de crianças com deficiência (CARMINATE, 2019, p. 26). O segundo, próprio da Idade Média, “[...] atribui-se a loucura à possessão demoníaca e sua estigmatização social” (SOUZA, 2016, p. 49), motivo pelo qual a exclusão da pessoa com deficiência é associada à paz coletiva (CARMINATE, 2019, p. 26).

Nesse sentido, Michel Foucault ao direcionar sua análise para a percepção das deficiências a partir da Idade Média, as situa no que denominou de “espaço moral de exclusão” (FOUCAULT, 1972, p. 10). A fim de demonstrar a desigualdade engendrada por intermédio do discurso que produziu a categoria social da deficiência como uma hipótese legítima de segregação e exclusão daqueles considerados monstros, anormais e incapazes.

A relação entre o bem e o mal com a qual convive a religião foi também expressa na disputa do conteúdo imposto à deficiência. Dessa forma, além da sua compreensão como um mal resultante do pecado e da insatisfação divina, a deficiência foi pautada como “[...] um flagelo pelo qual Deus possibilita aos homens agir com caridade” (FRANÇA, 2014, p. 110).

Por essa razão, do modelo da prescindência também decorreram práticas de caridade e assistencialismo à pessoa com deficiência, consubstanciadas na criação de instituições de confinamento. As referidas práticas, contudo, não eram expressão de benevolência ou da atenção e cuidado destinado às pessoas segregadas. Pelo contrário, foi da crença de que a

institucionalização das pessoas com deficiência era uma medida necessária à segurança da sociedade, que a caridade convenientemente floresceu. Com o que corrobora a verificação de que:

[...] as primeiras atitudes de caridade para com a deficiência – a piedade de alguns nobres e algumas ordens religiosas estiveram na base da fundação de hospícios e de albergues que acolheram deficientes e marginalizados. No entanto, perdurou ao longo dos tempos e, em simultâneo com esta atitude piedosa, a ideia de que os deficientes representavam uma ameaça para pessoas e bens. A sua reclusão, que se processou em condições de profunda degradação, abandono e miséria, foi vista, por conseguinte, como necessária à segurança da sociedade. (SILVA, 2009, p. 136).

No Brasil as práticas de caridade e assistencialismo às pessoas com deficiência foram inicialmente implementadas pelos jesuítas que chegaram ao país no século XVI, comandados pelo padre Manuel da Nóbrega, tendo mais tarde influenciado no surgimento das Santas Casas de Misericórdia no país, cuja assistência estendia-se para pessoas com deficiências congênicas ou adquiridas (FIGUEIRA, 2018, n.p).

Dessa forma, entre o bem e o mal, entre a segregação e a caridade, tem-se um ponto de interseção:

[...] de um lado, o castigo como caridade é o meio de salvar a alma das garras do demônio e salvar a humanidade das condutas indecorosas das pessoas com deficiência. De outro lado, atenua-se o castigo com o confinamento, isto é, a segregação (a segregação é o castigo caridoso, dá teto e alimentação enquanto esconde e isola de contato aquele incômodo e inútil sob condições de total desconforto, algemas e falta de higiene). (CECCIM, 1997, p. 27).

Das práticas de exclusão e segregação impostas às pessoas com deficiência, bem como do modelo de prescindência que lhe é correlato, infere-se a rejeição generalizada pela qual a diferença era percebida. O misticismo que estava subjacente ao discurso de análise da deficiência não apenas impôs sua segregação social, como também a projetou como um mal a ser temido e excluído da vida em comunidade.

Com o Renascimento e o início da Idade Moderna, foram desenvolvidos estudos sobre anatomia e cirurgias, que contribuíram para a origem do que posteriormente viria a se tornar o modelo médico (BARBOSA-FORHMANN; KIEFER; 2016, p. 71). Dessa forma, a crescente racionalização sistemática do mundo entre os séculos XVIII e XIX, imputou sobre a deficiência outros domínios sobre os quais ela passou a ser definida em substituição às concepções religiosas.

A ascensão da biologia e da medicina promoveram a noção de normalidade (BAYTON, 2005, p. 35-36), exprimindo pela razão a compreensão da deficiência. Dessa forma, observa-se que:

Com o passar do tempo, houve perda do poder das religiões como detentoras do saber. Outras instituições passaram a produzir conhecimento e a administrar sua validade. Posteriormente, de modo geral, as concepções espirituais da deficiência não se apresentaram como importantes ou determinantes para as pessoas com deficiência e para o seu tratamento político e social<sup>12</sup>. (FRANÇA, 2006, p. 109).

Nesse sentido, quando a deficiência se torna objeto de apreensão e saber científico, tem-se sua abordagem pelo modelo médico, prevalecente entre as décadas de 60 e 70, do século XIX, a partir do qual “a racionalidade médica moderna se voltou ao conhecimento do homem saudável e a uma definição de homem modelo, tomando uma postura normativa na gestão da existência humana.” (BISOL, PEGORINI, VALENTINI, 2017, p. 90).

Pelo referido modelo, o saber médico é produzido com especial autoridade para a ordenação das práticas relativas às deficiências, momento no qual se observa o emprego proeminente de medidas de reclusão social e experimentação, iniciando o chamado paradigma da institucionalização (FRANÇA, 2006, p. 110).

A universalização da categoria social de deficiência foi então pautada como uma condição patológica inerente à pessoa (HOSNI, 2018, p. 39). Assim, no que se refere à deficiência mental ou intelectual, outrora redutível na categoria da loucura, tem-se que “[...] a loucura é atrelada à Medicina e passa a ser encarada como doença, dentro de uma ideia organicista” (SOUZA, 2016, p. 47).

Os efeitos do modelo médico de identificação da deficiência culminaram, no Brasil, na crescente institucionalização das pessoas com deficiência (ALMEIDA, 2019, p. 24) e na estruturação distintiva entre a normalidade e a anormalidade, pela qual a pessoa com deficiência era erigida como o “Outro” do normal. A normalidade,

[...] nesse caso, traduz-se na execução de ações como fariam na média as pessoas que não têm deficiência, segundo o esperado para sua idade, sendo assim um conceito bioestatístico. Essa concepção orienta não somente o meio pelo qual os indivíduos se podem inserir socialmente como também quem o pode (ou não). (FRANÇA, 2014, p. 110-111).

---

<sup>12</sup> Registra-se que ante a ausência de linearidade em qualquer registro histórico, as religiões continuam a produzir representações próprias acerca das deficiências. Nesse sentido, exemplifica-se a crença difundida pela doutrina espírita, pela qual a deficiência representa uma forma de propiciar a evolução espiritual. (FRANÇA, 2014, p. 109-110).

Nesse sentido, oriundo da perspectiva da institucionalização da pessoa com deficiência, o modelo médico possui “[...] como ponto central o conceito de patologia, do qual decorrem disfunções ou perdas estruturais do corpo que levam à deficiência [...]” (HOSNI, 2018, p. 39). Assim, projeta-se na deficiência as tentativas de normalização e cura que, se frustradas, autorizam a remoção da pessoa da vida em sociedade. Logo, se a pessoa com deficiência não for responsiva ao tratamento, a medicina se exime de sua responsabilidade, uma vez que:

Quando analisamos no modelo médico, pensamos que a Medicina considera a deficiência uma doença a ser curada ou uma doença simplesmente incurável. Pensamos ainda, de um lado, em “exclusão sinônima de segregação” e, de outro lado, em “integração” das pessoas com deficiência, obedecendo a lógica do modelo médico. Excluir significa apartar a pessoa de qualquer convívio social, enquanto que integrar significa que a pessoa com deficiência empreende esforços próprios para se adaptar ao meio social, em que se encontra, composto por pessoas “normais”, ou a um meio especializado, que permite que a pessoa com deficiência sensorial, mental ou intelectual conviva e interaja apenas com seus pares. Tanto no primeiro caso de “exclusão” quanto no segundo de “integração” a lógica é a deficiência considerada como uma doença e, portanto, sujeita a exame e tratamento médico. (BARBOSA-FOHRMANN, 2016, p. 738).

Disso decorre ainda a ideologia da normalização, ou seja, a insistência de que pela cura da deficiência pode ser produzida a normalidade. Dessa forma, a ideologia da normalização, “[...] consiste na crença que, por meio da habilitação e reabilitação, deve-se prover às pessoas com deficiência serviços que ajam sobre seus corpos para que executem funções mais próximas possíveis do normal” (FRANÇA, 2014, p. 110).

A força propulsora da articulação da normalidade como uma categoria performativa, contribuiu para que, com o modelo médico, também surgissem às primeiras instituições estritamente voltadas para educação das pessoas com deficiência<sup>13</sup>, associadas com o acolhimento institucional das crianças e adolescentes (FRANÇA, 2014, p. 111).

Contudo, a maior expressão do caráter científico impresso pelo modelo médico pode ser ilustrada pelo desenvolvimento sistemático de uma catalogação das doenças que remonta ao século XIX, atualmente representada pela décima revisão<sup>14</sup> da Classificação Estatística

<sup>13</sup> Quais sejam: “O Imperial Instituto dos Meninos Cegos, de 1854 (hoje Instituto Benjamin Constant), e o Imperial Instituto dos Surdos Mudos, de 1856 (atual Instituto Nacional de Educação de Surdos).” (FRANÇA, 2014, p. 111).

<sup>14</sup> Registra-se, contudo, que foi aprovada pelas delegações dos países participantes da 72ª Assembleia Mundial da Saúde, a nova Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, a CID-11, em Genebra, no dia 27 de maio de 2019. Entre as alterações promovidas em relação a CID-10, estão a inclusão do distúrbio de games como um dos problemas de saúde mental e disposições referentes à saúde sexual. Sua entrada em vigor está prevista para o dia 1º de janeiro de 2022 (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2019).

Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10)<sup>15</sup>, cujo esquema alfanumérico inclui as deficiências (NUBILA, 2007, p. 29-33).

A CID é utilizada para classificar as condições de saúde relacionadas às doenças, transtornos ou lesões, com base em modelo etiológico, anatômico e a partir das causas externas das lesões. (FARIAS; BUCHALLA, 2005, p. 188). Paralelamente à CID, surge a ideia de uma família de classificações complementares àquela que seria justificada pela percepção de “[...] que uma classificação de doenças não seria suficiente para todas as questões relacionadas à saúde.” (NUBILA; BUCHALLA, 2008, p. 326).

Nesse sentido, começa a ser elaborada em 1976 a Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (ICIDH), publicada em 1980, pela qual eram incorporadas categorias que correspondiam às consequências duradouras das doenças (NUBILA; BUCHALLA, 2008, p. 326). A influência do modelo médico de abordagem da deficiência na ICIDH, é destacado criticamente por Débora Diniz (2012, p. 40), uma vez que:

Apesar de ter ocorrido em um momento de efervescência política e acadêmica do modelo social, o processo de elaboração da ICIDH praticamente não contou com a participação dos teóricos desse modelo. A ICIDH baseou-se no modelo médico da deficiência.

A referida influência decorre da vinculação entre a ICIDH, na caracterização correlacionada tripartite entre lesão, deficiência e desvantagem<sup>16</sup>, e a noção de doença, explanada pela CID.

Nos termos da ICIDH, lesão significaria qualquer perda ou anormalidade psicológica, fisiológica ou anatômica de estrutura ou função<sup>17</sup>. Deficiência, no contexto da experiência de saúde, significaria qualquer restrição ou falta de habilidade para executar uma atividade dentro da faixa considerada normal, resultante de uma lesão<sup>18</sup>. Já a desvantagem para determinado indivíduo, resulta da deficiência ou incapacidade, que limita ou impede o

---

<sup>15</sup> Mais recente revisão em vigor da “Classificação de Bertillon” ou “Lista Internacional de Causa de Morte” de 1893, em vigor desde janeiro de 1993. Com a décima revisão tem-se a alteração da classificação para explicitar seu conteúdo e finalidade.

<sup>16</sup> World Health Organization. International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps (ICIDH), Geneva, 1980.

<sup>17</sup> No original: “In the context of health experience, an impairment is any loss or abnormality of psychological, physiological, or anatomical structure or function” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1980, p. 27).

<sup>18</sup> No original: “In the context of health experience, a disability is any restriction or lack (resulting from an impairment) of ability to perform an activity in the manner or within the range considered normal for a human being” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1980, p. 28).

cumprimento de um papel que é considerado normal (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1980, p. 29)<sup>19</sup>.

Diante disso, a ICIDH perspectiva a pessoa no referencial de normalidade, a partir do qual lança “[...] expectativas sociais sobre a deficiência [...]” (HOSNI, 2018, p. 45). Há, contudo, evidente inadequação das categorias de deficiência, lesão e desvantagem, uma vez que erigidos da ideologia da normalização e, portanto, ignoram que as aptidões inatas ou adquiridas para o exercício de habilidades e talentos extrapolam aspectos biológicos e naturais, sendo altamente responsivas ao meio social. Logo, inexistente normalidade, existem graus de variação das habilidades e talentos que são comuns às todas as pessoas.

A rejeição ao modelo médico e à tentativa de normalização da deficiência foi impulsionada em âmbito mundial pelas repercussões observadas ao fim da Segunda Guerra Mundial. A percepção de que as pessoas com deficiência poderiam ocupar posições produtivas, bem como a articulação política provocada pela atuação de novos atores sociais, contribuiu para a instabilidade daquele modelo e sua posterior ruptura. Primeiro, porque a baixa de trabalhadores impulsionou a formação e a contratação de toda mão de obra disponível. Segundo, porque o veterano que retornava com alguma deficiência era, simultaneamente, motivo de orgulho e referencial de política pública (FRANÇA, 2014, p. 116). Com efeito:

[...] a rejeição ao modelo médico e à ideia de que a deficiência precisa ser “corrigida” ganha força, assim como a defesa de que os “ajustamentos” não deveriam ser dos indivíduos deficientes, mas da sociedade, pois ela que era desajustada em relação a estes. Entendia-se que a opressão social e a exclusão dos deficientes não resultavam de suas limitações físico-mentais e que a experiência da desigualdade apenas se manifesta em uma sociedade pouco sensível à diversidade de estilos de vida. (GAUDENZI; ORTEGA, 2016, p. 3063).

Ao articular uma perspectiva acerca da deficiência que imputa à sociedade a responsabilidade pelas desvantagens sociais experimentadas por aquelas pessoas, tem-se o desenvolvimento do modelo social de deficiência<sup>20</sup>, em meados dos anos de 1960, no Reino Unido. (MEDEIROS; DINIZ, 2016, p. 108). Por esse modelo, “[...] a deficiência não está no

<sup>19</sup> No original: “In the context of health experience, a handicap is a disadvantage for a given individual, resulting from an impairment or a disability, that limits or prevents the fulfilment of a role that is normal (depending on age, sex, and social and cultural factors) for that individual” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 1980, p. 29).

<sup>20</sup> Contexto no qual se desenvolveram importantes marcos históricos, dentre os quais destacam-se os seguintes: o Ano Internacional das Pessoas com Deficiências, comemorado em 1981, considerado pelas Nações Unidas, com o tema “Participação e Igualdade Plenas”. Posteriormente, em 1982, o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência. Por fim, no lapso temporal entre 1983 a 1992, a proclamação do Decênio das Nações Unidas para as Pessoas Portadoras de Deficiência (MADRUGA, 2016, p. 36).

corpo das pessoas, sendo um fenômeno eminentemente social, que ocorre nas relações sociais, e define o espaço e a vida das pessoas com lesão.” (FRANÇA, 2014, p. 116).

Com efeito, são as limitações sociais e não individuais que caracterizam os obstáculos experimentados pelas pessoas com deficiência. Por essa razão, Ana Paula Barbosa Fohrmann (2016, p. 743) conclui que o modelo social de abordagem “[...] propõe a reabilitação ou normalização da sociedade, que deve ser projetada para atender às necessidades de todas as pessoas sem distinção.” Para tanto, o seu ponto de partida teórico:

[...] é de que a deficiência é uma experiência resultante da interação entre características corporais do indivíduo e as condições da sociedade em que ele vive, isto é, da combinação de limitações impostas pelo corpo com algum tipo de perda ou redução de funcionalidade (“lesão”) a uma organização social pouco sensível à diversidade corporal. (MEDEIROS; DINIZ, 2016, p. 108).

O referido modelo, além disso, congrega movimentos políticos e investigações teóricas<sup>21</sup> pelas quais a deficiência é reivindicada como uma questão de direitos humanos e não apenas biomédica. Sobre o âmbito dos movimentos sociais e do território investigativo, esclarecem Paula Gaudenzi e Francisco Ortega (2016, p. 3062):

Na África, América Latina, América do Norte e Europa, os movimentos sociais que reivindicavam igualdade de oportunidades e de direitos para as pessoas com deficiências ficaram conhecidos como *Disability Rights Movement*. Na Inglaterra nasceu o *Union of The Physically Movement Against Segregation* (UPIAS) e nos Estados Unidos da América foi organizado o *Independent Living Movement* (ILM). O âmbito do território investigativo, por sua vez, é conhecido no mundo anglo-saxônico como *Disability Studies* e é marcado sobretudo por uma visão crítica da noção de deficiência utilizada por médicos, educadores e outros especialistas e por estudos que lidam com aspectos legais da deficiência.

Há uma participação especialmente relevante da UPIAS<sup>22</sup> nessa mudança de paradigma que é observada por Débora Diniz (2012, p. 15), por Thiago Henrique França (2014, p. 115), além de Paula Gaudenzi e Francisco Ortega (2016, p. 3062), uma vez que tratava-se da primeira organização formada e conduzida por deficientes, representando simultaneamente “[...] uma resistência política e intelectual ao modelo médico de compreensão da deficiência [...]” (DINIZ, 2012, p. 15).

Dessa resistência, emerge a ideia da deficiência como “[...] uma situação de opressão causada por condições sociais específicas, vivenciadas por imposição àqueles que possuem

<sup>21</sup> Débora Diniz (2012, p. 42) registra que os teóricos do modelo social eram também pessoas com deficiência, razão pela qual, esse modelo marcou a assunção de autoridade fenomenológica da experiência do corpo deficiente no âmbito de discussão.

<sup>22</sup> A união dos fisicamente debilitados contra a segregação (tradução nossa).

um corpo com lesão.” (FRANÇA, 2014, p. 116). Definição que passa a subsidiar as lutas políticas e as investigações teóricas posteriores.

Os efeitos das investigações realizadas sob o marco teórico do modelo social foram fundamentais para subversão da lógica de causalidade proposta pela ICIDH, conforme afirmam Debora Diniz, Marcelo Medeiros e Flávia Squinca (2007, p. 2):

Em resposta à hegemonia biomédica sobre o tema, os estudos sobre deficiência surgiram como uma especialidade das humanidades em saúde, cujo compromisso teórico era demonstrar que a experiência da desigualdade pela deficiência resultava mais de estruturas sociais poucos sensíveis à diversidade que de um corpo com lesões. O modelo social da deficiência – principal marco teórico dos estudos sobre deficiência – subverteu a lógica de causalidade proposta pela ICIDH: não eram as lesões a principal causa das desvantagens, mas sim a opressão social aos deficientes.

Dessa forma, em meados dos anos de 1990, iniciou-se o trabalho de revisão e reestruturação da ICIDH, trabalho encerrado em 2001, com a publicação pela OMS, da Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde (CIF). A CIF adota como paradigma a funcionalidade, que abrange as funções e estruturas do corpo, os fatores ambientais e os fatores pessoais. As funções do corpo são compreendidas como as funções fisiológicas e funções psicológicas dos sistemas orgânicos. As estruturas do corpo, por sua vez, são as partes anatômicas, como por exemplo, os órgãos, os membros e seus componentes. A partir da verificação de problemas, tais como desvios ou perdas nas funções e na estrutura do corpo, o panorama teórico da CIF conceitua deficiência (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2004, p. 11).

A expressão “desvantagem”, outrora reivindicada como uma condição inerente à pessoa com deficiência na elaboração da ICIDH, é abandonada pela CIF que, objetivando uma maior aproximação do contexto social a partir do qual a deficiência deve ser percebida, se apresenta como base para a avaliação e a medição da incapacidade em contextos diversificados, tais como contextos científicos, administrativos e de política social (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2002, p. 215).

Em síntese, a CIF afasta-se do modelo etiológico adotado pela ICIDH e sobre o qual recaíram substancialmente as críticas originadas do modelo social de deficiência. Nesse sentido “[...] a funcionalidade e a incapacidade de uma pessoa são concebidas como uma interação dinâmica entre os estados de saúde (doenças, perturbações, lesões, traumas, etc.) e os fatores contextuais<sup>23</sup> [...]” Tem-se na CIF o objetivo de “[...] chegar a uma síntese que

---

<sup>23</sup> Os fatores contextuais são divididos em fatores pessoais e fatores ambientais. Na CIF estão relacionados apenas os fatores ambientais, uma vez que os fatores pessoais não estão lá classificados “[...] devido à grande variação social e cultural associada aos mesmos [...]” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2004, p. 12).



ofereça uma visão coerente das diferentes perspectivas de saúde: biológica, individual e social” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2004, p. 22).

De acordo com a classificação mencionada, a incapacidade é fruto da correlação entre as disfunções vivenciadas pelo indivíduo e as limitações, na prática, de atividades diárias que culminam na limitação em sua participação na sociedade diante das demais pessoas (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2004, p. 11). A escolha da expressão incapacidade representa um objetivo político e implícito para Debora Diniz, Marcelo Medeiros e Flávia Squinca (2007, p. 2), ao afirmarem que:

[...] "incapacidade" ignora trinta anos de debate acadêmico e político internacional, em especial as contribuições do modelo social para a revisão da ICF. A única tradução possível para *disability* – acurada e aceitável para o marco teórico que inspirou a revisão da ICF – é deficiência. *Disability* e deficiência são conceitos carregados de conteúdo normativo para o universo biomédico, e essa não é uma particularidade da Língua Portuguesa. Mas a escolha de *disability* e não outra categoria foi exatamente para provocar a tradição biomédica de dois séculos que compreende deficiência como algo fora da norma. Havia um objetivo político e moral por trás da escolha de *disability*: desestabilizar a hegemonia biomédica no campo.

Os méritos da CIF não são suficientes para dispensar a advertência de Iara Antunes de Souza (2016, p. 35), segundo a qual “[...] a doença não é causa de deficiência e nenhuma das duas, necessariamente, leva a perda da capacidade”. Dessa forma, a deficiência é tomada como uma categoria dissociada do corpo e da lógica de normalização pela qual era demandada sua intervenção e,

[...] tal definição de deficiência a emancipa do corpo. Nesse sentido, desafia diretamente a Ideologia da Normalização, ao afirmar que a incapacidade advém da interação social. São tomadas como principais críticas à Normalização a padronização sobre a normalidade, como se fosse esperado de todos que atingissem desempenho semelhante em execução de tarefas, o que notoriamente não ocorre nem entre as pessoas sem deficiência, e a colaboração na construção de uma “menor valia” humana e social das pessoas com deficiência. O objetivo, portanto, não estaria mais em normalizar o corpo, mas tornar a própria deficiência como algo normal e, por meio da intervenção na sociedade, proporcionar a participação.

Logo, ainda que se possa conceder ao modelo médico algum mérito ante sua possibilidade de estabelecer critérios para verificação dos impedimentos aos quais pode estar sujeita à pessoa com deficiência, oferecendo alternativas adequadas às suas circunstâncias

---

Os fatores ambientais, “[...] constituem o ambiente físico, social e atitudinal em que as pessoas vivem e conduzem sua vida” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2004, p. 13).

peçoais (desde que físicas ou biológicas), é preciso ir além desse modelo, conforme se propõe criticamente o modelo social. Nesse sentido, pontua Débora Diniz (2012, p. 10):

[...] catalogar um corpo cego: alguém que não enxerga ou alguém a quem falta a visão – esse é um fato biológico. No entanto, o modelo social da deficiência vai além: a experiência da desigualdade pela cegueira só se manifesta em uma sociedade pouco sensível à diversidade de estilos de vida.

Portanto, é o modelo social que desloca a perspectiva da deficiência do indivíduo para a sociedade, fomentando sua inclusão em substituição a prática de institucionalização demandada pela ideologia da normalização. A demanda política pelo igual acesso da pessoa com deficiência aos âmbitos políticos e econômicos que demarcam a vida em sociedade coloca a deficiência decisivamente como “[...] uma questão de direitos humanos [...]” (MADRUGA, 2016, p. 37), e não meramente uma questão patológica, própria do indivíduo e que justificaria a sua exclusão social.

Os contributos do modelo social para a auto percepção das pessoas com deficiência pode ser ainda aferido a partir do relato de Liz Crown, militante feminista com deficiência, que afirma que sua vida “[...] tem duas fases, uma antes e outra depois do modelo social de deficiência [...]”<sup>24</sup> (CROWN, 1997, p. 229, tradução nossa). Em seus relatos, Crown afirma ter descoberto que seu corpo não foi responsável por suas dificuldades, mas essas vieram de fatores externos, de barreiras construídas pela sociedade em que vive. Em suas palavras, “[...] preconceito, discriminação, ambientes que não me permitiam acesso e apoio insuficiente estavam me incapacitando: limitando minhas habilidades e oportunidades [...]” (CROWN, 1997, p. 229, tradução nossa<sup>25</sup>).

Ocorre que, as vantagens oriundas do modelo social<sup>26</sup> foram também colocadas em disputa em meados dos anos de 1990, quando críticas feministas lhe foram endereçadas, dando ensejo à segunda geração de teóricos do modelo social<sup>27</sup>. Dentre as referidas críticas, passou-se a “[...] questionar algumas das premissas teóricas do modelo social, dentre elas a de que a mera supressão de barreiras poria fim às desvantagens e resultaria numa total

<sup>24</sup> No original: “Mi vida tiene dos fases: antes del modelo social de discapacidad y después de e’l”.

<sup>25</sup> No original: “prejuicios, la discriminación, los ambientes que no me permitían el acceso y un apoyo insuficiente me estaban discapacitando: limitando mis capacidades y oportunidades”.

<sup>26</sup> Débora Diniz realiza interessante revisão histórica, em contribuição ao estado da arte no estudo do modelo social de deficiência, ao relatar que em que pese a escassez de etnografias e estudos históricos sobre as pessoas com deficiência em outras culturas e épocas, este modelo pautava-se em poucos relatos, para confirmar a tese de que a opressão, exclusão e identificação de anormalidades destes, não era um fenômeno absoluto e universal. Ao final, conclui que a opressão era um fenômeno puramente sociológico e não determinado pela biologia do corpo com lesões (DINIZ, 2012, p. 36).

<sup>27</sup> De acordo com Débora Diniz, a primeira geração de teóricos do modelo social partia de duas afirmações, quais sejam, “[...] as desvantagens resultavam mais diretamente das barreiras que das lesões [...]”, e a de que “[...] retiradas as barreiras, os deficientes seriam independentes [...]” (DINIZ, 2012, p. 57).

independência e pleno desenvolvimento das capacidades individuais” (MADRUGA, 2016, p. 37). Tal questionamento deriva da assertiva de que os papéis de gênero e a experiência do cuidado são influências desestabilizadoras do modelo social tradicionalmente construído (DINIZ, 2012, p. 57).

A insuficiência do modelo social é também indicada como um ponto sujeito à reformulação por David Salim Santos Hosni (2018, p. 43):

Dadas essas principais críticas ao modelo social de deficiência, pode-se perceber como sua abordagem limitada, apesar de muito importante, pode não atender às diversas necessidades daqueles que precisam lidar com o fenômeno. Seja em uma seara de políticas públicas, seja na esfera acadêmica, são necessários elementos complementares ao conceito e abordagens paralelas à social. Se por um lado são inegáveis as políticas de ajustamento social para inclusão da pessoa com deficiência, por outro há importantes políticas, como a concessão de pensões e tratamentos médicos, que não podem ser desprezadas [...].

A síntese apresentada das críticas feministas e a suposta universalização implicitamente imputada ao modelo social de abordagem da deficiência, pelo qual tem-se sua insuficiência, podem ser contempladas por uma conjugação do referido modelo com uma análise interseccional da deficiência. Para tanto, as categorias gênero, raça, orientação sexual e classe podem promover uma articulação das diferenças (PISCITELLI, 2008, p. 266), experimentadas por cada pessoa diante da sua subjetividade em contextos específicos.

Assim, não se trata meramente da remoção de algumas barreiras sociais, mas da conjugação de diferentes métodos de análise que podem fortalecer o modelo social da deficiência, a fim de garantir a efetiva integração social das pessoas com deficiência e em atenção especial às suas circunstâncias pessoais. Para tanto, enfatiza-se que:

Sob o novo paradigma, cabe à sociedade se transformar para se democratizar, tornar-se mais acessível quanto possível às pessoas com deficiência, incluindo os bens públicos (educação, saúde, esporte, turismo, lazer, cultura, dentre outros) e a participação política e social. Dessa forma, diferenciam-se a inserção e integração social, sendo a primeira caracterizada apenas pela presença das pessoas nos espaços sociais e a segunda pela participação de fato. (FRANÇA, 2014, p. 116).

Dessa forma, é possível conceder que uma perspectiva adequada da pessoa com deficiência depende da articulação de diferentes categorias de análise, que devem ser conjugadas para permitir que ela se desloque do plano da inserção para o plano da integração social. As referidas categorias devem considerar suas aptidões e talentos inatos, bem como a possibilidade de seu desenvolvimento na interação com o meio, a fim de que as escolhas

realizadas pelas pessoas com deficiência sejam resultado das suas oportunidades e não dos obstáculos sociais que impedem sua igual participação<sup>28</sup>.

Dentre os referidos obstáculos, destaca-se a estruturação da Teoria das Capacidades no Direito Privado, conforme as premissas gerais que serão desenvolvidas a partir da seção 2.2. Dessa forma, não obstante a expectativa promovida pelo modelo social de deficiência, tem-se a prorrogação da vigência do modelo médico pela convivência do Direito Privado, pelo qual continuou operando como fundamento de legitimação para a segregação das pessoas com deficiência, limitando o potencial integracionista daquele modelo.

Diante disso, pretende-se demonstrar os obstáculos legislativos que impediram a correspondência temporal entre o modelo social e a posição jurídica ocupada pela pessoa com deficiência, outrora concebida sob a designação “loucos de todo gênero” e “alienados de qualquer espécie”, na estrutura formal e rígida que consagra o Direito Privado no Brasil.

## **2.2 Do ser sujeito ao estar sujeito ao direito: o papel das categorias no design da Teoria das Capacidades**

A sistematização do Direito Privado é alcançada a partir da operacionalização de diferentes categorias jurídicas que, organizam e estabelecem critérios e pressupostos para que direitos e deveres sejam atribuídos entre os diferentes sujeitos de direito. Dentre elas, capacidade, pessoa, sujeito de direito e personalidade jurídica são categorias dialógicas imprescindíveis para adequada compreensão dos efeitos promovidos pelos impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial na normalização da pessoa e seus corolários pela ordem jusprivatista na formatação da Teoria das Capacidades.

A distinção entre uma pessoa plenamente capaz e absolutamente ou relativamente incapaz é determinante para sua posição diante do Direito, no cambeamento irresistível entre ser sujeito e estar sujeito ao direito. Diante disso, é necessário que sejam expostas as instâncias de normalização binária da capacidade e o silenciamento de uma pluralidade que se tem a partir dela. Para tanto, as categorias jurídicas de capacidade, pessoa, sujeito de direito e personalidade jurídica serão apresentadas em conformidade com a redação original do Código

---

<sup>28</sup> No desenvolvimento desse trabalho ficará evidenciada a crença de que a perspectiva da pessoa com deficiência recebeu consideração contribuição da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a partir da qual tem-se um modelo biopsicossocial de identificação da deficiência, congregando o modelo médico e o modelo social. Não obstante, não tenha sido o referido modelo acompanhado de um sistema de apoio proporcionalmente responsivo às suas circunstâncias pessoais. Por essa razão, a partir da apresentação desse argumento no Capítulo 3, pretende-se sua submissão à métrica de justiça social básica de Martha Nussbaum.

Civil de 1916 e do Código Civil de 2002, a fim de que sejam estabelecidas as premissas normativas nas quais se concentra o presente Capítulo.

A capacidade é uma categoria jurídica que comporta duas especificações distintas: capacidade de direito e capacidade de fato, essa última também denominada capacidade de obrar ou de exercício. Pela primeira, tem-se a capacidade de ter ou ser titular de direitos, modalidade de capacidade inerente ao nascimento da pessoa humana com vida, momento no qual a pessoa também adquire personalidade jurídica e o status de sujeito de direito. E, pela segunda, tem-se “[...] a capacidade de praticar ato-fato jurídico; de praticar atos jurídicos stricto sensu; de manifestar vontade que entre no mundo jurídico como negócio jurídico (capacidade negocial) e de praticar atos ilícitos em geral [...]” (MIRANDA, 2000, p. 211), modalidade de capacidade cuja aquisição decorre do adimplemento de determinada idade e que pode ser suprimida parcial ou totalmente<sup>29</sup> em decorrência da afetação da saúde e/ou integridade mental da pessoa humana<sup>30</sup>.

Nesse sentido, esclarece Mariana Alves Lara (2019, p. 41) que “enquanto a atribuição de personalidade e, conseqüente, de capacidade de direito independe de estado de consciência e de desenvolvimento cognitivo, a capacidade de fato se pauta pelos patamares de discernimento de um indivíduo”. A capacidade de fato é influenciada, portanto, pelo estado individual das pessoas naturais, pela sua maturidade etária e/ou condição psicofísica.

Em síntese, a “capacidade de direito, é, portanto, o potencial inerente a toda pessoa para o exercício de atos da vida civil [...]”, enquanto a “[...] capacidade de fato é o poder efetivo que nos capacita para a prática plena de atos da vida civil” (FIUZA, 2019, p. 157-158). O tratamento legislativo conferido a capacidade de direito e de fato no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002, ambos em sua redação original, esteve respectivamente nos artigos 2<sup>o</sup><sup>31</sup> e 1<sup>o</sup><sup>32</sup>. Já a capacidade de fato era presumida, respectivamente, a partir dos 21 e 18

---

<sup>29</sup> Conforme será especificado no tratamento da incapacidade relativa e absoluta na Seção 2.3.

<sup>30</sup> Acerca do ato-fato jurídico, disserta Raphael Furtado Carminate 2019, p. 81): “Ao contrário do que ocorre nos fatos jurídicos stricto sensu, há normas jurídicas que erigem a conduta humana como elemento nuclear de seu suporte fático. Essa conduta humana, em determinadas situações, deve ser acompanhada de manifestação consciente de vontade do agente, noutras, a norma jurídica abstrai do ato qualquer elemento volitivo, sendo irrelevante para o Direito se houve, ou não, vontade em praticá-lo [...]. Nessa última hipótese, a lei atribui relevância ao ato humano e a suas resultantes, estabelecendo as conseqüências jurídicas independentemente da vontade humana. [...] Tais comportamentos humanos produzirão os efeitos previstos em lei independentemente da vontade daqueles que os praticaram, eis que o suporte fático tem como elemento nuclear apenas uma situação fática que, para materializar-se, demanda uma conduta humana, desconsiderando-se a eventual existência de vontade dos atores”.

<sup>31</sup> “Art. 2. Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.” (BRASIL, 1916)

<sup>32</sup> “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. (BRASIL, 2002)

anos de idade ou, na menoridade, diante das hipóteses legais de emancipação, na forma dos artigos 9<sup>o33</sup> e 5<sup>o34</sup> dos referidos diplomas legais.

A capacidade é uma categoria jusprivatista atribuída a pessoa que, na acepção jurídica, não constitui um atributo exclusivo dos seres humanos. O Direito distingue duas formas distintas de constituir pessoa, quais sejam a natural e a jurídica. Com o nascimento da pessoa humana com vida surge a pessoa natural e, desde então, é considerada como suporte fático para incidência de direitos e obrigações na ordem civil. A pessoa jurídica, por sua vez, surge com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo<sup>35</sup>.

Dessa forma, agrupamentos sociais diversos que têm origem na vontade humana e fim determinado, com ou sem intuito econômico, recebem a designação de pessoas jurídicas. E, ao contrário da pessoa natural, a pessoa jurídica resulta de uma abstração lógica, embora, seja igualmente apta a titularizar direitos e contrair deveres. Não consiste, portanto, “[...] de um dado pré-normativo, mas em qualidade jurídica que o legislador apõe a determinadas agremiações sociais ou patrimônios, como forma de implementar os anseios e expectativas do próprio homem” (EBERLE, 2006, p. 103).

As pessoas naturais e as pessoas jurídicas são, igualmente, originadas do sistema jurídico que atribui a elas direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções a entes humanos ou a entidades criadas por eles (MIRANDA, 2000, p. 345). E, nesse sentido, ambas podem ocupar a posição de sujeito de direito, elemento nuclear na conformação das relações

---

<sup>33</sup> “Art. 9. Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I. Por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos cumpridos. II. Pelo casamento. III. Pelo exercício de emprego público efetivo. IV. Pela colação de grau científico em curso de ensino superior. V. Pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria.” (BRASIL, 1916)

<sup>34</sup> “Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.”(BRASIL, 2002)

<sup>35</sup> Conforme infere-se da leitura conjunta dos artigos 4º e 18º do primeiro Código Civil brasileiro (BRASIL, 1916): “4º. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.”; “Art. 18. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou aprovação do Governo, quando precisa.” E, no mesmo sentido, os artigos 2º e 45º do Código Civil que sucedeu o de 1916 (BRASIL, 2002): “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. [...] Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”.

jurídicas, “[...] desempenhando o papel de centro de imputação de direitos e deveres. Conforme seja, naquela específica relação, titular ou não do direito outorgado pelo ordenamento, diz-se ativo ou passivo.” (EBERLE, 2006, p. 27).

Nesse sentido, de acordo com Pontes de Miranda (2000, p. 207), o ser pessoa importa uma situação abstrata, adquirida com o nascimento, constituindo, para tanto, fato jurídico<sup>36</sup>. Como fato jurídico, terá a sua irradiação de eficácia. E, no plano fático, a possibilidade de os indivíduos tornarem-se sujeitos de direito, que se concretizará pela personalidade, como “[...] possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito [...]” (MIRANDA, 2000, p. 207).

A relação entre as categorias de sujeito de direito e pessoa não é, contudo, tão simples quanto sugere a simplificação da lógica jurídica proposta e tampouco podem ser fundidos em uma única concepção. A pessoa “[...] traduz apenas o ente que participa em concreto de certa relação jurídica: em um caso pode-se ter como sujeito de direito uma pessoa natural, em outro, uma pessoa jurídica” (EBERLE, 2006, p. 28).

Por essa razão, para Pontes de Miranda (2000, p. 207), “[...] só se devia tratar das pessoas, depois de se tratar dos sujeitos de direito; porque ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito [...]”.

Há, contudo, uma relevante confluência entre as categorias da capacidade e da pessoa que merece maiores esclarecimentos. Nesse sentido, registra-se que a capacidade de direito e a capacidade de fato sofrem modulações responsivas ao sujeito de direito colocado no centro de determinada relação jurídica, a depender se pessoa natural ou jurídica.

Com efeito, significa dizer que a capacidade de direito da pessoa natural ou jurídica expande-se em abstrato para todos os direitos previstos no ordenamento jurídico, ressalvados “[...] aqueles que resultam de fatos jurídicos cujo suporte fático há elemento que ela não pode satisfazer.” (MIRANDA, 2000, p. 353). Logo, ainda que exista uma ampla margem de sobreposição entre os direitos da pessoa natural e da pessoa jurídica, não é outorgado a essa

---

<sup>36</sup> No que tange a análise do fato jurídico, a partir das contribuições de Pontes de Miranda, interessante exposição de Raphael Furtado Carminate (2019, p. 80), para quem, a partir do critério metodológico desenvolvido pelo autor mencionado, “[...] fato jurídico em sentido estrito é o fato da natureza que produz efeitos jurídicos, que prescinde, para existir, de condutas humanas. Pertencem a esta categoria todos os eventos naturais capazes de criar, modificar ou extinguir situações e relações jurídicas [...]”.

última, direitos que lhes sejam estranhos, ante a pressuposição de uma pessoa humana como centro de sua imputação<sup>37</sup> (EBERLE, 2006, p. 103).

Pessoa natural e pessoa jurídica não possuem, portanto, homogeneidade no que toca a capacidade de direito que lhes é inerente. A capacidade de fato também evidencia a singularidade de cada uma delas, uma vez que o poder de se dirigir autonomamente expressa condições distintas para a pessoa natural e para a pessoa jurídica. A capacidade de fato, recorda-se, pressupõe a capacidade de direito, “[...], pois apenas pode exercitar direitos aquele que previamente foi apto a adquiri-los” (EBERLE, 2006, p. 137).

Diante disso, uma modulação distintiva da capacidade de direito também sugere um tratamento corolário para a capacidade de fato. A capacidade de fato traduz-se na possibilidade de exercício autônomo dos direitos e deveres atribuídos pelo Direito a pessoa natural e/ou jurídica, conforme o caso.

Por essa razão, a capacidade de fato representa para a pessoa natural a possibilidade de autodeterminar juridicamente, em decorrência do adimplemento de determinada idade e desde que ausentes situações que a impeçam de exprimir vontade de forma autônoma. A pessoa jurídica, por outro lado, exerce sua capacidade de fato por intermédio dos seus órgãos – necessários ou facultativos – que, atuando nos limites de suas respectivas competências, exercita direitos e contrai deveres na posição da própria pessoa jurídica (MIRANDA, 2000, p. 351-355).

Pelo exposto, incontroverso que a pessoa jurídica é tão normativa quanto a pessoa natural. Contudo, a pessoa – numa acepção não jurídica – suporta especificações e significados diversos que são colocados em disputa histórica e filosófica quando colocada em perspectiva a pessoa humana. A expressão advém do termo *persona*, palavra utilizada para designar as máscaras usadas por atores nas peças teatrais, as tragédias ou comédias gregas (LARA, 2019, p. 31). No mesmo sentido, Gustavo Pereira Leite Ribeiro (2011, p. 177) consigna que “em sua evolução semântica, o termo passou a denominar o personagem representado e, a seguir, estendeu o seu sentido para indicar o ser humano”.

A origem semântica do vocábulo pessoa evidencia uma afirmação factual acerca do que constitui a pessoa natural e que está além das controversas entre as doutrinas filosóficas e religiosas, pela qual a pessoa é projetada no horizonte de uma constituição plural.

Para exemplificar esse tipo de afirmação, cita-se a definição oferecida por Brunello Stancioli (2017, p. 121), para quem a pessoa natural se constitui a partir de uma base mental

---

<sup>37</sup> Para exemplificar, cita-se a incompatibilidade entre os direitos de família e a pessoa jurídica.



de construção intersubjetiva e cultural, que está associada a um repertório de condutas sociais cujo repertório está em constante transformação. E, no mesmo sentido, Ana Luiza Maia Navares e Anderson Schreiber (2016, p. 39) para os quais a pessoa compreendida em concreto importa na presunção de sua inevitável multiplicidade.

A acepção jurídica da pessoa natural deve, portanto, ser responsiva aos influxos factuais daquilo que representa ser uma pessoa na vida social, política e cultural. Com o que corrobora Iara Antunes de Souza (2016, p. 152) ao afirmar que “[...] o conceito de pessoa é dado em uma construção biográfica e não apenas em uma construção jurídica, como um conceito estático. Trata-se de um conceito dinâmico por excelência”.

Diante disso, possível inferir que, embora pessoa natural e jurídica represente “[...] o conceito, o universal, com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico, de ser sujeito” (MIRANDA, 2000, p. 215), significa em concreto, notadamente, para a pessoa natural, uma pluralidade de possibilidades fragmentadas de ser e constituir-se, a partir, inclusive, do exercício da capacidade de exercício. Em outras palavras, a juridicização do termo pessoa revela uma categoria que apenas em concreto pode e deve ser precisada no que toca a pessoa natural.

A evidenciação da multiplicidade que traduz a pessoa natural em concreto e a demanda pela atenção à sua pluralidade não têm relevância meramente conceitual, mas, política e histórica. Nesse sentido, registra-se que no Direito Romano, ao qual remonta-se o desenvolvimento embrionário das instituições jusprivatista que estão apresentadas nesse Capítulo, a capacidade de direito e fato<sup>38</sup> eram atribuídas em conformidade com a gradação do status de ser pessoa. Com efeito, era normativa a distinção entre os indivíduos considerados capazes de autodeterminarem-se e aqueles cuja capacidade era afastada ou atenuada, como, por exemplo, os escravos, por não serem considerados cidadãos (CARMINATE, 2019, p. 51).

A história, portanto, atenta para a importância de que categorias universais sejam tomadas sob uma perspectiva crítica sempre que a sua aplicação culminar na marginalização da diversidade e da pluralidade. A insuficiência da gramática normativa não pode servir de justificativa para a exclusão e marginalização do “Outro”, do normalizado. Por essa razão, Flávia Piovesan (2014, p. 9) enfatiza que:

[...] Ao longo da história as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu versus o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença era

---

<sup>38</sup> Esclarece-se que a distinção entre essas modalidades de capacidade não está sendo inferida do Direito Romano, mas da interpretação paralela que é abstraída da situação narrada.

visibilizada para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, o objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo).

A ideia de pessoa se encontra ainda umbilicalmente ligada à ideia de personalidade. Assim, a pessoa é vista como titular do direito e, por essa razão, sujeito de direito. A personalidade, por sua vez, traduz a possibilidade de a pessoa ser “[...] titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções [...]” (MIRANDA, 2000, p. 209).

A personalidade jurídica, contudo, não se confunde com o direito subjetivo de personalidade. Nesse sentido, Simone Eberle (2006, p. 42) esclarece que:

Embora a personalidade seja pressuposto fundamental dos direitos e seu centro de irradiação, ela não é em si um direito, mas uma qualidade essencial, que torna possível ao homem ou a determinados entes o figurar em relações jurídicas como sujeitos de direito. Não se trata, contudo, de uma qualidade qualquer, mas de uma posição fundamental do homem perante a ordem jurídica, que está expressamente reconhece.

A diferenciação entre a personalidade jurídica e os direitos de personalidade é também evidenciada por André Couto e Gama (2014, p. 97) ao sustentar que os direitos da personalidade são conceituados como “[...] objeto de direito abstrato, que atua sobre a jurisdicização dos elementos da individualidade da própria pessoa [...]”, enquanto o termo personalidade é atributo de igualdade, referindo-se ao fato de que todas as pessoas são titulares de direitos e obrigações.

O início da personalidade jurídica das pessoas naturais e jurídicas decorre, respectivamente, do nascimento com vida daquelas primeiras e da inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, para aquelas últimas, conforme consignada nos artigos 4º e 18º do Código Civil de 1916 e, posteriormente, nos artigos 2º e 45º, do Código Civil de 2002.

Ocorre que, embora a personalidade civil da pessoa natural tenha início a partir do seu nascimento com vida, a parte final do artigo 2º do Código Civil<sup>39</sup> dispõe que: “[...] a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro<sup>40</sup>” (BRASIL, 2002). Diante disso, a

---

<sup>39</sup> Redação idêntica à do artigo 4º do Código Civil anterior (BRASIL, 1916): “Art. 4. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.”

<sup>40</sup> Dos quais são exemplos os artigos 542, 1609, 1779, 1798, dentre outros, do atual Código Civil (BRASIL, 2002).

posição jurídica do nascituro, ou seja, daquele que há de nascer<sup>41</sup>, gera uma aparente inconsistência na relação estabelecida entre as categorias que estão sendo articuladas e que é disputada entre as teorias acerca do início da personalidade, quais sejam: teoria natalista, teoria da personalidade condicional e teoria concepcionista:

Segundo a teoria natalista a personalidade tem início a partir do nascimento com vida; para a teoria da personalidade condicional, a personalidade tem início com a concepção condicionada ao nascimento com vida; já a doutrina concepcionista considera o nascituro pessoa, pois a personalidade é adquirida com a concepção. (SCHETTINI, 2015, p. 49).

A teoria natalista corresponde à máxima de que a personalidade é própria da pessoa humana e, portanto, para o exercício dessa titularidade é imprescindível o nascimento com vida.

A referida teoria parece estar em conformidade com a atual legislação jusprivatista em sua literalidade (FIÚZA, 2019, p. 154). Sobre o nascituro e o status jurídico de pessoa e personalidade, contribui Pontes de Miranda (2000, p. 217):

No útero a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pôde ser sujeito de direito (nunca foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tenha de esperar o nascimento para saber se algum direito, pretensão, ação ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa.

E, no mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira (2017, p. 186):

Pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento com vida não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses do nascituro. Situações existem, na verdade, em que se reconhece a existência de um direito potencial ao ente concebido, que abrange o *infans iam conceptus nondum natus*:<sup>14</sup> a curatela do nascituro (art. 1.779 e art. 1.780 do Código Civil); a admissibilidade de ser constituído herdeiro ou legatário o concebido (art. 1.799 do Código Civil), de receber doação (art. 542 do Código Civil) etc. Mas em qualquer destes casos não se pode falar em “pessoa” do nascituro, pois que o resguardo dos seus interesses se equipara à doação à prole eventual de determinado casal (art. 546 do Código Civil) ou à substituição fideicomissária (arts. 1.951 e ss. do Código Civil) nas quais o direito assegura os interesses de quem não se acha ao menos concebido, e, se ao nascituro, porque se lhe assegura um direito potencial, fosse preciso reconhecer personalidade, dotado de personalidade seria igualmente um donatário ainda nem concebido ou um fideicomissário não gerado.

---

<sup>41</sup> Entende-se nesse contexto que estão compreendidos na categoria de nascituro o fruto da geração humana desde a fecundação ao nascimento (CHORÃO, 2006, p. 421), bem como o embrião já implantado ou pré-implantatório (CHINELLATO, 2007, p. 51).

A teoria da personalidade condicional, por sua vez, parece incorrer no erro de considerar que há alguma condição nas situações jurídicas do nascituro. Nesse sentido, concorda-se com a conclusão de Pontes de Miranda (2000, p. 233), para o qual:

Não há condição nas situações jurídicas do nascituro (arts. 4º e 1.718<sup>42</sup>), nem da prole eventual de determinada pessoa (art. 1718). Quando o filho de A nasce morto, o herdeiro é outra pessoa, porque o filho de A não foi herdeiro. Não houve herdeiro nem herança sob condição resolutiva; nem retroatividade, nem qualquer efeito de suspensividade aposta ao negócio jurídico do testamento, nem criada pela lei sobre sucessão legítima. Os bens passaram ao herdeiro legítimo, ou aos herdeiros legítimos, no dia da morte do testador (*le mort saisit le vif*): a falta de criança que nascesse viva apenas demonstrou não ter tido eficácia a disposição do testador a favor do *conceptus sed nondum natus*.

A teoria concepcionista decorre do entendimento de que as categorias pessoa e personalidade jurídica, pelas quais se tem a aptidão para adquirir direitos, sejam categorias indissociáveis. Nesse sentido, Teixeira de Freitas (1983, p. 83-84) em seu esboço afirmou que “não concebo (art. 16) que haja ente com suscetibilidade de adquirir direitos, sem que haja pessoa.” Trata-se de posição que não pode ser sustentada no presente trabalho, sobretudo, dada a exposição sistemática e independente que se pretendeu evidenciar entre as categorias jurídicas que estão sendo reduzidas por essa teoria e, em suma, porque não se pode conceber como pessoa quem ainda não nasceu.

Pelo exposto, para fins desse trabalho entende-se que o início da personalidade jurídica da pessoa natural decorre do seu nascimento com vida. Portanto, no que toca o nascituro, a existência e eficácia de determinado direito ou de pretensão, ação, ou exceção dependem que nasça com vida.

O conteúdo e as repercussões normativas originadas das categorias jurídicas de capacidade, pessoa, sujeito de direito e personalidade jurídica revelam a estrutura geral a partir da qual o sujeito de direito interage constituindo situações e relações jurídicas patrimoniais e existenciais. As referidas categorias, em sua formatação abstrata e universal, derivam da justiça comutativa<sup>43</sup> que funda a racionalidade formal do Direito Privado e a partir

---

<sup>42</sup> Referências aos artigos do Código Civil de 1916: “Art. 4. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro. [...] Art. 1.718. São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir á prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão.” (BRASIL, 1916).

<sup>43</sup> A justiça comutativa, segundo Rafael de Freitas Valle Dresh (2013, p. 20): “[...] define-se pela necessária correção entre os membros da comunidade, através da busca do reequilíbrio nas relações privadas, voluntárias (negócios) e involuntárias (ilícitos civis).”

da qual se tem a “[...] preservação do fim que se pode denominar de igual liberdade” (DRESH, 2013, p. 20).

Nesse sentido, Rafaela Fernandes Leite (2019, p. 79) ao investigar a racionalidade estrutural do Direito Privado brasileiro a partir de premissas históricas e filosóficas, concluiu que:

[...] enquanto prática normativa imaneamente inteligível, [o Direito Privado] origina-se da assunção da igual liberdade como razão justificatória da sua racionalidade, repousando na justiça comutativa sua estruturação coerente e, pela qual, demandará fundamentos de justificação normativa pautados na mediação de iguais liberdades.

Diante disso, ao derivar categorias jurídicas abstratas sob o pressuposto formal de igual liberdade, seria inevitável que a universalização da noção de capacidade, pessoa, sujeito de direito e personalidade jurídica marginalizasse as pessoas com deficiência, ou seja, aquelas com impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. Para demonstrar as repercussões desse empreendimento no nascimento do “Outro” do sujeito de direito capaz, passa-se a análise do regramento da incapacidade de fato.

A incapacidade de fato revela uma hipótese de descontinuidade entre a personalidade e a capacidade, uma vez que a aptidão para adquirir direitos na ordem civil não é seguida pela aptidão de determinada pessoa para exercê-los pessoalmente. A referida descontinuidade pode afirmar-se mais ou menos intensa, a depender do status dessa incapacidade, se relativa ou absoluta. Não obstante, por tratar-se de situação que afasta o pressuposto formal de igual liberdade, a incapacidade é excepcional e decorre de previsão normativa.

Os Códigos Civis brasileiros foram normativamente constantes na atribuição da incapacidade em virtude da idade e da verificação de que o sujeito de direito estaria acometido por impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. Nesse sentido, o primeiro Código Civil brasileiro (BRASIL, 1916) em sua redação original estabelecia, no artigo 5º, a incapacidade absoluta dos menores de 16 anos; daqueles designados loucos de todo gênero; bem como dos surdos-mudos que não pudessem exprimir a sua vontade. E, como relativamente incapazes, foram elencados no artigo 6º os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos; as mulheres casadas, enquanto subsistisse a sociedade conjugal, os pródigos e os silvícolas.

A expressão “loucos de todo gênero” foi influenciada pela redação do artigo 10, 2º do Código Criminal do Império, conforme observou Iara Antunes de Souza (2016, p. 188). O referido artigo ao tratar da inimputabilidade criminal dispunha que: “Art. 10. Também não se

julgarão criminosos: [...] 2º Os loucos de todo o gênero, salvo se tiverem lúcidos intervallos, e nelles commetterem o crime”. Trata-se de expressão proeminentemente discriminatória, uma vez que dissociada da literatura médica à época e tampouco guardava relação com outros sistemas jurídicos (VASCONCELLOS, 1992, p. 189, *apud* SOUZA, 2016, p. 189).

Posteriormente, entre o Código Civil de 1916 e seu sucessor, foi promulgado o Decreto n. 24.559, de 3 de julho de 1934, que dispôs sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, que estabeleceu no que se referia à capacidade daquelas pessoas a possibilidade de gradação da incapacidade. Nesse sentido, a redação do artigo 26 do referido diploma legal (BRASIL, 1934): “Art. 26. Os Psicopatas, assim declarados por perícia médica processada em forma regular, são absoluta ou relativamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil.”.

O Código Civil de 2002 alterou o catálogo da incapacidade. Assim, em sua redação original estabeleceu no artigo 3º a incapacidade absoluta dos menores de dezesseis anos; dos que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos civis e daqueles que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. E, como relativamente incapazes, foram elencados no artigo 4º os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos; aqueles que, por deficiência mental, tivessem o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não pudessem exprimir sua vontade; e os pródigos.

O catálogo das pessoas suscetíveis à incapacidade no Código Civil de 1916 pode ser sintetizado em quatro critérios: etário, de saúde, de sexo e cultural. Enquanto no Código Civil de 2002, foram mantidos os critérios etário e de saúde<sup>44</sup>. Especificamente no que se refere à saúde, tem-se uma generalização menor no Código Civil de 2002, uma vez que são suprimidas as hipóteses “louco de todo gênero” e “surdo-mudo” do rol dos incapazes, cuja posição era decorrente, proeminentemente, da verificação de um impedimento de ordem mental, intelectual e, respectivamente, sensorial. O referido diploma conservou, contudo, os impedimentos mentais e intelectuais como hipóteses de incapacidade absoluta e relativa, conforme o grau de afetação do discernimento do sujeito de direito.

Nesse sentido, considerando as distinções normativas aplicáveis àqueles absoluta e relativamente incapazes, Caio Mário da Silva Pereira (2017, p. 229) pontuou que:

---

<sup>44</sup> Registra-se que a sujeição da mulher a incapacidade relativa foi revogada no dia 27 de agosto de 1962, com a promulgação da Lei 4.121. E a capacidade dos índios (expressão normativa que designa os povos originários) foi delegada para legislação especial.

Tendo em vista a diversidade de condições pessoais dos menores, e a maior ou menor profundidade da redução no discernimento, o Código Civil destaca, de um lado, os que são inaptos para a vida civil na sua totalidade, e, de outro lado, os que são incapazes apenas quanto a alguns direitos ou à forma de seu exercício. E, atendendo à extensão da incapacidade, gradua a forma da proteção, que para os primeiros assume o aspecto de *representação*, de vez que são completamente impedidos de agir juridicamente, e para os segundos a modalidade da *assistência*, já que têm o poder de atuar na vida civil, porém sob condição de serem autorizados.

Os efeitos da incapacidade absoluta e relativa podem ser sintetizados nos seus corolários jurídicos, conforme enumerados por Diogo Carvalho Machado (2013, p. 83), quais sejam:

(i) dos institutos da representação e da assistência; [...] e (ii) da teoria das invalidades, para então positivar um regime que inquina de nulidades e anulabilidade os atos e negócios jurídicos praticados por incapazes tutelando-os, desta forma, contra possíveis prejuízos ao respectivo patrimônio (arts. 166, I, 171, I, 185 do Código Civil de 2002, correspondentes aos arts. 145, I e 147, I, do Código Civil de 1916).

A incapacidade de fato impede, portanto, que em qualquer caso o sujeito de direito exerça de forma pessoal e independente os direitos e pretensões em relação aos quais é titular. O absolutamente incapaz, embora conserve sua posição de sujeito de direito e sua personalidade, encontra-se totalmente afastado do mundo jurídico, razão pela qual lhe é atribuído um representante. Os relativamente incapazes, estão situados entre a incapacidade absoluta e a capacidade de exercício, portanto, não são afastados do mundo jurídico. Contudo, sendo-lhes ausente plena capacidade, exige-se que eles sejam assistidos. A assistência ou representação dos maiores absoluta ou relativamente incapazes, situação na qual se enquadram as pessoas com deficiência, firma-se por ato judicial, mediante processo de interdição<sup>45</sup>, e efetiva-se por intermédio do instituto da curatela<sup>46</sup>. Pronunciando o decreto judicial de interdição, ter-se-ia a nulidade e anulabilidade dos atos civis praticados

---

<sup>45</sup> Que era então disciplinado entre os artigos 1177 e 1186 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973). E, no direito material, entre os artigos 447 e 453 do Código Civil de 1916 e, sucessivamente, entre os artigos 1768 e 1773 do Código Civil de 2002.

<sup>46</sup> Disciplinado pelo artigo 446 do Código Civil de 1916: “Art. 446. Estão sujeitos à curatela: I. Os loucos de todo o gênero (arts. 448, n. I, 450 e 457). II. Os surdos-mudos, sem educação que os habilite a enunciar precisamente a sua vontade (arts. 451 e 456).” (BRASIL, 1916). E, posteriormente, no artigo 1767 do Código Civil de 2002: “Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela: I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;” (BRASIL, 2002).

respectivamente, pessoalmente pelo absolutamente incapaz e sem assistência pelo relativamente incapaz (PEREIRA, 2017, p. 233-238).

O panorama geral inferido da redação original dos Códigos de 1916 e de 2002, acerca da incapacidade de fato, evidencia como seu desenvolvimento embrionário esteve associado ao interesse normativo de assegurar segurança jurídica às relações patrimoniais, bem como indica a impossibilidade de realizar, em concreto, qualquer gradação da capacidade de fato das pessoas com deficiência, uma vez que a pretensa proteção que lhes foi ofertada pelo sistema jurídico esteve restrita às figuras da assistência e representação.

Pelas referidas medidas, neutraliza-se a incapacidade de fato da pessoa com deficiência diante da titularidade por ela conservada de eventual direito, pretensão, ação, ou exceção, contudo, a curatela alcançaria todas as situações e relações jurídicas que circundassem o universo normativo daquela pessoa. Inexistiu, portanto, qualquer disciplina que permitisse a individualização da assistência, bem como da representação, sob alguma perspectiva promocional da autodeterminação que estava sendo suplantada pelo Código Civil de 1916, bem como por aquele promulgado em 2002.

Com efeito, o regime jurídico que regeu a incapacidade de fato nos referidos diplomas tem um intuito não declarado, mas evidente, qual seja: o de permitir o tráfego negocial sem os obstáculos que seriam derivados de uma investigação casuística da capacidade da pessoa com deficiência de se autodeterminar ante a situação ou relação jurídica colocada na sua esfera patrimonial ou existencial. Nesse sentido, observou Diego Carvalho Machado (2013, p. 85-86) que:

[...] o conceito de capacidade de agir e o seu regime jurídico – estruturado sobre o rol das incapacidades, o regime de invalidades dos atos jurídicos e os institutos de suprimento da incapacidade de exercício – foram construídos num contexto de dominante exaltação da ordem do ter no Direito Civil. Daí decorre, portanto, ser a capacidade de agir uma categoria jurídica originalmente pensada para solucionar problemas ligados aos comportamentos que punham em questão a esfera jurídico-patrimonial do sujeito do direito, e para desempenhar um controle sobre a autonomia privada dos particulares, como um requisito para a prática válida de negócios de cunho patrimonial, notadamente o contrato. Não é de se estranhar, enfim, que a capacidade de agir tenha sido confundida no campo do Direito Privado com a capacidade negocial.

O regime de incapacidades, portanto, para conservar o pressuposto generalista do Direito Privado de igual liberdade culmina no apagamento de toda pluralidade implícita dentre as pessoas com deficiência, uma vez que não há qualquer hegemonia sequer entre as deficiências mentais ou intelectuais, cuja variação em graus pode suscitar diferentes



possibilidade de exercício consciente de autodeterminação. Com efeito, observa Simone Eberle (2006, p. 153) que o referido regime, por expressar critérios arbitrários e estáticos, revela-se inábil para traduzir a dinâmica da autonomia dos sujeitos de direito, não podendo acompanhar *pari sensu* o estágio de autodeterminação com o qual, em alguma medida, se dirigem.

Diante disso, incontroverso que ante a mutilação da autonomia da pessoa com deficiência que é considerada incapaz, o regime da incapacidade de fato imprescinde, conforme sugerem Ana Luiza Maia Nevares e Anderson Schreiber (2016, p. 43) de “[...] uma autentica personalização [...] de modo a permitir a modulação dos seus efeitos, seja no tocante à sua intensidade, seja no tocante à sua amplitude.”.

Pelo exposto, tem-se que as categorias jurídicas de capacidade, pessoa, sujeito de direito e personalidade jurídica, conforme desenvolvidas a partir da redação original do Código Civil de 1916 e do Código Civil de 2002, se relacionam dialogicamente a fim de estabelecer o sujeito universal do Direito Privado, o qual se presume igualmente livre em suas relações jurídicas. A pessoa com deficiência, “o Outro” daquele universalizado, outrora designada dentre os “loucos de todo gênero”, os surdos-mudos e excepcionais, é uma fissura na lógica jusprivatista.

Trata-se invariavelmente de pessoa natural, possui capacidade de direito e adquire personalidade jurídica, contudo, no que tange a sua capacidade de fato, não há uma aptidão linear para a autodeterminação.

Dessa fissura, emergem a incapacidade, a interdição, a curatela, a assistência e a representação que, não obstante, tão somente tem a função de reestabelecer a ordem relacional entre aquelas categorias. Uma vez verificada a incapacidade relativa ou absoluta, a interação jurídica das pessoas com deficiência sob essa condição é designada ao seu curador. A partir disso, sua existência autônoma desaparece do referencial de imputação de direitos e deveres pelo Direito Privado.

Por essa razão, faz-se necessário perquirir na próxima seção como as perspectivas originadas dos diferentes modelos de abordagem da deficiência influíram no design da Teoria das Capacidades e quais os efeitos decorrentes da operacionalização das categorias de pessoa, sujeito de direito e personalidade jurídica no interior do regime jurídico atribuído aos incapazes.

### 2.3 A pessoa com deficiência como o “Outro” do Direito Privado

Os diferentes modelos de abordagem da deficiência foram sendo desenvolvidos paralelamente ao Direito Privado brasileiro, contudo, é possível perceber instâncias de sobreposição entre o conteúdo subjacente àquelas abordagens e o tratamento jurídico conferido à pessoa com deficiência também juridicamente segregada e proeminentemente sujeita às práticas de institucionalização.

Ao utilizar-se a expressão Direito Privado ou ordem jusprivatista pretende-se reivindicar simultaneamente todas as normas destinadas às relações entre as pessoas humanas (CAENEGEM, 2000, p. IX), das quais se pretende abstrair o corpo de leis que conforma a Teoria das Capacidades e suas repercussões para as pessoas com deficiência na estrutura codificada do Direito Civil ou em legislações complementares da sua estrutura, tais como do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor.

Diante disso, a presente seção tem por objetivo desvelar essas instâncias de sobreposição entre os diferentes modelos de abordagem da deficiência no desenvolvimento do Direito Privado. Para tanto, pretende-se identificar o âmbito de atuação reservado à pessoa com deficiência diante das posições centrais atribuídas ao marido, ao proprietário, ao contratante e ao testador na ordem jusprivatista, a fim de determinar como a concepção jurídica de capacidade contribui para o surgimento do “Outro” do sujeito de direito.

A história do Direito Privado, considerada a partir da proclamação da independência do Brasil<sup>47</sup>, não coincide com a história da sua codificação. Dessa forma, embora o Brasil não tenha experimentado uma codificação jusprivatista antes de 1916, foi antecedida de marcos teóricos nacionais relevantes para a Teoria das Capacidades, para os quais contribuiu inicialmente Augusto Teixeira de Freitas, na consolidação do direito vigente no país, publicada em 1857 sob a designação de Consolidação das Leis Civis e, mais tarde, com a elaboração do primeiro esboço do Código Civil, divulgado entre 1860 e 1865 (ROBERTO, 2011, p. 59-63).

A relação entre Augusto Teixeira de Freitas e a Teoria das Capacidades é especificada pela observação de Felipe Quintella Machado de Carvalho (2013, p. 95-110) que ao

---

<sup>47</sup> Para tanto, justifica-se que antes disso a história do Direito Privado do Brasil não inicia o seu próprio percurso. Dessa forma, é com a proclamação da Independência que é imposto ao direito português uma condição temporal de validade. Nesse sentido, foi determinado que vigorassem as Ordenações Filipinas, as leis e os decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, apenas enquanto não se organizasse um novo código (ROBERTO, 2011, p. 59), conforme demandado pela Constituição do Império (BRASIL, 1824): "XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade."

empreender uma investigação histórica acerca da formação dos conceitos de capacidades no Direito Civil brasileiro, concluiu pela inexistência, durante o Império, de fontes formais no Brasil das quais pudesse ser derivada uma Teoria das Capacidades. A razão da omissão decorreu da ausência de uma construção sistemática que assim pudesse ser designada até o desenvolvimento dos trabalhos de Augusto Teixeira de Freitas.

Pelo exposto, a presente seção objetiva derivar a influência das obras de Augusto Teixeira de Freitas, quais sejam da Consolidação das Leis Cíveis e do Esboço do primeiro Código Civil brasileiro, a fim de compreender a lógica predominante na Teoria das Capacidades regulamentada pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Civil de 2002, antes das mudanças promovidas pela Lei n. 13.146 de 2015 (BRASIL, 2015), que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência e cuja análise será realizada no Capítulo 3.

### *2.3.1 Da Consolidação das Leis Cíveis ao Esboço do primeiro Código Civil brasileiro a partir das contribuições de Augusto Teixeira de Freitas*

A Independência do Brasil, declarada em 1822, representa o marco inicial da história do Direito Privado brasileiro, contexto a partir do qual se observa o crescente interesse do país de experimentar a sua emancipação jurídica. Para tanto, esse percurso inicia-se com a Consolidação das Leis Cíveis e dirige-se ao encontro do movimento ocidental de codificação. Augusto Teixeira de Freitas teve relevante participação nesses dois momentos, embora não tenha, ao final, subscrito o primeiro Código brasileiro.

Com a Independência, foi promulgada em março de 1824 a Constituição Política do Império do Brasil, que estabeleceu dentre as suas disposições gerais e as garantias dos direitos civis e políticos, uma incumbência ao Poder Legislativo, qual seja: de organizar um Código Civil e um Código Penal<sup>48</sup>. A referida incumbência era especialmente relevante para a expectativa de emancipação jurídica do país, uma vez que por determinação da Lei de 20 de

---

<sup>48</sup> Conforme infere-se do artigo 179, inciso XVIII (BRASIL, 1824): “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.”

outubro de 1823, permaneciam em vigor as Ordenações Filipinas de 1603<sup>49</sup> enquanto não se organizasse um novo Código<sup>50</sup>.

Dessa forma, tendo sido promulgado o Código Criminal do Império (BRASIL, 1830), ficou pendente a elaboração de um Código Civil. Contudo, dado o caráter esparso e desordenado da legislação civil, entendeu-se que “[...] antes da codificação, seria mais adequado realizar a consolidação do direito vigente” (ROBERTO, 2011, p. 61).

Para tanto, o Ministro dos Negócios da Justiça, Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araújo, contratou o jurista Augusto Teixeira de Freitas em 1855, para reunir, organizar e estruturar a legislação civil vigente no Brasil, trabalho concluído em 1857 com a publicação da Consolidação das Leis Civis (CARVALHO, 2013, p. 97). A compilação abarcou uma Parte Geral e uma Parte Especial, acerca das Pessoas e das Coisas e dos Direitos Pessoais e Direitos Reais, respectivamente.

Na Parte Geral, Título I, “Das Pessoas”, Augusto Teixeira de Freitas dispôs sobre as normas dirigidas àqueles que gozavam de proteção especial em razão de seu estado civil (FREITAS, 2003, p. 245). Posteriormente, estes iriam ser denominados “incapazes”. Assim, no art. 8º, Augusto Teixeira de Freitas fez a primeira distinção em razão da idade e em nota aparece a palavra “capacidade”, ainda sem o conteúdo impresso posteriormente na Teoria das Capacidades (CARVALHO, 2013, p. 101). O referido dispositivo e a nota respectiva podem ser verificados a partir da seguinte transcrição (FREITAS, 2003, p.251<sup>51</sup>):

Art. 8. As pessoas são maiores, ou menores. Aos vinte e um annos completos termina a menoridade, e se é habilitado para todos os actos da vida civil (9).

(9) Existe a pratica de obrigar os que se-tornao maiores á prestar uma justificação inútil de capacidade, e atirar Carta de emancipação. [...]

Dessa forma, iniciada a personalidade jurídica da pessoa humana, sua qualificação ficava sob o encargo do artigo 8º, que a classificava em menor ou maior, conforme sua idade. A relevância dessa qualificação consistia na definição de que apenas as pessoas maiores, de

<sup>49</sup> Registra-se que as referidas Ordenações permaneceram em vigor no Brasil por mais tempo que em Portugal, conforme observa Giordano Bruno Soares (2011, p. 60), ao enfatizar que: “Lá, foram substituídas por um código civil em 1867, aqui, somente em 1916.”

<sup>50</sup> Dessa forma, conforme redação original, tem-se o artigo 1º da Lei (BRASIL, 1823): “Art. 1o As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.”

<sup>51</sup> Para transcrição, optou-se pela manutenção da ortografia original.

idade igual ou superior a vinte e um anos, seriam consideradas habilitadas para todos os atos da vida civil. Aos menores equiparavam-se os designados loucos de todo gênero e os pródigos. Por conseguinte, aos menores e aos loucos de todo gênero era conservado o benefício da restituição ante atos judiciais e extrajudiciais pelos quais sofressem danos durante a menoridade ou condição de loucura, na forma dos artigos 12<sup>52</sup>, 29<sup>53</sup> e 30<sup>54</sup>, todos da Consolidação (FREITAS, 2003, p. 256; 269).

Da designação realizada por Augusto Teixeira de Freitas para tratar das pessoas com algum impedimento mental ou intelectual, na categoria “loucos de todo gênero” e seus corolários decorrem duas observações. A primeira consiste na verificação de que Augusto Teixeira de Freitas optou por guardar identidade com o vocábulo utilizado pelo artigo 10<sup>55</sup>, parágrafo 2º, do Código Criminal então vigente (BRASIL, 1830), cuja redação demarcava a imputabilidade daqueles designados “loucos de todo o gênero”. A segunda decorre da proteção conservada ao patrimônio daquelas pessoas, dada a prerrogativa que lhes foi assegurada de prover a restituição de eventual dano sofrido na constância de sua “loucura” (CARVALHO, 2013, p. 106).

Diante do exposto, em relação à Consolidação, percebe-se que a ideia de capacidade apresentava três variáveis pessoais: a idade, a loucura e a prodigalidade, porém, “[...] o uso do vocábulo capacidade ainda aparece sem precisão técnica, e ainda não se depreende o que se possa denominar Teoria das Capacidades [...]” (CARVALHO, 2013, p. 107).

O início do desenvolvimento sistemático de um Teoria das Capacidades por Augusto Teixeira de Freitas é inspirado a partir de um debate entre Antônio Luiz de Seabra e Alberto Antônio de Moraes Carvalho, provocado pela elaboração do projeto do Código Civil português por aquele primeiro. Com efeito, observa-se que enquanto Augusto Teixeira de Freitas concluía a Consolidação das Leis Cíveis no Brasil, Antônio Luiz de Seabra concluía em Portugal um Projeto de Código Civil, que foi publicado em 1857 e apresentado para Augusto Teixeira de Freitas em 1858 (CARVALHO, 2013, p. 108-109).

A obra de Antônio Luiz de Seabra recebeu algumas críticas de Alberto Antônio de Moraes Carvalho que, posteriormente, foram impugnadas por Seabra em obra intitulada

---

<sup>52</sup> “Art. 12. O benefício de restituição é concedido aos menores para poderem rescindir os actos extrajudiciaes, e júdiciaes, em que forem lesos durante o tempo da menoridade.”

<sup>53</sup> “Art. 29. Os loucos de todo o gênero, e os pródigos, são equiparados aos menores. A Lei do mesmo modo os protege.”

<sup>54</sup> “Art. 30. Elles são igualmente soccorridos com o benefício da restituição.”

<sup>55</sup> “Art. 10. Também não se julgarão criminosos: [...] 2º Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime.”

“Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a Primeira Parte do Projeto do Código Civil Português”, na qual se destacam as respostas direcionadas ao sistema de ordenação da capacidade civil (SEABRA, 1858, p. 7-24).

Com acesso ao projeto de Código Civil, bem como à resposta de Antônio Luiz de Seabra, Augusto Teixeira de Freitas elaborou trabalho intitulado “Nova Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projeto do Código Civil Português”, no qual avança para um desenvolvimento sistemático da ideia de capacidades no Direito Privado, aproveitando-se daquele diálogo.

Nesse sentido, Felipe Quintella Machado de Carvalho (2013, p. 109) ao realizar uma interpretação acerca da opção adotada por Augusto Teixeira de Freitas para abordar as análises de Alberto Antônio de Moraes Carvalho e Antônio Luiz de Seabra, esclarece-se que “[...] [na] primeira parte da Nova Apostila foca a questão do método, do sistema do Projeto de Seabra; é na segunda parte que se encontra a discussão de Freitas sobre o tema das capacidades”.

Augusto Teixeira de Freitas (1859, p. 91-92) inicia seus comentários na Nova Apostila, na Parte II, abordando a crítica de Alberto Antônio de Moraes Carvalho, segundo a qual Antônio Luiz de Seabra teria confundido a capacidade civil com a capacidade jurídica, empregando-se as locuções sem distinções em vários artigos do projeto do Código Civil português. Para tanto, sustenta a incoerência de qualquer confusão ou redutibilidade entre aquelas categorias, afirmando a ideia de que a capacidade civil era uma das espécies da capacidade jurídica, sendo a outra, a capacidade política. Nesse sentido, afirmou que:

[...] a capacidade jurídica, significando o complexo da capacidade política e civil, não consiste na simples qualidade de ser humano, na posse possível de direitos, na suscetibilidade de direitos e obrigações. [...] para os entendedores do Direito Civil, a capacidade não é só uma e indivisível. (FREITAS, 1859, p. 91-92).

Ao articular essas noções acerca das capacidades, Augusto Teixeira de Freitas (1859, p. 111) também apresenta uma ideia de personalidade que lhe é correlata e segundo a qual: “[...] fração, unidade e pluralidade são as três gradações, que a análise psicológica descobre na contemplação da personalidade, contemplação verificada na vida real, e atestada pelas tradicionais locuções dos monumentos legislativos, e de uma Ciência feita”. Acerca da primeira gradação, tem-se que:

[...] restringe-se a ideia primitiva de *pessoa*, ou recusando a certos indivíduos a capacidade de ter direitos em parte, o que pode ir a quase zero, como na Legislação

romana, e nos países de escravidão; ou considerando-se distintamente um estado jurídico, e os direitos que o constituem. (FREITAS, 1859, p. 105-106):

Pelo exposto, infere-se que ao trabalhar como uma noção de personalidade gradativa, Augusto Teixeira de Freitas sugere uma análise distintiva entre ser sujeito de direito e ter capacidade. Ao esclarecer a segunda gradação da personalidade, Augusto Teixeira de Freitas reivindica o papel da vontade (1859, p. 105):

Ora a personalidade é considerada em sua natureza viva, e aí aparece a noção de unidade, – a unidade natural e verdadeira, que é a de cada um dos indivíduos que compõem a espécie humana; – unidade física, origem de desigualdades, que na ordem moral se esvaecem, medidas pelo padrão da *vontade*, – que é sempre uma e indivisível.

Por fim, ao fornecer elementos para compreensão da terceira gradação, Augusto Teixeira de Freitas (1859, p. 106) retoma a construção vinculada da personalidade e da capacidade:

Na terceira gradação, amplia-se a ideia primitiva de pessoa, transportando-se a capacidade de direito para fora do indivíduo, criando-se artificialmente uma pessoa jurídica; mas reduzindo-se a pluralidade de indivíduos a essa única abstração personificada, como se fora a unidade verdadeira, e reduzindo-se também (pois que não pode ser de outro modo) os limites da capacidade de direito.

Posteriormente, retornando às capacidades, Augusto Teixeira de Freitas explora a resposta oferecida por Antônio Luiz de Seabra à crítica de Alberto Antônio de Moraes Carvalho, pela qual informa que não existiriam muitas capacidades, ao contrário do que sugere aquele primeiro. Para tanto, Augusto Teixeira de Freitas (1859, p. 120) anuncia a necessidade de diferenciar a capacidade de querer da capacidade de obrar<sup>56</sup>, bem como a capacidade de ter direitos em geral da capacidade de exercer direitos<sup>57</sup>:

Sim. Uma coisa é a capacidade de querer, e outra coisa a capacidade de obrar; uma coisa é a capacidade de ter direitos em geral, e outra coisa a capacidade de exercer direitos; – uma coisa é a vontade humana, e outra coisa a ação da vontade; – uma coisa é a igualdade da lei, e outra coisa a desigualdade real dos homens.

<sup>56</sup> Sobre a capacidade de obrar: “Ora, se a vontade do homem é só uma e indivisível, ao passo que a capacidade de obrar é variável; se a capacidade de obrar é sempre limitada, e jamais correspondente à plenitude da capacidade de querer; essa capacidade de obrar nada menos vem a ser do que uma perpétua incapacidade, – do que uma série de incapacidades, exprimindo o que cada homem não pode fazer, ou seja pela imperfeição normal de sua natureza, ou seja por accidentes excepcionaes, ou pelo império das circunstâncias exteriores” (FREITAS, 1859, p. 120-121).

<sup>57</sup> Nesta obra, Augusto Teixeira de Freitas menciona ainda a “incapacidade por efeito de sentença condenatória”, que por não fazer parte do escopo do referido trabalho, não foi analisada (FREITAS, 1859, p. 141).

[...]Ora, se a vontade do homem é só uma e indivisível, ao passo que a capacidade de obrar é, variável; se a capacidade de obrar é sempre limitada, e jamais correspondente a plenitude da capacidade de querer; essa capacidade de obrar nada menos vem a ser do que uma perpétua incapacidade - do que uma série de incapacidades, exprimindo o que cada homem não pode fazer, ou seja pela imperfeição normal da sua natureza, ou seja por acidentes excepcionais ou pelo império das circunstâncias exteriores.

Da noção especificada acerca das capacidades, tem-se o seu oposto: a incapacidade civil e suas subespécies, a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa. Com a noção de incapacidade civil, tem-se a introdução da ideia de representação: Nesse sentido, Augusto Teixeira de Freitas (1859, p. 123):

A incapacidade civil compreende todos os estados em que as pessoas são incapazes de obrar por si mesmas, - em que só podem obrar representadas por outrem, - carece ainda de um derradeiro traço, para que a sua noção fique perfeitamente determinada. Ou as pessoas são absolutamente incapazes de obrar, e seus atos não produzem efeito em caso algum. Ou, sendo incapazes até um certo ponto, seus atos podem ter valor em certas circunstâncias, e debaixo de certas condições. Há pois uma incapacidade absoluta, e uma incapacidade relativa; como por exemplo, no primeiro caso a dos menores impúberes, no segundo caso a dos menores adultos.

A relevância da distinção entre a incapacidade de direito e a incapacidade de fato por Freitas, foi compilada em importante síntese por Felipe Quintella Machado de Carvalho (2013, p. 138):

[...] pode-se asseverar que a incapacidade de direito decorre de uma norma de ordem pública, que visa a regular uma determinada situação. A incapacidade de fato, por sua vez, decorre da impossibilidade de a pessoa praticar pessoalmente determinado ato, por uma razão jurídica – a necessidade de representação – ou natural. Se, por uma razão qualquer, o ordenamento quer resguardar a eventual sucessão dos descendentes, estabelece a incapacidade de direito do ascendente quanto à venda para seus descendentes. O ato, pois, é proibido. Se, no entanto, a ordem jurídica quer proteger a criança e seu patrimônio, estabelece sua incapacidade de fato para a prática dos atos da vida civil. O ato, pois, não pode ser praticado pela criança pessoalmente. Pode, no entanto, ser praticado por aquele a quem a lei incumbiu a representação da criança – alguém que se entende apto a suprir a falta de discernimento suficiente da criança, e que atua, portanto, como protetor tanto da pessoa quanto de seus interesses.

A participação indireta de Augusto Teixeira de Freitas no debate havido entre Antônio Luiz de Seabra e Alberto Antônio de Moraes Carvalho, contribuiu para que fossem estabelecidas as primeiras premissas daquilo que mais tarde se denominaria Teoria das Capacidades. Contudo, seu aperfeiçoamento emerge do Esboço do Código Civil, designação dada pelo autor, para o primeiro anteprojeto de Código Civil brasileiro (FREITAS, 1859).



A tarefa de elaboração do primeiro Código Civil brasileiro foi designada a Augusto Teixeira de Freitas em 1859, pelo então ministro da justiça Nabuco de Araújo, em virtude da admiração com a qual foi recepcionada a Consolidação das Leis Civis. O prazo para conclusão dos trabalhos foi inicialmente assinalado para 31 de dezembro de 1861 e posteriormente prorrogado para 30 de junho de 1864 (ROBERTO, 2011, p. 62).

O trabalho de Augusto Teixeira de Freitas foi divulgado entre 1860 e 1865, ainda incompleto alcançou 4.908 (quatro mil novecentos e oito) artigos, tendo sido publicado sob designação de Esboço, a fim de que o texto pudesse ser submetido a crítica pelos seus concidadãos antes de ser concluído (ROBERTO, 2011, p. 62). Com efeito, em sua convocatória Augusto Teixeira de Freitas (1857, p. 3) assevera que:

Em um Código há maneira vastíssima, assuntos variados, ao quilate de todas as inteligências, e todos portanto podem auxiliar-me na feliz execução desta empresa patriótica; com a discussão dos princípios os que forem mais versados, e os outros com esses reparos e advertências mínimos que não são para desprezar. O essencial é que cada um o faça em boa-fé, que não procure exceder-se, que não se esforce em vão por parecer o que não for. (FREITAS, 1857, p. 3).

As premissas desenvolvidas por Augusto Teixeira de Freitas em resposta a Antônio Luiz de Seabra são apresentadas de forma sistemática entre os artigos 16 e 29 da Parte Geral do Esboço (FREITAS, 1952), presentes no Título I, designado “Das pessoas em geral”, dos quais se extraem os seguintes dispositivos:

Art. 16. Todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são pessoas.

Art. 17. As pessoas, ou são de existência visível, ou de existência tão somente ideal. Elas podem adquirir os direitos, que o presente Código regula, nos casos, e pelo modo, e forma, que no mesmo se determinar. Daí dimana sua capacidade, e incapacidade civil.

[...]

Art. 21. A capacidade civil é de direito, ou de fato. Consiste a capacidade de direito no grau de aptidão de cada classe de pessoas para adquirir direitos, ou exercer por si ou por outrem atos que não lhe são proibidos.

Art. 22. Consiste a capacidade de fato na aptidão, ou grau de aptidão, das pessoas de existência visível para exercerem por si os atos da vida civil.

Art. 23. Aquelas pessoas, a quem se proibir a aquisição de certos direitos, ou o exercício de certos atos por si ou por outrem, são incapazes de direito, isto é, desses direitos, e desses atos proibidos.

Art. 24. Aquelas pessoas, que, por impossibilidade física ou moral de obrar, ou por sua dependência de uma representação necessária, não podem exercer atos da vida civil, são incapazes de fato.

Dos artigos colacionados infere-se também o esboço da Teoria das Capacidades. Com efeito, é Augusto Teixeira de Freitas<sup>58</sup> que “[...] acresce à disciplina das pessoas no Direito brasileiro uma Teoria das Capacidades, e quem determina os conceitos que a compõem.” (CARVALHO, 2013, p. 19). Nesse sentido, tem-se no artigo 17 uma delimitação do conceito de pessoa e, a partir dela, uma relação com a capacidade de direito que é especificada no artigo 21, ao lado da capacidade de fato, sendo essa última especificada no artigo 22. A partir da especificação das capacidades, tem-se o seu oposto, a incapacidade civil de direito no artigo 23, e a incapacidade de fato no artigo 24.

Ao determinar a incapacidade de fato daquelas pessoas impossibilitadas fisicamente de obrar, Augusto Teixeira de Freitas está incluindo nessa estrutura, intencionalmente ou não<sup>59</sup>, o resultado prático de uma abordagem da deficiência consistente com o modelo médico, uma vez que deriva da pessoa normal, ora capaz, a noção de incapacidade.

O art. 25, ainda abordando a incapacidade, dispõe que “[...] sem mais outra denominação, são todas as pessoas incapazes de fato, ou por sua dependência de uma representação necessária, ou que vem a ficar na dependência de uma representação necessária [...]”. (FREITAS, 1952, p. 28-29). Dessa forma, tratavam de uma forma geral todas as situações, sem, no entanto, verificar se o caso concreto permitia inferir que aquela pessoa manifestasse suas vontades, preferências, desejos, individualmente e autonomamente, razão pela qual a entende excluída dos espaços decisórios acerca da sua própria vida.

O desprezo de Augusto Teixeira de Freitas (2003, p. 269) por uma compreensão particularizada das pessoas que apresentassem impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial foi declarado por ele ainda na Consolidação das Leis Civis, em nota inserida no artigo 29, que trata dos “loucos de todo gênero”, pela qual ele declara: “Desprezei a variada terminologia das Leis antigas sobre loucos [...]”, ao justificar ter utilizado a mesma designação adotada pelo Código Criminal (BRASIL, 1830).

Por outro lado, ao enumerar as hipóteses de incapacidade absoluta no Esboço, tem-se a especificação daqueles implícitos na categoria “loucos de todo gênero”<sup>60</sup>, momento no qual

---

<sup>58</sup> Não se pode negar, contudo, a influência que referida elaboração recebeu do embate entre Augusto Teixeira de Freitas e o Visconde de Seabra, bem como dos estudos do Código Civil francês e da doutrina respectiva; e, ainda, do Direito Germânico, especialmente, de "System des heutigen romischen Rechts", obra de Savigny. (CARVALHO, 2013); (COUTO E SILVA, 1988).

<sup>59</sup> Para reforçar essa assertiva, recorda-se que os loucos – como eram designados – foram equiparados por Freitas aos menores na Consolidação das Leis Civis (art. 29).

<sup>60</sup> Acerca dos comentários elaborados por Augusto Teixeira de Freitas aos artigos 41 e 42 do Esboço, a fim de justificá-los, explica Felipe Quintella Machado de Carvalho (2018, p. 21): “Nos comentários que teceu aos arts. 41 e 42, FREITAS explicou o porquê de cada uma das hipóteses. Depreende-se da análise das justificativas que o critério seria a impossibilidade de manifestar a vontade (pessoas por nascer, surdos-mudos e ausentes); a

emerge a figura dos alienados<sup>61</sup> e dos surdos-mudos, conforme infere-se do seu artigo 41, (FREITAS, 1859):

Art. 41. A incapacidade é absoluta, ou relativa. São absolutamente incapazes:  
1º As pessoas por nascer.  
2º Os menores impúberes.  
3º Os alienados declarados por tais em juízo.  
4º Os surdos-mudos que não sabem dar-se a entender por escrito.  
5º Os ausentes declarados por tais em juízo.

Dessa forma, se persistia alguma dúvida acerca do modelo de abordagem da deficiência implícito no Esboço de Augusto Teixeira de Freitas, essa dúvida pode ser dirimida pela verificação de que a inclusão dos alienados – pessoas que seriam hoje consideradas com deficiência mental ou intelectual – estava vinculada a ideia de que a elas, indistintamente, inexistia capacidade de discernir. Ademais, ao relacionar os surdos-mudos presume a vinculação entre as duas deficiências descritas, enquanto simultaneamente desconsidera outras formas de expressão de vontade.

Como o Esboço foi elaborado em um contexto já influenciado pelo que mais tarde se designou de privatismo doméstico (GOMES, 2006, p. 14), em referência ao conservadorismo predominante no Brasil, além da deficiência, o gênero também operou como um marcador social de segregação. Dessa forma, o casamento foi arrolado dentre as hipóteses de incapacidade para as mulheres, exclusivamente, conforme se extrai do artigo 42<sup>62</sup> (FREITAS, 1859).

Finalmente, é apresentada a correlação entre as capacidades e as incapacidades no horizonte dos atos jurídicos, a partir dos quais é aperfeiçoado o trânsito negocial. Dessa forma, ainda na Parte Geral, ao tratar “Dos modos de existência dos fatos” e “Dos atos jurídicos”, tem-se os seguintes dispositivos:

---

ausência de discernimento ou o discernimento reduzido ou incompleto (menores impúberes, alienados declarados tais em juízo e menores adultos); ou a dependência da pessoa para com outra (mulheres casadas, com relação aos maridos; comerciantes falidos, com relação às massas falidas; religiosos professos, com relação às Ordens a que se vinculam).

<sup>61</sup> Não consta na obra analisada, conceito do que se entendeu à época por “alienados declarados”. No entanto, é possível “[...] uma correlação à antiga redação do art. 3º do CC/02, interpretando-se a alienação como uma forma de deficiência que interferia no discernimento, ou no termo escolhido por Freitas, na aptidão da pessoa [...]”. (GODINHO, 2019, p. 41).

<sup>62</sup> “Art. 42. São também incapazes, mas só em relação aos atos que forem declarados, ou ao modo de os exercer: [...] 2º As mulheres casadas. [...]”.

Art. 507. Tem capacidade civil para os atos jurídicos todos aqueles, que neste § não são declarados incapazes, ou que não se manda que assim se julguem por sentença em ação ou sobre exceção de nulidade.

Art. 508. Não tem capacidade para os atos jurídicos:

1º Os incapazes por incapacidade absoluta. (Arts. 25, 41 e 449 n° 1º)

2º Os incapazes por incapacidade relativa quantos aos atos, que só por si não podem praticar, ou que dependem da autorização dos seus representantes necessários. (Arts. 25, e 42.)

3º Os incapazes de direito, isto é, as pessoas a quem neste Código se proibir o exercício por si ou por outrem do ato de que se tratar. (Art. 23)

Art. 509. Serão julgados incapazes para os atos jurídicos por sentença em ação ou sobre exceção de nulidade:

1º Os alienados não declarados por tais judicialmente, se não praticaram o ato em lúcido intervalo. (Art. 449 n° 2º)

2º Os surdos-mudos não declarados por tais judicialmente, que não sabem dar-se a entender por escrito.

3º Os que praticaram o ato privados do uso da razão por delírio febril, sonambulismo natural ou provocado por operação magnética; e por fortes emoções de medo ou terror, cólera, ou vingança.

4º Os que praticaram o ato em estado de embriaguez completa.

A incapacidade absoluta e relativa distinguiu-se, portanto, no que se refere à abrangência. Dessa forma, enquanto para os absolutamente incapazes não era conservada qualquer capacidade de fato; para os relativamente incapazes era admitida a gradação da sua capacidade, a fim de que eventual incapacidade incidisse tão somente em relação a alguns atos, conforme extrai-se do artigo 508, parágrafo primeiro e segundo, respectivamente.

Diante disso, conclui-se que o regime jurídico que se extrai da Teoria das Capacidades estruturada na obra de Augusto Teixeira de Freitas, pode ser expresso na indicação dos seus elementos preponderantes, quais sejam: a) sua subjetividade, ou seja, preferiu-se dizer quem eram os incapazes à definir a situação de incapacidade; b) a apropriação, ainda que não refletida, de um modelo médico de abordagem da deficiência; c) a possibilidade de gradação da incapacidade relativa para condicionar a necessidade de representação do incapaz apenas para alguns atos da vida civil; d) a restrição da curatela à validação dos atos jurídicos praticados em substituição do incapaz e em gestão do seu patrimônio; e) por fim, a inexistência de medidas de cuidado aos incapazes.

O aperfeiçoamento de uma Teoria das Capacidades na obra de Augusto Teixeira de Freitas não foi, contudo, acompanhado do seu êxito na perspectiva de elaboração do primeiro Código Civil brasileiro, tendo Freitas suspenso o contrato celebrado para prestação dos seus serviços pouco tempo após o início da discussão do texto, ainda inacabado, pela comissão designada para esse fim. Nesse sentido, Giordano Bruno Soares Roberto (2011, p. 63):

Desgostoso pela demora dos trabalhos da comissão e pelo desprezo silencioso que sua obra vinha recebendo nos meios especializados, Freitas suspendeu a execução do contrato que, logo em seguida, foi considerado resolvido pelo jurista e escritor José de Alencar, então ministro da Justiça. Relevante para esse desfecho infeliz teria sido a mudança que o próprio Teixeira de Freitas fizera em seus planos iniciais. A partir de acurados estudos, passou a julgar inconveniente a existência de um código civil ao lado de um código comercial, imaginando ser mais acertado proceder-se à unificação do direito privado. Fiel à verdade que descobrira, preferiu não transigir.

Posteriormente, persistindo a necessidade de se elaborar um Código Civil brasileiro, a fim de efetivar a emancipação jurídica do país, Nabuco de Araújo foi incumbido dessa tarefa em 1872, não tendo tempo de concluí-la em razão de sua morte. No entanto, na Parte Geral já elaborada, no Livro das Pessoas, seu esquema de incapacidades possuía clara inspiração nas elaborações de Augusto Teixeira de Freitas, distinguindo-se daquele tão somente pela inclusão dos pródigos e dos cegos no rol dos relativamente incapazes (MACHADO, 2018, p. 24).

Já no ano de 1881, Joaquim Felício dos Santos, de forma voluntária, apresentou ao governo seus apontamentos e posteriormente um projeto, como sugestão para a elaboração do código civil, que, no entanto, restou arquivado em 1886. Sucessivamente, no ano de 1890, Coelho Rodrigues recebeu a tarefa de elaborar novo projeto do código civil, apresentando-o no ano de 1893, o qual foi também rejeitado (FIUZA, 2019, p. 98).

Por fim, em 1899, Campos Sales assumiu a Presidência da República e por indicação de Epitácio Pessoa, ministro da Justiça, Clóvis Beviláqua, então professor de Legislação Comparada na Faculdade do Recife, foi escolhido para a elaboração do que viria a se tornar o primeiro Código Civil brasileiro, promulgado em 1916 e em vigor a partir do dia 1º de janeiro de 2017 (ROBERTO, 2011, p. 63). Assim, por 61 (sessenta e um) anos o trabalho de Augusto Teixeira de Freitas, expresso na Consolidação das Leis Cíveis, foi o único referencial para um conjunto desordenado do corpo de leis emanados das Ordenações, alvarás, leis, decretos, resoluções, usos e costumes.

Diante do exposto, exploradas as contribuições de Augusto Teixeira de Freitas para a estruturação de uma Teoria das Capacidades, passa-se a análise do Código Civil de 1916, delineando a influência exercida por essa primeira fase do Direito Privado brasileiro na Codificação, bem como especificando seus próprios critérios de atribuição da capacidade e da incapacidade, especialmente no que toca às pessoas com deficiência.

### *2.3.2 A capacidade no Código Civil de 1916*

O projeto de Clóvis Beviláqua, que daria ensejo ao Código Civil de 1916, começou a ser desenvolvido em abril 1899 e foi concluído em outubro daquele mesmo ano. Da sua estrutura infere-se a presença de elementos oriundos do Esboço elaborado por Augusto Teixeira de Freitas e, em especial, a ordem adotada para distribuição das matérias no Código<sup>63</sup>. Dessa forma, objetiva-se nesta seção repercutir as origens e os efeitos da inclusão de uma parte geral, no Código Civil de 1916, na qual os conceitos de pessoa e capacidade se relacionam para regular os direitos e obrigações de ordem privada.

A história de consolidação do projeto de Clóvis Beviláqua em âmbito político inicia-se em outubro de 1899, quando passou a ser apreciado por uma Comissão especialmente instituída para essa finalidade, sob a presidência de Epiácio Pessoa. Concluído o trabalho da Comissão, o projeto foi submetido para apreciação do Congresso Nacional em novembro de 1900 e aprovado na Câmara em 1902, quando seguiu para o Senado e encontrou forte oposição de Rui Barbosa à sua aprovação, fato que somado às sugestões sucessivas de emendas, contribuiu para que a aprovação do projeto ocorresse anos mais tarde, quando promulgada a Lei n. 3.071 em 1916 (ROBERTO, 2011, p. 65). Após promulgado o Código em 1916, ele finalmente entrou em vigor em janeiro de 1917, conforme previsto em suas disposições finais<sup>64</sup>.

A defesa de um Código, especialmente no Brasil, foi empreendida por Clóvis Beviláqua em perspectiva do Direito vigente, tendo ele observado que: “[...] a fonte principal do direito civil é um defeituoso corpo de leis de origem espúria, que se acha em frangalhos, mordido há quase três séculos pela traça vorazes da decadência”. (BEVILÁQUA, 1906, p. 21). Disso decorrem as características gerais do Código promulgado, quais sejam sua pretensão de universalidade e unidade ante a totalidade de normas do país. (COUTO E SILVA, 1988, p. 170).

Além das suas características formais, o Código incorporou princípios derivados do liberalismo econômico sob a crença difundida de que a difusão do capitalismo por esse corpo de leis poderia contribuir também para consolidação da justiça social (GOMES, 2006), não obstante tenha rejeitado qualquer influência social (ROBERTO, 2011, p. 68-70). A influência liberal referida pode ser expressa pelas seguintes características do Código Civil de 1916:

---

<sup>63</sup> Conforme infere-se das referências que Beviláqua faz à Freitas, em “Em defeza do projecto de Codigo civil brasileiro.” (1906, p. 22-24; 26).

<sup>64</sup> “Art. 1.806. O Código Civil entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 1917”.

[...] forte proteção ao direito subjetivo de propriedade; a liberdade de contratar e exercer a propriedade sem qualquer impedimento; a segurança jurídica, que a estipulação prévia do regime jurídico-privado oferece; e a igualdade formal, em razão da qual a lei vê todos indistintamente [...]. (MACHADO, 2013, p. 44).

Para a garantia da pretensão de unidade, sobretudo no que se refere ao trânsito negocial, foi fundamental conferir coerência entre a designação de pessoa natural, personalidade e as condições para aquisição da capacidade de fato, bem como entre as hipóteses enumeradas de incapacidade absoluta e relativa. A capacidade de fato tinha início aos vinte e um anos completos da pessoa natural, momento a partir do qual era habilitado para todos os atos da vida civil em virtude do adimplemento do critério etário previsto em lei<sup>65</sup>.

A aquisição da capacidade de fato poderia decorrer, ainda, de ato concessivo do pai ou, subsidiariamente, da mãe, por intermédio de ação judicial na qual seria verificada a capacidade de obrar da pessoa natural com idade igual ou maior de dezoito e menor que vinte e um anos. O casamento, o exercício de emprego público efetivo, a colação de grau científico em curso de ensino superior e o estabelecimento civil ou comercial, com economia própria, também eram hipóteses de aquisição da capacidade de fato, contudo, para as quais era relevante a situação fática já implementada pelo menor (BRASIL, 1916<sup>66</sup>).

Do outro lado da capacidade de fato, residiam os relativa e os absolutamente incapazes. Dentre os primeiros, tem-se: as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal; os pródigos; os silvícolas. Dentre os segundos, tem-se: os menores de dezesseis anos; os loucos de todo o gênero; os surdos mudos, que não puderem exprimir sua vontade; os ausentes (BRASIL, 1916<sup>67</sup>).

---

<sup>65</sup> “Art. 9. Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil. [...]”

<sup>66</sup> “Art. 9. [...]”

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I. Por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos cumpridos.

II. Pelo casamento.

III. Pelo exercício de emprego público efetivo.

IV. Pela colação de grau científico em curso de ensino superior.

V. Pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria”.

<sup>67</sup> “Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I. Os menores de dezesseis anos.

II. Os loucos de todo o gênero.

III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.

IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

III. Os pródigos.

IV. Os silvícolas.”

O regime das incapacidades, constante no Código aprovado, divergia do projeto originário de Clóvis Beviláqua em três aspectos: a) o critério etário adotado para definição da maioridade; b) a relação dos relativamente incapazes, na qual foram incluídos os pródigos e os silvícolas e; c) substituição da expressão “alienados de qualquer espécie<sup>68</sup>” pela “loucos de todo gênero”. Nesse sentido, tem-se a redação original do dispositivo que relacionava as incapacidades absoluta e relativa (BRASIL, 1917, v. I):

Art. 4º São absolutamente incapazes de exercer por si os atos da vida civil:

1º Os nascituros;

2º Os menores de quatorze anos de ambos os sexos;

3º Os alienados de qualquer espécie;

4º Os surdos-mudos, não tendo recebido educação que os habilite a fazer conhecida a sua vontade;

5º Os ausentes declarados tais em juízo.

Art. 5º São incapazes relativamente a certos atos ou ao modo de exercê-los: Os maiores de quatorze anos, enquanto não completarem vinte e um anos.

Art. 6º As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal, sob a direção de seus maridos, sofrerão na sua capacidade jurídica, as restrições constantes do livro I da parte especial, título II, capítulo III.

A inclusão do surdo-mudo dentre os absolutamente incapazes refletia, em Clóvis Beviláqua, a presunção de que se tratava de “[...]um desligado do ambiente social, inapto a expressar sua vontade e a recolher do meio em que vive os fatores que o habilitem à necessária integração jurídica” (PEREIRA, 2010, p. 239). Por essa razão, considerava-se que apenas uma educação normalizadora poderia ressaltar sua capacidade, conforme extrai-se das considerações de Rodrigues Doria (BRASIL, 1917, p. 119, v. III), ao concordar com a incapacidade dos surdos-mudos não educados:

Portanto, estes indivíduos, desde que não se vêm em seu auxílio pelos meios de que hoje se dispõe, para infundir, em seu espírito, com a instrução e a educação, ideias de moral, de que necessitam, não podem por deficiência dos conhecimentos, que os equipara aos menores, praticar atos da vida civil.

[...]

São pessoas à parte, privadas de um sentido e da linguagem falada, incompletas, e por isso não tem capacidade se não quando a sua imperfeição for remediada pela educação e instrução.

---

<sup>68</sup> A expressão “alienados de qualquer espécie” foi utilizada por Beviláqua sob inspiração de Freitas. Não obstante, ambos foram omissos quanto as razões médicas nas quais estariam fundamentados, conforme observou o médico Nina Rodrigues, contratado para elaborar um parecer técnico a respeito da consistência entre a incapacidade civil e a literatura médica. (BRASIL, 1917, p. 212, v. II)



A variável relevante para atribuição da capacidade de fato, para Clóvis Beviláqua, decorria da verificação da possibilidade de expressão de vontade. Nesse sentido, ao justificar a formação do rol das incapacidades, indicou o autor do projeto que o critério etário teria sido inicialmente pensado sob a perspectiva do início da possibilidade de procriação, contudo, seria posteriormente a maturidade mental o marco para o qual a lei deveria dirigir sua proteção. Sucessivamente, ao considerar alguns adultos (cegos, presos, pródigos e falidos), justifica que a não inclusão desses, no projeto originário, dentre os absolutamente incapazes decorria do fato de não se poder imputar a qualquer deles o impedimento de exprimir vontade. Nesse sentido, ao tratar da cegueira, aduz Clóvis Beviláqua (1906, p. 60) que:

A cegueira não cria obstáculos à manifestação da vontade, não faz pressupor debilidade nas energias psíquicas, muito embora a ausência do sentido da visão deva determinar uma restrição notável no campo das ideias. Não há, portanto, motivo para a restrição da capacidade do cego.

Posteriormente, ao participar da discussão do texto da parte geral, contexto no qual Andrade Figueira pretendeu-se a inclusão do pródigo dentre os relativamente incapazes, Clóvis Beviláqua (BRASIL, 1917, p. 147, v. III), ponderou que apenas uma possível consideração da prodigalidade como uma expressão atenuada da alienação mental é que lhe conferiria incapacidade e, dessa forma, já estaria prevista sua incapacidade.

Não obstante, a referida emenda foi acolhida (BRASIL, 1917, p. 388, v. III), não porque Andrade Figueira tenha duvidado que a prodigalidade seria uma espécie de alienação, mas porque acreditava que seria necessária uma melhor definição para incapacitar aqueles que gastavam inutilmente, delapidando o patrimônio familiar.

A substituição da expressão “alienados de qualquer espécie” para “loucos de todo gênero”, decorreu do acolhimento da proposta de alteração formulada por Joaquim da Costa Barradas, durante a 4ª reunião da Comissão presidida por Epiácio Pessoa, constituída com a finalidade de discutir o projeto de Beviláqua que seria apresentado ao congresso. Na mesma oportunidade, Sayão de Bulhões Carvalho propôs ainda a inclusão “e mentecaptos” depois de “louco de todo gênero”, o que foi rejeitado (BRASIL, 1917, v. I).

Com a tramitação do projeto tendo sido iniciada no Congresso Nacional, a utilização da expressão “loucos de todo gênero” voltou a ser discutida e amplamente criticada. Nesse sentido, o parecer elaborado pela Faculdade de Direito de Minas Gerais (BRASIL, 1917, p. 61, v. II), que ao analisar a redação proposta para o rol dos incapazes, registrou que: “Apesar

de já usada pelo Código Criminal de 1830, a expressão “loucos de todo o gênero” é defeituosa. É melhor a expressão do projeto Beviláqua”.

A razão na qual se sustentaria a acusação, embora, não explícita, esteve possivelmente fundada no desapego do projeto à literatura médica. Nesse sentido, a irresignação explícita do professor de medicina legal da Faculdade de Medicina da Bahia, Nina Rodrigues (BRASIL, 1917, p. 210, v. II), em parecer solicitado pela Câmara dos Deputados:

No entanto, com toda essa isenção de espírito, com a clara intuição do valioso concurso que prestam ao direito moderno a biologia em geral e a medicina em particular, com todo o opulento cabedal de conhecimentos hauridos na sua reconhecida familiaridade com os assumptos de biologia e sociologia modernas, a obra medico-forense de Clovis Beviláqua teve todas as falhas que deviam decorrer naturalmente da carência de uma instrução técnica e profissional, falhas que no projeto se agravam com a intervenção da Comissão revisora, sem dúvida da competência mais alta e indiscutível em matéria de direito, mas, porventura, mais arredia de convívio e familiaridade com os modernos de estudos de biologia. Em matéria de medicina legal, o projeto em nada adianta ou melhora ao grande atraso, as graves deficiências no nosso direito civil.

Com efeito, segundo Nina Rodrigues (BRASIL, 1917, p. 212-213, v. II) os progressos da psicologia moral e patológica daquela época indicavam que os variados estados mentais não se reduziam, como se teria sido suposto no passado, aos casos de loucura ou alienação. Contudo, não acreditava ser possível que qualquer designação genérica da lei captasse todos os casos de alienação mental e insanidade, dos quais a loucura seria apenas uma parcela. Dessa forma, não estariam inclusos no projeto ou na alteração que lhe foi dada pela comissão, por exemplo, outros casos de invalidez mental, como a imbecilidade, a idiotia, ou ainda, casos mais simples como sonambulismo, hipnose, paixões, embriaguez e involução senil.

Por essa razão, Nina Rodrigues (BRASIL, 1917, p. 213, v. II) concluiu que: “A insuficiência mental para o exercício dos direitos civis é um efeito, uma consequência de causas múltiplas que não podem entrar em uma família natural ou constituí-la.” Dessa forma, sugeriu que a legislação se limitasse a consignar a condição de insuficiência mental como hipótese de incapacidade.

Nesse caso, os incapazes seriam aqueles que pelo estado anormal das suas faculdades mentais não pudessem dar consentimento ou gerir seus negócios. Logo, caberia à legislação dizer o que constitui a incapacidade e não quem são os incapazes. Por conseguinte, seria de competência dos juízes e tribunais, diante do caso concreto, indicar o motivo que gerou o efeito previsto pelo Código.

Se a loucura, tal como a alienação, não abrange todos os estados mentais que excluem a capacidade civil, parece razoável concluir com Nina Rodrigues (BRASIL, 1917, p. 216, v. II), que apenas por uma convenção de puro arbítrio incluiria na designação de loucos de todo o gênero todos os casos transitórios ou permanentes de incapacidade civil por anormalidade ou perturbação psíquica.

A força da crítica endossada por esse parecer parece ter convencido Rodrigues Doria (BRASIL, 1917, p. 366, v. III), que embora não a tenha reivindicado durante a discussão e votação do texto da parte geral, sugeriu uma mudança no artigo que tratava da incapacidade absoluta, a fim de que fosse excluída a expressão “loucos de todo gênero”. Em sua justificativa, consignou que:

Assim, pois, me parece que em vez de "loucos de todo gênero", devia-se adotar uma expressão que compreendesse todos os casos de incapacidade por estados mórbidos, uma fórmula mais lata, enfim.

O que a legislação deve fazer é estabelecer os elementos psíquicos nos quais se baseia a capacidade, para não necessitar ou de fazer uma enumeração de casos patológicos, ou estabelecer uma regra falha.

[...]

Parece-me que, em um artigo de lei assim redigido, não só se acham compreendidos os loucos de todo gênero, como todos os outros indivíduos, a eles comparáveis em relação à capacidade, em todos aqueles nos quais estão comprometidas as faculdades intelectuais e a vontade, como muitas vezes se dá nos afásicos, nos hipnotizados, nos embriagados, nos impulsivos, nos casos de delírio febril, etc.

Diante da sua exposição de motivos, a proposição de Rodrigues Doria (BRASIL, 1917, p. 366, v. III) de emenda ao texto, a fim de que se substituísse a expressão "loucos de todo o gênero" para "os que por defeito ou perturbação mental, não tiverem a consciência e a livre determinação de seus atos", foi rejeitada.

A pretensão de enquadramento contida na manutenção da expressão “loucos de todo o gênero” para designar todas as pessoas com algum impedimento de natureza mental ou intelectual, para as quais era presumida a impossibilidade de expressão de vontade, parece ter decorrido da apropriação de uma categoria presente na literatura médica e, não obstante, expandido sua definição por uma convenção arbitrária, conforme alertou o médico Nina Rodrigues ao tecer considerações acerca da nomenclatura adotada e sua incompatibilidade com a pretensão de enquadramento que guardava.

Portanto, a deficiência no Código Civil de 1916 resultou da união entre o modelo médico e o arbítrio dos legisladores que queriam garantir o trânsito negocial inspirado por essa legislação. Para tanto, da desconsideração da manifestação pessoal de vontade dos surdos-mudos e dos loucos de todo gênero, decorria o instituto da representação, garantindo a unidade da

codificação. Nesse sentido, o seu artigo 84: “Art. 84. As pessoas absolutamente incapazes serão representadas pelos pais, tutores, ou curadores em todos os atos jurídicos (art. 5); as relativamente incapazes pelas pessoas e nos atos que este Código determina (arts. 6, 154 e 427, n VII).”.

A ausência de representação dos absolutamente incapazes nos atos jurídicos era sancionada com a sua nulidade. Aos atos jurídicos praticados pelos relativamente incapazes, não representados, incidia a anulabilidade, conforme previsão inscrita respectivamente no inciso I, artigo 145 e inciso I, do artigo 147, do Código Civil (BRASIL, 1916<sup>69</sup>).

Dessa forma, embora não subsistam ressalvas gerais quanto à eventual incapacidade de direito das pessoas suscetíveis de enquadramento na designação “loucos de todo gênero” ou dentre os “surdos-mudos”, remanescia o consenso quanto sua incapacidade de fato. Por conseguinte, verificada a incapacidade, absoluta ou relativa, ela deveria ser suprimida na forma designada pela Parte Especial do Código Civil (BRASIL, 1916), da qual se extraem os seguintes instrumentos para representação dos incapazes: o pátrio poder<sup>70</sup>, a tutela<sup>71</sup> e a curatela, sob a qual são representados os adultos incapazes, na forma designada no artigo 446:

Art. 446. Estão sujeitos à curatela:

I. Os loucos de todo o gênero (arts. 448, n. I, 450 e 457).

II. Os surdos-mudos, sem educação que os habilite a enunciar precisamente a sua vontade (arts. 451 e 456).

III. Os pródigos (arts. 459 e 461).

Nesse sentido, aos loucos de todo gênero e aos surdos-mudos era atribuída curatela, pelo exercício da qual se exercia a regularidade da sua representação. A curatela era, portanto, o instrumento manejado para que aquele que fosse considerado incapaz, de por si só, de exercer os atos da vida civil, pudesse ver suprida a sua incapacidade. A curatela, tal como as hipóteses de incapacidade pautadas em impedimentos mentais, intelectuais, físicos e/ou sensoriais, baseava-se em uma lógica de tudo ou nada.

Logo, independente das circunstâncias pessoais do indivíduo submetido à curatela, inclusive, para exprimir vontade, uma vez declarada sua incapacidade, tinha-se a plena

<sup>69</sup> “Art. 145. É nulo o ato jurídico: I. Quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 5). II. Quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto. III. Quando não revestir a forma prescrita em lei arts. 82 e 130). IV. Quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade. V. Quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito. [...] Art. 147. É anulável o ato jurídico: I. Por incapacidade relativa do agente (art. 6). II. Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (art. 86 a 113).” (BRASIL, 1916).

<sup>70</sup> Disciplinado entre os artigos 379 e 395, do Código Civil de 1916, refere-se ao poder atribuído ao pai e, subsidiariamente para sua esposa em relação à criação e educação dos filhos respectivos.

<sup>71</sup> Disciplinada entre os artigos 406 e 445 do Código Civil de 1916, a tutela refere-se a hipótese em que os filhos menores são postos sob representação de um terceiro, se falecidos os pais, ou sendo julgados ausentes ou se decaído os pais do pátrio poder.

anulação dos seus desejos e preferências que eram substituídos por aqueles relacionados ao seu curador. Com o que corrobora Vitor Almeida (2019, p. 201) ao observar que:

[...] o único instrumento jurídico posto à pessoa maior incapaz era a curatela, forjada no modelo de substituição da vontade, que, basicamente, se destinava a suprir a incapacidade das pessoas maiores ou emancipadas, com discernimento ceifado ou prejudicado, para a prática dos atos da vida civil. Um instituto, portanto, talhado para os incapazes maiores e voltado à substituição da vontade e eclipse dos desejos e preferências.

A declaração da incapacidade decorria da propositura de ação judicial de interdição, regulada pelo artigo 447 do Código Civil de 1916. Eram legitimados ativos o pai do interditando, sua mãe, tutor, cônjuge ou algum outro parente próximo, e, subsidiariamente, o Ministério Público. A intervenção do Ministério Público, conforme o artigo 448, estava vinculada as hipóteses previstas em lei, dentre as quais se destaca o acometimento do interditando de “loucura furiosa”, expressão que designava a pessoa com impedimento mental grave e cujo risco à sociedade era presumido.

Assim, após o processo de interdição, pautado no caráter patológico e na visão médica empreendidos na análise da capacidade dos surdos-mudos e loucos de todo gênero, eram eles segregados da ordem jurídica e, eventualmente, da vida em sociedade, uma vez que estabelecia o artigo 457 do Código Civil (BRASIL, 1916), que “os loucos, sempre que parecer inconveniente conserva-os em casa, ou o exigir o seu tratamento, serão também recolhidos em estabelecimento adequado”.

Os loucos de todo gênero e os surdos-mudos declarados incapazes eram ainda expropriados da gestão da própria família, uma vez que o artigo 458 do Código Civil estabelecia que (BRASIL, 1916): “a autoridade do curador estender-se-á aos filhos e bens do curatelado, nascido ou nascituro”. Posteriormente, aos loucos de todo gênero e aos surdos mudos foi acrescida a incapacidade dos psicopatas, a qual poderia ser absoluta ou relativa, conforme declarado por perícia médica, conforme Decreto n. 24.559, promulgado em 3 de julho de 1934.

Nesse sentido, a redação do artigo 26 do referido diploma legal (BRASIL, 1934): “Art. 26. Os Psicopatas, assim declarados por perícia médica processada em forma regular, são absolutas ou relativamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil.” Com o processo de interdição e reconhecimento da incapacidade dos psicopatas, estariam eles sujeitos ao mesmo regime jurídico da incapacidade disciplinado pelo Código Civil de 1916.

Com efeito, possível concluir a proximidade entre o regime jurídico que se extrai da Teoria das Capacidades estruturada pelo Código Civil de 1916, complementada pelo Decreto n. 24.559, promulgado em 3 de julho de 1934, e aquele oriundo da obra de Augusto Teixeira de Freitas. Nesse sentido, infere-se da sua estrutura os seguintes elementos preponderantes em comum: a) sua subjetividade, ou seja, preferiu-se dizer quem eram os incapazes à definir a situação de incapacidade; b) o fortalecimento do modelo médico de abordagem da deficiência, consagrado pela pretensão de enquadramento arbitrário das diferentes variações da insuficiência mental; c) a restrição da curatela à validação dos atos jurídicos praticados em substituição do incapaz e em gestão do seu patrimônio; d) por fim, a inexistência de medidas de cuidado aos incapazes.

A diferença entre os dois sistemas decorre da impossibilidade de gradação da incapacidade no Código Civil de 1916, ao contrário do que projetou Augusto Teixeira de Freitas para os relativamente incapazes e a delimitação da sua incapacidade para alguns atos da vida civil. Por outro lado, no que se refere à abordagem da deficiência, ambos adotaram em paralelo ao modelo médico, uma relação de correspondência entre a anormalidade e a normalidade produzida. Para tanto, dos impedimentos mentais, intelectuais, físicos e sensoriais decorreu o remédio jurídico manipulado pela Teoria das Capacidades, qual seja: a exclusão dos incapazes do universo de validade dos atos jurídicos para os quais se volta, preponderantemente, a legislação jusprivatista.

A normalização do modelo médico de abordagem da deficiência, bem como a arbitrariedade legislativa que lhe conferiu maior dimensionamento apenas puderam ser concretizados em decorrência da conivência omissiva do texto constitucional. Com efeito, observa-se que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 (BRASIL, 1891), vigente à época de elaboração do Código Civil nada dispôs acerca de eventual caráter protetivo às pessoas com impedimentos mentais, intelectuais, físicos ou sensoriais.

Por outro lado, quando finalmente foram essas pessoas pensadas sob algum enfoque protetivo, referenciadas na designação dos desvalidos pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (BRASIL, 1934<sup>72</sup>), observa-se que dela não decorreu qualquer força normativa prática que reconsiderasse, sob qualquer aspecto, a Teoria das Capacidades. Assim:

[...] enquanto as Cartas de 1824 e 1891 limitaram-se apenas a mencionar o princípio da igualdade perante a lei, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil

---

<sup>72</sup> De acordo com o artigo 138, alínea “a”, da Constituição da República de 1934: “Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar; [...]” (BRASIL, 1934).

de 1934 foi o primeiro diploma constitucional brasileiro a tratar da questão da deficiência (art. 138,a), então denominada “desvalia”, cabendo a União, Estados e Municípios assegurar amparo aos desvalidos por intermédio de serviços especializados e sociais. (MADRUGA, 2016, p. 167).

Ademais, as Constituições brasileiras subsequentes e ainda promulgadas durante a vigência do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), referentes aos anos de 1937, 1946 e 1967, se limitaram à garantia de alguma proteção social tão somente àquelas pessoas que acometidas de invalidez superveniente, para as quais se previa o benefício previdenciário em caso de aposentadoria por invalidez<sup>73</sup> (MADRUGA, 2016, p. 167).

Dessa forma, os primeiros influxos advindos da necessidade de um arcabouço constitucional protetivo às pessoas com deficiência são percebidos tão somente a partir das emendas à Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (BRASIL, 1967), de n. 1, de 17 de outubro de 1969 (BRASIL, 1969), que editou o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967 e a de n. 12, de 17 de outubro de 1978 (CARMINATE, 2019, p. 33). Contexto no qual foi erigido, dentre os objetivos da República, a melhoria da condição social e econômica dos deficientes, nesse sentido:

Artigo único - É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:

I - educação especial e gratuita;

II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país;

III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;

IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos<sup>74</sup>.

A proteção pretendida à pessoa com deficiência que emerge do texto Constitucional não é, contudo, responsiva às reivindicações que nesse momento já ecoavam do modelo social. Nesse sentido, uma interpretação do artigo colacionado não permite uma conclusão que ultrapasse uma perspectiva não ordenada para a sua inclusão. Com efeito, ao garantir a educação especial e gratuita em seu primeiro dispositivo, há uma forte sugestão de que a partir dela ter-se-ia uma abertura das demais possibilidades econômicas e sociais asseguradas

<sup>73</sup> Conforma disposição da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946: “Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: [...] XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte; [...]”. E, conforme Constituição da República Federativa do Brasil de 1967: “Art. 100 - O funcionário será aposentado: I - por invalidez; [...]”.

<sup>74</sup> Verificar-se-á, em capítulo subsequente, a vigência desses respectivos direitos, mas modulados a partir do âmbito constitucional em que estão inseridos.

à posteriori sem, contudo, pressupor que os obstáculos derivariam daquelas situações e não da deficiência “deseducada”.

Por outro lado, a Teoria das Capacidades não era o único modelo normativo formatado pelo Código Civil de 1916 que era objeto de divergência e crítica originadas das novas demandas sociais e econômicas. Tampouco possível dizer que àquela época esse modelo era objeto das mesmas críticas que lhe são dirigidas atualmente, em decorrência do estado da literatura nesses dois momentos distintos. Não obstante, o fortalecimento das críticas ao Código vigente marcou o início das tentativas empregadas para a sua reforma, cujo êxito se deu com a aprovação do Código Civil de 2002.

Diante disso, pretende-se na seção subsequente explorar o contexto e as repercussões provocadas pela promulgação do Código Civil de 2002 na Teoria das Capacidades. Para tanto, serão ignoradas as alterações promovidas pela Lei n. 13.146 de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência e cuja análise será objeto do Capítulo 3.

### *2.3.3 O Código Civil de 2002 antes das alterações promovidas pela Lei n. 13.146/2015*

As mudanças reivindicadas pelo Estado Social e o desenvolvimento econômico do país denunciaram a inadequação superveniente do Código Civil de 1916, dando ensejo em 1940 as tentativas empreendidas para sua reforma. Nesse sentido:

[...] poderíamos dizer que o Código Civil de 1916 merece elogios por seu respeito ao pensamento jurídico nacional e por sua linguagem quase impecável. Mas não se pode negar que teve seus preceitos redigidos com excesso de abstração, que foi conservador em suas escolhas, que não se ocupou de questões sociais. (ROBERTO, 2011, p. 70).

A primeira tentativa de reforma do Código Civil de 1916 decorreu da atuação conjunta de Orozimbo Nonado, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães em 1940. Os referidos juristas, inspirados pela ideia de unificação das obrigações civis e mercantis, elaboraram um anteprojeto para um código das obrigações. Dessa ideia sobreveio o fracasso do primeiro empreendimento. Sucessivamente, em 1963, foram contratados os juristas Orlando Gomes e Caio Mário da Silva para que trabalhassem de forma paralela na elaboração de dois projetos simultâneos e independentes. O primeiro, para um projeto de Código Civil e o segundo, para um Código das Obrigações. Novamente, a ideia de fragmentação da legislação impôs o



fracasso de mais essa tentativa de reforma que sequer chegou a ser votada, dada a forte rejeição que a sucedeu (ROBERTO, 2011, p. 70-73).

Por outro lado, persistindo o ideário de reformar a legislação civil como resposta às transformações fáticas e teóricas, provocadas pelo progresso e pela dimensão dos valores da solidariedade social, Miguel Reale foi contratado em 1969 para redigir o projeto de Código Civil que o reformasse de forma integrada. Nesse sentido, ao expor a necessidade de reforma, defendeu Reale que:

Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente; reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismo, uma ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo. (REALE, 2012, v. IV).

A renovação do Código Civil, nos termos pensados por Miguel Reale, foi apresentada pela primeira vez em 1972, com o encerramento dos trabalhos desenvolvidos pela comissão sob sua presidência. Da publicação sucederam algumas críticas que levaram a reformulação do projeto publicado novamente em 1973 e encaminhado ao Congresso Nacional em 1975. O projeto foi aprovado pela Câmara dos Deputados, com alterações, em 1984. Posteriormente, foi preterido em decorrência da priorização de uma nova Constituição para o país, que enfrentava os desafios da redemocratização (ROBERTO, 2011, p. 74-78).

Assim, apenas em 2001, após a promulgação da Constituição da República de 1988, o projeto foi retomado pelo Congresso Nacional que precisou adequar seu texto à nova Constituição, para então ser finalmente sancionado em 10 de janeiro de 2002, para entrar em vigor no dia 11 de janeiro de 2003<sup>75</sup>.

A Constituição da República promulgada no lapso temporal entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, erigiu a dignidade da pessoa humana<sup>76</sup> dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito<sup>77</sup> e assegurou, dentre os direitos sociais, a proibição de qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do “portador de

---

<sup>75</sup> Em conformidade com o disposto em seu artigo 2.044 (BRASIL, 2002): “Art. 2.044. Este Código entrará em vigor 1 (um) ano após a sua publicação.”

<sup>76</sup> Consoante previsão do art. 1º da Constituição da República de 1988. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...] (BRASIL, 1988).

<sup>77</sup> De acordo com César Fiuza (2019, p. 100), “Estado Democrático de Direito é um conceito de Estado que procura superar o Estado de Direito criado pelo liberalismo. Garante não somente a proteção à propriedade, à livre-iniciativa e a liberdade individual, mais que isso, defende por meio das leis todo um rol de garantias fundamentais, baseadas no princípio da dignidade da pessoa humana”.

deficiência”<sup>78</sup>, impondo de forma concorrente a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de cuidar da saúde, assistência pública, proteção e garantia das pessoas “portadoras de deficiência”<sup>79</sup>.

Contudo, não se observa qualquer repercussão imediata desses dispositivos na Teoria das Capacidades ou em qualquer outro instituto jusprivatista que tenha sido disciplinado pelo Código Civil de 2002, cujas características podem ser induzidas das diretrizes que nortearam a sua elaboração:

- a) Compreensão do Código Civil como *lei básica, mas não global*, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada, nesse ponto, desde o Anteprojeto do Código de Obrigações de 1941, e reiterada no Projeto de 1965.
- b) Considerar elemento integrante do próprio Código Civil a parte legislativa concernente às atividades negociais ou empresárias em geral, como desdobramento natural do Direito das Obrigações, salvo as matérias que reclamam disciplina especial autônoma, tais como as de falência, letra de câmbio, e outras que a pesquisa doutrinária ou os imperativos da política legislativa assim o exijam.
- c) Manter, não obstante as alterações essenciais supra indicadas, a estrutura do Código ora em vigor, por considerar-se inconveniente, consoante opinião dominante dos juristas pátrios, a supressão da Parte Geral, tanto do ponto de vista dos valores dogmáticos, quanto das necessidades práticas, sem prejuízo, é claro, da atualização de seus dispositivos, para ajustá-los aos imperativos de nossa época, bem como às novas exigências da Ciência Jurídica.
- d) Redistribuir a matéria do Código Civil vigente, de conformidade com os ensinamentos que atualmente presidem a sistemática civil.
- e) Preservar, sempre que possível, a redação da atual Lei Civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência.
- f) Atualizar, todavia, o Código vigente, não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresárias e nos demais setores da vida privada.
- g) Aproveitar, na revisão do Código de 1916, como era de se esperar de trabalho científico ditado pelos ditames do interesse público, as valiosas contribuições anteriores em matéria legislativa, tais como os Anteprojetos de Código das Obrigações, de 1941 e de 1965, este revisto pela douta Comissão constituída pelos ilustres juristas OROSIMBO NONATO, Presidente, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, Relator-Geral, SYLVIO MARCONDES, ORLANDO GOMES, THEOPHILO DE AZEVEDO SANTOS e NEHEMIAS GUEIROS; e o Anteprojeto de Código Civil, de 1963, de autoria do Prof. ORLANDO GOMES. (REALE, p. 37, 2005).

<sup>78</sup> Artigo 7º, inciso XXXI, da Constituição da República (BRASIL, 1988): “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; [...]”

<sup>79</sup> Artigo 23, inciso II, da Constituição da República (BRASIL, 1988): “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...]”

- h) Dispensar igual atenção aos estudos e críticas que tais proposições suscitaram, a fim de ter-se um quadro, o mais completo possível, das ideias dominantes no País, sobre o assunto.
- i) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a *legislação aditiva* a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica.
- j) Eliminar do Código Civil quaisquer regras de ordem processual, a não ser quando intimamente ligadas ao direito material, de tal modo que a supressão delas lhe pudesse mutilar o significado.
- l) Incluir na sistemática do Código, com as revisões indispensáveis, a matéria contida em leis especiais promulgadas após 1916.
- m) Acolher os modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência construtiva de nossos tribunais, mas fixar normas para superar certas situações conflitivas, que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica.
- n) Dispensa de formalidades excessivamente onerosas, como, por exemplo, a notificação judicial, onde e quando possível obter-se o mesmo resultado com economia natural de meios, ou dispensar-se a escritura pública, se bastante documento particular devidamente registrado.
- o) Consultar entidades públicas e privadas, representativas dos diversos círculos de atividades e interesses objeto da disciplina normativa, a fim de que o Anteprojeto, além de se apoiar nos entendimentos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, tanto nacionais como alienígenas, refletisse os anseios legítimos da experiência social brasileira, em função de nossas peculiares circunstâncias.
- p) Dar ao Anteprojeto antes um sentido operacional do que conceitual, procurando configurar os modelos jurídicos à luz do princípio da *realizabilidade*, em função das forças sociais operantes no País, para atuarem como instrumentos de paz social e de desenvolvimento.

Com efeito, o Código Civil de 2002 emerge da promessa de manutenção da unidade, estrutura e redação do Código Civil de 1916, com a redistribuição sistemática dos seus institutos e de outros novos que, contudo, já fossem dotados de certa sedimentação e estabilidade. O diploma possuía em sua promulgação 2046 (dois mil e quarenta e seis) artigos, número acrescido em 239 (duzentos e trinta e nove) em relação ao Código Civil de 1916, sendo também composto de uma Parte Geral e uma Parte Especial. Tratou em sua Parte Geral, Livro I, “Das Pessoas”, Título I, “Das Pessoas Naturais”, Capítulo I, “Da Personalidade e da Capacidade”, em seu artigo 1º, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Das suas diretrizes, bem como do período histórico no qual o Código Civil de 1916 começou a ser pensado remanesceram três problemas da sua promulgação, catalogados por Giordano Bruno Soares Roberto (2011), quais sejam: a) sua incapacidade de lidar com questões fáticas originadas da evolução biotecnológica e social; b) a inconsistência entre a sua manutenção de uma técnica estritamente regulamentar e a crescente promulgação de legislação ordinária que lhe é complementar e; por fim c) a manutenção do umbral de acesso

ao Direito Privado, expresso na inexistência de esforço efetivo para aproximação dos sujeitos de direito aos institutos por ele disciplinados.

Os referidos problemas foram agravados, no que se refere à Teoria das Capacidades, pela observação de que Moreira Alves, responsável pela elaboração da parte geral do novo Código, copiou quase integralmente o texto organizado por Orlando Gomes na elaboração do seu projeto em 1963 (ROBERTO, 2011, p. 82-89). Dessa forma, são tênues as diferenças entre a estruturação das capacidades no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002, sintetizadas em duas premissas por Miguel Reale (2005, p. 37):

- a) Substancial foi a alteração operada no concernente ao tormentoso problema da capacidade da pessoa física ou natural, tão conhecidos são os contrastes da doutrina e da jurisprudência na busca de critérios distintivos válidos entre incapacidade absoluta e relativa. Após sucessivas revisões chegou-se, a final, a uma posição fundada nos subsídios mais recentes da Psiquiatria e da Psicologia, distinguindo-se entre “enfermidade ou retardamento mental” e “fraqueza da mente”, determinando aquela a incapacidade absoluta, e está a relativa.
- b) Ainda no concernente ao mesmo tema, reconhece-se a incapacidade absoluta dos que, ainda por causa transitória, não possam exprimir sua vontade, ao mesmo tempo em que se declaram relativamente capazes, não apenas os surdos mudos, mas todos “os excepcionais sem desenvolvimento mental completo”.

Do exposto, extrai-se que a alteração operada na imposição de um critério formal distintivo entre a incapacidade absoluta e relativa, foi novamente pautada pela literatura médica. Por essa razão, foi mantida a indicação de quem são os incapazes<sup>80</sup> e perpetuada a omissão quanto a situação fática que gera a incapacitação dos sujeitos para os atos da vida civil. Assim, embora tenha sido abolida a expressão “loucos de todo gênero”, foi proposta a designação das pessoas com impedimento mental ou intelectual pelo uso das expressões “retardamento mental”, “fracos de espírito” e permaneceu sendo referenciada a “loucura furiosa”<sup>81</sup> como hipótese de legitimação do Ministério Público para as ações com objetivo de sua interdição.

---

<sup>80</sup> Conforme observa-se da redação original do projeto: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - Os menores de dezesseis anos. II - Os que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos. III - Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos. II - Os fracos da mente, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos. III - Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo. IV - Os pródigos. Art. 1.815. Estão sujeitos a curatela: I - Os que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil. II - Os que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir sua vontade. III - Os fracos da mente, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos. IV - Os excepcionais sem completo desenvolvimento mental. V - Os pródigos. (PASSOS, 2012, p. 43, v. 4)”

<sup>81</sup> “Art. 1.817. O Ministério Público só promoverá a interdição: I - No caso de loucura furiosa. [...]” (PASSOS, 2012, p. 577, v. 4)

Ocorre que, a utilização das expressões “retardamento mental” e “fraqueza da mente” para designar situações de incapacidade, supostamente fundadas na psiquiatria e na psicologia, foi criticada na aprovação da emenda 332, de autoria do Senador Josaphat Marinho. O deputado Ricardo Fiúza (p. 518-519) aprovou a modificação do texto original, a fim de que fossem substituídas as expressões “fracos da mente” e “retardamento mental” por “deficiência mental”, nos dispositivos que tratavam da capacidade e da curatela, sob a seguinte justificativa:

De fato, o termo adequado é “deficiência mental”, adotado pela Organização Mundial de Saúde, na 10ª edição da Classificação Internacional de Doenças – CID – no Capítulo “Transtornos Mentais e Comportamentais”, onde nas rubricas de “F70” até “F79” cuida dos diferentes graus de retardo.

[...]

É oportuno observar que deficiência mental é uma queda ou não desenvolvimento da inteligência. O mais correto, como registrado no acolhimento da emenda anterior, é o emprego da expressão “deficientes mentais”, de convenção científica internacional.

Diante disso, o texto final que especificou as condições de capacidade de direito, bem como as pessoas absoluta e relativamente incapazes de fato no Código Civil (BRASIL, 2002) foi aprovado com a seguinte redação:

Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

[...]

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Pela transcrição dos dispositivos, observa-se que a capacidade de direito é presumida a todas as pessoas, indistintamente, inexistindo hipóteses gerais que implicam na sua supressão. A capacidade de fato, por sua vez, é adquirida pelas pessoas naturais, automaticamente, a partir dos dezoito anos completos ou; na menoridade, com a emancipação, a partir da outorga dos pais ou decisão judicial, quando presentes quaisquer das hipóteses descritas no parágrafo único do artigo 5º.

A capacidade de fato, quando decorrente do implemento da maioridade, pode ser afastada em caráter absoluto, por decisão judicial que reconhece ser o adulto: acometido por enfermidade ou deficiência mental, sem o necessário discernimento para a prática desses atos; ou que, mesmo por causa transitória, não possa exprimir sua vontade, em conformidade com o artigo 3º. Por outro lado, pode a capacidade ser afastada de forma gradativa, relativamente a certos atos, ou à maneira de exercê-los para os adultos considerados: ébrios habituais; viciados em tóxicos; de discernimento reduzido em decorrência de deficiência mental; excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e os pródigos, na forma do artigo 4º.

Em todo caso, conforme observa Renata Barbosa de Almeida (2011, p. 74-75) ao confrontar as categorias relativas a incapacidade, tem-se que:

Variações internas a estas duas categorias – absolutamente incapaz e relativamente incapaz – são tradicionalmente impensadas. Disso se deduz que, até então, as particularidades casuísticas talvez não tenham sido encaradas como efetivos aspectos conformadores do comando jurídico. Em sentido contrário, o que emerge como realidade jurídica é a imposição de tipos qualificativos a cada um dos sujeitos de direitos humanos, por meio do recriminável procedimento subsuntivo. A variedade de qualificações subjetivas, em última instância, parece se encontrar sufocada em quadros legais predispostos, em total desmerecimento às particularidades que o agente pode apresentar. A flexibilidade que a orientação jurídica disciplinadora deve compreender é negligenciada numa das matérias mais problemáticas da teoria do Direito.

Logo, em análise comparativa entre o Código Civil de 1916<sup>82</sup> e o Código Civil de 2002, tem-se que: a) mantida a estrutura distintiva da Teoria das Capacidades, pela qual se impõe conteúdo e normativa própria às capacidades de direito e de fato; b) mantida as condições de implemento da capacidade de direito, qual seja, o nascimento com vida da pessoa natural; c) alterado o critério etário que implementa a maioridade e a capacidade de fato de 21 para 18 anos; d) os surdos-mudos e os loucos de todo o gênero deixam de constar

---

<sup>82</sup> Nos termos e limites explorados na Seção 2.3.2.

no rol dos absolutamente incapazes sob essa designação e ainda, exclui-se o ausente; e) tem-se nova hipótese de incapacidade absoluta, para abranger situações transitórias, nas quais alguém não pode exprimir vontade e; f) ao rol dos relativamente incapazes foram acrescentadas os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido.

A razão pela qual os surdos-mudos e os loucos de todo o gênero deixaram de constar no rol dos absolutamente incapazes decorre, simultaneamente, de uma estratégia normativa e de uma adequação de nomenclatura. A estratégia normativa foi empregada para que, além dos surdos-mudos, outras pessoas com desenvolvimento mental incompleto pudessem ser consideradas incapazes. Nesse sentido, Miguel Reale (2005, p. 36) em sua exposição de motivos:

[...] incapacidade absoluta dos que, ainda por causa transitória, não possam exprimir sua vontade, ao mesmo tempo em que se declaram relativamente incapazes, não apenas os surdos mudos, mas todos “os excepcionais sem desenvolvimento mental completo”.

Disso decorre que, a diferença entre a incapacidade absoluta e a relativa estaria fundada na intensidade da inaptidão da pessoa natural para os atos da vida civil e para expressão da sua vontade. Assim, para aqueles impedidos de declarar sua vontade discernida, ter-se-ia a incapacidade absoluta e para aqueles sem o desenvolvimento mental completo, a incapacidade relativa. Por essa razão, embora não tenha persistido a expressão “loucos de todo o gênero” pela necessidade de adequação da hipótese à literatura médica, manteve-se a incapacidade absoluta de grande parte das pessoas que estavam sob essa designação no Código sucedido.

As novas hipóteses de incapacidade absoluta e relativa, originadas da impossibilidade de expressão de vontade, ainda que por causa transitória e, respectivamente, pela redução do discernimento, contemplam outras situações de insuficiência mental que são inconsistentes com a aptidão para o exercício dos direitos civis, conforme havia sido discutido no parecer elaborado pelo médico Nina Rodrigues (BRASIL, 1917, p. 213, v. II), durante a discussão e votação do Código Civil de 1916.

Assim, o Código Civil de 2002 não teceu relevâncias acerca da causa de inaptidão para expressar à vontade, podendo esta ser inclusive transitória (FIUZA, 2019, p. 160). Ademais, “[...] sua circunstância física, por si só, não gera incapacidade [...]” (SOUZA, 2016, p. 213).

Assim, conclui-se que a incapacidade no Código Civil de 2002 estava originariamente vinculada à relação de causa e efeito entre a intensidade de eventual impedimento mental ou intelectual (inato, adquirido ou provocado e permanente ou transitório) e a consciência do indivíduo para livre determinação de seus atos. O estado de consciência que confere a livre determinação do sujeito para o exercício dos atos civis foi designado de discernimento, entendido como elemento essencial para a manifestação da autonomia do sujeito de direito dotado de personalidade jurídica, desde que capaz de estabelecer diferença, distinguir e fazer apreciação (SÁ, NAVES, 2015, p. 108).

Dessa forma, não seria a deficiência mental ou demais situações fáticas que atrairiam a incapacidade civil absoluta ou relativa, mas o seu efeito diante do discernimento. Nesse sentido, Iara Antunes de Souza (2016, p. 32) ao julgar que: “A escolha legislativa para determinação da incapacidade levava em conta a falta ou diminuição do discernimento da pessoa em razão da idade ou em razão da saúde mental – dizia-se em razão da enfermidade ou saúde mental.”

Da incapacidade absoluta decorria a representação, da incapacidade relativa decorria a assistência. A representação, bem como a assistência eram os meios jurídicos apropriados para suprir a ausência ou redução do discernimento daquele considerado incapaz por intermédio da ação judicial de interdição e que estivesse sob curatela. Pela representação, ter-se-ia a prevalência da vontade do curador, uma vez que esse está desobrigado a considerar qualquer elemento remanescente da vontade, preferências ou eventuais interesses do incapaz representado (FIUZA, 2019, p. 158).

O processo de interdição foi disciplinado entre os artigos 1.768 e 1.772 e do seu deferimento, decorria a sujeição do incapaz a curatela. Nesse sentido, “a interdição é o meio processual de se reconhecer a incapacidade e se atribuir a curatela” (SOUZA, 2016, p. 155).

A curatela pode ser compreendida como “o encargo jurídico imposto a alguém para proteger e auxiliar o maior incapaz na regência de sua vida pessoal e patrimonial. Consiste num múnus público a ser exercido em atenção à peculiar atenção do adulto interditado.” (ALMEIDA; RODRIGUES JUNIOR, 2012, p. 501-502). Dentre os incapazes sujeitos a curatela, em correspondência com os artigos 3º e 4º, dispunha o artigo 1.767 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;



- III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
- IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

Por outro lado, sem correspondência com aqueles possíveis incapazes absoluta ou relativamente, tinha-se a possibilidade de atribuir curatela à pessoa com deficiência física, sem qualquer vinculação ao seu grau de discernimento, na forma do artigo 1.780 (BRASIL, 2002): “Art. 1.780. 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.”

Os legitimados ativos para requerimento da interdição e imposição de curatela às pessoas incapazes relacionadas nos artigos 1.767 e 1.780, eram indicados no artigo 1.768 do Código Civil (BRASIL, 2002), no qual se tem: os pais ou tutores do interditando, seu cônjuge ou algum outro parente próximo, e, subsidiariamente, o Ministério Público. A intervenção do Ministério Público, conforme o artigo 1.769, estava vinculada as hipóteses previstas em lei, dentre as quais se destaca o acometimento do interditando de deficiência mental grave.

O processo de interdição, pautado no caráter patológico e na visão médica empreendidos na revisão das pessoas possivelmente incapazes no Código Civil de 2002, inaugurava a segregação jurídica daqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tinham o necessário discernimento para os atos da vida civil; dos deficientes mentais, dos ébrios habituais e os viciados em tóxicos e dos excepcionais sem completo desenvolvimento mental. E, simultaneamente, legitimava sua segregação social, uma vez que dispunha o artigo 1.768 que as pessoas acima relacionadas seriam recolhidas em estabelecimentos adequados, quando não se adaptassem ao convívio doméstico.

O poder do curador da mulher, estando ela grávida, estendia-se ainda sobre o nascituro, conforme previsto no artigo 1.779<sup>83</sup> do Código Civil (BRASIL, 2002). Com exceção dessa prerrogativa, competia ao curador exclusivamente a gestão da vida patrimonial do incapaz. Dessa forma, com exceção dos atos jurídicos necessários ao trânsito negocial cujo objeto ou pagamento derivaria do patrimônio do incapaz, não se observa qualquer atenção promocional da sua vontade, dos seus interesses ou ainda, qualquer medida que vinculasse o curador à proteção dos direitos de personalidade que são positivados com o novo Código.

---

<sup>83</sup> “Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.” (BRASIL, 2002).

Sobre os direitos de personalidade<sup>84</sup>, em sua exposição de motivos consignou Miguel Reale que (2005, p. 37):

c) Todo um capítulo novo foi dedicado aos Direitos da personalidade, visando à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos. Tratando-se de matéria de per si complexa e de significação ética essencial, foi preferido o enunciado de poucas normas dotadas de rigor e clareza, cujos objetivos permitirão os naturais desenvolvimentos da doutrina e jurisprudência.

Com efeito, tratando-se da matéria que fornece a disciplina geral para situações e relações jurídicas não patrimoniais e, estando à curatela situada normativa e historicamente no seu oposto, a ausência de uma correlação entre os efeitos da incapacidade em situações que demandem o exercício de atos civis fundados na personalidade é uma omissão injustificável e que não poderia ser delegada ao desenvolvimento da doutrina e jurisprudência. Nesse sentido, em análise do regime jurídico atribuídos aos incapazes no Código Civil de 2002, Iara Antunes de Souza (2016, p. 33) enfatiza a ausência do seu caráter protetivo:

A teoria das incapacidades que era insculpida nos artigos 3º e 4º do Código Civil representava uma posição legislativa estática e positiva, que gerava distanciamento entre a teoria e as práticas jurídica, médica e psicológica, em muito não solucionando os casos concretos e desumanizando o Direito. Ou seja, não representava a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana exigida pela Constituição da República de 1988.

A insuficiência do regime de incapacidades foi então compensada pela sua expansão desproporcional às circunstâncias pessoais do indivíduo declarado incapaz e da situação fática por ela experienciada, nesse sentido Raphael Furtado Carminate (2019, p. 59) observa que:

[...] este regime se caracterizava pelo seu elevado grau de abstração, o que acabava, sob a justificativa de proteger os incapazes, violando sua autonomia e, conseqüentemente, a dignidade destes, pois quem era assim rotulado, salvo algumas exceções, era impossibilitado de celebrar quaisquer negócios jurídicos, que envolviam desde a compra e venda de ações de uma companhia, à compra de um doce numa padaria. No mesmo patamar, ela colocadas questões patrimoniais e negociais, como a doação de um imóvel, e questões essencialmente existenciais, como a doação de sangue.

Dessa forma, da análise comparativa entre o regime jurídico que se extrai da Teoria das Capacidades estruturada pelo Código Civil de 1916 e por esse cujo conteúdo é impresso

---

<sup>84</sup> O tema será aprofundado no Capítulo 5, razão pela qual opta-se pelo seu não desenvolvimento dogmático nessa seção.

pelo Código Civil de 2002, tem-se as seguintes observações: a) embora tenha sido mantida certa subjetividade na manutenção da indicação de quem são incapazes, tem-se a inclusão do discernimento como critério objetivo e complementar na verificação da incapacidade; b) manutenção do modelo médico de abordagem da deficiência que é agora responsivo às causas de insuficiência mental; c) foi mantida a restrição da curatela à validação dos atos jurídicos praticados em substituição ou assistência do incapaz e em gestão do seu patrimônio; d) por fim, a inexistência de medidas de cuidado aos incapazes.

A manutenção do modelo médico de anormalidade como referencial de incapacidade para o Direito Privado que persistiu da Consolidação das Leis Cíveis ao Código Civil de 2002, fundamentando o “Outro” da Teoria das Capacidades, evidencia a ausência de coincidência temporal entre a evolução dos modelos de abordagem da deficiência e a legislação brasileira, denunciando a perpetuação injustificável das práticas de segregação pela aliança indissolúvel entre a medicina e o Direito.

Diante disso, conclui-se a investigação proposta nesse Capítulo, acerca da formação jurídica da Teoria das Capacidades, bem como seu papel na formatação e sistematização do modelo médico de abordagem da deficiência. Por conseguinte, tendo sido estabelecido o paradigma preponderante de perspectiva da deficiência, objetiva-se no Capítulo 3 delimitar os efeitos da sua ruptura pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

### **3 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A LEI N. 13.146 DE 2015: A EMERGÊNCIA DE UM MICROSSISTEMA JURÍDICO NO PARADIGMA DA TEORIA DAS CAPACIDADES**

O paradigma da Teoria das Capacidades foi estabelecido e perpetuado na história de desenvolvimento do Direito Privado perspectivando a pessoa com deficiência como o "Outro" dos sujeitos de direito com capacidade de fato. As pessoas com impedimentos mentais ou intelectuais, físicos e sensoriais de longo prazo, outrora designadas dentre os alienados de

qualquer espécie, surdos-mudos, excepcionais, mentecaptos, portadores de deficiência física, afásicos e tantos “Outros”, foram, arbitrariamente, reunidas na categoria dos loucos de todo gênero, sob inspiração do modelo médico de abordagem da deficiência.

A necessidade de aperfeiçoamento do regime das incapacidades em conformidade com o desenvolvimento da literatura médica fez com que os loucos de todo gênero cedessem espaço para que a enfermidade, a deficiência e o desenvolvimento mental incompleto - associados com a supressão ou redução do discernimento -, pudessem circunscrever sob nova fórmula os mesmos “Outros”. A anormalidade foi, em todo caso, pautada e tratada pela Teoria das Capacidades pela neutralização do incapaz, seu agente patogênico.

Diante disso, a irrisignação provocada pela segregação da pessoa com deficiência em âmbito social, político, econômico e jurídico, fomentou o desenvolvimento de um modelo social que, demandando por práticas inclusivas e integracionistas, serviu de substrato para as reivindicações da sociedade civil na elaboração da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD).

A referida convenção foi ratificada pelo Brasil em 2009, com status constitucional. Sucessivamente, motivou inúmeras alterações no projeto de Lei n. 7.699, em curso desde 2006 e promulgado em 2015 pela Lei n. 13.146, que consagra o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). Desse contexto decorre a emergência de um Microsistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência, fundado no respeito pela sua dignidade inerente e, a partir dele tem-se a revisão da sua posição jurídica na Teoria das Capacidades.

Para derivar os impactos promovidos por essa revisão, bem como delimitar a extensão das mudanças que ela provocou no paradigma então vigente, objetiva-se na seção 3.1 expor o contexto de promulgação da CDPD e do EPD e a relação entre eles, além de delinear como a introdução normativa do modelo social de abordagem da deficiência e a noção de capacidade legal influem na revisão da Teoria das Capacidades. Sucessivamente, na seção 3.2 pretende-se delimitar a extensão da referida revisão, a fim de demarcar a atual posição jurídica ocupada pela pessoa com deficiência diante do regime das incapacidades, contexto do qual se pretende inferir conclusões parciais acerca da insuficiência e incompletude do sistema de apoio.

### **3.1 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 13.146 de 2015: a capacidade legal no modelo social de abordagem da deficiência**

A aprovação da CDPD pelo Brasil em 2009, bem como a posterior promulgação do EPD, conferiram normatividade ao modelo social de abordagem da deficiência, derivando da presunção universal de igual capacidade legal um Microssistema Jurídico, ordenado para proteção e garantia do exercício pleno equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e respeito pela sua dignidade inerente<sup>85</sup>.

Contudo, a ruptura formal com o paradigma jurídico subjacente às práticas de segregação da pessoa com deficiência não é linear ou estável. Por essa razão, objetiva-se apresentar o contexto no qual se deu a promulgação da CDPD e do EPD, a fim de que sejam expostos seus pressupostos e propósitos. Posteriormente, objetiva-se demarcar a relação entre a introdução normativa do modelo social de abordagem da deficiência e a presunção de capacidade legal que dela decorre, cujos efeitos serão projetados na Teoria das Capacidades, na seção 3.2.

A compreensão do contexto de promulgação da CDPD deve ser antes perspectivada pela exclusão silenciosa das pessoas com deficiência na trajetória dos direitos humanos. Com efeito, a permanência das pessoas com deficiência às margens do Estado de Direito coincide com a sua exclusão da arena pública e da política internacional de reconhecimento e proteção dos direitos humanos<sup>86</sup>. Nesse sentido, na Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>87</sup>, proclamada em 10 de dezembro de 1948, tem-se a presunção de que todos tinham as mesmas aptidões físicas e mentais e, por conseguinte, sua igualdade formal era fundamento das liberdades fundamentais protegidas pela Declaração.

A noção difundida acerca da igualdade e da liberdade, ainda no século XVIII, evidencia o caráter menos inclusivo daquele que pode ser equivocadamente lido no artigo primeiro da Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>88</sup>, conforme Lynn Hunt (2007, p. 16)

---

<sup>85</sup> Nesse sentido o propósito anunciado da CDPD (2009): “O propósito da presente Convenção é 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.”

<sup>86</sup> Nesse Capítulo serão utilizadas as expressões “direitos e liberdades fundamentais” e “direitos humanos” com conotação diversa e de forma mais frequente. Por esse motivo, esclarece-se que será adotado o seguinte critério distintivo entre elas: “[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal.” (SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2017, p. 332).

<sup>87</sup> Documento internacional que marca o fim da Segunda Guerra mundial e representa um marco nas Constituições promulgadas a partir de então e, dentre elas, a Constituição da República de 1988.

<sup>88</sup> “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” (UNIC, 1948).

No século XVIII (e de fato até o presente) não se imaginavam todas as “pessoas” como igualmente capazes de autonomia moral. Duas qualidades relacionadas mas distintas estavam implicadas: a capacidade de raciocinar e a independência de decidir por si mesmo. Ambas tinham de estar presentes para que um indivíduo fosse moralmente autônomo. Às crianças e aos insanos faltava a necessária capacidade de raciocinar, mas eles poderiam algum dia ganhar ou recuperar essa capacidade. Assim como as crianças, os escravos, os criados, os sem propriedade e as mulheres não tinham a independência de status requerida para serem plenamente autônomos.

A proposição de direitos humanos naturais, iguais e universais que excluía as pessoas com deficiência decorre da percepção vigente à época de que essas pessoas não eram plenamente capazes de autonomia. Dessa forma, é compreensível que os direitos humanos não tenham promovido o seu igual reconhecimento, uma vez que:

Os direitos humanos dependem tanto do domínio de si mesmo como do reconhecimento de que todos os outros são igualmente senhores de si. É o desenvolvimento incompleto dessa última condição que dá origem a todas as desigualdades de direitos que nos têm preocupado ao longo de toda a história. (HUNT, 2007, p. 17).

O primeiro instrumento universal de caráter normativo e vinculante que tratou especificamente da pessoa com deficiência entrou em vigor no Brasil em 2009, aproximadamente 60 (sessenta) anos depois da publicação da Declaração Universal de Direitos Humanos, a partir da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) (BRASIL, 2009), assinada em Nova York em 30 de março de 2007, da qual se extraem:

[...] os deveres do Estado para remover e eliminar os obstáculos que impeçam o pleno exercício de direitos das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação. De ‘objeto’ de políticas assistencialistas e de tratamentos médicos, as pessoas com deficiência passam a ser concebidas como verdadeiros sujeitos, titulares de direitos. (PIOVESAN, 2018, p. 47).

A CDPD foi aprovada pelo Congresso Nacional por intermédio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008<sup>89</sup>, sendo o primeiro tratado de Direitos Humanos recepcionado com força de Emenda Constitucional, em virtude de sua aprovação conforme procedimento

---

<sup>89</sup> DECRETO LEGISLATIVO Nº 186, DE 2008. EMENTA: Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. (BRASIL, 2007).

do artigo 5º, §3º da Constituição da República (BRASIL, 1988<sup>90</sup>). A CDPD foi promulgada e publicada por meio do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, data do início de sua vigência no ordenamento jurídico brasileiro.

A participação do Brasil na assinatura da Convenção e a forma como ela ingressou na arena pública internacional, representa o resultado exitoso dos movimentos sociais que reivindicavam igualdade<sup>91</sup> de oportunidades e de direitos para as pessoas com deficiências<sup>92</sup>. Nesse sentido, a CDPD foi elaborada com a participação das pessoas com deficiência, organizadas por intermédio de instituições representativas que viabilizaram a proposição de seus objetivos e sua escuta efetiva pelos representantes dos Estados. Desse contexto, erigia-se a ideia de que [...] “antes da deficiência está o sujeito de direitos.” (MADRUGA, 2016, p. 197).

O contexto de participação da pessoa com deficiência na elaboração da CDPD foi narrado por Francisco José Bariffi (2014, p. 151, tradução nossa), ao consignar que:

A modalidade de participação foi desenvolvida da seguinte forma: para encerrar cada rodada de participação dos representantes dos Estados em relação a cada artigo ou aspecto em discussão, o presidente deu a palavra às organizações representativas. Rapidamente eles entenderam que era uma oportunidade “única”, mas era necessário “tirar o máximo proveito”, organizando previamente as posições encontradas entre os diferentes setores e tentando dar uma imagem de unidade e solidez nas reivindicações levantadas. Dessa forma, a sociedade civil não apenas teve intervenções extraordinárias, mas também realizou uma tarefa de lobby precisa e constante com os estados mais relutantes em adotar suas propostas<sup>93</sup>.

O desenvolvimento da CDPD nas Nações Unidas foi pautado, portanto, pela articulação constante das pessoas com deficiência que envidaram seus esforços a fim de ditarem as normas que, direta ou indiretamente, iriam nortear as políticas públicas e os sistemas jurídicos que condicionam sua participação em sociedade. Por essa razão, tem-se:

<sup>90</sup> “Art. 5º. [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

<sup>91</sup> A partir das Regras Gerais sobre a Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiências, entende-se por realização da igualdade de oportunidades, como “[...] o processo mediante o qual o meio físico e os diversos sistemas existentes no seio da sociedade, tais como serviços, atividades, informação e documentação, são postos à disposição de todos, sobretudo das pessoas com deficiências”. (BRASIL, 1993).

<sup>92</sup> Conforme breve desenvolvimento na apresentação do modelo social de abordagem da deficiência, seção 2.1, do Capítulo 2.

<sup>93</sup> No original: “La modalidad de participación se desarrolló del siguiente modo: al finalizar cada ronda de participación de los representantes de los Estados en relación con cada artículo o aspecto bajo discusión, el presidente daba la palabra a las organizaciones representativas. Rápidamente las mismas comprendieron que se trataba de una oportunidad “única” pero que entonces, se debía “aprovechar” al máximo organizando previamente las posiciones encontradas entre los diferentes sectores, e intentando dar una imagen de unidad y solidez en los reclamos planteados. De este modo, la sociedad civil no sólo tuvo intervenciones destacables, sino que además llevaron a cabo una tarea precisa y constante de cabildeo con aquellos Estados más reacios a adoptar sus propuestas.”

Pela primeira vez, a negociação de um tratado de direitos humanos tentando tratar dos direitos de um grupo específico foi visto "invadido" por seus protagonistas. Pessoas com deficiência disseram presentes, e rapidamente tomaram seu lugar nos arredores das Nações Unidas. Eles foram organizados, objetivos foram propostos, se relacionaram com os representantes dos Estados e se fizeram ouvir. Mas a participação das próprias pessoas com deficiência na negociação da CDPD não foi apenas um evento simbólico para o empoderamento das pessoas com deficiência, mas provou, ao contrário do que se pensa, que as pessoas com deficiência são as verdadeiras "Especialistas" em relação aos seus direitos e necessidades.

[...]

Em outras palavras, agora a participação ativa das pessoas com deficiência, e especialmente de suas organizações representativas, no desenho e implementação de leis e políticas públicas que podem afetar direta ou indiretamente o setor de deficiência, é uma obrigação legal e já não apenas um imperativo moral. (BARIFFI, 2014, p. 151-152, tradução nossa<sup>94</sup>).

O resultado do trabalho e das contribuições das pessoas com deficiência na CDPD (BRASIL, 2009) são expressos no Preâmbulo que, não obstante seja privado de caráter normativo<sup>95</sup>, anuncia as diretrizes que nortearam a sua elaboração:

- a) Relembrando os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, que reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,
- b) Reconhecendo que as Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, proclamaram e concordaram que toda pessoa faz jus a todos os direitos e liberdades ali estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie,
- c) Reafirmando a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente, sem discriminação,
- d) Relembrando o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Internacional

---

<sup>94</sup> No original: "Por primera vez, la negociación de un tratado de derechos humanos que intentaba abordar los derechos de un colectivo específico se vio "invadido" por sus protagonistas. Las personas con discapacidad dijeron presente, y rápidamente tomaron su lugar en el recinto de las Naciones Unidas. Se organizaron, se propusieron objetivos, se relacionaron con los representantes de los Estados y se hicieron escuchar. Pero la participación de las propias personas con discapacidad en la negociación de la CDPD no constituyó solamente un hecho simbólico hacia el empoderamiento de las personas con discapacidad, sino que demostró, contrario a lo que se suele pensar, que las personas con discapacidad son las verdaderas "expertas" en relación con sus derechos y sus necesidades. [...] En otras palabras, ahora la participación activa de las personas con discapacidad, y en especial de sus organizaciones representativas, en el diseño e implementación de leyes y políticas públicas que directa o indirectamente pueda afectar al sector de la discapacidad, es una obligación jurídica y ya no sólo un imperativo moral."

<sup>95</sup> Nesse sentido, Flávia Maria de Paiva Vital, (2008, p. 24): "Os conteúdos do preâmbulo não são vinculantes. A sua importância está em não apenas justificar a elaboração como é o contexto sobre o qual deve ser interpretada a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência."



sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias,

e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas,

f) Reconhecendo a importância dos princípios e das diretrizes de política, contidos no Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes e nas Normas sobre a Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência, para influenciar a promoção, a formulação e a avaliação de políticas, planos, programas e ações em níveis nacional, regional e internacional para possibilitar maior igualdade de oportunidades para pessoas com deficiência,

g) Ressaltando a importância de trazer questões relativas à deficiência ao centro das preocupações da sociedade como parte integrante das estratégias relevantes de desenvolvimento sustentável,

h) Reconhecendo também que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano,

i) Reconhecendo ainda a diversidade das pessoas com deficiência,

j) Reconhecendo a necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio,

k) Preocupados com o fato de que, não obstante esses diversos instrumentos e compromissos, as pessoas com deficiência continuam a enfrentar barreiras contra sua participação como membros iguais da sociedade e violações de seus direitos humanos em todas as partes do mundo,

l) Reconhecendo a importância da cooperação internacional para melhorar as condições de vida das pessoas com deficiência em todos os países, particularmente naqueles em desenvolvimento,

m) Reconhecendo as valiosas contribuições existentes e potenciais das pessoas com deficiência ao bem-estar comum e à diversidade de suas comunidades, e que a promoção do pleno exercício, pelas pessoas com deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade resultará no fortalecimento de seu senso de pertencimento à sociedade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza,

n) Reconhecendo a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas,

o) Considerando que as pessoas com deficiência devem ter a oportunidade de participar ativamente das decisões relativas a programas e políticas, inclusive aos que lhes dizem respeito diretamente,

p) Preocupados com as difíceis situações enfrentadas por pessoas com deficiência que estão sujeitas a formas múltiplas ou agravadas de discriminação por causa de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, origem nacional, étnica, nativa ou social, propriedade, nascimento, idade ou outra condição,

q) Reconhecendo que mulheres e meninas com deficiência estão frequentemente expostas a maiores riscos, tanto no lar como fora dele, de sofrer violência, lesões ou abuso, descaso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração,

r) Reconhecendo que as crianças com deficiência devem gozar plenamente de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de oportunidades com as outras crianças e lembrando as obrigações assumidas com esse fim pelos Estados Partes na Convenção sobre os Direitos da Criança,

s) Ressaltando a necessidade de incorporar a perspectiva de gênero aos esforços para promover o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais por parte das pessoas com deficiência,

t) Salientando o fato de que a maioria das pessoas com deficiência vive em condições de pobreza e, nesse sentido, reconhecendo a necessidade crítica de lidar com o impacto negativo da pobreza sobre pessoas com deficiência,

u) Tendo em mente que as condições de paz e segurança baseadas no pleno respeito aos propósitos e princípios consagrados na Carta das Nações Unidas e a observância dos instrumentos de direitos humanos são indispensáveis para a total proteção das

peças com deficiência, particularmente durante conflitos armados e ocupação estrangeira,

v) Reconhecendo a importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais,

w) Conscientes de que a pessoa tem deveres para com outras pessoas e para com a comunidade a que pertence e que, portanto, tem a responsabilidade de esforçar-se para a promoção e a observância dos direitos reconhecidos na Carta Internacional dos Direitos Humanos,

x) Convencidos de que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito de receber a proteção da sociedade e do Estado e de que as pessoas com deficiência e seus familiares devem receber a proteção e a assistência necessárias para tornar as famílias capazes de contribuir para o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência,

y) Convencidos de que uma convenção internacional geral e integral para promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência prestará significativa contribuição para corrigir as profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência e para promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos. (BRASIL, 2009).

Dessa forma, ao considerar a extensão do conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, reafirma-se a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a necessidade de garantir que todas as pessoas com deficiência os exerçam plenamente. Para tanto, tem-se na alínea “e” a consagração do modelo social, pelo qual os obstáculos experimentados pela pessoa com deficiência tornam-se o referencial de adequação normativa. Nesse sentido, tem-se que:

[...] A Convenção faz a transposição do olhar da exigência de normalidade dos padrões das ciências biomédicas para a celebração da diversidade humana. Pessoas com deficiência são seres humanos, sujeitos titulares de dignidade e, como tais, devem ser respeitados, independentemente de sua limitação funcional. (LOPES, 2014, p. 26).

O modelo social de abordagem da deficiência a partir do qual é elaborada a CDPD é consagrado ainda com força normativa pelo seu artigo 1º, no qual tem-se a seguinte definição:

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 igualdades de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2009).

Dito isso, afirma-se que o modelo de deficiência utilizado pelo Estatuto é também biopsicossocial. Aproximando-se daquele adotado pela Organização Mundial da Saúde, qual

seja, a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF, derivado das críticas endossadas pelo modelo social ao modelo médico.

A abordagem da deficiência, segundo a definição incorporada pela CDPD, tem origem na Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência promulgada pelo Brasil em 2001, por meio do Decreto n. 3.956<sup>96</sup> (BRASIL, 2001). A referida incorporação decorreu da sugestão de integrantes do Grupo de Países da América Latina e Caribe (GRULAC), parcialmente acolhida na redação do dispositivo<sup>97</sup> (LOPES, 2014, p. 27).

A celebração da diversidade humana para além dos padrões da normalização, nos termos propostos pela CDPD, preponderou sobre o conjunto de normas infraconstitucionais, dentre leis e decretos<sup>98</sup>, que até a sua aprovação expressavam a totalidade assistemática das normas responsivas à deficiência.

---

<sup>96</sup> Não obstante, recorda-se que a promulgação da Convenção e a superveniência de uma definição normativa de deficiência consistente com o modelo social não repercutiu de nenhuma forma na Teoria das Capacidades que ainda perpetuava o modelo médico de capacidade à época, sob a vigência do Código Civil de 1916 e posteriormente, na promulgação do Código Civil de 2002. Discussão empreendida no Capítulo 2.

<sup>97</sup> Conforme extrai-se do artigo 1º da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (BRASIL, 2001): “O termo “deficiência” significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.”

<sup>98</sup> Dentre essas: LEI COMPLEMENTAR Nº 142, DE 8 DE MAIO DE 2013. Regulamenta o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS; LEI Nº 12.764, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; LEI Nº 12.622, DE 8 DE MAIO DE 2012. Institui o Dia Nacional do Atleta Paralímpico e dá outras providências; DECRETO Nº 7.235, DE 19 DE JULHO DE 2010. Regulamenta a Lei nº 12.190, de 13 de janeiro de 2010, que concede indenização por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida; LEI Nº 12.190, DE 13 DE JANEIRO DE 2010. Concede indenização por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida, altera a Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982, e dá outras providências; DECRETO Nº 6.214, DE 26 DE SETEMBRO DE 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências; DECRETO Nº 5.904, DE 21 DE SETEMBRO DE 2006. Regulamenta a Lei nº 11.126, de 27 de junho de 2005, que dispõe sobre o direito da pessoa com deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhada de cão-guia e dá outras providências; DECRETO Nº 5.626, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2005. Regulamenta a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais (Libras), e o art. 18 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000; LEI Nº 11.133, DE 14 DE JULHO DE 2005. Institui o Dia Nacional de Luta da Pessoa Portadora de Deficiência; LEI Nº 11.126, DE 27 DE JUNHO DE 2005. Dispõe sobre o direito do portador de deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhado de cão-guia; DECRETO Nº 5.296, DE 2 DE DEZEMBRO DE 2004. Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências; LEI Nº 10.048, DE 8 DE NOVEMBRO DE 2000. Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências; LEI Nº 10.098, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências; LEI Nº 10.182, DE 12 DE FEVEREIRO DE 2001. Restaura a vigência da Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre

Com efeito, a CDPD representa o primeiro sistema cujo propósito normativo é a proteção e garantia de exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais<sup>99</sup> por todas as pessoas com deficiência, pela qual objetivou-se a promoção do respeito pela sua dignidade inerente, na forma anunciada por 9 (nove) vezes<sup>100</sup> pela CDPD

---

a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de automóveis destinados ao transporte autônomo de passageiros e ao uso de portadores de deficiência física, reduz o imposto de importação para os produtos que especifica, e dá outras providências; LEI Nº 10.436, DE 24 DE ABRIL DE 2002. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais (Libras) e dá outras providências; LEI Nº 10.708, DE 31 DE JULHO DE 2003. Institui o auxílio-reabilitação psicossocial para pacientes acometidos de transtornos mentais egressos de internações; DECRETO Nº 3.956, DE 8 DE OUTUBRO DE 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência; DECRETO Nº 3.691, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2000. Regulamenta a Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994, que dispõe sobre o transporte de pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual; DECRETO Nº 3.298, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção e dá outras providências; LEI Nº 8.989, DE 24 DE FEVEREIRO DE 1995. Dispõe sobre a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, e dá outras providências; LEI Nº 8.899, DE 29 DE JUNHO DE 1994. Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual; LEI Nº 8.742, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1993. Dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências; LEI Nº 8.687, DE 20 DE JULHO DE 1993. Retira da incidência do Imposto de Renda benefícios percebidos por deficientes mentais; LEI Nº 8.686, DE 20 DE JULHO DE 1993. Dispõe sobre o reajustamento da pensão especial aos deficientes físicos portadores da Síndrome de Talidomida, instituída pela Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982; LEI Nº 8.160, DE 8 DE JANEIRO DE 1991. Dispõe sobre a caracterização de símbolo que permita a identificação de pessoas portadoras de deficiência auditiva; LEI Nº 7.853, DE 24 DE OUTUBRO DE 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (Corde), institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências; LEI Nº 7.405, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1985. Torna obrigatória a colocação do “Símbolo Internacional de Acesso” em todos os locais e serviços que permitam sua utilização por pessoas portadoras de deficiência e dá outras providências; DECRETO-LEI Nº 2.236, DE 23 DE JANEIRO DE 1985. Altera a tabela de emolumentos e taxas aprovada pelo art. 131 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980; LEI Nº 7.070, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1982. Dispõe sobre pensão especial para os deficientes físicos que especifica e dá outras providências.

<sup>99</sup> Liberdades fundamentais que, em âmbito nacional, são derivadas dos artigos e da Constituição da República de 1988, nos quais estão expressos direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, os quais abarcam o estatuto constitucional dos partidos políticos e a liberdade de associação partidária fundamentais que, portanto constituem: “[...] o mínimo necessário à condição da existência da cidadania de toda pessoa; sua fundamentalidade é uma condição de existência para outros direitos [...]” (DANTAS, 2016, p. 28).

<sup>100</sup> “Preâmbulo. Os Estados Partes da presente Convenção,

a) Relembrando os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, que **reconhecem a dignidade** e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

[...]

h) Reconhecendo também que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura **violação da dignidade** e do valor inerentes ao ser humano,

[...]

y) Convencidos de que uma convenção internacional geral e integral para promover e proteger os direitos e a **dignidade das pessoas com deficiência** prestará significativa contribuição para corrigir as profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência e para promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos,

[...]

Artigo 1. Propósito.

entre o preâmbulo, os princípios, as obrigações gerais e os deveres impostos aos Estados Partes na elaboração de suas políticas públicas e normas jurídicas.

Deveras, a dignidade foi reivindicada como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, razão pela qual qualquer discriminação à pessoa com deficiência configura uma violação da sua dignidade. Dessa forma, a promoção e proteção da dignidade das pessoas com deficiência emerge como uma condição para correção das profundas desvantagens sociais que impuseram sua segregação histórica<sup>101</sup>. Assim, a dignidade é ainda pautada como conteúdo para a autoconscientização da pessoa com deficiência e daqueles que com ela se relacionam, notadamente na promoção da sua educação e saúde.

Diante disso, não se pode olvidar que a dignidade assume a regência para fundamentação e aplicabilidade das normas derivadas da CDPD, cuja interpretação desse ser pautada pelo protagonismo da pessoa com deficiência que detém sua titularidade. Há,

O propósito da presente Convenção é 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**.

[...]

Artigo 3. Princípios gerais. Os princípios da presente Convenção são:

a) O respeito **pela dignidade inerente**, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;

[...]

Artigo 8. Conscientização. 1.Os Estados Partes se comprometem a adotar medidas imediatas, efetivas e apropriadas para: a) Conscientizar toda a sociedade, inclusive as famílias, sobre as condições das pessoas com deficiência e fomentar o respeito pelos direitos e pela dignidade das pessoas com deficiência;

[...]

Artigo 16. Prevenção contra a exploração, a violência e o abuso. [...] 4. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para promover a recuperação física, cognitiva e psicológica, inclusive mediante a provisão de serviços de proteção, a reabilitação e a reinserção social de pessoas com deficiência que forem vítimas de qualquer forma de exploração, violência ou abuso. Tais recuperação e reinserção ocorrerão em ambientes que promovam a saúde, o bem-estar, o auto-respeito, **a dignidade** e a autonomia da pessoa e levem em consideração as necessidades de gênero e idade.

[...] Artigo 24. Educação. 1.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:

a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e **do senso de dignidade** e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;

[...]

Artigo 25. Saúde. Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero. Em especial, os Estados Partes: [...]

d) Exigirão dos profissionais de saúde que dispensem às pessoas com deficiência a mesma qualidade de serviços dispensada às demais pessoas e, principalmente, que obtenham o consentimento livre e esclarecido das pessoas com deficiência concernentes. Para esse fim, os Estados Partes realizarão atividades de formação e definirão regras éticas para os setores de saúde público e privado, de modo a conscientizar os profissionais de saúde acerca dos direitos humanos, **da dignidade**, autonomia e das necessidades das pessoas com deficiência;" (BRASIL, 2015, grifo nosso)

<sup>101</sup> Nos termos delineados no Capítulo 2.

portanto, uma importante confluência entre a CDPD e a Constituição da República de 1988, uma vez que:

Este texto fundamental trouxe, em suas primeiras prescrições, na condição de princípio jurídico regente do Estado Brasileiro, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). Isso significou a instalação de uma ordem de Direito voltada e fundada na proposta de resguardo e favorecimento da humanidade e da construção do respectivo ser. (ALMEIDA, 2011, p. 83)

Porquanto, a dignidade humana ascende na Constituição da República<sup>102</sup> como fundamento do Estado de Direito, ou seja, desse:

[...] arranjo institucional que deve servir para a realização da dignidade das pessoas, de modo a defender a vida de todos os cidadãos, mas não apenas em um sentido biológico, mas nessa perspectiva de sucesso ético e moral. Para isso, o Estado deve deixar a cargo dos indivíduos a responsabilidade ética e moral pelo cuidado com sua vida, interferindo apenas em situações excepcionais. (OMMATI, 2018, p. 28)

Isso posto, necessário que se reconheça a relevância desse princípio jurídico-constitucional, não obstante o desacordo e a trivialização que maculam sua utilização pela literatura jurídica e pela jurisprudência brasileira, conforme observam Antônio Junqueira de Azevedo (2002), João Baptista Villela (2009), Marcelo Neves (2013), Otávio Luiz Rodrigues Junior (2019, p. 329) e José Emílio Medauar Ommati (2018, p. 18). Assim, inexistindo “uma fórmula pronta e inacabada que nos diga quando o Estado violou ou protegeu a dignidade dos seus membros” (OMMATI, 2018, p. 28), importante que qualquer reflexão ao seu respeito possa ser orientada por critérios eticamente avaliatórios<sup>103</sup>, conforme se pretende na articulação da Teoria do enfoque das capacidades, no Capítulo 4.

Por ora, é suficiente que se observe que a CDPD ao se aproximar da Constituição da República de 1988 pela identidade de fundamento entre elas, qual seja, o da dignidade humana, pretende ir além daquela primeira ao evidenciar situações de desigualdade que não podem ser superadas pelo caráter meramente protetivo da pessoa humana, mas pelas

---

<sup>102</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;” (BRASIL, 1988).

<sup>103</sup> A utilização desses critérios na avaliação de uma vida humana digna é justificada por Martha Nussbaum (2013, p. 221-222) ao esclarecer as premissas da Teoria do Enfoque das capacidades, e significa que: “[...] entre as muitas características concretas de uma forma de vida humana típica, selecionamos algumas que parecem tão normativamente fundamentais que uma vida sem nenhuma possibilidade de exercer alguma delas, em qualquer nível, não pode ser considerada uma vida plenamente humana, uma vida de acordo com a dignidade humana, mesmo que outras estejam presentes.”

instâncias efetivas de promoção da sua dignidade e que, perpassa, em todo caso, pela promoção da sua capacidade legal. Disso decorre o reconhecimento de que:

A CDPD é o primeiro tratado de consenso universal que concretamente especifica os direitos das pessoas com deficiência pelo viés dos direitos humanos, adotando um modelo social de deficiência que importa em um giro transcendente na sua condição. Por esse modelo, a deficiência não pode se justificar pelas limitações pessoais decorrentes de uma patologia. Redireciona-se o problema para o cenário social, que gera entraves, exclui e discrimina, sendo necessária uma estratégia social que promova o pleno desenvolvimento da pessoa com deficiência. O objetivo da CDPD é o de permutar o atual modelo médico – que deseja reabilitar a pessoa anormal para se adequar à sociedade, por um modelo social de direito humanos, cujo desiderato é o de reabilitar a sociedade para eliminar os muros de exclusão comunitária. A igualdade no exercício da capacidade jurídica requer o direito à uma educação inclusiva, a vida independente e a possibilidade de ser inserido em comunidade. (ROSEVALD, 2015, n.p).

Diante disso, com a reabilitação da sociedade para que sejam eliminados os muros de exclusão comunitária, finalmente poderá começar a ser adimplida a dívida histórica do Estado de Direito diante da segregação das pessoas com deficiência. Assim, possível que desvele “[...] cidadãos historicamente relegados ao limbo e impeça que, pelo motivo de deficiência, uma pessoa sofra menos valia em sua trajetória de vida.” (ROSEVALD, 2016, p. 92).

Para tanto, necessário que os princípios gerais que decorrem da CDPD forneçam a base normativa que deve estar pressuposta na atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sobretudo porque são normas com equivalência constitucional e, portanto, “[...] ocupam posição hierárquica superior em relação a toda e qualquer norma ou ato oriundo dos assim chamados poderes constituídos, portanto, em relação às demais normas do sistema jurídico<sup>104</sup>.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 240). Os referidos princípios, previstos no artigo 3º da CDPD, estão assim relacionados:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;

<sup>104</sup> Efeito decorrente do denominado princípio da supremacia constitucional. Ressalva-se, contudo, o caráter mínimo, mas não taxativo dos direitos e garantias consagrados pela CDPD: “[...] A Convenção somente pode ser implementada no sentido de ampliar a proteção às pessoas com deficiência, jamais de modo a restringi-la. Isso significa que as normas internas e internacionais devem interagir. O que define qual norma deve ser aplicada, se a interna ou a internacional, não é uma hierarquia formal previamente estabelecida, mas sim a substância da norma, devendo prevalecer aquela que conferir a proteção mais ampla ao ser humano. Desse modo, a Convenção estabelece padrões mínimos que os Estados estão obrigados a cumprir, mas não restringe padrões máximos, ficando aberta aos aportes plurais que os Estados têm a oferecer.” (CALDAS, 2014, p. 51).

- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade. (BRASIL, 2009).

O primeiro princípio ao relacionar o respeito pela dignidade, a autonomia, a liberdade e independência das pessoas com deficiência, evidencia ainda o objetivo menos explícito da CDPD, qual seja: de romper com as práticas de extermínio e segregação que estiveram subjacentes no modelo médico de abordagem da deficiência no Brasil, demarcando sua posição no desenvolvimento da Teoria das Capacidades<sup>105</sup>. Com efeito, a pessoa com deficiência é projetada como alguém singular e em interação com o meio social, contudo, independente dele (ARAÚJO, 2014, p. 43).

O segundo princípio trata genericamente da não discriminação. Diante disso, entende-se que se trata da imposição do dever do Estado de proteger as pessoas com deficiência de influências indevidas no exercício de seus direitos, permitindo a sua participação no ambiente social, político e econômico sem qualquer discriminação, conforme prevê o artigo 4º, alínea b<sup>106</sup>, da CDPD (BRASIL, 2009), ao dispor acerca das obrigações gerais dos Estados Partes. Nesse sentido, tem-se que:

O conceito amplo e abrangente de não discriminação da CDPD exige uma especificidade no momento em que esse conceito é aplicado em um âmbito concreto. Ou seja, exige uma tarefa positiva por parte do Estado de especificar as medidas necessárias em cada área para alcançar a igualdade. (BARIFFI, 2014, p. 176, tradução nossa<sup>107</sup>).

Para exemplificar como o Estado atua positivamente, impedindo práticas discriminatórias contra as pessoas com deficiência, cita-se no Brasil a previsão do artigo 37, inciso VIII, da Constituição da República (BRASIL, 1988), que dispõe que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”, que é regulada pelo artigo 93<sup>108</sup>, da Lei n. 8.213

<sup>105</sup> Conforme desenvolvido no Capítulo 2, seção 2.3.

<sup>106</sup> “b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência;”

<sup>107</sup> “El concepto amplio y comprensivo de no-discriminación de la CDPD demanda una especificidad al momento de que dicho concepto es aplicado en un ámbito concreto. Es decir, que requiere de una tarea positiva por parte del Estado de especificar las medidas necesarias a cada ámbito para lograr la igualdad.”

<sup>108</sup> “Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....2%;

II - de 201 a 500.....3%;



(BRASIL, 1991), no intuito de proporcionar o acesso ao mercado de trabalho em igualdade de condições com as demais pessoas.

O terceiro princípio geral consagra formas de inclusão da pessoa com deficiência, portanto, pode ser lido em consonância com o sexto princípio, qual seja: da acessibilidade. A inclusão compreende o suporte ao acesso ao exercício de direitos diversos, para os quais é indispensável a acessibilidade, a fim de que seja possível às pessoas com deficiência viver de forma independente (ARAÚJO, 2014, p. 43), e participar plenamente de todos os aspectos da vida social, consoante artigo 9º da CDPD (BRASIL, 2009)<sup>109</sup>.

Nesse sentido, em contraposição a ideia construída historicamente, uma sociedade que inclui as pessoas com deficiência deve ser regida por instituições jurídicas responsivas as desigualdades de oportunidades vivenciadas, a fim de que os planos de vida dessas pessoas não sejam formados ou vividos em resposta imediata as contingências oriundas da deficiência.

Sucessivamente, tem-se a consagração do quarto e do quinto princípio, quais sejam: da diferença e da igualdade de oportunidades que, conjuntamente, evidenciam a inconsistência entre as práticas oriundas da ideologia da normalização e um modelo social de compreensão da deficiência. Assim, sendo a pessoa com deficiência parte integrante e indissociável da diversidade humana e da humanidade, não é sua deficiência que deve ser neutralizada, mas as barreiras que podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. A igualdade de oportunidade é ainda corroborada pela igualdade formal, cujos efeitos estão previstos no artigo 12 da CDPD<sup>110</sup>.

---

III - de 501 a 1.000.....4%;

IV - de 1.001 em diante. ....5%.”

<sup>109</sup> Dispõe o artigo 9, item 1 da Convenção. “A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade [...]”. (BRASIL, 2009).

<sup>110</sup> “12. [...] 1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.

2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

Ocorre que, considerando que a possível vulnerabilidade originada de uma deficiência pode ser corroborada pela desigualdade de gênero, tem-se no penúltimo princípio a garantia de igualdade entre homens e mulheres, a fim de que as políticas elaboradas para inclusão da pessoa com deficiência tenham como diretriz as perspectivas de gênero. O referido princípio possui corolário pretérito no artigo 5º, inciso I, da Constituição da República (BRASIL, 1988<sup>111</sup>).

Finalmente, tem-se o princípio que consagra o respeito pela capacidade e identidade das crianças com deficiência. Pelo respeito a sua capacidade, espera-se que os Estados Partes assegurem que as crianças possam participar ativamente das tomadas de decisões que lhes disserem respeito. Pelo respeito a sua identidade, espera-se que recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade (BRASIL, 2009<sup>112</sup>).

A articulação política e jurídica dos princípios gerais consagrados pela CDPD deverá ser realizada de maneira coordenada e interdependente, uma vez que “[...] não se formam de maneira isolada, mas como um conjunto, exercem papel decisivo na tarefa da inclusão, assumida pelo Estado Brasileiro, quando da promulgação da Constituição e, agora, com a ratificação da Convenção [...]” (ARAÚJO, 2014, p. 44).

Os referidos princípios, bem como os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição da República de 1988, foram impulsionados na perspectiva da pessoa com deficiência pela força normativa exarada da promulgação da Lei n. 13.146 de 6 de julho de 2015<sup>113</sup>, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

O EPD derivou de um projeto de Lei do Senado n. 6/2003, de autoria do Senador Paulo Paim, do Partido dos Trabalhadores. O projeto foi apresentado com 62 artigos e dividido em 7 títulos. Do seu conjunto era possível extrair a manutenção da pessoa com deficiência como alguém sujeito ao direito. Nesse sentido, tem-se a leitura de que:

---

5.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.”

<sup>111</sup> “Art. 5º. 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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]” (BRASIL, 1988).

<sup>112</sup> “Art. 7º.[...] 3.Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência tenham o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem respeito, tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com as demais crianças, e recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade, para que possam exercer tal direito.”

<sup>113</sup> A Lei n. 13.146/2015 foi aprovada em 6 de julho de 2015, com um período de *vacatio legis* de 180 dias, consoante dispunha seu art. 127: “Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial”, entrando em vigor na data de 02 de janeiro de 2016 (BRASIL, 2015a).

A pessoa com deficiência era considerada hipossuficiente, sendo alvo de tratamento jurídico de caráter assistencialista. Não se verificava efetiva preocupação com a conquista de sua autonomia e plena realização de seus projetos de vida. Do ponto de vista do direito civil, não se previa qualquer impacto no regime das capacidades. (RIBEIRO, 2018, p. 60).

No entanto, em 6 de dezembro de 2006, foi aprovado um projeto substitutivo no Senado Federal, na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, de relatoria do Senador Flávio Arns, composto por 287 artigos (SENADO FEDERAL, 2006, p. 38238-38326). Dentre as alterações do Substitutivo, verifica-se a substituição da expressão “portador de deficiência”, por “pessoa com deficiência” e a conceituação de deficiência (SOUZA, 2016, p. 244).

Posteriormente, em 22 de dezembro de 2006, o projeto substitutivo ainda designado pela numeração 6/2003 foi enviado à Câmara dos Deputados, quando recebeu a numeração 7699/2006. Destaca-se que “até sua efetiva deliberação, foram-lhe apensados 313 proposições sobre a matéria, incluindo o PL nº 3638/2000, também de autoria, na ocasião, do Deputado Paulo Paim [...]” (RIBEIRO, 2018, p. 61)<sup>114</sup>.

Após o envio do Substitutivo aprovado à Casa Revisora, em 5 de março de 2015, “[...] foi aprovada na Câmara dos Deputados a Subemenda Substitutiva Global, apresentada pela Deputada Mara Gabrilli, restando prejudicados o projeto inicial, o Substitutivo da Comissão Especial, as emendas e os Projetos de Lei apensados” (LARA, 2019, p. 90). No dia 3 de junho de 2015, o Senador Romário Faria, relator do projeto, emitiu parecer pela aprovação do Projeto de Lei n. 4/2015<sup>115</sup> (SOUZA, 2016, p. 265), afirmando na oportunidade que o Estatuto “[...] nada mais é que a adaptação da legislação ordinária à Convenção, sem perder de vista a realidade brasileira.” (FARIA, 2015).

Diante disso, promulgado em 6 de julho de 2015, o EPD entrou em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação. Dentre suas disposições gerais, tem-se a anúncio de que se trata de norma baseada na CDPD<sup>116</sup>, conforme observado pelo

<sup>114</sup> Para maiores informações acerca do itinerário legislativo da Lei n. 13.146/2015, ver: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O itinerário legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In.*: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org). **A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. p. 59-84.

<sup>115</sup> O Substitutivo mencionado “[...] foi apresentado na Câmara dos Deputados sob o n. 7.699/2006 onde tramitou até 2015 quando fora apresentado como Substitutivo da Câmara dos Deputados n. 4, de 2015 ao Projeto de Lei do Senado n. 6, de 2003 [...]”. (SOUZA, 2016, p. 244).

<sup>116</sup> “Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Senador Romário Faria em seu parecer. Com efeito, tem-se a irradiação dos princípios gerais da CDPD dentre os dispositivos do EPD<sup>117</sup>, com ênfase para dignidade humana<sup>118</sup>, razão pela qual eles não serão novamente abordados, salvo, por referência expressa a qualquer um deles.

Para além da mera coincidência legislativa entre a CDPD e o EPD, tem-se a delimitação prática daquela primeira no ordenamento jurídico brasileiro pelo EPD, por intermédio do artigo 114 das suas Disposições Finais e Transitórias que alterou, dentre outros, os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002<sup>119</sup>, nos quais são relacionadas as hipóteses de incapacidade absoluta e relativa que decorrem da Teoria das Capacidades, na forma delineada no Capítulo 2, seção 2.3.3.

A mudança promovida na Teoria das Capacidades decorre da ratificação pelo EPD da força normativa conferida ao modelo social de abordagem da deficiência, conforme assegurado pela CDPD. Nesse sentido, tem-se pelo artigo 2º do EPD (BRASIL, 2015a) o ingresso formal e efetivo do referido modelo no ordenamento jurídico brasileiro pela seguinte redação:

---

Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.” (BRASIL, 2015a)

<sup>117</sup> Dentre os quais se destacam os seguintes artigos: “Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. [...]”; Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.”; “Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante. Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no caput deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência. [...]”; Art. 10. Compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida.” (BRASIL, 2015a)

<sup>118</sup> “Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à **dignidade**, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico. [...]

Art. 10. Compete ao poder público garantir a **dignidade da pessoa com deficiência** ao longo de toda a vida. [...]

Art. 18. É assegurada atenção integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantido acesso universal e igualitário. [...]

§ 2º É assegurado atendimento segundo normas éticas e técnicas, que regulamentarão a atuação dos profissionais de saúde e contemplarão aspectos relacionados aos direitos e às especificidades da pessoa com deficiência, incluindo temas como sua **dignidade** e autonomia.” (BRASIL, 2015a)

<sup>119</sup> A Lei n. 13.146/2015 também realizou alterações no Código Eleitoral, na Consolidação das Leis do Trabalho, no Código de Defesa do Consumidor, na Lei 8.213/1991, na Lei 8.666/1993, no Código de Trânsito Brasileiro e no Estatuto da Cidade.

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A coincidência observada entre o EPD e a CDPD decorre da influência imediata dessa última. Com efeito, esclarece-se que no texto original do EPD, proposto em 2006, o conceito de deficiência originado da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (BRASIL, 2001), era conjugado como uma catalogação médica e relativamente taxativa das categorias de deficiência<sup>120</sup>. Diz-se relativamente taxativa porque admitia a inclusão futura de outras

---

<sup>120</sup> Art. 2º Considera-se deficiência toda restrição física, intelectual ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária e/ou atividades remuneradas, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social, dificultando sua inclusão social, enquadrada em uma das seguintes categorias: I - deficiência física: a) alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros ou face com deformidade congênita ou adquirida; b) lesão cerebral traumática: compreendida como uma lesão adquirida, causada por força física externa, resultando em deficiência funcional total ou parcial ou deficiência psicomotora, ou ambas, e que comprometem o desenvolvimento e/ou desempenho social da pessoa, podendo ocorrer em qualquer faixa etária, com prejuízos para as capacidades do indivíduo e seu meio ambiente; II - deficiência auditiva: a) perda unilateral total; b) perda bilateral, parcial ou total média de 41 dB (quarenta e um decibéis) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000HZ e 3.000HZ; III - deficiência visual: 2 a) visão monocular; b) cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,5 e 0,05 no melhor olho e com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; a ocorrência simultânea de qualquer uma das condições anteriores; IV - deficiência intelectual: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação no período de desenvolvimento cognitivo antes dos 18 (dezoito) anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; h) trabalho; V - surdocegueira: compreende a perda concomitante da audição e da visão, cuja combinação causa dificuldades severas de comunicação e compreensão das informações, prejudicando as atividades educacionais, vocacionais, sociais e de lazer, necessitando de atendimentos específicos, distintos de iniciativas organizadas para pessoas com surdez ou cegueira; VI - autismo: comprometimento global do desenvolvimento, que se manifesta tipicamente antes dos 3 (três) anos, acarretando dificuldades de comunicação e de comportamento, caracterizando-se freqüentemente por ausência de relação, movimentos estereotipados, atividades repetitivas, respostas mecânicas, resistência a mudanças nas rotinas diárias ou no ambiente e a experiências sensoriais; VII - condutas típicas: comprometimento psicossocial, com características específicas ou combinadas, de síndromes e quadros psicológicos, neurológicos e/ou psiquiátricos, que causam atrasos no desenvolvimento e prejuízos no relacionamento social, em grau que requeira atenção e cuidados específicos em qualquer fase da vida; VIII - deficiência múltipla: associação de duas ou mais deficiências, cuja combinação acarreta comprometimentos no desenvolvimento global e desempenho funcional da pessoa e que não podem ser atendidas em uma só área de deficiência. § 1º Considera-se também deficiência a incapacidade conceituada e tipificada pela Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF. § 2º Entende-se como deficiência permanente aquela definida em uma das categorias dos incisos ou do § 1º deste artigo e que se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos. 3 § 3º As categorias e suas definições expressas nos incisos e § 1º não excluem outras decorrentes de normas regulamentares a serem estabelecidas pelo Poder Executivo, ouvido o Conselho Nacional da Pessoa com Deficiência. (CALHEIROS, 2006).

categorias decorrentes de normas regulamentares a serem estabelecidas pelo Poder Executivo, ouvido o Conselho Nacional da Pessoa com Deficiência.

Registra-se ainda que, não obstante o conceito proposto tenha sido modificado durante a tramitação do EPD por influência imediata da CDPD, remanesce vigente no ordenamento jurídico brasileiro o Decreto n. 3.298 de 1999, que encorpou o modelo médico de abordagem da deficiência em clara violação ao seu atual Microssistema Jurídico. Nesse sentido, Iara Antunes de Souza e Roberto Henrique Pôrto Nogueira (2019, p. 53-54):

[...] há o Decreto n. 3.298/1999, que, baseado no modelo médico de deficiência, traz as hipóteses de deficiência em seu artigo 4º, inciso IV. Tal Decreto, entende-se, fere frontalmente o modelo atual de deficiência, bem como anseios da Carta de Nova Iorque e, portanto, do EPD, de modo que, por serem de status constitucional, é evitado de inconstitucionalidade.

Desse contexto, infere-se o caráter meramente pragmático da postura adotada pelo Brasil na promulgação Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (BRASIL, 2001), da qual também decorre uma definição da deficiência segundo o modelo social. Para tanto, justifica-se que embora o Brasil tenha se comprometido em prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, manteve a orientação do seu sistema jurídico sob a lógica do modelo médico e das práticas segregatória correlatas.

A partir da incorporação jurídica do modelo social de abordagem da deficiência, as obrigações assumidas pelo Brasil na aprovação da CDPD repercutem na Teoria das Capacidades, ante o reconhecimento formal de “[...] que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”, em conformidade com seu artigo 12, item 2 (BRASIL, 2009).

Por conseguinte, ao reconhecer que as pessoas com deficiência possuem igual capacidade legal em todos os aspectos da vida, era flagrante a inconsistência entre a CDPD e a Teoria das Capacidades, razão pela qual a Teoria das Capacidades precisou ser revisitada, sobretudo, no que se refere ao rol de incapazes. Não obstante, foram preservados seus instrumentos corolários de interdição e curatela, conforme será especificado na seção 3.2.

Antes, contudo, de especificar como a emergência de um Microssistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência afetou a Teoria das Capacidades, faz-se necessário esclarecer qual o conteúdo expresso pela noção de “capacidade legal” dentre as categorias historicamente articuladas. Uma vez que:

[...] ter-se-ia a possibilidade de a “capacidade legal” prevista no art. 12 da Convenção i) corresponder à nossa “capacidade de direito” ou “capacidade de gozo”, ii) corresponder à nossa “capacidade de fato” ou “capacidade de exercício”, iii) corresponder ao conjunto destas, ou iv) corresponder a algo distinto desses institutos [...]. (ANDRADE, 2019, p. 277).

Dessa forma, embora seja incontroverso que a limitação da capacidade das pessoas com deficiência implica na violação do seu exercício aos direitos humanos e fundamentais (BARIFFI, 2014, p. 333), remanescem dúvidas acerca da extensão da capacidade legal, diante da distinção clássica entre a capacidade de direito e a capacidade de exercício ou de fato.

A incompreensão acerca do conteúdo e extensão pretendidos pela CDPD foi objeto de discussão pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência<sup>121</sup>. A instituição de um Comitê, com membros com competência e experiência<sup>122</sup> reconhecidas no campo abrangido pela CDPD, foi designada pelo artigo 34<sup>123</sup>, com a finalidade de contribuir para a sua efetiva implementação e incentivar a cooperação internacional<sup>124</sup>. Nesse sentido, coube ao Comitê<sup>125</sup> a elaboração da Observação Geral n. 1, a fim de dirimir a incompreensão generalizada a respeito das obrigações dos Estados-Partes com relação ao art. 12 da Convenção, no qual está assegurada a capacidade legal, conforme extrai-se da sua justificativa:

3. Baseando-se nos relatórios iniciais que foram revisados até o momento, o Comitê observou que há uma incompreensão generalizada a respeito do escopo exato das obrigações dos Estados-Partes com relação ao art. 12 da Convenção. De fato, tem havido uma falha geral em compreender que o modelo de deficiência baseado nos direitos humanos implica uma mudança de paradigma de substituição de vontade para um que é baseado em decisão apoiada. O objetivo do comentário geral presente

<sup>121</sup> Para maiores informações sobre o Comitê, acessar: <<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/Pages/CRPDIndex.aspx>>. Acesso em: 03 out. 2019.

<sup>122</sup> Atualmente o Brasil conta com uma representante, membro no Comitê, a Senadora Mara Cristina Gabrielli (PSDB-SP), que foi a primeira e única deputada federal tetraplégica do país. Seu mandato expira em 31.12.2022. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Membership.aspx>>. Acesso em: 03 out. 2019.

<sup>123</sup> “Artigo 34. Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 1. Um Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (doravante denominado “Comitê”) será estabelecido, para desempenhar as funções aqui definidas.” (BRASIL, 2009).

<sup>124</sup> De acordo com Mariana Lara (2019, p. 99): “Essa atuação demonstra-se necessária para que se tenham adequadas balizas de aplicação da Convenção, subsidiando cada um dos Estados-Partes nas tarefas de elaboração dos relatórios periódicos e de consecução dos objetivos estabelecidos pela norma convencional. Assim, parece haver legitimidade do Comitê para a elaboração de documentos que sirvam como guia para os países signatários implementarem as medidas previstas na Convenção”.

<sup>125</sup> Sobre a composição do Colegiado designado para essa finalidade, destaca-se sua composição diversificada: “O colegiado responsável pela aprovação do documento objeto do presente estudo - o Comentário Geral n.1- era composto de dezoito membros de países e componentes diversos, especialistas renomados em diversas áreas do conhecimento humano, muitos deles, como dito, pessoas com deficiência. Dentre eles, sete eram juristas e professores de direito com grau de doutorado, quatro dos quais oriundos de países de tradição romano-germânica. Dentre os países em que se fala o espanhol, a discussão da recomendação contou com a participação de representantes da Guatemala, Chile, México, Equador e Espanha. Não havia representante do Brasil (ANDRADE, 2019, p. 279).”

é explorar as obrigações legais que derivam dos vários componentes do art. 12. (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2014, p. 1, tradução nossa<sup>126</sup>).

Ao explorar as obrigações legais que derivam dos vários componentes do art. 12 e, notadamente, da capacidade legal, o Comitê assinalou qual a interpretação que deve ser conferida ao dispositivo a partir das seguintes premissas:

8. O art. 12 da Convenção afirma que todas as pessoas com deficiência têm capacidade legal plena. Capacidade legal tem sido discriminatoriamente recusada a muitos grupos ao longo da história, incluindo mulheres (particularmente por meio do casamento) e minorias étnicas. Contudo, pessoas com deficiência permanecem sendo o grupo a quem a capacidade legal é mais comumente recusada em sistemas jurídicos no mundo todo. O direito ao igual reconhecimento perante a lei implica que a capacidade legal é um atributo universal inerente a todas as pessoas em virtude da sua humanidade e deve ser garantida às pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas. A capacidade legal é indispensável para o exercício de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Ela adquire especial significado para pessoas com deficiência quando elas têm que tomar decisões fundamentais relacionadas a sua saúde, educação e trabalho. A negativa da capacidade às pessoas com deficiência tem levado, em muitos casos, à privação de direitos fundamentais, incluindo o direito de votar, o direito de casar e formar uma família, se reproduzir, exercer a parentalidade, o direito de dar consentimento para relações íntimas e tratamento médico, e o direito de ser livre. (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2014, p. 2, tradução nossa<sup>127</sup>).

9. Todas as pessoas com deficiência, incluindo aquelas com lesões físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, podem ser afetadas pela recusa de capacidade legal e pela substituição de vontade. Contudo, pessoas com deficiência cognitivas ou psicossociais têm sido, e ainda são, desproporcionalmente afetadas pelos regimes de substituição de vontade e pela recusa de capacidade legal. O Comitê reafirma que o status de uma pessoa como uma pessoa com deficiência e a existência de uma lesão (incluindo lesões físicas ou sensoriais) jamais devem servir de justificativa para a negação de capacidade ou de qualquer dos direitos mencionados no art. 12. Todas as práticas que em escopo ou efeito infringem o art. 12 devem ser abolidas com o objetivo de assegurar que a capacidade legal seja restituída às pessoas com deficiência nos mesmos termos que são asseguradas às demais pessoas.

---

<sup>126</sup> No original: “3. On the basis of the initial reports of various States parties that it has reviewed so far, the Committee observes that there is a general misunderstanding of the exact scope of the obligations of States parties under article 12 of the Convention. Indeed, there has been a general failure to understand that the human rights-based model of disability implies a shift from the substitute decision-making paradigm to one that is based on supported decisionmaking. The aim of the present general comment is to explore the general obligations deriving from the various components of article 12”.

<sup>127</sup> No original: “8. Article 12 of the Convention affirms that all persons with disabilities have full legal capacity. Legal capacity has been prejudicially denied to many groups throughout history, including women (particularly upon marriage) and ethnic minorities. However, persons with disabilities remain the group whose legal capacity is most commonly denied in legal systems worldwide. The right to equal recognition before the law implies that legal capacity is a universal attribute inherent in all persons by virtue of their humanity and must be upheld for persons with disabilities on an equal basis with others. Legal capacity is indispensable for the exercise of civil, political, economic, social and cultural rights. It acquires a special significance for persons with disabilities when they have to make fundamental decisions regarding their health, education and work. The denial of legal capacity to persons with disabilities has, in many cases, led to their being deprived of many fundamental rights, including the right to vote, the right to marry and found a family, reproductive rights, parental rights, the right to give consent for intimate relationships and medical treatment, and the right to liberty”.



(COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2014, p. 3, tradução nossa<sup>128</sup>).

Das premissas apresentadas, foi extraída uma noção consistente com a classificação adotada pela Teoria das Capacidades. Com efeito, consignou o Comitê que a capacidade legal, como entendida pela Convenção e explicitada pela Observação Geral n. 1, em seu item 12, inclui “[...] tanto a capacidade de ter direitos como a de agir juridicamente [...]”<sup>129</sup>, que teria como resultado a possibilidade de ampla participação das pessoas com deficiência na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas. Dessa forma, tem-se que:

12. O art. 12, parágrafo 2, reconhece que todas as pessoas com deficiência têm direito à capacidade legal nos mesmos termos que a pessoa sem deficiência em todas as áreas da vida. A capacidade legal inclui tanto a capacidade de ter direitos como a de agir juridicamente. A capacidade legal de ter direitos confere à pessoa a plena proteção dos seus direitos pelo sistema jurídico. A capacidade legal de agir juridicamente reconhece a pessoa como um sujeito com o poder de entrar em transações e criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. O direito ao reconhecimento como um agente jurídico é abordado no art. 12, parágrafo 5º da Convenção, que delinea o dever dos Estados-Partes de “tomar todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar o igual direito das pessoas com deficiência de ter ou herdar propriedade, controlar suas finanças e ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e [...] assegurar que as pessoas com deficiência não sejam privadas de sua propriedade”.

[...]

14. A capacidade legal é um direito inerente conferido a todas as pessoas, incluindo pessoas com deficiência. Como notado acima, ele consiste de duas vertentes. A primeira é o status legal necessário para ter direitos e ser reconhecido como pessoa perante a lei. Isso pode incluir, por exemplo, ter uma certidão de nascimento, buscar assistência médica, alistar-se como eleitor ou requerer um passaporte. A segunda é a agência legal para implementar tais direitos e ter esses direitos reconhecidos pela lei. Esse é um componente que é frequentemente recusado ou diminuído para as pessoas com deficiência. Por exemplo, as leis podem permitir que as pessoas com deficiência tenham propriedade, mas nem sempre respeitar os atos por elas praticados para comprar ou vender bens. Capacidade legal significa que todas as pessoas, incluindo pessoas com deficiência, têm status legal [de pessoas] e agência

<sup>128</sup> No original: “9. All persons with disabilities, including those with physical, mental, intellectual or sensory impairments, can be affected by denial of legal capacity and substitute decisionmaking. However, persons with cognitive or psychosocial disabilities have been, and still are, disproportionately affected by substitute decision-making regimes and denial of legal capacity. The Committee reaffirms that a person’s status as a person with a disability or the existence of an impairment (including a physical or sensory impairment) must never be grounds for denying legal capacity or any of the rights provided for in article 12. All practices that in purpose or effect violate article 12 must be abolished in order to ensure that full legal capacity is restored to persons with disabilities on an equal basis with others”.

<sup>129</sup> No original: “12. Article 12, paragraph 2, recognizes that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all areas of life. Legal capacity includes the capacity to be both a holder of rights and an actor under the law. Legal capacity to be a holder of rights entitles a person to full protection of his or her rights by the legal system. Legal capacity to act under the law recognizes that person as an agent with the power to engage in transactions and create, modify or end legal relationships. The right to recognition as a legal agent is provided for in article 12, paragraph 5, of the Convention, which outlines the duty of States parties to “take all appropriate and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans, mortgages and other forms of financial credit, and ... ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property”.

legal simplesmente em virtude de seres humanos. Assim, as duas vertentes da capacidade legal devem ser reconhecidas para que o direito à capacidade legal seja concretizado; elas não podem ser separadas. (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2014, p. 3-4, tradução nossa<sup>130</sup>).

Disso decorre a conclusão vinculada de que “[...] as duas “vertentes” da capacidade legal deveriam ser compreendidas como direitos inerentes a todo ser humano, não podendo jamais ser separadas uma da outra [...]” (ANDRADE, 2019, p. 284). As referidas vertentes consagram a relação entre a capacidade de ter direitos e a capacidade de agir juridicamente, sendo essa última equivalente a capacidade de exercício ou de fato. Por conseguinte, concluiu-se que “[...] há no Estatuto um repensar do regime das incapacidades, que dissipa a distinção entre titularidade e exercício de direitos, tanto no que se refere aos direitos patrimoniais como extrapatrimoniais.” (BRAZZALE, 2018, p. 87).

Diante disso, tendo sido apresentado o contexto de promulgação da CDPD e do EPD, bem como a relação de causalidade entre os fundamentos apresentados por eles e a base normativa que culmina na emergência de um Microsistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência, pretende-se especificar como a referida base e, sobretudo, a noção de capacidade legal influenciou na revisão da Teoria das Capacidades.

---

<sup>130</sup> No original: “12. En el artículo 12, párrafo 2, se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin. El derecho al reconocimiento como actor jurídico está establecido en el artículo 12, párrafo 5, de la Convención, en el que se expone la obligación de los Estados partes de tomar “todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y [velar] por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria. [...] 14. Legal capacity is an inherent right accorded to all people, including persons with disabilities. As noted above, it consists of two strands. The first is legal standing to hold rights and to be recognized as a legal person before the law. This may include, for example, having a birth certificate, seeking medical assistance, registering to be on the electoral role or applying for a passport. The second is legal agency to act on those rights and to have those actions recognized by the law. It is this component that is frequently denied or diminished for persons with disabilities. For example, laws may allow persons with disabilities to own property, but may not always respect the actions taken by them in terms of buying and selling property. Legal capacity means that all people, including persons with disabilities, have legal standing and legal agency simply by virtue of being human. Therefore, both strands of legal capacity must be recognized for the right to legal capacity to be fulfilled; they cannot be separated. The concept of mental capacity is highly controversial in and of itself. Mental capacity is not, as is commonly presented, an objective, scientific and naturally occurring phenomenon. Mental capacity is contingent on social and political contexts, as are the disciplines, professions and practices which play a dominant role in assessing mental capacity”.

### 3.2 A revisão da Teoria das Capacidades e as medidas de apoio no Microsistema Jurídico da pessoa com deficiência

A Teoria das Capacidades na promulgação do Código Civil de 2002 manteve a estrutura geral a partir da qual foi desenvolvida, ainda no esboço de Augusto Teixeira de Freitas. Dessa forma, observou-se a prevalência dos seguintes elementos<sup>131</sup>: a) designação formal de quem eram os incapazes; b) influência do modelo médico de abordagem da deficiência na referida designação; c) correlação entre a incapacidade e a curatela; d) imposição da curatela como condição de validade dos atos jurídicos praticados em substituição da vontade ou assistência do incapaz e em gestão estrita do seu patrimônio; e) por fim, a inexistência de medidas de cuidado aos incapazes.

A substituição da vontade do curatelado pela do curador foi historicamente atenuada pelo suposto caráter protetivo daquele instrumento. Nesse sentido:

Embora houvesse o entendimento de que só é lícito subtrair a capacidade de fato na exata medida das necessidades da pessoa no caso concreto, isso nem sempre era seguido na prática. Não raras vezes, o curador substituíu em tudo e para tudo o curatelado, tolhendo completamente a possibilidade de a pessoa realizar atos jurídicos, supostamente como uma forma de evitar que de seus atos adviessem danos. (LARA, 2019, p. 103).

Com o que corrobora Vitor Almeida (2019, p. 201):

Até o advento do EPD, alinhado à CDPD, o único instrumento jurídico posto à pessoa maior incapaz era a curatela, forjada no modelo de substituição da vontade, que, basicamente, se destinava a suprir a incapacidades das pessoas maiores ou emancipadas, com discernimento ceifado ou prejudicado, para a prática dos atos da vida civil. Um instituto, portanto, talhado para os incapazes maiores e voltado à substituição da vontade e eclipse dos desejos e preferências. A rigor, a curatela sedimentou-se de forma absoluta e generalizante em nosso ordenamento, pouco atenta às particularidades de cada pessoa submetida ao seu domínio.

As pessoas com deficiência foram circunscritas por esse regime na designação genérica da deficiência mental, dos excepcionais e da deficiência física, recaindo para os dois primeiros a incapacidade quando associada, respectivamente, a ausência ou redução do discernimento e para essa última, a curatela, não obstante, incólume o seu discernimento. Portanto, do reconhecimento judicial da incapacidade, decorria a interdição e a curatela, cuja

---

<sup>131</sup> Recorda-se que a referida análise foi empreendida no Capítulo 2, a partir da seção 2.3.

operacionalização predominante resultava na substituição da vontade e preferências do incapaz por aquelas originadas do seu curador.

Dessa forma, é possível inferir uma constante no Direito Privado, qual seja: a perpetuação da deficiência – sob suas múltiplas designações – como causa de incapacidade. Com efeito, é sobre a relação normativa imposta entre a deficiência e a incapacidade que recai a revisão da Teoria das Capacidades impulsionada pela noção de capacidade legal ratificada pelo EPD. Nesse sentido, objetiva-se delimitar a extensão da referida revisão, a fim de demarcar a atual posição jurídica ocupada pela pessoa com deficiência diante do regime das incapacidades, contexto do qual se pretende inferir conclusões parciais acerca das instâncias de desproporcionalidade do sistema de apoio.

O primeiro lastro, originado da repercussão da capacidade legal na formatação do Microsistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência, pode ser observado em análise comparativa entre o rol dos incapazes absoluta e relativamente na redação original do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) e aquele oriundo das alterações promovidas pelo EPD (BRASIL, 2015a), conforme observa-se no quadro 1, abaixo:

Quadro 1 - comparativo entre o rol dos incapazes absoluta e relativamente na redação original do Código Civil de 2002, anterior e posterior ao EPD.

<b>CÓDIGO CIVIL DE 2002 (ANTES DO EPD)</b>	<b>CÓDIGO CIVIL DE 2002 (DEPOIS DO EPD)</b>
<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I - os menores de dezesseis anos;</p> <p>II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.</p>	<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.</p> <p>I – (Revogado)</p> <p>II – (Revogado)</p> <p>III -(Revogado)</p>
<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;</p> <p>III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;</p> <p>IV - os pródigos.</p> <p>Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.</p>	<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pelo EPD)</p> <p>III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pelo EPD)</p> <p>IV - os pródigos.</p> <p>Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pelo EPD)</p>

Fonte: elaborado pela autora com dados extraídos do Código Civil (BRASIL, 2002).

Pontualmente, tem-se no artigo 3º a revogação de todas as hipóteses de incapacidade absoluta pelo EPD, ressalvada aquela derivada do critério etário. Dentre as alterações promovidas no artigo 4º, extrai-se que na redação dada pelo EPD aos incisos II e III, foi suprimida a deficiência mental como hipótese de incapacidade relativa. Logo, “[...] não há mais possibilidade de qualificar a pessoa com deficiência como relativa ou absolutamente incapaz.” (AZEVEDO, 2017, p. 86).

Sucessivamente, mantido o critério etário de incapacidade relativa; bem como a possível relação de causa e efeito<sup>132</sup> entre o consumo de álcool e uso de substâncias entorpecentes e o transtorno mental que suprime a capacidade.

O inciso III do artigo 4º foi transposto da redação original do artigo 3º, inciso III e configura hipótese objetiva e genérica de incapacidade. Logo, qualquer hipótese que impeça alguém de exprimir vontade pode ser cogitada como causa de incapacidade relativa, uma vez que afeta a realização de escolhas nos âmbitos pessoal e profissional, para além das manifestações atinentes às questões patrimoniais.

A generalidade que a vontade alcança nesse dispositivo tem origem em discussões pretéritas, conforme extraiu-se da exposição de motivos de Beviláqua<sup>133</sup> no projeto de Código Civil. Similarmente, Rodrigues Doria<sup>134</sup> (BRASIL, 1917, p. 366, v. III), ao sugerir a exclusão da expressão “loucos de todo gênero” que havia sido inserida naquele projeto, propôs, sem êxito, que fosse criada uma hipótese mais genérica, a fim de que compreendesse todos os sujeitos com comprometimento das faculdades intelectuais e da vontade. Com a promulgação do Código Civil de 1916, a vontade aparece como condicionante do reconhecimento da incapacidade e interdição do surdo-mudo<sup>135</sup>.

Paralelamente, no Direito Penal, registra-se que a vontade é elemento preponderante<sup>136</sup> na atribuição da culpabilidade dos agentes pela prática de condutas tipificadas na modalidade dolosa, ou seja, quando o resultado foi desejado ou assumido pelo sujeito (NUCCI, 2017, p.

---

<sup>132</sup> Relação que é mediada pela literatura médica, conforme extrai-se da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde - CID 10, na descrição do código F10, no qual estão relacionados os transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool e no código F19, no qual estão relacionados os transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de múltiplas drogas e ao uso de outras substâncias psicoativas.

<sup>133</sup> Nesse sentido, recorda-se que ao tratar da cegueira, Beviláqua (1906, p. 60) a excluiu dentre as hipóteses de incapacidade por ela não criar obstáculos à manifestação da vontade, conforme apresentado no Capítulo 2, seção 2.3.

<sup>134</sup> Conforme também apresentado no Capítulo 2, seção 2.3.

<sup>135</sup> “Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: [...] III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade. [...] Art. 446. Estão sujeitos à curatela: [...] II. Os surdos-mudos, sem educação que os habilite a enunciar precisamente a sua vontade. [...]”

<sup>136</sup> “Art. 18. [...] Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.” (BRASIL, 1940).

181). Além da vontade, a imputabilidade é também imprescindível para verificação da culpabilidade do agente, razão pela qual se exclui do seu âmbito pessoas que em decorrência de deficiência mental não podem discernir.

Dessa forma, não basta a vontade externada pela prática do ilícito, é necessário que ao tempo do fato fosse o agente capaz de entender o seu caráter ilícito e determinar-se de acordo com esse entendimento, conforme o critério biopsicológico adotado para sua verificação<sup>137</sup>. Para tanto, “[...] verifica-se se o agente é mentalmente são e se possui capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” (NUCCI, 2017, 190).

As reflexões derivadas do Direito Penal e do Direito Privado, nesse breve recorte, permitem induzir de forma vinculada que a vontade que tem sido conteúdo das normas jurídicas é a vontade consciente, direcionada para a prática de determinado ato, ainda que seus efeitos não tenham sido desejados. Nesse sentido, é incontroverso que as manifestações e as declarações de vontade representam importante elemento de suporte fático de fato jurídico, uma vez que:

Em toda declaração de vontade há a vontade, que é conteúdo da proposição; a vontade que se declara existir em si mesma; a de declarar. Quando assino a escritura pública de compra e venda, declaro a) a vontade de vender (ou de comprar), e mostro, pelo ato da declaração, b) a minha vontade de declarar. O erro quanto à vontade b) atinge o negócio jurídico, porque não quis declarar; não assim o erro quanto à vontade declarada, razão por que a reserva mental não faz nula, nem anulável, a declaração: somente concerne à vontade a). Quem observe a evolução da dogmática jurídica, e diga que à teoria da vontade levou a palma da declaração, nada mais faz do que outrem que a observasse e dissesse que se analisou a declaração o de vontade e se chegou à conclusão de que relevante, para o direito, é a declaração, e não a vontade. (MIRANDA, 2000, p. 131-132).

Logo, se é certo que alguém em coma está impedido de exprimir vontade, é também factível que se verifique o impedimento de exprimir vontade discernida como situação que melhor traduz aquela hipótese de incapacidade relativa, seja ela da pessoa com deficiência ou não. Nesse sentido, Iara Antunes de Souza (2016, p. 364-365) analisando a relação entre personalidade, capacidade e incapacidade, indica o discernimento com critério de verificação da capacidade legal:

---

<sup>137</sup> “Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.” (BRASIL, 1940).

[...] defende-se que a pessoa ter capacidade jurídica, seja na condição de titular de direitos e deveres, ou, como se prefere, ator de esferas de liberdade e não liberdades, é a regra. Em caso de inexistência da dita capacidade será necessária a prova casuística da sua inexistência atrelada à falta de discernimento para compreender tanto a existência de liberdade ou não de agir, como do exercício próprio dessas liberdades. Nesse diapasão, incapacidade somente pode ser tida como, e na medida em que se comprovar, falta ou ausência de discernimento.

Nesse sentido o discernimento ganha destaque na externalização da capacidade jurídica, eis que sua presença garante o exercício da sua autonomia privada e da autodeterminação, fomentando e garantindo o livre desenvolvimento da personalidade e os Direitos Humanos.

Portanto, não obstante o discernimento tenha sido suprimido na alteração dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, trata-se de um critério “[...] relevante para que se possa garantir um agir livre, voluntário, para que a pessoa possa escolher segundo seu melhor interesse, sem pressões externas [...]” (TEIXEIRA, 2010, p. 216). Com o que também contribui Mariana Lara (2019, p. 171) ao concluir que:

[...] para caracterizar a desnecessidade de um regime protetivo, não basta que a pessoa seja capaz de manifestar qualquer vontade. Uma vontade que não seja consciente, autônoma e que não reflita fielmente os interesses e desejos do declarante não merece a proteção do direito. Assim, o foco deve estar na qualidade da vontade e não meramente na sua expressão. Nesse ponto, faz-se necessário um esclarecimento. Discernimento trata-se de um termo amplo, que envolve um conjunto de várias habilidades, incluindo o conhecimento de si próprio e do meio. Envolve a capacidade de entender as circunstâncias fáticas, de compreender as consequências de um determinado ato, de tomar decisões conscientes e autônomas. Não é tarefa fácil avaliar o discernimento de uma dada pessoa no caso concreto. Por óbvio, o mero diagnóstico de uma deficiência ou enfermidade mental ou intelectual, ainda que grave, não se mostra suficiente para enquadrar o paciente em um regime protetivo. Faz-se necessário analisar a sua funcionalidade, ou seja, a sua real aptidão de atividade e participação a partir do diagnóstico que apresenta.

Portanto, não obstante o discernimento tenha sido suprimido na alteração dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, trata-se de um critério “[...] relevante para que se possa garantir um agir livre, voluntário, para que a pessoa possa escolher segundo seu melhor interesse, sem pressões externas [...]” (TEIXEIRA, 2010, p. 216).

Dito de outra forma, as pessoas com deficiência não mais representam hipóteses de incapacidade. Logo, “[...] não se justifica, em absoluto, impor a uma pessoa com deficiência o enquadramento jurídico como incapaz, por conta de um impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial.” (FARIAS; VEIGA, 2018, p. 51). Por conseguinte, tão somente se cogita a eventual coincidência entre a pessoa com deficiência e sua impossibilidade de exprimir vontade discernida, oportunidade na qual poderá ser perquirida judicialmente sua possível incapacidade relativa. Logo, conclui-se que a capacidade é a regra para tratamento

das pessoas com deficiência na revisão da Teoria das Capacidades. Assim, conclui Iara Antunes de Souza (2016, p. 399):

Verificada a falta de discernimento oriunda ou não da saúde mental, a pessoa será declarada incapaz por meio da interdição, sendo-lhe atribuído um curador. Entende-se isso mesmo após o Estatuto da Pessoa com Deficiência, considerando que a incapacidade não se vincula, como dito, à deficiência em si, mas à falta de discernimento.

Dessa forma, sobrevindo o reconhecimento eventual da incapacidade relativa da pessoa com deficiência, ela deverá ser submetida à curatela, nos termos do artigo 84, parágrafo 1º do EPD, o qual dispõe que: “Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.” (BRASIL, 2015a). E ainda, na forma da redação atual do artigo 1.767 do Código Civil (BRASIL, 2002), após alteração promovida pelo EPD. Sobre as pessoas sujeitas à curatela, observa-se no quadro 2 a seguinte mudança:

Quadro 2 - pessoas sujeitas à curatela, anterior e posterior ao EPD.

<b>CÓDIGO CIVIL DE 2002 (ANTES DO EPD)</b>	<b>CÓDIGO CIVIL DE 2002 (DEPOIS DO EPD)</b>
Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela: I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;	Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela: I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pelo EPD) II - (Revogado); III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pelo EPD) IV - (Revogado) V - os pródigos.

Fonte: elaborado pela autora com dados extraídos do Código Civil (BRASIL, 2002).

Do exposto, extrai-se uma relação de complementariedade entre o artigo 4º, inciso III e o artigo 1.767, ambos do Código Civil (BRASIL, 2002) e o artigo 87 do EPD. Desse modo, embora a deficiência não seja hipótese de incapacidade, verificada a impossibilidade da pessoa com deficiência de exprimir vontade, tem-se a possibilidade de reconhecimento da sua incapacidade relativa e, assim, uma coincidência entre o artigo 87 do EPD e artigo 1.767 do Código Civil, a fim de que lhe seja atribuída curatela, instrumento derivado do direito processual para suprir a incapacidade. Observa-se ainda que, a impossibilidade transitória de expressão de vontade não era compatível com a curatela antes do EPD.



A atribuição de curatela à pessoa com deficiência imprescindível, em todo caso, da distribuição de ação judicial de interdição<sup>138</sup>, no curso da qual será realizada avaliação biopsicossocial, por equipe multiprofissional e interdisciplinar que considerará os impedimentos experimentados pela pessoa nas funções e nas estruturas do seu corpo; os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais extraídos das suas circunstâncias; a limitação por ela experimentada no desempenho de atividades diversas e as restrições de participação que enfrenta, nos termos do artigo 2º, parágrafo primeiro do EPD.

A interdição e a curatela assumem, contudo, perspectiva promocional no Microsistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência. Assim, “[...] a interdição deve ser interpretada como reconhecimento judicial de discernimento e a curatela como cuidado. Ambos devem ser aplicados como institutos promocionais<sup>139</sup>.” (SOUZA, 2016, p. 398)

A avaliação biopsicossocial, que será realizada no curso da interdição, corresponde ao modelo de abordagem da deficiência empreendido pelo modelo social, razão pela qual decorre da premissa de que a deficiência é uma forma de opressão e segregação social que resulta da formação de uma sociedade que historicamente ignorou as pessoas com deficiência como parte da diversidade (BARIFFI, 2014, p. 31). Nesse sentido:

Deve-se, frisar, finalmente, que a avaliação da pessoa com deficiência mental ou intelectual deve ser feita através de abordagem biopsicossocial, a qual levará em consideração seu estado mental na avaliação do discernimento para a prática de determinados atos e desempenho de tarefas, mas não somente ele, pois de acordo com o paradigma social ora estabelecido, nesta avaliação devem também ser considerados fatores socioambientais, psicológicos e pessoais. (CARMINATE, 2019, p. 24).

Diante disso, realizada a avaliação biopsicossocial e consignado em laudo as conclusões periciais dela decorrentes, caberá ao juiz avaliar a necessidade da curatela da pessoa com deficiência com eventual impedimento de exprimir vontade, que aqui e doravante é entendido como falta de discernimento. A possível definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida extraordinária e que, nos termos do artigo 84 do EPD<sup>140</sup>, deve ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso.

---

<sup>138</sup> Conforme procedimento delineado pelo Código de Processo Civil entre os artigos 747 e 758 (BRASIL, 2015b).

<sup>139</sup> Por essa razão, também concorda-se com Iara Antunes de Souza (2016, p. 378) ao justificar a não substituição da expressão curatela por cuidado.

<sup>140</sup> “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. [...] § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência

Contudo, o aperfeiçoamento da avaliação biopsicossocial depende da criação de instrumentos para avaliação da deficiência por iniciativa do Poder Executivo, o que não ocorreu até o presente momento<sup>141</sup>. Não obstante, tenha sido promulgado o Decreto n. 8954 (BRASIL, 2017), que determina a criação dos referidos instrumentos a fim de que seja possível a avaliação unificada da deficiência<sup>142</sup>.

Com isso, no dia 04 de setembro de 2019, a Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência da Câmara dos Deputados, realizou uma audiência pública para debater a implantação da avaliação biopsicossocial da deficiência, para pessoas com mais de dezesseis anos. Na oportunidade, a Coordenadora-Geral da Secretaria Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, Sra. Liliane Cristina Bernardes, apontou os problemas atuais referentes a forma de realização das avaliações da deficiência no Brasil, justificando estarem em dissonância com os ditames promulgados pela CDPD e pelo EDP.

Assim, nesta audiência pública, foi apresentada pelo médico perito da Subsecretaria de Perícia Médica Federal do Ministério da Economia, Dr. José de Oliveira Costa Filho, uma proposta de avaliação da deficiência, intitulada PROBAD - Protocolo Brasileiro de Avaliação da Deficiência, sob justificativa de que essa valoriza os impedimentos da pessoa com deficiência, definindo o tipo e grau de impedimento, bem como avaliando os fatores sociais.

Essa proposta é construída sob justificativa de atuar de modo contrário ao previsto na perspectiva do IFBR-A<sup>143</sup>, instrumento técnico que está sendo desenvolvido pela Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda, em parceria com a Universidade de Brasília (UnB) (2019).

constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.” (BRASIL, 2015a)

<sup>141</sup> A presente pesquisa está sendo concluída no fim de 2019.

<sup>142</sup> “Art. 4º Compete ao Comitê do Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência e da Avaliação Unificada da Deficiência:

I - criar instrumentos para a avaliação da deficiência;

II - estabelecer diretrizes, definir estratégias e adotar medidas para subsidiar a validação técnico-científica dos instrumentos de avaliação biopsicossocial da deficiência, com base no Índice de Funcionalidade Brasileiro;

III - promover a multiprofissionalidade e a interdisciplinaridade na avaliação biopsicossocial da deficiência;

IV - articular a implantação da avaliação biopsicossocial da deficiência no âmbito da administração pública federal;

V - coordenar e monitorar a implementação dos instrumentos de avaliação biopsicossocial da deficiência em cada órgão e entidade da administração pública federal competente, consideradas as especificidades das avaliações setorialmente realizadas;

VI - disseminar informações sobre a implantação da avaliação biopsicossocial da deficiência e promover a participação das pessoas com deficiência;”

<sup>143</sup> “O IFBR-A é um instrumento técnico desenvolvido pelas duas instituições para o reconhecimento do direito constitucional da aposentadoria da pessoa com deficiência, regulamentado pela Lei Complementar 142/2013”. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/2016/08/saude-e-seguranca-instrumento-que-reconhece-direito-aposentadoria-da-pessoa-com-deficiencia-sera-validado/>> Acesso em: 20 set. 2019.

De acordo com a proposta apresentada pelo Dr. José de Oliveira Costa Filho, em seu item de número 51, destaca-se:

Servindo-se de todo o trabalho de desenvolvimento e também de toda a experiência de aplicação dos instrumentos utilizados para concessão do BPC e da Aposentadoria Especial da Pessoa com Deficiência, o Protocolo Brasileiro de Avaliação da Deficiência – PROBAD - propõe-se a aproveitar todos os pontos fortes de cada um dos instrumentos atuais, assim como evitar as fragilidades de cada um deles, na construção de uma nova avaliação mais efetiva e acurada, que determine com maior exatidão a presença ou não da deficiência nos indivíduos avaliados. (FILHO; ARGOLLO, 2019, p. 12).

Como resultado dos estudos para elaboração da PROBAD, tem-se “a evolução da metodologia de avaliação do impedimento” e a “construção de novo critério de consideração do componente fatores ambientais”, ambos sob veemente crítica ao modelo da IFBr-A, tais como, ser a avaliação do impedimento nesse imprecisa e ocorrer a não avaliação precisa dos fatores ambientais (BRASIL, 2019).

Desta forma, a proposta de novo instrumento de avaliação, se aprovada, seria realizada por meio de dois formulários, que compreenderão, respectivamente, conforme item 56 do PROBAD:

(i) O primeiro formulário será destinado à avaliação do componente funções e estruturas do corpo, referente ao impedimento, constante do conceito atual de deficiência; e também à avaliação de alguns domínios de atividades e participação; PERÍCIA MÉDICA FEDERAL (ii) o segundo formulário será destinado à avaliação também de alguns domínios de atividades e participação e do componente fatores ambientais, referente às barreiras do ambiente, que podem obstruir a participação plena e efetiva do periciando na sociedade. (FILHO; ARGOLLO, 2019, p. 12-13).

Ressalte-se que, considerando a necessidade de avaliação de quesitos concernentes a questões de saúde, o primeiro formulário seria sempre aplicado por um profissional médico perito, por ser essa atividade inerente e privativa deste profissional.

Nesta avaliação, levar-se-á em consideração a análise das funções e estruturas do corpo, para avaliação de presença de impedimento, e a data de início desse. Após essa primeira etapa, o item de n. 71 estabelece que para o resultado da avaliação, é necessário que o médico perito estabeleça a data de início do impedimento e a sua previsão de duração.

A necessidade de verificar a duração do impedimento encontra guarida na própria justificativa de caracterização da deficiência e na exigência prevista na Lei n. 12.470 de 31 de agosto de 2011 (BRASIL, 2011), que ao alterar a Lei n. 8.742 de 7 de dezembro de 1993 (BRASIL, 1993), incluiu o §10º, ao seu art. 20, para dispor que “considera-se

impedimento de longo prazo, para os fins do §2º deste artigo<sup>144</sup>, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.”

Compõe a proposta da PROBAD, 9 domínios de avaliação das atividades e participação da pessoa a ser avaliada, conforme item 85, quais sejam:

1 - domínio aprendizagem e aplicação de conhecimento; 2 - domínio tarefas e demandas gerais; 3 - domínio comunicação; 4 - domínio mobilidade; 5 - domínio cuidado pessoal; 6 - domínio vida doméstica; 7 - domínio educação, trabalho e vida econômica; 8 - domínio relações e interações interpessoais e 9 - domínio vida PERÍCIA MÉDICA FEDERAL comunitária, social e cívica, 6 farão parte do primeiro formulário e 3 farão parte do segundo formulário. (FILHO; ARGOLLO, 2019, p. 16).

Conforme supramencionado, o primeiro formulário estaria sob responsabilidade do médico perito, enquanto o segundo seria preenchido pelo assistente social. Nesse sentido, infere-se que de acordo com a proposta deste novo instrumento, ressalta ter como fundamento os pontos positivos dos instrumentos já utilizados, quais sejam, as disposições do BPC e IFBr-A, afastando os pontos negativos de cada, para ao final, renovar em questões específicas.

No entanto, após reunião do Conselho Nacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CONADE), realizada no dia 23 de outubro de 2019, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência (AMPID), por meio de sua Presidenta Maria Aparecida Gugel e de seu representante, o Conselheiro Hugo Frota, emitiu Nota Pública de Informação sobre o Instrumento de Avaliação Biopsicossocial, com diversas considerações sobre o Protocolo Brasileiro de Avaliação da Deficiência, aduzindo em apartada síntese, sua defesa pelo Índice de Funcionalidade Brasileiro (IF-Br) em estágio final de validação e a ilegitimidade do Protocolo mencionado, por estarem ausentes os critérios de legitimidade e competência legal para a sua construção.

Dentre as considerações da Nota Pública, ressalte-se o posicionamento da AMPID acerca da ilegitimidade dos médicos envolvidos na elaboração do PROBAD, bem como a sua elaboração sem ouvir as pessoas com deficiência e outras áreas e profissionais, em

---

<sup>144</sup> Dispõe o § 2º, do art. 20, da Lei mencionada: “Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015).

contrariedade com os princípios e disposições da Convenção<sup>145</sup>, bem como o Comentário Geral n. 7, publicado pelo Comitê, do qual se extrai que:

Sexto: A proposta de avaliação unificada da pessoa com deficiência, por meio do *Protocolo Brasileiro de Avaliação da Deficiência – PROBAD*, foi elaborada por peritos médicos, que representam um percentual ínfimo dos mais de 500 mil médicos brasileiros, têm atribuições específicas para as atividades de gestão governamental, de gerenciamento, de supervisão, de controle, de fiscalização e de auditoria das atividades de perícia médica, segundo a Lei nº 13.846/2019 que alterou a Lei nº 9.620/1998. Portanto, não é de sua atribuição erigir um documento da natureza da avaliação biopsicossocial que envolvem outras áreas técnicas especializadas e da sociedade civil organizada. O *Protocolo Brasileiro de Avaliação da Deficiência – BROBAD* é, portanto, ilegítimo e nasce de mãos sem atribuição para tal<sup>146</sup>. (AMPID, 2019).

O Comentário Geral n. 7, publicado pelo Comitê em 9 de novembro de 2018, considerou a perspectiva da exclusão outrora vivenciada pela pessoa com deficiência na participação na tomada de decisões que irão impactar a sua vida, razão pela qual, o slogan utilizado pelas organizações representantes das pessoas com deficiência, “nada sobre nós sem nós”, transmite a mensagem do reconhecimento da história de luta vivenciada e o reconhecimento de iguais liberdades. Nesse sentido, recorda-se que:

1. As pessoas com deficiência participaram plenamente e desempenharam um papel decisivo na negociação, desenvolvimento e elaboração da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. A realização de consultas estreitas e a colaboração ativa com as pessoas com deficiência, por meio de organizações de pessoas com deficiência e seus associados, influenciaram positivamente a qualidade da Convenção e sua relevância para essas pessoas. Eles também demonstraram a força, influência e potencial das pessoas com deficiência, o que levou a um tratado de direitos humanos sem precedentes e ao estabelecimento do modelo de deficiência baseado em direitos humanos. A participação genuína e efetiva de pessoas com deficiência, por meio das organizações que as representam, é, portanto, um dos pilares da Convenção<sup>147</sup>.

<sup>145</sup> Artigo 3. Os princípios da presente Convenção são: [...] c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; [...]; Artigo 4. 1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a: a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção; [...] d) Abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção; [...]. (BRASIL, 2009).

<sup>146</sup> Disponível em: <<http://www.ampid.org.br/v1/ampid-divulga-nota-publica-de-informacao-sobre-o-instrumento-de-avaliacao-biopsicossocial/>> Acesso em: 31 de out. 2019.

<sup>147</sup> No original: “1. Las personas con discapacidad participaron plenamente y desempeñaron un papel determinante en la negociación, la elaboración y la redacción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La celebración de consultas estrechas y la colaboración activa con las personas con discapacidad, por conducto de organizaciones de personas con discapacidad y sus asociados, influyeron positivamente en la calidad de la Convención y su pertinencia para esas personas. También demostraron la fuerza, la influencia y el potencial de las personas con discapacidad, que propiciaron un tratado de derechos humanos sin precedentes y el establecimiento del modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos.

2. A participação ativa e informada de todas as pessoas nas decisões que afetam suas vidas e direitos está alinhada com a abordagem de direitos humanos nos processos de tomada de decisão na esfera pública e garante boa governança e responsabilidade social. (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 2014, p. 1, tradução nossa<sup>148</sup>).

Até a conclusão do presente trabalho a referida proposta ainda não havia sido aprovada. Resta aguardar os possíveis novos parâmetros a serem aplicados, sem perder de vista a necessidade de uma avaliação que seja biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, assegurando a pessoa com deficiência o respeito por sua dignidade inerente e o exercício amplo de suas funcionalidades.

Nesse sentido, não se pode perder de vista que “quem determina a presença ou falta de discernimento/competência não é o Direito” (SOUZA, p. 367), uma vez que:

[...] a complexidade do tratamento da saúde mental refoge ao conhecimento jurídico. Mas o direito tem participação junto à política pública afeta à saúde mental, sendo o garantidor de Direitos Fundamentais as pessoas que necessitam de cuidado em razão da não existência de discernimento em que grau for. (SOUZA, 2016, p. 378)

Dessa forma, ressalta-se que o ponto de partida e de chegada de qualquer sentença que defina os termos e limites da curatela será a aferição do nível de expressão de vontade da pessoa para assumir a sua vida dentro das suas especificidades (ROSENVALD, 2018, p. 25), considerando o seu grau de discernimento, conforme apurado pela avaliação biopsicossocial.

Definida a curatela, ela incide tão somente sobre o exercício de atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial da pessoa sob curatela. Assim, a pessoa com deficiência, eventualmente declarada relativamente incapaz, não poderá sofrer a ingerência do seu curador no exercício do direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto<sup>149</sup>, na forma do artigo 85 do EPD<sup>150</sup>.

---

La participación genuina y efectiva de las personas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, es, pues, uno de los pilares de la Convención”.

<sup>148</sup> No original: “La participación activa e informada de todas las personas en las decisiones que afectan a sus vidas y derechos está en consonancia con el enfoque de derechos humanos en los procesos de adopción de decisiones en el ámbito público y garantiza una buena gobernanza y la responsabilidad social”.

<sup>149</sup> “Art. 85. A curatela afetarà tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.” (BRASIL, 2015a)

<sup>150</sup> O artigo 85 mencionado, teve a sua constitucionalidade declarada, em decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em recurso de apelação interposto por M.F.C.F., processo que tramitou sob o número 1.0000.17.097904-1/001, por meio da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, na condição de

No mesmo sentido, conforme o artigo 6º do EPD<sup>151</sup>, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Contudo, embora o EPD condicione a extensão proporcional da curatela às circunstâncias do caso concreto e às situações patrimoniais e negociais, em regra, remanesce a formatação desse instrumento como um substitutivo de vontade. Com efeito, com a definição da curatela tem-se a validação da vontade do curador em detrimento das vontades e preferências do curatelado, ante a anulabilidade dos negócios celebrados por esse último sem a assistência daquele<sup>152</sup>.

A incongruência desse modelo torna-se ainda mais evidente quando se admite que a pessoa com deficiência mental ou intelectual, declarada relativamente incapaz, possa contrair matrimônio expressando sua vontade por meio do seu curador, na forma do artigo 1.548 do Código Civil, com redação dada pelo EPD. A incompatibilidade dessa previsão com o Microsistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência é ressaltado por Raphael Furtado Carminate (2019, p. 123), ao argumentar que:

Ao se conferir a todas as pessoas capacidade para casar, ignorando-se as situações em que o indivíduo não reúne quaisquer condições de compreender o significado da vontade manifestada neste sentido, tende-se a se ampliar a situação de vulnerabilidade dos enfermos mentais, contrariando-se a lógica protetiva do regime das incapacidades.

---

Curadora Especial, contra sentença proferida pela 1ª Vara de Família e Sucessões da comarca de Uberaba, que, nos autos da ação de interdição ajuizada por E.C.F. e outros, julgou procedente o pedido inicial e nomeou a primeira autora/apelada como curadora, impondo-lhe as obrigações legais, encarregando-se das questões patrimoniais e negociais. A Procuradoria Geral de Justiça, pelo parecer apresentado, arguiu, preliminarmente, a inconstitucionalidade do artigo 85, caput, e parágrafo 1º e 2º da Lei 13.146/15 e art. 4º, III, do CC/02, alterado pela referida Lei. Pedido que, no entanto, não foi acolhido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (MINAS GERAIS, 2019)

<sup>151</sup> Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

<sup>152</sup> “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

- I - por incapacidade relativa do agente;” (BRASIL, 2002)

Previsão similar decorre do conteúdo dos artigos 11 e 12 do EPD<sup>153</sup> relacionados a saúde da pessoa com deficiência sob curatela, pelos quais se admite que o seu consentimento poderá ser suprido para situações de intervenção clínica, cirúrgica, tratamento ou para sua institucionalização.

Por essa razão, antes mesmo da entrada em vigor do EPD, a manutenção da curatela foi objeto de preocupação do Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015c, p. 4), conforme exarado no relatório inicial do Brasil, publicado em 4 de setembro de 2015:

O Comitê está preocupado que a legislação do Estado Parte ainda preveja a tomada substitutiva de decisão em algumas circunstâncias. Isto é contrário ao artigo 12 da Convenção, conforme explicação no Comentário Geral No. 1 do Comitê (2014) sobre igual reconhecimento perante a lei.

[...]

Também está preocupado que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência) autorize tratamentos cirúrgicos em pessoas com deficiência, sob curatela, na ausência de consentimento livre, prévio e esclarecido sobre uma base desigual em comparação com outrem.

A preocupação exarada pelo Comitê acerca da desigualdade de tratamento entre as pessoas com deficiência e as pessoas sem deficiência, notadamente, quando considerada a possibilidade de representação daquelas primeiras a fim de que seja suprida a ausência de seu consentimento livre, prévio e esclarecido<sup>154</sup> em procedimentos médicos, evidencia, simultaneamente, dois problemas, quais sejam: da representação e da extensão da curatela para questões existenciais.

O problema da representação resulta de uma probabilidade fática. Nesse sentido, recorda-se que a incapacidade relativa fundada na incapacidade de exprimir vontade era causa de incapacidade absoluta, contudo, a partir do EPD foi relacionada como causa de

<sup>153</sup> Art. 11. A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada.

Parágrafo único. O consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei.

Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.

§ 1º Em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento.” (BRASIL, 2015a).

<sup>154</sup> O consentimento livre, prévio e esclarecido é pressuposto de uma conduta médica ética. Nesse sentido, de acordo com Iara Antunes de Souza (2014, p. 22): “[...] após a devida informação pelo médico, o paciente está apto a manifestar sua autonomia por meio do consentimento à prática médica. Isso é externado pelo que se denomina termo de consentimento livre e esclarecido – TCLE”. A matéria é atualmente disciplinada pela Recomendação nº 1 de 2016 do Conselho Federal de Medicina.



incapacidade relativa. Por conseguinte, “a alteração exigirá assistência, com participação do incapaz no ato, o que pode ser inviável em termos práticos, bastando se pensar na pessoa em estado comatoso, entre outros tantos exemplos.” (NEVARES, SCHREIBER, 2016, p. 49).

Assim, subsistindo um conflito entre a norma e as circunstâncias pessoais da pessoa submetida à avaliação biopsicossocial, da qual resultem conclusões acerca da ausência do seu discernimento em grau suficientemente elevado ou a total impossibilidade de exprimir qualquer tipo de vontade ou preferência, a representação é a medida de apoio adequada à preservação dos seus interesses. Com efeito, ao considerar a impossibilidade de exprimir vontade como causa de incapacidade relativa, Iara Antunes de Souza (2018, p. 91) conjectura que:

[...] pensa-se inicialmente que não se poderia ter a figura do representante, pois não existem hipóteses previstas de incapacidade absoluta. Entretanto, considerando as críticas colacionadas e que a definição de existência ou não de discernimento e em que grau isso se dá não é uma função do Direito, mas sim da equipe multidisciplinar, e que se justifica o fato de se defender que, ainda que não exista a previsão de incapacidade absoluta, a representação será possível quando a equipe multidisciplinar concluir que a pessoa não tem discernimento ou possibilidade de sozinha exercer o ato ou exprimir sua vontade e mais, não puder ser ajudada para a consecução desse desiderato, o que entende excepcional, mas possível.

A consistência entre a incapacidade relativa e a atribuição de poderes de representação do curador, inclusive, em situações subjetivas de natureza existencial, foi também afirmada pela VIII Jornada de Direito Civil, na publicação do enunciado 637, assim ementado:

Admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade. (CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, 2018, p.11).

O enunciado expressa o segundo problema prático originado da curatela, qual seja: a impossibilidade de extensão do seu alcance para abranger atos da vida civil de natureza existenciais. A possibilidade de extensão da curatela é um problema que se aproxima do anterior, uma vez que ambos são pautados em decorrência da presunção de que todas as pessoas com deficiência têm o mesmo grau de discernimento e aptidão para o exercício de todos os atos da vida civil.

Assim, incontroverso que o EPD ignorou “os diferentes graus de incapacidade que podem acometer as pessoas e que, em determinados casos, faz-se necessária a curatela também para atos existenciais.” (ALVARENGA; TORRES; AZEVEDO, 2018, p. 141).

Sustentar a impossibilidade de curatela para situações existenciais é negar a superveniência dos influxos de proteção e promoção que se infiltram na sua estrutura a partir da CDPD.

Por conseguinte, impede-se o percurso de adequação e proporcionalidade pelo qual deve a curatela ser conduzida, a fim de que possa finalmente ser erigida como medida de apoio e cuidado à pessoa com deficiência, não obstante, sua excepcionalidade. Assim, a capacidade plena não pode ser compreendida como uma categoria independente da capacidade efetiva de exercício pela pessoa com deficiência de direitos patrimoniais, negociais ou existenciais.

Presumir a capacidade como plena e, ordenar, a partir disso um arranjo na Teoria das Capacidades que afasta a pessoa com deficiência, sem capacidade de exprimir vontade discernida, do âmbito de uma proteção proporcional às suas circunstâncias, desvela uma nova forma de segregação. Há, portanto, um lapso entre o sistema abstrato e formal que está sendo derivado do EPD e o mundo da vida, que demanda por uma completude sistemática e menos regulamentar. Análise para a qual contribui as observações de Anderson Shreiber (2016, n.p):

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

Nesse sentido, Joyceane Bezerra de Menezes (2015, p. 23) ressalta a necessidade de fixação dos limites da curatela a fim de que sejam evitados os dois extremos, quais sejam: a proteção excessiva que aniquila toda autonomia da pessoa; e a limitação da curatela somente a atos patrimoniais, uma vez que situações existenciais podem demandar a curatela como medida de proteção e salvaguarda de direitos subjetivos de personalidade.

A proporcionalidade da curatela às circunstâncias do caso concreto deve ser, portanto, o referencial para o qual converge, sem as limitações formalistas e considerada a avaliação biopsicossocial, a sentença de curatela. Com efeito:

Uma sentença de curatela poderá determinar que, para certos atos da vida, a pessoa preservará a sua autonomia; em outros, a sua vontade será somada à de um assistente, sem que, necessariamente essa distinção seja pautada pela oposição entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. Eventualmente, o grau de discernimento do indivíduo indicará a sua aptidão à autônoma prática de atos patrimoniais, sendo a

sua fragilidade psíquica justamente um fator de acentuado cuidado no trânsito existencial, espaço que demandará a atuação da pessoa do curador. (ROSEVALD, 2018, p. 25).

Assim, se por um lado o poder do curador e a extensão da curatela se tornaram questões prementes a partir da revisão da Teoria das Capacidades pelo EPD, por outro, percebe-se que não há mudança substancial no regime jurídico atribuído a curatela antes e depois do referido diploma. Inclusive, processualmente, o procedimento de interdição manteve os mesmos legitimados ativos, quais sejam: cônjuge ou companheiro; parentes ou tutores; representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando e, subsidiariamente o Ministério Público, na forma do artigo 747 do Código de Processo Civil<sup>155</sup>. A intervenção do Ministério Público, conforme outrora, encontra-se vinculada a gravidade da doença mental apresentada pelo interditando.

Com efeito, não sendo a capacidade de exprimir vontade estática, mas manifesta em graus, a curatela é insuficiente para garantir respeito aos direitos, a vontade e as preferências da pessoa com deficiência. Ademais, mantendo o regime que impõe a substituição da vontade do curatelado, não é possível garantir que é sequer apropriada para evitar o conflito de interesses e a influência indevida do curador. Por conseguinte, frustra-se o dever do Brasil de assegurar que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e adequadas a sua dignidade inerente.

Contudo, mais uma tentativa de conferir efetividade ao artigo 12 da CDPD foi empreendida a partir do EPD, com a inclusão da tomada de decisão apoiada no Código Civil de 2002. A medida, que representa uma novidade no contexto da Teoria das Capacidades, foi incluída pouco antes da promulgação do EPD, por intermédio da emenda n. 5, de autoria do deputado Eduardo Barbosa, protocolada no dia 5 de março de 2015. A estrutura geral do instituto da tomada de decisão apoiada é apresentada em sua exposição de motivos. Nesse sentido:

[...] com o objetivo primordial de respeitar a autonomia do indivíduo, a Convenção abre a oportunidade para que seja criado, no direito civil pátrio, instituto que permita à pessoa que tenha condições intelectuais, cognitivas ou psicossociais reduzidas exercer sua capacidade legal com apoio, apontando-se as salvaguardas necessárias

---

<sup>155</sup> “Art. 747. A interdição pode ser promovida:

I - pelo cônjuge ou companheiro;

II - pelos parentes ou tutores;

III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;

IV - pelo Ministério Público.

Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial.

Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave:[...]” (BRASIL, 2015b)

para evitar o abuso por parte do apoiado. Nesse contexto, a pessoa com deficiência participa do processo de decisão sobre os aspectos de sua vida cercada de proteção legal para si e para terceiros.

Para utilização do instituto da Tomada de Decisão Apoiada a pessoa com deficiência não precisa ser declarada incapaz, pois, nesse caso, não há transferência de direitos para outras pessoas. O nível de deficiência, avaliado em relação à capacidade para entender o que está sendo proposto, fazer escolhas, compreender as consequências de seu ato, dar consentimento e expressar sua decisão determinará a gradação do suporte a ser oferecido. Dessa forma, alguns precisarão de apoio apenas para grandes decisões que afetem suas vidas, enquanto outros necessitarão de apoio para decisões mais rotineiras. Além disso, para algumas pessoas, em razão de suas especificidades, poder-se-á adotar um modelo misto que possibilite, da forma mais ampla possível, o exercício de sua capacidade legal. (BARBOSA, 2015, p. 4).

A inovação foi incluída no Título IV do Livro IV da Parte Especial Código Civil (BRASIL, 2002), que passou a vigorar acrescido do seguinte Capítulo III:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo.

§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

§ 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

§ 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.

§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.

§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

Portanto, na tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência, por sua iniciativa, nomeia pelo menos duas pessoas idôneas com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua

confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Da leitura da justificativa, bem como do dispositivo transcrito, extrai-se as seguintes conclusões acerca da tomada de decisão apoiada em análise comparativa com a curatela: a) trata-se de procedimento de jurisdição voluntária; b) pode ser deferida ainda que a pessoa com deficiência não esteja impedida de manifestar vontade; c) pode ter sua extensão e alcance modulados a fim de que seja definida em caráter proporcional e apropriado às circunstâncias da pessoa; d) provê o acesso da pessoas com deficiência ao apoio informacional que necessitem no exercício de sua capacidade legal.

Diante disso, a tomada de decisão apoiada poderá ser utilizada como meio de apoio em situações que “em razão da deficiência, a pessoa não se sentir apta à tomada de certa decisão.” (SOUZA, 2016, p. 318). Logo, trata-se de “apoio casuístico, na hipótese de diminuição de discernimento para autodeterminação, que não importa em curatela.” (SOUZA, 2016, p. 321).

Por outro lado, a tomada de decisão apoiada também apresenta algumas inconsistências quando se perspectiva a realidade fática das pessoas com deficiência. Nesse sentido, por se tratar de instituto cuja definição impescinde de procedimento judicial de iniciativa da pessoa com deficiência, pressupõe-se que serão invariavelmente excluídas pessoas já sujeitas à curatela, bem como aquelas cuja capacidade de discernir ainda está aquém que seria necessária para manifestar interesse no procedimento, uma vez que depende de conhecimento técnico específico, qual seja, jurídico. Dito de outra forma, trata-se de medida de apoio cujo acesso não é amparado.

Além disso, é inconcebível que, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, o juiz, ouvido o Ministério Público, decida sobre a questão, substituindo a vontade da pessoa apoiada, na forma delineada pelo parágrafo 6º, do artigo 1.783-A.

Por fim, dentre as disposições da curatela, dispõe o EPD<sup>156</sup> que é facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. Contudo, o referido dispositivo é encerrado sem que seja disciplinada como essa alternativa seria exercida processualmente. Dessa forma, a incipiência do dispositivo o esvazia de utilidade prática.

---

<sup>156</sup> “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. [...] § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.” (BRASIL, 2015a)

As referidas razões permearam a preocupação exarada pelo Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2015c, p. 4), na elaboração do relatório inicial do Brasil, publicado em 4 de setembro de 2015, do qual extrai-se que: “[...] O Comitê também está preocupado que os procedimentos de tomada de decisão apoiada requeiram aprovação judicial e não deem primazia à autonomia, vontade e preferências das pessoas com deficiência.”.

Diante do exposto, percebe-se que a tomada de decisão apoiada padece do problema central que demarca a curatela sob o Microssistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência, qual seja: a base excessivamente formal e abstrata sobre a qual foram projetadas, a fim de que pudessem prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio necessário ao exercício de sua capacidade legal.

As instâncias de desproporcionalidade do sistema de apoio não são, contudo, suficientes para diminuir a relevância daquele Microssistema Jurídico na revisão da Teoria das Capacidades. Com efeito, a supressão da deficiência dentre as hipóteses de incapacidade relativa e absoluta, projetou a pessoa com impedimento de longo prazo de natureza mental, física, intelectual ou sensorial como igual sujeito de direito, uma vez que a causa de sua eventual incapacidade é comum àquela que pode ser experimentada pelas pessoas sem deficiência.

Dessa forma, importante que as instâncias referidas de desproporcionalidade do sistema de apoio possam ser adequadamente suprimidas, a fim de garantir que dele sejam extraídas medidas de apoio e de cuidado individualizadas e adequadas às circunstâncias particulares de cada pessoa com deficiência.

Para tanto, inicialmente esclarece-se que a primeira evidência da sua desproporcionalidade decorre do não reconhecimento da diversidade das pessoas com deficiência como elemento nuclear para estruturação de um sistema de apoio, cujas medidas sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa. Logo, tem-se um sistema de apoio tão regulamentar quanto o seu antecessor, pelo qual são estabelecidos regimes autônomos e não complementares entre a interdição e a tomada de decisão apoiada, bem como entre a assistência, a representação e o apoio.

Por conseguinte, tem-se a segunda evidência da referida desproporcionalidade. Observa-se que eventual incapacidade da pessoa com deficiência em exprimir vontade discernida para alguns atos da vida civil é corrigida pela forma do Direito Privado, por

intermédio da atribuição da curatela para todos os atos da vida civil<sup>157</sup>, inclusive, para aqueles para os quais pode remanescer algum discernimento. Há, assim, uma relação de tudo ou nada na verificação da capacidade de exprimir vontade, defere-se ou indefere-se o pedido de curatela, não existem medidas alternativas naquele procedimento, uma vez que a tomada de decisão apoiada depende de procedimento específico.

Paralelamente, confirmada a incapacidade da pessoa com deficiência e sendo lhe atribuído curador, impõe-se a limitação da sua atuação levando-se em consideração, exclusivamente, a natureza da situação jurídica para qual pretenda o exercício da capacidade da pessoa com deficiência e, paralelamente, ignora-se qualquer papel para esse cuidador na promoção de condições relativas ao exercício da capacidade da pessoa com deficiência em situações existenciais, para as quais é presumida plenamente capaz.

Isso posto, objetiva-se situar a pessoa com deficiência na confluência entre o mundo fático e a revisão da Teoria das Capacidades, a partir da correlação dos dados do Censo Demográfico de 2010<sup>158</sup>, coletados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) e reunidos pela Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, a fim de evidenciar o contraste entre a estrutura formal da Teoria das Capacidades e a pluralidade e diversidade das pessoas com deficiência.

Para tanto, serão apresentados os dados relacionados a análise comparativa entre as pessoas com deficiência e sem deficiência nos seguintes marcadores: população, educação e trabalho. Registra-se a relevância dos dados, não obstante o decurso temporal, uma vez que foram verificadas algumas tendências do Censo 2000 que se mantiveram no Censo 2010 (SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, 2012, p. 12) e, por conseguinte, possível induzir alguma continuidade no próximo Censo que se realizará em 2020.

Feita a referida ressalva, destaca-se que a metodologia empregada para a investigação das pessoas com deficiência pelo IBGE está em conformidade com a CDPD e com EPD<sup>159</sup>, nesse sentido, extrai-se da nota técnica 01/2018 publicada pelo instituto:

---

<sup>157</sup> Conforme será abordado no Capítulo 5, seção 5.1, ao serem apresentados os dados de pesquisa de iniciação científica levantados por Luana Maria Menezes, indicando a ausência de aplicação proporcional da curatela.

<sup>158</sup> O censo demográfico é realizado a cada dez anos. Trata-se da “[...] mais complexa operação estatística realizada por um país, quando são investigadas as características de toda a população e dos domicílios do território nacional.” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010)

<sup>159</sup> Registra-se que em 2018 o IBGE apresentou uma releitura desses dados segundo o critério pautado pelo grupo Washington Group on Disability Statistics – WG, a fim de garantir a comparabilidade internacional dos números. Contudo, a releitura foi ignorada no desenvolvimento dessa pesquisa, uma vez que em desconformidade com o modelo social de abordagem da deficiência. Ademais, mantida a integridade dos números anteriormente representados. Nesse sentido, registrou o IBGE (2018) que: “A presente nota técnica

O marco conceitual adotado para investigação das pessoas com deficiência no Censo Demográfico de 2010 buscou se adaptar à Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) divulgada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 2001. Dessa forma, o IBGE consolidou a compreensão da deficiência como produto da interação entre funções e estruturas corporais com limitações e barreiras sociais e ambientais, também em consonância com a concepção da Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada no âmbito das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS, 2018, p.2)

Estabelecido o marco conceitual, foram formulados os seguintes critérios, a fim de estabelecer a existência dos seguintes tipos de deficiência permanente: visual, auditiva, motora e mental ou intelectual, figura 1.

Figura 1 - quadro de perguntas sobre Pessoas com Deficiência utilizado no questionário do Censo Demográfico 2010.

DEFICIÊNCIA - PARA TODAS AS PESSOAS				
6.14 - TEM DIFICULDADE PERMANENTE DE ENXERGAR? (SE UTILIZA ÓCULOS OU LENTES DE CONTATO, FAÇA SUA AVALIAÇÃO QUANDO OS ESTIVER UTILIZANDO)				
<input type="checkbox"/> 1 - SIM, NÃO CONSEGUE DE MODO ALGUM	<input type="checkbox"/> 2 - SIM, GRANDE DIFICULDADE	<input type="checkbox"/> 3 - SIM, ALGUMA DIFICULDADE	<input type="checkbox"/> 4 - NÃO, NENHUMA DIFICULDADE	Siga 6.15
6.15 - TEM DIFICULDADE PERMANENTE DE OUVIR? (SE UTILIZA APARELHO AUDITIVO, FAÇA SUA AVALIAÇÃO QUANDO O ESTIVER UTILIZANDO)				
<input type="checkbox"/> 1 - SIM, NÃO CONSEGUE DE MODO ALGUM	<input type="checkbox"/> 2 - SIM, GRANDE DIFICULDADE	<input type="checkbox"/> 3 - SIM, ALGUMA DIFICULDADE	<input type="checkbox"/> 4 - NÃO, NENHUMA DIFICULDADE	Siga 6.16
6.16 - TEM DIFICULDADE PERMANENTE DE CAMINHAR OU SUBIR DEGRAUS? (SE UTILIZA PRÓTESE, BENGALA OU APARELHO AUXILIAR, FAÇA SUA AVALIAÇÃO QUANDO O ESTIVER UTILIZANDO)				
<input type="checkbox"/> 1 - SIM, NÃO CONSEGUE DE MODO ALGUM	<input type="checkbox"/> 2 - SIM, GRANDE DIFICULDADE	<input type="checkbox"/> 3 - SIM, ALGUMA DIFICULDADE	<input type="checkbox"/> 4 - NÃO, NENHUMA DIFICULDADE	Siga 6.17
6.17 - TEM ALGUMA DEFICIÊNCIA MENTAL/INTELLECTUAL PERMANENTE QUE LIMITE AS SUAS ATIVIDADES HABITUAIS, COMO TRABALHAR, IR À ESCOLA, BRINCAR, ETC.?				
<input type="checkbox"/> 1 - SIM,	<input type="checkbox"/> 2 - NÃO	Siga 6.18		

Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, 2010.

A partir das respostas coletadas, foram consideradas pessoas com deficiência os indivíduos que responderam ter pelo menos alguma dificuldade em uma ou mais questões. Diante disso, foi expressado o total de 45.606.048 (quarenta e cinco milhões seiscentos e seis mil e quarenta e oito) pessoas com pelo menos uma das deficiências pesquisadas, representando 23,9% (vinte e três inteiros e nove décimos por cento) da população brasileira, distribuídas da seguinte forma:

---

restringe-se ao aspecto analítico dos resultados, preservando integralmente a metodologia adotada pelo Censo Demográfico de 2010, o que se faz em acordo com as recomendações internacionais para o tema pessoas com deficiência, que estão em harmonia, inclusive, com o Estatuto das Pessoas com Deficiência, instituído pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.”



A deficiência visual apresentou a maior ocorrência, afetando 18,6% [dezoito inteiros e seis décimos por cento] da população brasileira. Em segundo lugar está a deficiência motora, ocorrendo em 7% [sete por cento] da população, seguida da deficiência auditiva, em 5,10% [cinco inteiros e dez centésimos por cento] e da deficiência mental ou intelectual, em 1,40% [um inteiro e quarenta centésimos por cento]. (SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, 2012, p.6).

Dentre os graus de variação das deficiências investigadas, verificou-se um maior grau de severidade nas seguintes proporções e grupos: “Das 45.606.048 [quarenta e cinco milhões seiscentos e seis mil e quarenta e oito] de pessoas com deficiência 1,6% [um inteiro e seis décimos por cento] são totalmente cegas, 7,6% [sete inteiros e seis décimos por cento] são totalmente surdas, 1,62% [um inteiro e sessenta e dois centésimos por cento] não conseguem se locomover.” (SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, 2012, p. 6).

Ainda sobre o contingente populacional com deficiência, merece destaque o recorte efetuado por grupos de idade: 0 a 14 anos; 15 a 64 anos; acima de 65 anos. A partir dessa abordagem, verificou-se que o maior número de pessoas com deficiência tem entre 15 e 64 anos, embora seja também relevante a flutuação desses números entre pessoas do mesmo grupo. Nesse sentido:

[...] podemos observar um forte aumento nos grupos de idade de 5 a 9 anos e de 40 a 44 anos. A partir desse último grupo, a prevalência da deficiência cresceu acentuadamente. Na faixa de 40 a 59 anos, ocorreu o maior contingente de pessoas com deficiência, cerca de 17,4 [dezesete inteiros e 4 centésimos por cento] milhões de pessoas. (SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, 2012, p.8).

Analisando o índice de maior incidência da deficiência, de todos os tipos investigados, o resultado concluiu pela sua predominância dentre a população de 65 ou mais anos. Assim, tem-se um importante alerta acerca dos possíveis efeitos do envelhecimento da população e o risco da obstrução da sua participação plena e efetiva na sociedade. Nesse sentido, tem-se que:

O segmento das pessoas com deficiência tende a ser composto por pessoas mais velhas do que o das pessoas sem deficiência, refletindo o processo de envelhecimento da população brasileira, cujo índice passou de 19,8 [dezenove inteiros e oito centésimos por cento] em 2000 para 30,7 [trinta inteiros e sete centésimos por cento] em 2010. (SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, 2012, p.8).

A partir do critério populacional de análise da pessoa com deficiência por deficiência e idade, passa-se a análise comparativa entre ela e a pessoa sem deficiência no acesso aos direitos e garantias fundamentais de educação e trabalho.

Considerando o percentual de pessoas com 15 anos ou mais, que sabiam ler e escrever pelo menos um bilhete, o Censo de 2010 identificou que o seu percentual dentre a população total foi de 90,6%, (noventa inteiros e seis décimos por cento) por outro lado, dentre as pessoas com deficiência foi de 81,7% (oitenta e um inteiros e sete décimos por cento). O número de crianças entre 6 e 14 anos que frequentavam a escola era mais próximo entre os grupos. Assim, de 96,9% (noventa e seis inteiros e nove décimos por cento) para as pessoas sem deficiência e de 95,1% (noventa e cinco inteiros e um décimo por cento) dentre aquelas com deficiência. (SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, 2012).

A maior diferença entre as pessoas sem deficiência e as pessoas com deficiência se deu na análise do nível de instrução, conforme infere-se da tabela 1, abaixo:

Tabela 1 - análise do nível de instrução entre pessoas com e sem deficiência.

	SEM INSTRUÇÃO E FUNDAMENTAL INCOMPLETO	FUNDAMENTAL COMPLETO E MÉDIO INCOMPLETO	MÉDIO COMPLETO E SUPERIOR INCOMPLETO	SUPERIOR COMPLETO	NÃO DETERMINADO
<b>P1</b>	61,1%	14,2%	17,7%	6,7%	0,4%
<b>P2</b>	38,2%	21%	29,7%	10,4%	0,7%

**P1:** População sem deficiência. | **P2:** População com deficiência.

Fonte: Elaborado pela autora com dados extraídos da Cartilha do Censo de 2010 (SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, 2012).

Por fim, tem-se a análise da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, que é promovida pela Lei 8.213 de 1991, pela reserva de vagas na forma do artigo 93<sup>160</sup> (BRASIL, 1991).

Os resultados da participação das pessoas com deficiência indicaram que dentre o número de 86,4 milhões de pessoas ocupadas em 2010, apenas 23,6% (vinte e três inteiros e

<sup>160</sup> “Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....2%;  
 II - de 201 a 500.....3%;  
 III - de 501 a 1.000.....4%;  
 IV - de 1.001 em diante. ....5%.”

seis décimos por cento) eram pessoas com deficiência. Portanto, denunciam a pouca eficácia da referida legislação. Sucessivamente, concluiu-se que das 44.073.377 (quarenta e quatro milhões setenta e três mil e trezentos e setenta e sete) pessoas com deficiência em idade ativa, 23,7 (vinte e três inteiros e 7 centésimos) milhões não estavam ocupadas. Assim, a cada duas pessoas com deficiência em idade ativa, apenas uma estava empregada. Paralelamente, a população sem deficiência empregada era de 76,4% (setenta e seis inteiros e quatro décimos por cento) (SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, 2012).

A partir dos dados apresentados percebe-se a dimensão da diversidade que expressa as 45.606.048 (quarenta e cinco milhões seiscentos e seis mil e quarenta e oito) pessoas com pelo menos uma das deficiências pesquisadas. A extensão dessa diversidade pode ser ilustrada pela constatação de que as deficiências expressadas podem ser inatas ou adquiridas e, em todo caso, apresentam variação em graus e faixa etária.

Finalmente, quando a deficiência foi contraposta ao acesso à educação e ao trabalho, verificou-se a predominância da obstrução da participação plena e efetiva das pessoas com deficiência na sociedade em igualdade de condições com as pessoas sem deficiência.

Diante do exposto, é possível reafirmar a hipótese suscitada acerca da desproporcionalidade do sistema de apoio. Notadamente, porque a sua estruturação a partir da premissa de igual capacidade legal impõe a anulação dessa diversidade que demarca as pessoas com deficiência e as diferentes formas e graus que demarcam sua expressão. Por conseguinte, a falta de articulação entre o grau de discernimento da pessoa com deficiência e as medidas de apoio e de cuidado, culminam na não efetivação de um apoio proporcional às circunstâncias do caso concreto.

Assim, se entre a presunção de incapacidade das pessoas com deficiência conservada no Código Civil de 1916; a possibilidade de sua incapacidade absoluta ou relativa no Código Civil de 2002 e a presunção predominante da sua plena capacidade civil não há ainda a derivação de um sistema protetivo integrado que reflita a justiça que cabe às pessoas com deficiência, em respeito pela sua dignidade inerente.

Porquanto, o arquétipo do sistema de apoio que emerge da ruptura da tradicional Teoria das Capacidades é também estritamente regulamentar e insuficiente para efetivação dos propósitos da CDPD, especialmente, porque não expressa medidas apropriadas para prover o seu acesso ao apoio que necessitem no exercício de sua capacidade legal, de forma proporcional e apropriado às circunstâncias singulares daquela pessoa.

Por essa razão, pretende-se no próximo Capítulo apropriar-se de uma teoria de justiça básica eticamente avaliadora de uma vida humana digna para as pessoas com deficiência, com ênfase na produção de alternativas diversas para que elas escolham o que ser e fazer na autodeterminação da própria vida, recorrendo, sempre que necessário às medidas de cuidado que promovem o desenvolvimento das suas habilidades.

Para tanto, pretende-se conciliar uma métrica para avaliação da qualidade da vida humana aos fundamentos da justiça básica extraídos da Teoria do enfoque das capacidades, a fim de abstrair dessa teoria critérios que contribuam na releitura do sistema de apoio de forma integrada e apta para suprir sua desproporcionalidade, congregando, simultaneamente, a complexidade e a diversidade que demarcam a vida das pessoas com deficiência no plano de aplicação das normas que integram o sistema de apoio e foram derivadas da Teoria das Capacidades.

#### 4 O DESENVOLVIMENTO DAS CAPACIDADES DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: FUNDAMENTOS PARA A RELEITURA DO SISTEMA DE APOIO A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DO ENFOQUE DAS CAPACIDADES DE MARTHA NUSSBAUM

A Teoria das Capacidades conforme originalmente formulada e, posteriormente, revisada pelo Direito Privado<sup>161</sup>, situa as pessoas com deficiência no limbo proveniente da mudança entre a marginalização do “Outro” e a inclusão universalizante que desconsidera a diversidade entre elas, que representavam 24% (vinte e quatro por cento) do total da população brasileira em 2010<sup>162</sup>. A capacidade de direito, a capacidade de fato e a capacidade plena são categorias jurídicas que quando associadas ao princípio jurídico-constitucional da dignidade humana carecem de substantificação, razão pela qual o conteúdo social, político e ético da capacidade ainda está em disputa<sup>163</sup>.

Assim, na perspectiva promocional da dignidade das pessoas com deficiência como medida de justiça<sup>164</sup>, é necessário pressupor que “[...] disponibilizar o cuidado quando as pessoas querem e precisam dele deve ser claramente distinguido de forçar as pessoas a uma situação na qual terão de depender dos outros, ainda que isso não seja o que querem. ” (NUSSBAUM, 2013, p. 232).

Logo, para responder qual a justiça que cabe as pessoas com deficiência na integração do sistema de apoio, a Teoria do enfoque das capacidades de Martha C. Nussbaum (2017) será pressuposta no desenvolvimento deste Capítulo. A referida teoria oferece um modelo alternativo para questões relacionadas ao desenvolvimento humano e, notadamente, questões proeminentemente complexas, que envolvem a diversidade e a pluralidade como pressupostos necessários para problematizar o que as pessoas com deficiência são realmente capazes de fazer e de ser, bem como quais oportunidades elas têm a sua disposição para fazer tudo o que são capazes.

---

<sup>161</sup> Sob a influência imediata da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que foi promulgada com status de norma constitucional, conforme apresentado no Capítulo 3.

<sup>162</sup> A afirmação leva em consideração o censo demográfico de 2010 realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE (2010), cuja análise pontual se deu no Capítulo 3.

<sup>163</sup> Com o que corrobora Thiago Henrique França (2014, p. 119) ao afirmar que: “Seja no campo teórico ou das práticas, a passagem de um paradigma normalizador para um paradigma emancipador não deve ser tida como gratuita, natural ou absoluta.”

<sup>164</sup> Tal como previsto na CDPD (2009, grifo nosso): “Os Estados Partes da presente Convenção, a) *Relembrando* os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, que reconhecem a **dignidade** e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana **como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.**”

Dessa forma, oferece uma resposta originada de uma teoria de justiça social básica que está comprometida com o respeito às faculdades de autodeterminação das pessoas. Se ocupando, especialmente, das falhas e omissões na produção de capacidades que culminam na discriminação e marginalização de grupos minoritários. Para tanto, a capacidade é reivindicada na filosofia política de Nussbaum (2013, p. 199) como um conceito representativo de um conjunto diverso e efetivo de alternativas de uma vida com dignidade, nas diferentes áreas das atividades humanas.

A leitura oferecida à capacidade pela Teoria do Enfoque das capacidades não se confunde, portanto, com aquela que lhe é atribuída pelo Direito Privado. E, paralelamente à Teoria das Capacidades, a categoria conceitual de Nussbaum também oferece diferentes espécies, quais sejam: capacidades básicas, as capacidades internas, as capacidades centrais e as capacidades combinadas, que serão apresentadas no desenvolvimento do presente Capítulo. A relação individualizada, porém, interdepende entre essas capacidades permite a identificação dos obstáculos enfrentados pela pessoa com deficiência na realização ativa de direitos e garantias fundamentais.

Diante disso, o presente Capítulo tem por objetivo delimitar como a relação entre as capacidades básicas, as capacidades internas, as capacidades centrais e as capacidades combinadas podem contribuir para uma releitura do sistema de apoio à pessoa com deficiência. Dessa relação, será extraído um arquétipo diferente de prioridades e uma maneira distinta de ordená-las que torne a pessoa com deficiência, na maior medida possível, menos suscetível às desigualdades injustificáveis originadas da Teoria das Capacidades, em decorrência da desproporcionalidade do sistema de apoio.

Para tanto, na seção 4.1, será apresentada a Teoria do enfoque das capacidades, bem como os argumentos pelos quais Nussbaum afirma sua superioridade<sup>165</sup> ante teorias rivais.

---

<sup>165</sup> A referida superioridade decorre, dentre outras razões, pelo fato da Teoria do Enfoque das capacidades ser projetada de forma consistente com os fundamentos de um Estado Democrático de Direito justo e cujo pressuposto inclui o pluralismo e a diversidade como elementos que lhe são constitutivos, assim tem-se, nas palavras de Martha Nussbaum (2013, p. 221-222) que: “as noções do humano e das capacidades humanas centrais são, portanto, avaliativas e éticas. Algumas coisas que os seres humanos podem ser e fazer (crueldade, por exemplo) não aparecem na lista. A lista é projetada para ser a base de um consenso sobreposto em uma sociedade pluralista, por isso é explicitamente não metafísica. É projetada para evitar conceitos que pertençam a uma visão metafísica ou epistemológica ampla do ser humano, tal como os conceitos de alma, ou de teologia natural, ou de verdade auto evidente. O enfoque parte de uma ideia altamente geral da realização humana e de suas possibilidades, não de uma ideia única de realização, como na teoria normativa de Aristóteles, mas, sim, de uma ideia de um espaço para diversas possibilidades de realização. A alegação que é feita pelo uso de uma única lista, então, não é de que só há um único tipo de florescimento para o ser humano, mas, sim, que o cidadãos razoáveis podem concordar que essas capacidades são pré-requisitos importantes de concepções razoáveis de florescimento humano, na medida em que levem em consideração a concepção política de pessoa como um

Posteriormente, na seção 4.2, será especificada a relação interdependente entre as capacidades, a fim de que seja apresentada a adequação entre a Teoria do Enfoque das capacidades e a pluralidade que representa as pessoas com deficiência e sua vulnerabilidade diversa. Por fim, na seção 4.3, sendo a Teoria do Enfoque das capacidades uma teoria de justiça, será indicado qual o seu papel na compreensão do atual estado da arte e na releitura de um instituto jurídico de Direito Privado, conforme se propõe no Capítulo 5, a fim de que sejam alvitradas as premissas gerais para um novo arquétipo do sistema de apoio que seja centrado na pessoa com deficiência e no respeito pela sua dignidade inerente, possibilitando que ela alcance formas alternativas de funcionamento das suas capacidades de fato.

#### **4.1 A Teoria do enfoque das capacidades de Nussbaum: uma aproximação particular entre a métrica de avaliação da qualidade de vida e a determinação da justiça social que cabe às pessoas com deficiência**

A abordagem das capacidades, a partir da Teoria do Enfoque das capacidades de Martha Nussbaum (2016), pretende questionar em cada âmbito social, político e econômico o que cada pessoa em particular é realmente capaz de fazer e de ser, considerando, inclusive, suas faculdades inatas de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, cujo impedimento de longo prazo pode afetar sua liberdade substancial para escolher e agir. Ao final, promover capacidades significará promover liberdades.

A utilização da expressão capacidades será sempre no plural a fim de enfatizar que os elementos que garantem a qualidade da vida das pessoas são plurais e qualitativamente diversos, conforme esclarece Nussbaum ao afirmar ainda que “[...] a saúde, a integridade física, a educação e outros aspectos das vidas individuais não podem ser reduzidos a uma métrica única sem distorção.” (NUSSBAUM, 2017, p. 37-38, tradução nossa<sup>166</sup>).

A Teoria do Enfoque das capacidades, ao pressupor a pluralidade e a diversidade, oferece um critério que ratifica a refutação de parte do atual sistema de apoio proveniente da Teoria das Capacidades, bem como fornece o substrato teórico necessário para sua releitura, a fim de que ele seja consistente com o propósito da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009), qual seja de “[...] proteger e assegurar o

---

animal político, tanto digno quanto necessitado; e, dessa forma, ela são boas bases para definir os direitos políticos básicos em uma sociedade justa.”

<sup>166</sup> No original: “[...] la salud, la integridade física, la educación y otros aspectos de las vidas individuales no pueden ser reducidos a una métrica única sin distorsionarse.”

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.”.

Dessa forma, para que seja apresentada a extensão e conteúdo do aporte substancial oferecido pela Teoria do Enfoque das capacidades à releitura da Teoria das Capacidades, pretende-se nesta seção uma introdução conceitual das capacidades básicas, das capacidades internas, das capacidades centrais e das capacidades combinadas, bem como dos seus corolários. Sucessivamente, serão apresentadas as objeções formuladas por Nussbaum as teorias contratualistas e utilitarista, bem como aos modelos econômicos de avaliação da qualidade de vida e ao modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen, do qual mais se aproxima, a fim de testar sua superioridade diante dessas alternativas.

A Teoria do Teoria do enfoque das capacidades, de Martha Nussbaum, origina-se de uma ideia de pessoa e de vulnerabilidade, cuja inspiração remonta ao pensamento político e ético de Aristóteles<sup>167</sup> (NUSSBAUM, 2017, p. 151-158; CASTRO, 2012). Aristóteles priorizava as possibilidades de escolha das pessoas e, por essa razão, afirmava que os governos deveriam considerar em seus objetivos o que os seres humanos precisam para uma vida livre e próspera, identificando diferentes níveis de capacidade que serviram de base teórica para as distinções entre as capacidades formuladas por Nussbaum<sup>168</sup>. Com efeito:

Aristóteles, como compreendia bem a vulnerabilidade humana, era consciente de que o Estado está obrigado a abordar questões como a pureza de um sistema de fornecimento de água potável ou de qualidade do ar, assim como a educação. A vulnerabilidade não se pode suprimir por completo, isso é evidente, porém Aristóteles coloca especial ênfase em como algumas cidades compensavam melhor a debilidade humana que outras. Ele apoia, dentre outras coisas, que os governos se encarreguem da provisão da nutrição por meio de comidas comunitárias que promoveriam a camaradagem e amizade e, ao mesmo tempo, a saúde. (NUSSBAUM, 2017, p. 154).

A extensão da influência do pensamento aristotélico na Teoria do Enfoque das capacidades pode ser inferida da sua síntese oferecida por Nussbaum (2017, p. 38, tradução nossa<sup>169</sup>) ao destacar que:

---

<sup>167</sup> Sem deixar de reconhecer, contudo, suas limitações graves em virtude do critério restritivo que utiliza para definir quem poderia participar das funções de cidadão, o que culminava na sua dependência de uma noção da igualdade humana que se colocasse além das diferenças de gênero, classe e etnia. (NUSSBAUM, 2017, p. 154)

<sup>168</sup> Conforme a interpretação que está sendo conferida por Nussbaum (2017, p. 151-158) ao seu pensamento ético e político.

<sup>169</sup> No original: “Es decididamente pluralista en cuanto a valores: sostiene que las capacidades que tienen una importancia central para las personas se diferencian cualitativamente entre sí y no sólo cuantitativamente, que no pueden reducirse a una sola escala numérica sin ser distorsionadas; y que una parte fundamental de su adecuada comprensión y producción pasa por entender la naturaleza específica de cada una de ellas. Por último, el enfoque se ocupa de la injusticia y la desigualdades sociales arraigadas, y, em especial, de aquellas fallas u



É pluralista enquanto a valores: asseguram que as capacidades que tenham uma importância central para as pessoas se diferenciam qualitativamente entre si e não quantitativamente, que não podem reduzir-se a escalas numéricas; e que uma parte fundamental de sua adequada compreensão e produção passa por entender a natureza específica de cada uma delas. Por último, o enfoque se ocupa das injustiças e desigualdades sociais arraigadas, em especial, a aquelas de falhas ou omissões de capacidades que obedecem a presença de discriminação e marginalização. Atribuí uma tarefa urgente ao estado e as políticas públicas: concretamente, a de melhorar a qualidade de vida para todas as pessoas, uma qualidade de vida definida pelas capacidades destas.

Assim, a Teoria do enfoque das capacidades define-se como “[...] uma aproximação particular para a evolução da qualidade de vida e para a teorização sobre a justiça social básica.” (NUSSBAUM, 2017, p. 38). Trata-se de uma teoria comprometida com o respeito as faculdades de autodeterminação das pessoas e com os elementos plurais e diversos que constituem a métrica para aferição da qualidade da vida delas (NUSSBAUM, 2017, p. 38).

Para revelar as complexidades daqueles elementos, Nussbaum apresenta a Teoria do enfoque das capacidades. Ademais, a referida teoria tem também o objetivo de oferecer um parâmetro para a comparação de questões relacionadas a igualdade entre as pessoas. Assim, na polarização do debate da igualdade, no qual se contrapõem os defensores da maximização do bem-estar (ou satisfação) e os da maximização dos recursos, as capacidades proporcionam um novo índice de referência ao direito especialmente relevante para as pessoas com deficiência, qual seja, de igualdade (NUSSBAUM, 2017, p. 91)

As capacidades são as “[...] respostas a pergunta: o que essa pessoa é capaz de fazer e ser?” (NUSSBAUM, 2017, p. 40, tradução nossa<sup>170</sup>). Portanto, representam o conjunto de alternativas e oportunidades que as pessoas têm para escolher e agir, considerando suas faculdades inatas e seu entorno político, social e econômico. Logo:

Não são simples habilidades residentes no interior de uma pessoa, mas também incluem as liberdades ou oportunidades criadas pela combinação entre essas faculdades pessoais e o ambiente político, social e econômico. Para esclarecer a complexidade das capacidades, me refiro a essas "liberdades substanciais" com o nome de capacidades combinadas. (NUSSBAUM, 2017, p. 40, tradução nossa<sup>171</sup>).

---

omisiones de capacidades que obedecen a la presencia de discriminación o marginación. Asigna una tarea urgente al Estado y a las políticas públicas: concretamente, lade mejorar la calidad de vida para todas las personas, una calidad de vida definida por las capacidades de estas”.

<sup>170</sup> No original: “Son las respuestas a la pregunta: qué es capaz de hacer y de ser esta persona?”

<sup>171</sup> No original: “No son simples habilidades residentes en el interior de una persona, sino que incluyen también las liberdades o las oportunidades creadas por la combinación entre esas facultates personales y el entorno político, social y económico. Pra dejar clara la complejidad de las capacidades, yo me refiero a estas <<liberdades substanciales>> con el nombre de capacidades combinadas.”

A Teoria do Enfoque das capacidades pressupõe que cada pessoa é um fim em si mesma e compromete-se com as possibilidades efetivas de autodeterminação dessas pessoas. Para tanto, dada a complexidade e pluralidade de fatores que podem influenciar a sua liberdade de escolher e agir, apresenta quatro espécies de capacidade que se relacionam de forma interdependente e comprometida com as faculdades de autodeterminação das pessoas, quais sejam: capacidades básicas, das capacidades internas, das capacidades centrais e das capacidades combinadas.

As capacidades básicas representam as faculdades inatas das pessoas, sejam elas físicas, mentais, intelectuais, cognitivas ou sensoriais. Das habilidades aperfeiçoadas e desenvolvidas a partir daquelas faculdades, em interação com o entorno social, econômico, familiar e político, dar-se-á o nome de capacidades internas. As capacidades centrais são o mínimo exigível para uma vida humana digna e que constituem uma lista aberta de dez capacidades que incluem, exemplificativamente, desde viver uma vida que valha a pena ser vivida até o direito de poder participar ativamente da atividade política e laboral. Por fim, as capacidades combinadas representam uma relação imediata entre essas três primeiras. A relação entre as capacidades básicas e as capacidades internas informa as alternativas diversas de ser e constituir-se, acessíveis as pessoas humanas e, por fim, a relação entre essas duas e as capacidades centrais, é formatada por essa última que informa o que as pessoas podem fazer. As capacidades combinadas são, portanto, a representação do que alguém pode concretamente ser e fazer no seu entorno político, social e econômico (NUSSBAUM, 2017, p. 37-65).

É possível dizer, portanto, que na concepção de capacidades combinadas está sendo pressuposto que:

[...] o desenvolvimento de uma pessoa só é possível se ela tiver liberdade para escolher como viver, e mais, se ela dispuser de condições que lhe permitam desenvolver plenamente suas capacidades para ser e fazer o melhor que puder para dar forma à sua própria vida. Essa ideia de desenvolvimento pessoal equipara-se ao do dever da sociedade de, ao menos, remover as barreiras que impedem ou diminuem as suas possibilidades de escolha. (STRAPAZZON; RENCK, 2014, p. 161).

A noção de capacidades apresentada por Nussbaum tem um corolário imediato, qual seja a ideia de funcionalidade. As funcionalidades traduzem a forma de ser e de agir da pessoa humana. Assim, as capacidades são uma cara da moeda, a outra é o funcionamento, que se traduz na realização ativa de uma ou mais capacidades (NUSSBAUM, 2017, p. 44). Interpretação para a qual contribui Belmonte (2011, p. 33) ao afirmar que “[...] enquanto a

base informacional dos funcionamentos é "as coisas que uma pessoa faz", a base das capacidades é "as coisas que uma pessoa é livre para fazer."

Diante disso, a Teoria do enfoque das capacidades oferece uma base para a teoria política normativa que tem o objetivo de orientar o debate sobre o desenvolvimento humano e políticas correspondentes, a fim de conformar intervenções relevantes que demonstrem respeito pela dignidade inerente de todas as pessoas e possam efetivamente emancipá-las, sobretudo, quando em perspectiva as pessoas com deficiência.

Por essa razão, também se apresenta como uma alternativa superior às teorias contratualistas, ao utilitarismo e aos modelos econômicos de avaliação da qualidade de vida. Além disso, se afasta do modelo de desenvolvimento humano proposto por Amartya Sen pelo seu escopo econômico e abandono teórico do conceito de dignidade humana para avaliação integral da qualidade de vida dos indivíduos em uma sociedade.

As teorias do contrato social têm como percussores contemporâneos John Rawls, Robert Nozick e Norberto Bobbio (MERQUIOR, 2011, p. 244), contudo, em decorrência da relevância e impacto da obra de John Rawls, "Uma Teoria da Justiça", publicada em 1971, as críticas de Nussbaum são mais diretamente endereçadas a Rawls e ao seu contratualismo de inspirações fortemente kantianas (NUSSBAUM, 2013, p. 133).

Para apresentar a força de sua objeção, Nussbaum retoma a argumentação de Rawls (2016, p. 21) acerca da posição original, situação hipotética que representa o "*status quo* inicial apropriado para garantir que os acordos fundamentais nele alcançados sejam equitativos" e na qual as pessoas estão sujeitas ao véu da ignorância, conceito que expressa a restrição de informações<sup>172</sup> experimentadas pelas partes na posição original, no momento que escolhem os princípios de justiça (RAWLS, 2016, p. 23). A partir disso, os princípios decorrentes desse procedimento de escolha serão justos por definição.

Ao analisar a natureza das partes que estão sendo pressupostas na posição original, infere-se que elas são pessoas racionais, livres e iguais, com algumas habilidades naturais, inteligência, força e membros plenamente cooperativos de uma sociedade (RAWLS, 2016, p. 13-26).

Diante disso, Nussbaum (2013, p. 136) afirma que Rawls deliberadamente exclui as pessoas com deficiência da situação política de escolha dos princípios de justiça, uma vez que reconhece a incompatibilidade de sua idealização e a impossibilidade temporária ou

---

<sup>172</sup> As informações que são restringidas incluem o conhecimento de contingências que poderiam gerar discórdia e divergências entre as partes na discussão dos princípios de justiça. (RAWLS, 2016, p. 23)

permanente delas não serem membros plenamente cooperativos, o que constitui uma falha grave em sua teoria, uma vez que:

Para muitas pessoas com deficiências e impedimentos, mas totalmente capazes de participar da escolha política, sua exclusão da situação de escolha básica de imediato pareceria um defeito, do ponto de vista da justiça. Elas não estão sendo tratadas como completamente iguais aos outros cidadãos; suas vozes não estão sendo ouvidas quando os princípios básicos são escolhidos. Tais problemas parecem ainda mais graves quando reconhecemos que são sociais muitos dos fatores que algumas vezes excluem da participação na escolha política as pessoas com deficiência, e estão longe de ser inevitáveis. Assim, não há, por princípio, razão pela qual essas pessoas não poderiam ser incluídas em uma situação de escolha que não deve assumir nenhuma estrutura particular de instituições sociais. (NUSSBAUM, 2013, p. 20).

Não obstante, Rawls declaradamente<sup>173</sup> prorroga a solução desse problema para a fase posterior a escolha dos princípios de justiça em sua teoria. Ocorre que:

Esse adiamento é decisivo para a sua teoria política da justiça distributiva; pois, na sua explicação dos bens primários, introduzida, da forma que é, como uma explicação acerca das necessidades dos cidadãos caracterizados pelas duas faculdades morais pela capacidade de serem “plenamente cooperativos”, não há lugar para medidas sociais incomuns, necessários a fim de conseguirmos a maior integração possível das pessoas com impedimentos físicos e mentais. Proeminentemente entre esses arranjos sociais está o tipo de assistência em épocas de dependência fora do comum. Mas outras questões centrais também são afetadas, pois nessa teoria o entendimento da liberdade, da oportunidade e da base social do autorrespeito estão, todos, vinculados às necessidades do cidadão “plenamente cooperativo”. (NUSSBAUM, 2013, p. 136).

Assim, é possível indicar três razões estruturais para sustentar a objeção de Martha Nussbaum a Rawls, em decorrência da sua acusação de que a teoria Rawlsiana estaria excluindo de maneira irreconciliável as pessoas com deficiência. A primeira se refere ao fato de que as partes na posição original são idealizadas como livres e iguais, logo, distancia-se de uma vida real, uma vez que as pessoas podem apresentar necessidades diversas que as colocam em posição de dependência assimétrica por um curto período de tempo ou permanentemente. Dessa forma, Martha Nussbaum (2013, p. 106) enfatiza que:

Os seres humanos começam a vida como bebês necessitados, crescem lentamente, precisando de cuidados enquanto crescem. Na plenitude de suas vidas possuem as necessidades “normais” as quais o modelo do contrato social incorpora de modo

---

<sup>173</sup> Nesse sentido, ao expor a concepção de pessoa que está sendo pressuposta em sua teoria, no Liberalismo Político, Rawls (2000, p. 63) afirma que: “[...] dado o nosso objetivo, deixo de lado, por enquanto, essas incapacitações temporárias e também permanentes, assim como as doenças mentais graves a ponto de impedir as pessoas de serem membros cooperativos da sociedade no sentido habitual. Assim, embora comecemos com uma ideia de pessoa implícita na cultura política pública, idealizamos e simplificamos essa ideia de várias maneiras, a fim de nos concentrarmos primeiro na questão mais importante”.

característico, mas eles também podem ter outras necessidades, provenientes de acidentes ou doenças que os põe em uma posição de dependência assimétrica por um período curto ou longo. Se vivem até uma idade avançada, necessitam de novo de uma grande quantidade de cuidado, e provavelmente sofrem de deficiências tanto físicas, quanto mentais, ou ambas. Além disso, muitos seres humanos são atipicamente deficientes ao longo de todas as suas vidas. Apesar de, em algumas espécies, impedimentos tais como cegueira, surdez, paralisia e danos cognitivos graves provavelmente condenarem a criatura a uma vida curta e miserável, com a espécie humana isso não é assim, ou pelo menos não precisaria ser assim. Um dividendo do considerável controle de nossa espécie sobre seu ambiente é a habilidade de construir ambientes que permitam àqueles membros da espécie participar na vida social.

Ao pressupor a pluralidade e diversidade na concepção de pessoa que está implícita na Teoria do Enfoque das capacidades, Nussbaum (2013, p. 107) afasta-se desse problema. Por isso, conclui que:

As pessoas variam enormemente com relação a suas necessidades de recursos e cuidado, e a mesma pessoa pode ter diversas necessidades dependendo do seu momento de vida. A habilidade do Teoria do enfoque das capacidades em reconhecer essa diversidade foi um de seus pontos fortes que inicialmente o recomendaram diante de outras abordagens.

A segunda razão decorre que as partes são motivadas na posição original, para a escolha dos princípios de justiça, pelo interesse nas vantagens mútuas da cooperação social. Por outro lado, a Teoria do Enfoque das capacidades sustentará que, “mesmo onde a não cooperação é possível e até mesmo habitual (porque a dominação é mais fácil), a justiça continua sendo um bem para todos.” (NUSSBAUM, 2013, p. 108).

Por fim, sua objeção concentra-se na motivação das partes na posição original que, sob a influência do véu da ignorância, carecem de sentimento de benevolência e amor intrínseco pela justiça. As partes no contrato social são consideradas independentes de outros indivíduos, tendo por consequência, o desinteresse uns dos outros e com suas próprias concepções de bem individuais (NUSSABAUM, 2013, p. 35-42). Diante disso, tem-se a exclusão da ideia de que o bem dos outros, membros plenamente cooperativos ou não da sociedade, deve ser uma parte importante dos objetivos de todos. Em contrapartida:

O Teoria do enfoque das capacidades pode incluir sentimentos de benevolência desde o começo em sua explicação da relação das pessoas com os seus bens. Isso é assim porque sua concepção política de pessoa inclui a ideia de uma sociabilidade fundamental e dos fins das pessoas como incluindo fins compartilhados. (NUSSBAUM, 2013, p. 110).

Ao desenvolver estes três problemas, aos quais Nussbaum se referiu como “fronteiras da justiça”<sup>174</sup>, ela insiste que a exclusão das pessoas com deficiência na formulação das teorias do contrato social, implicará, invariavelmente, na sua marginalização dentre os destinatários dos princípios pactuados<sup>175</sup>. Suas necessidades, concepções e vontades não influenciam as escolhas firmadas, portanto, questões de justiça social pertinentes, como assistência e inclusão social, ficam fora do âmbito de discussão (NUSSBAUM, 2013, p. 18-22; 34-35;79-80).

A exclusão das pessoas com deficiência das teorias tradicionais e contemporâneas do contrato social guardam relação com a sua exclusão social que predominou na maioria das sociedades modernas. Por conseguinte, sofriam os efeitos da marginalização política, do estigma e da falta de acesso à educação, uma vez que “elas eram escondidas em instituições ou abandonadas à morte, por negligência, jamais foram consideradas parte do universo público.” (NUSSBAUM, 2013, p. 19).

Pelo exposto, conclui-se que a Teoria do enfoque das capacidades de Nussbaum é uma alternativa superior a teoria de justiça de John Rawls. Sucintamente, porque essa última exclui a efetiva participação das pessoas com deficiência na formulação dos princípios de justiça, comprometendo o resultado de suas capacidades combinadas.

Sucessivamente, tem-se a contraposição da Teoria do Enfoque das capacidades ao utilitarismo e, especialmente, a métrica adotada por essa teoria para indicação da qualidade de vida de uma nação a partir do critério de utilidade (NUSSBAUM, 2017, p. 72). O utilitarismo endossa a noção, segundo a qual “[...] o prazer é a única coisa boa, e a dor é a única coisa má, e devemos maximizar o prazer e minimizar a dor.” (MADEIRA, 2006, XIX). A utilidade impõe-se como parâmetro, dessa forma:

---

<sup>174</sup> Martha Nussbaum afirma que “[...] o próprio Rawls reconheceu que os três problemas que acabei de descrever são problemas especialmente difíceis de serem solucionados por sua teoria contratualista [...]” (NUSSBAUM, 2013, p. 4). No entanto, a autora também deixou claro que sua concepção de justiça social, não pretende substituir o projeto de Rawls, e sim que seu projeto possa acrescentá-lo.

<sup>175</sup> Acrescente-se o fato de que a principal diferença entre a Teoria do enfoque das capacidades e o contratualismo rawlsiano se concentra em suas estruturas teóricas básicas. A teoria rawlsiana é uma abordagem procedimental, por iniciar determinando um procedimento modelador de características de equidade e imparcialidade para gerar um resultado propriamente justo. Já a teoria do enfoque das capacidades é uma concepção de justiça orientada para o resultado, ao identificar primeiro um resultado adequado e posteriormente projetar um procedimento que resulte neste resultado almejado. Objetiva-se assim, contemplar problemas e situações nas quais as questões de justiça não são visualizadas pela visão procedimentalista (NUSSBAUM, 2013, p. 98). Ademais, a teoria do enfoque das capacidades enfatiza uma pluralidade de fins, todos qualitativamente distintos, a partir da percepção de que uma vida com dignidade humana é composta de elementos plurais (NUSSBAUM, 2013, p. 102).

[...] não somente no que tange à ação individual, mas também à ação governamental. Não é outra a atribuição de primeira ordem do Estado, portanto, senão a garantia de se chegar a um "ponto ótimo" relativo ao somatório das utilidades individuais, das quais a felicidade – saldo da subtração das dores aos prazeres – constitui a métrica. (CORREA, 2012, p. 176).

A partir da referida métrica, tem-se que:

A ideia principal é que a sociedade está ordenada de forma correta e, portanto, justa, quando suas principais instituições estão organizadas de modo a alcançar o maior saldo líquido de satisfação, calculado com base na satisfação de todos os indivíduos que a ela pertencem. (RAWLS, 2016, p. 27).

A satisfação ou prazer que indicaria a qualidade de vida, segundo o utilitarismo, reflete o estado ou condição da pessoa que é resultado de uma métrica aritmética, pela qual dos prazeres são subtraídas as dores. Assim, para Nussbaum, a referida teoria apresenta quatro problemas que revelam seu caráter pouco democrático. O primeiro deles decorre do fato de que o critério da utilidade pode ser considerado elevado, ainda que algumas pessoas estejam sofrendo consideravelmente. O segundo problema incide no fato de que o utilitarismo agrega os diversos elementos que compõem a vida humana em um único conceito, qual seja o de prazer ou satisfação, pelo qual ela é verificada em uma escala de tudo ou nada, não comportando as variáveis e complexidades que envolvem a vida humana. A terceira, reside no fato de que a satisfação de preferências como objetivo social do utilitarismo pode reforçar *status quo* que sejam injustos. Por fim, o enfoque utilitarista não prioriza a liberdade, considerando-a como mero meio para obtenção da satisfação (NUSSBAUM, 2017, p. 67-77).

A acusação de Nussbaum acerca do papel secundário atribuído pelo utilitarismo à liberdade, pode ser confirmada pela afirmação de Mill (2016, p. 41)<sup>176</sup>, para o qual o critério da utilidade estaria baseado nos interesses permanentes das pessoas enquanto seres humanos em constante desenvolvimento e, portanto, “[...] esses interesses legitimam a subordinação da espontaneidade individual ao controle externo [...]”.

Diante disso, Nussbaum (2013, p. 89) considera que:

Pensar sobre esses defeitos da abordagem utilitarista do desenvolvimento nos empurra, então, na direção de uma explicação substantiva de certas habilidades centrais de certas oportunidades, incluindo proeminentemente oportunidades de escolha e de atividade, como o espaço relevante dentro do qual podemos fazer comparações sobre a qualidade de vida entre sociedades e como um critério relevante a ser usado para investigar se dada sociedade fornece um nível mínimo de justiça a seus cidadãos. Nossa crítica sugere que uma lista desse tipo conterà uma

---

<sup>176</sup> John Stuart Mill, ao lado de Jeremy Bentham e James Mill é considerado um dos principais expoentes do utilitarismo (CORREA, 2012, p. 173).

pluralidade de itens distintos e que não os tratará simplesmente como oferecedores de diferentes quantidades de um único bem homogêneo. Tampouco a avaliação se concentrará somente em como as pessoas se sentem sobre suas relações com esses bens, mas perguntará, também, o que elas de fato são capazes de fazer e de ser.

Por considerar o status de possibilidade de cada pessoa em sua diversidade, Nussbaum não apenas prioriza a liberdade individual<sup>177</sup>, como também apresenta “[...] uma concepção de liberdade flexível e diversificada que estima a capacidade de liberdade de cidadãos com impedimento mentais, rejeitando as concepções políticas de pessoa fundadas em uma racionalidade idealizada.” (NUSSBAUM, 2013, p. 267).

As objeções pressionadas por Nussbaum em desfavor do utilitarismo derivam, portanto, da sua métrica e da associação à qualidade de vida ao nível de satisfação ou prazer de uma nação. Sobretudo, porque considera que não é apenas o nível de satisfação que interessa para compreender a pessoa humana, uma vez que interessa saber o que são elas de fato capazes de fazer ou de ser (NUSSBAUM, 2013, p. 88), conforme se compromete a Teoria do Enfoque das capacidades, confirmando sua superioridade no que tange às pessoas com deficiência.

Sucessivamente, a teoria também pretende apresentar-se como alternativa ao modelo de avaliação da qualidade de vida dos indivíduos que prevaleceu na economia do desenvolvimento entre as décadas de 80 e 90, qual seja, modelos de análise que se restringem a realizar essa avaliação a partir do conceito de Produto Interno Bruto (PIB)<sup>178</sup> *per capita*. Para Nussbaum (2017, p. 68), tais modelos assimilam a ideia do aumento da qualidade de vida ao crescimento do PIB, assim:

Ele não dá importância à distribuição, e pode avaliar positivamente países ou estados em que os níveis de desigualdade são alarmantes. É o que ocorre com a educação: dada a natureza da economia da informação, os países podem aumentar o seu PIB sem se preocupar muito com o acesso à educação, desde que criem uma elite tecnológica e empresarial competente. (NUSSBAUM, 2015, p. 20).

---

<sup>177</sup> A defesa da liberdade não é, também, absoluta. Com efeito, Nussbaum ressalta algumas liberdades que não considera importantes, como, por exemplo, a liberdade de uma pessoa de classe média alta fazer grandes contribuições para campanhas eleitorais, considerada pela autora como extremamente prejudicial e merecedora de regulação por lei (NUSSBAUM, 2013, p. 267).

<sup>178</sup> “O PIB é a soma de todos os bens e serviços finais produzidos por um país, estado ou cidade, geralmente em um ano. Todos os países calculam o seu PIB nas suas respectivas moedas. [...] O PIB é, contudo, apenas um indicador síntese de uma economia. Ele ajuda a compreender um país, mas não expressa importantes fatores, como distribuição de renda, qualidade de vida, educação e saúde. Um país tanto pode ter um PIB pequeno e ostentar um altíssimo padrão de vida, como registrar um PIB alto e apresentar um padrão de vida relativamente baixo”. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>>. Acesso em: 10 set. 2019.



Para exemplificar os efeitos dessa conclusão, observa-se que em 2010 o PIB brasileiro foi considerado o maior desde 1986<sup>179</sup> e, paralelamente, no mesmo ano, o Censo Demográfico elaborado pelo IBGE evidenciou a desigualdade extrema entre as pessoas com deficiência, ilustrada, dentre outros itens de avaliação, pela educação e taxa de ocupação delas no mercado de trabalho.

A taxa de escolarização, que indica a percentagem dos estudantes de um grupo etário em relação ao total de pessoas do mesmo grupo etário, observou-se que das crianças com pelo menos uma deficiência foi de 95,1% (noventa e cinco inteiros e um décimos por cento), média de dois pontos percentuais menor do que a taxa de escolarização das crianças sem nenhuma deficiência. A taxa de alfabetização, que mede o percentual de pessoas que sabe ler e escrever, indicou que a alfabetização da população total, a partir de 15 anos, era de 90,6% (noventa inteiros e seis décimos por cento), sendo que, para a população da mesma faixa etária, com pelo menos uma deficiência, essa taxa era de 81,7% (oitenta e um inteiros e sete décimos por cento) (IBGE, 2010). A análise geral do nível de instrução, que mede a proporção de pessoas de 15 anos ou mais de idade que atingiram alguns anos de estudo, concluiu que:

Enquanto 61,1% [ sessenta e um inteiros e um décimo por cento] da população de 15 anos ou mais de idade com deficiência não tinha instrução ou possuía apenas o fundamental incompleto, esse percentual era de 38,2% [ trinta e dois inteiros e dois décimos por cento] para as pessoas de 15 anos ou mais que declararam não ter nenhuma das deficiências investigadas, representando uma diferença de 22,9 (vinte de dois inteiros e nove décimos] pontos percentuais. A segunda maior diferença em pontos percentuais foi observada para o ensino médio completo e o superior incompleto, onde o percentual de população de 15 anos ou mais com deficiência foi de 17,7% [dezessete inteiros e sete décimos por cento] contra 29,7% [ vinte e nove inteiros e sete décimos por cento] para as pessoas sem deficiência. Observou-se ainda que a menor diferença estava no ensino superior completo: 6,7% [ seis inteiros e sete décimos por cento] para a população de 15 anos ou mais com deficiência e 10,4% [dez inteiros e quatro décimos por cento] para a população sem deficiência. (IBGE, 2010, p. 82).

Além disso, das 44.073.377 (quarenta e quatro milhões setenta e três mil trezentos e setenta e sete) pessoas com deficiência em idade ativa em 2010, 23,7 milhões não estavam inseridas no mercado de trabalho. Todos os dados apresentados sofrem variação quando realizado recorte por deficiência, gênero, raça e por região do país (IBGE, 2010). Pelo exposto, é irrealista pensar que o crescimento do PIB brasileiro em 2010 representou um aumento na qualidade de vida da população e, especialmente, das pessoas com deficiência.

---

<sup>179</sup> Conforme demonstram os indicadores do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (2010) que publicitam os dados trimestrais das contas nacionais trimestrais.

Uma crítica similar é formulada por Amartya Sen (1993, p. 1-2) ao comparar o PIB *per capita* de seis países e as respectivas esperanças de vida no momento do nascimento, evidenciando que: “A África do Sul, que dispõe de um PIB per capita cinco ou seis vezes maior que os do Sri Lanka ou da China, tem uma esperança de vida muito menor, e a mesma observação aplica-se, de maneiras diversas, ao Brasil, México, Oman e a vários outros países não incluídos na tabela.”.

O enfoque do PIB não apenas não reconhece a informação sobre a qualidade de vida das pessoas, como tampouco analisa fatores que podem impor ou contribuir para a marginalização e privação (NUSSBAUM, 2017, p. 70), das quais são vítimas as pessoas com deficiência, sobretudo, quando não têm acesso à educação e ao mercado de trabalho. Por outro lado, ao pressupor a pluralidade como elemento necessário a compreensão das injustiças e desigualdades sociais arraigadas, a Teoria do Teoria do enfoque das capacidades não padece dessa limitação.

Sen<sup>180</sup> também apresenta uma alternativa teórica, pautada na noção de capacidade, que é pressionada contra o contratualismo de Rawls, ao utilitarismo e ao modelo econômico para avaliação do padrão de vida das pessoas. E, assim como Nussbaum, Sen<sup>181</sup> (2009, p. 287) considera que “a renda ou a riqueza é uma forma inadequada de julgar a vantagem [...] uma pessoa rica com alguma deficiência pode estar sujeita a muitas restrições às quais a pessoa mais pobre sem a desvantagem física pode não estar.”.

Nesse sentido, em correlação a capacidade, liberdade e oportunidades, Sen (2018, p. 266) afirma que:

Com relação às oportunidades, a vantagem de uma pessoa é considerada menor que a de outra se ela tem menos capacidade – menos oportunidade real – para realizar as coisas que tem razão para valorizar. O foco aqui é a liberdade que uma pessoa realmente tem para fazer isso ou ser aquilo – coisas que ela pode valorizar fazer ou ser. Obviamente, é muito importante para nós sermos capazes de realizar as coisas que mais valorizamos. Mas a ideia de liberdade também diz respeito a sermos livres para determinar o que queremos, o que valorizamos e, em última instância, o que decidimos escolher. O conceito de capacidade está, portanto, ligado intimamente com o aspecto de oportunidade da liberdade, visto com relação a oportunidades “abrangentes”, e não apenas se concentrando no que acontece na “culminação”.

---

<sup>180</sup> Não constitui objetivo deste trabalho dissertar sobre a abordagem das capacidades a partir da teoria desenvolvida por Amartya Sen, razão pela qual, limita-se a descrição apenas de perspectivas que interessam ao diálogo realizado com Martha Nussbaum.

<sup>181</sup> Cronologicamente, contudo, ressalta-se que os primeiros escritos de Sen relacionados a uma ideia de capacidade antecedem os de Nussbaum e datam de 1980, conforme levantamento realizado por Tiago Mendonça dos Santos (1980, p. 24), período no qual Sen já se dedicava a sua crítica de que a justiça não poderia ser indiferente às vidas que as pessoas realmente poderiam viver.

A crença na insuficiência do PIB como critério de validação do desenvolvimento humano levou Sen a reformular, junto com o economista paquistanês Mahbub ul Haq, uma nova métrica, em 1990, denominada Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) que, além de fatores econômicos, conjugou fatores sociais baseados na educação e saúde. Pelos seus estudos relacionados a essa economia do bem-estar<sup>182</sup>, Sen recebeu em 1998 o prêmio Nobel de Economia (NUSSBAUM, 2017, p. 80-81; 183).

O conceito de desenvolvimento humano e o IDH foram mencionados pela primeira vez no ano de 1990, no Relatório de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 1990), do qual infere-se uma preocupação com a liberdade substancial das pessoas:

As pessoas são a verdadeira riqueza de uma nação. O objetivo básico do desenvolvimento é criar um ambiente propício para que as pessoas desfrutem de vidas longas, saudáveis e criativas. Isso pode parecer uma verdade simples. Mas é frequentemente esquecido na preocupação imediata com o acúmulo de mercadorias e riqueza financeira. (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 1990, p. 9, tradução nossa)<sup>183</sup>

De acordo com o referido Relatório, se a riqueza não significa a totalidade da vida humana, conforme a crítica antes mencionada, o objetivo do desenvolvimento de qualquer país, antes de priorizar o acúmulo de riquezas deve objetivar propiciar oportunidades efetivas de uma vida digna a todos os seus cidadãos (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 1990, p. 9).

Dessa forma, Sen e Nussbaum estão de acordo no que concerne ao Modelo de Desenvolvimento Humano como alternativa ao modelo econômico baseado no PIB. Nussbaum é enfática ao assumir isso:

O Modelo de Desenvolvimento Humano está comprometido com a democracia, uma vez que poder opinar na escolha das políticas que governam sua própria vida é um ingrediente essencial de uma vida merecedora de dignidade humana. No entanto, o tipo de democracia que ele favorece será o que atribui um papel importante a direitos fundamentais que não possam ser retirados das pessoas por meio dos caprichos da maioria – assim, ele favorecerá uma firme proteção da liberdade política; a liberdade de palavra, de associação e de prática religiosa; e direitos

---

<sup>182</sup> Segundo Sen (2009, p. 306), trata-se de “parte da economia que se preocupa com a avaliação da bondade dos estados de coisas e a apreciação das políticas [...] por um longo período dominada por uma abordagem específica, o utilitarismo.”

<sup>183</sup> No original: “People are the real wealth of a nation. The basic objective of development is to create an enabling environment for people to enjoy long, healthy and creative lives. This may appear to be a simple truth. But it is often forgotten in the immediate concern with the accumulation of commodities and financial wealth”.

fundamentais em outras áreas como educação e saúde. Esse modelo combina bem com as aspirações buscadas pela Constituição indiana (e pela da África do Sul). [...] Portanto, o Modelo de Desenvolvimento Humano não significa um falso idealismo; ele está estreitamente relacionado aos compromissos constitucionais, nem sempre plenamente cumpridos, de muitas (se não da maioria) das nações democráticas do mundo (NUSSBAUM, 2015, p. 25).

Contudo, embora as abordagens de Sen e Nussbaum tenham alguma proximidade, sobretudo, de ponto de partida, ambos rumam para propósitos diversos e a preferência<sup>184</sup> declarada de Nussbaum (2017, p. 38) pela expressão Teoria do enfoque das capacidades em detrimento de Enfoque do Desenvolvimento Humano demarca o ponto de partida desse distanciamento.

Sucessivamente, Martha Nussbaum (2017, p. 39) afirma que o posicionamento desenvolvido por Sen<sup>185</sup> deu enfoque na proposição de um conceito de justiça básica, sem fazer uso teórico do conceito teórico de dignidade humana, em claro contraponto à sua teoria, propondo a ideia das capacidades como a base de uma evolução integral da qualidade de vida dos indivíduos em uma sociedade, razão pela qual, ao contrário de Sen, Nussbaum especifica quais são os recursos relevantes para que comparações interpessoais sejam pautadas a partir das capacidades. Por essa razão:

Desde seus primeiros escritos sobre o tema, Nussbaum (1987, 1990, 1993) já revela uma preocupação em delimitar quais são os aspectos centrais da vida humana para, a partir deles, definir quais são os *functionings* elementares para que uma pessoa possa florescer. (SANTOS, 2018, p. 34).

Disso decorre outra crítica correlata a metodologia empregada por Sen, qual seja a ausência de distinção entre capacidades e liberdades. A primeira, definida a partir da liberdade em situações de livramento da fome e da miséria, por exemplo. Já a segunda, em clara equiparação a capacidade de fazer algo, afastando a possibilidade de os indivíduos serem iguais em recursos, mas sim em capacidades, para desenvolvimento de funcionalidades (STRAPAZZON; RENCK, 2014, p. 164).

A diferença, contudo, mais relevante entre Sen e Nussbaum decorre da opção adotada por ambos na definição de capacidade e na modulação apresentada desse conceito por cada

<sup>184</sup> Preferência que também a situa em uma posição coerente com a defesa dos direitos dos animais que integra a Teoria do enfoque das capacidades (NUSSBAUM, 2019, 38; 84; 110; 114; 186-192).

<sup>185</sup> O enfoque oferecido por Sen é centrado na economia, seu campo de atuação, voltado à mensuração comparativa da qualidade de vida. A autora demonstra que o enfoque da capacidade e as capacidades são trabalhadas por Amartya Sen, que se propõe a recomendar o arcabouço das capacidades como um espaço adequado para realizar comparações sobre a qualidade de vida das pessoas e demonstrar a superioridade de sua teoria, diante de teorias utilitaristas e abordagens rawlsiana (NUSSBAUM, 2014, p. 84).

um deles (ROBEYNS, 2005, p. 197; NUSSBAUM, 2017, p. 39). Assim, enquanto Sen apenas afirma que a capacidade relaciona-se à liberdade substantiva, conferindo “um papel central à aptidão real de uma pessoa para fazer coisas que ela valoriza” (SEN, 2009, p. 287), tratando-se, portanto, de uma totalidade de alternativas acessíveis às pessoas de escolher e agir que não são explicitadas, Nussbaum opta<sup>186</sup> pela utilização da expressão capacidades sempre no plural, a fim de enfatizar que os elementos que garantem a liberdade de escolher e agir das pessoas são expressos em diferentes níveis de capacidades interdependentes, quais sejam: básicas, internas e centrais, pelas quais se alcançam capacidades combinadas (o que Sen denomina de liberdade substancial) (NUSSBAUM, 2017, p. 37-42).

Resumidamente, Sen se preocupa com questões de justiça, contudo, é Nussbaum que avança em direção a uma definição da justiça básica que cabe as pessoas em virtude da dignidade que lhes é inerente em qualquer nação. Nussbaum se destaca, nesse sentido, por desenvolver uma teoria voltada à um discurso conceitual jurídico, ao aproximar as suas contribuições não jurídicas, com bases filosóficas, no campo dos direitos fundamentais, trabalhados a partir da Constituição de cada país.

A pretensão universal de Nussbaum pode ser aferida da seguinte passagem, “estou construindo uma teoria (parcial) de justiça social, uma relação de direitos básicos, sem os quais nenhuma nação (ou ordem mundial) pode reivindicar a justiça.” (NUSSBAUM; FARALLI, 2007, p. 149).

Esclarece-se, nesse ponto, a pretensão de Nussbaum de oferecer uma teoria consistente com uma expansão universal não se confunde com uma prática universalizante<sup>187</sup>, conforme historicamente perpetrado pela tradição eurocêntrica<sup>188</sup>. Pelo contrário, ante as desigualdades e discriminações arbitrárias praticadas ou permitidas pelas alternativas teóricas analisadas

<sup>186</sup> Registra-se que essa pluralidade na utilização da expressão também está presente em Sen (2011).

<sup>187</sup> Em sentido contrário, pontuando pela universalidade da teoria do enfoque das capacidades, Martha Nussbaum recebe críticas, conforme exposto por Renata Belmonte, ao tratar do embate existente entre o pensamento universalista de Martha Nussbaum e o relativismo cultural, com base na lista de dez capacidades centrais. Em suas palavras: “Extremamente criticada pelos defensores do relativismo cultural, a lista criada por Nussbaum tem a intenção de oferecer um instrumental teórico para ser usado na luta pela garantia de direitos para as mulheres de todo o mundo, mas principalmente nos países em desenvolvimento, onde se encontram as maiores desigualdades entre os sexos”. (BELMONTE, 2011, p. 14). E, continua apresentando as críticas recebidas por esta teoria, em que “[...] os relativistas também argumentam que as sociedades ocidentais costumam, através da defesa de direitos humanos universais, impor sua visão imperialista de mundo, que reflete apenas o seu próprio sistema de valores” (BELMONTE, 2011, p. 72). Por fim, Suzana Castro (2009, p. 2) menciona que “[...] segundo estes, qualquer tentativa de universalizar valores, representaria uma postura 'paternalista', mediante a qual se interferiria no poder de escolha individual em nome de um suposto saber 'superior'.” No entanto, a autora rebate as críticas, mencionando que a estrutura universal de valores não pretende privar quem quer que seja de escolher o tipo de vida a ser vivida, mas sim de garantir a opção verdadeira de escolha. (CASTRO, 2009, p. 2).

<sup>188</sup> Entende-se por eurocentrismo, a tendência hegemônica de colocar Europa como centro do mundo, construindo um projeto hegemônico, a partir do pressuposto de uma identidade forjada sobre um “outro” subalterno e inferior (DUSSEL, 2005, p. 28).

nessa seção, Nussbaum apresenta o Teoria do enfoque das capacidades como uma concepção de justiça básica apta a determinar qual a justiça que cabe a pessoas com deficiência.

Dessa forma, a conclusão de Belmonte (2011) ao analisar a aplicação da teoria de Nussbaum para análise da situação das mulheres em várias partes do mundo e refutar a crítica suscitada por uma acusação de universalização, aplica-se de forma análoga às pessoas com deficiência. “Portanto, o universalismo da Teoria das Capacidades de Nussbaum se mostra distinto do das concepções tradicionais, pois não visa que sejam impostos para as mulheres direitos ou capacidades, mas que elas possam tê-los se desejarem.” (BELMONTE, 2011, p.38).

Por outro lado, a aferição das capacidades básicas e internas é subjetiva. Ainda que as referidas categorias fossem propostas com intenção de universalização, afirma-se que não poderia ser diferente em alguma parte do mundo. Ou seja: individualmente, as pessoas apresentam diferentes capacidades básicas e internas. Assumir essas categorias como verdadeiras, no sentido coletivo ou político, não apaga a diversidade. Nesse sentido, não há como a universalização esvaziar essa realidade a ponto de suscitar qualquer apagamento das diferenças.

Isso posto, tem-se que a ideia de dignidade referenciada por Nussbaum (2019, p. 49-53; 162) ao tratar das capacidades reflete, também, uma premissa geral segundo a qual todos e todas são merecedoras de igual respeito diante das leis e das instituições, por essa razão, as capacidades centrais<sup>189</sup> expressam as condições mínimas para que essa premissa se confirme. Assim as capacidades:

[...] são entendidas como maneiras efetivas de se ter uma vida com dignidade humana nas diferentes áreas das atividades humanas vitais. A ideia central por trás da lista é a de nos movimentarmos entre diversas áreas (vida, saúde, etc.) e perguntar, para cada uma dessas áreas de vida e ação, qual seria o modo de viver e agir minimamente compatível com a dignidade humana? A dignidade não é definida antes e independente das capacidades, mas sim de um modo imbricado com elas e com suas definições. (NUSSBAUM, 2013, p. 199).

As referidas capacidades têm ainda o “[...] propósito de nortear políticas públicas e de fornecer uma base para os princípios constitucionais que os cidadãos podem exigir de seus governantes [...]” (CASTRO, 2013 n.p). Logo, a noção de igual dignidade expressa na Teoria do Enfoque das capacidades é efetivada quando todas as pessoas alcançam os meios para

---

<sup>189</sup> A lista meramente exemplificativa, de dez capacidades centrais primordiais que será especificada na próxima seção, foi desenvolvida pela autora, pela primeira vez, no livro “Sex & Social Justice”, publicado no ano de 1999.

exercer e desenvolver as capacidades essenciais necessárias à sua autodeterminação. Nesse sentido:

Valendo-se de uma concepção de dignidade que transcende barreiras religiosas e da liberdade - num sentido positivo -, o Teoria do enfoque das capacidades eleva o indivíduo a uma posição de destaque e lhe permite ser protagonista no processo de definição de sua própria vida. Assim, da conjugação do desenvolvimento à normatividade do direito, a abordagem das capacidades pode se mostrar uma ferramenta para o fortalecimento do discurso em prol dos direitos humanos. (REICHER, 2009, p. 7).

Associar a dignidade a uma lista de capacidades não significa, contudo, que todas as pessoas deverão ou poderão atingir todas ou as mesmas capacidades. Dessa forma, esclarece-se que dada a pluralidade que constitui a chave da Teoria do Enfoque das capacidades, da noção de igual dignidade “[...] não se segue, no entanto, que todas as capacidades de importância central devam ser equiparadas a todos. Tratar as pessoas como iguais pode não necessariamente corresponder às condições de vida de todas elas.” (NUSSBAUM, 2017, p. 51, tradução nossa<sup>190</sup>).

Assim, quando não for possível que alguém alcance algumas capacidades de forma direta, cabe ao Estado promover medidas de cuidado proporcionais às circunstâncias das pessoas com deficiência, a fim de que essas capacidades possam ser promovidas, na maior medida do possível, pelo apoio adequado. Assim, quando Martha Nussbaum problematiza a posição de alguém com impedimentos mentais graves<sup>191</sup>, que em seu exemplo é denominada de Sessa, Martha Nussbaum (2013, p. 236-237) conjectura que:

[...] Sessa tem habilidades para amar, brincar e sentir prazer que não estão bem relacionadas com seu nível cognitivo e suas habilidades motoras; além disso, ela tem incapacidades físicas de alta escala que a deixam com muita dor. Assim, o que temos claramente de dizer, me parece, é que algumas das capacidades da lista não serão atingíveis por ela, mas que isso é extremamente lastimável, não um sinal de que ela esteja florescendo em uma forma diferente de vida. A sociedade deveria se esforçar para lhe dar diretamente tantas capacidades quanto forem possíveis: e onde

<sup>190</sup> No original: “De un supuesto como el de la igual dignidad de las personas no se sigue, sin embargo, que todas las capacidades de importancia central tengan que ser igualada para todos y todas. Tratar a las personas como iguales puede no significar necesariamente igualar a las condiciones de vida de todas ellas.”

<sup>191</sup> Por essa razão, a teoria do enfoque das capacidades recebe críticas de Ana Paula Barbosa-Fohrmann (2016, p. 752), ao ressaltar o fato de que a inclusão pretendida pelo discurso de Martha Nussbaum alcança as pessoas com múltiplas formas de deficiências graves, mas não as extremas ou profundas. Em suas palavras: “Falta ainda certa sofisticação em Nussbaum ao trabalhar a dignidade humana como fundamento da inclusão das deficiências mentais graves, e não inclusão das deficiências mentais profundas. Nesse caso específico, mais em Nussbaum do que em Foucault, a acefalia é excluída do discurso contemporâneo de inclusão de todas as formas de deficiência. O mesmo se passa com o paciente em coma vegetativo persistente também excluído por Nussbaum. [...] Já a respeito do discurso de Nussbaum, consideramos também indispensável uma análise mais específica de o porquê as deficiências mentais profundas, como as logo acima exemplificadas, serem excluídas de seu discurso”.

a outorga direta de poder não é possível, a sociedade deve lhe oferecer as capacidades por meio de um acordo adequado de tutoria. Mas a tutoria, a despeito de quão bem designada ela seja, não é tão boa para Sacha quanto seria ter as capacidades por conta própria.

Nesse contexto, o Estado possui um papel essencial, seja na elaboração e efetivação de políticas públicas, seja na elaboração de meios indiretos para a concretização de direitos humanos fundamentais, bem como “[...] para o desenvolvimento social graças ao conjunto de objetivos e princípios eticamente amplos. Entre estes, o principal é a promoção da dignidade da pessoa humana [...]” (STRAPAZZON; RENCK, 2014, p. 161).

Por outro lado, esclarece-se que dada à pluralidade que constitui a chave da Teoria do Enfoque das capacidades, da noção de igual dignidade “[...] não se segue, no entanto, que todas as capacidades de importância central devam ser equiparadas a todos. Tratar as pessoas como iguais pode não necessariamente corresponder às condições de vida de todas elas.” (NUSSBAUM, 2017, p. 51, tradução nossa<sup>192</sup>).

A força das objeções formuladas por Nussbaum às teorias contratualistas, ao utilitarismo e aos modelos econômicos de avaliação da qualidade de vida, corrobora para a afirmação de que o novo paradigma teórico proposto por sua teoria de justiça básica encontra-se alinhado com a pluralidade e com as demandas por igual dignidade na qual se inserem as pessoas com deficiência, uma vez que segundo essas teorias:

Essas pessoas são pessoas, mas não foram até agora incluídas como cidadãos em uma base de igualdade com relação aos outros cidadãos, nas sociedades existentes. O problema de estender educação, assistência médica, direitos e liberdades políticos bem como cidadania equânime de maneira mais ampla a tais pessoas parece um problema de justiça, e um problema urgente. Uma vez que a solução desse problema requer um novo modo de pensar a cidadania, uma nova análise do propósito da cooperação social e, ainda, ênfase na importância do cuidado como um bem social primário, parece provável que lidar com eles de maneira adequada vai exigir não apenas uma nova aplicação das velhas teorias, mas uma reformulação das estruturas teóricas entre si. (NUSSBAUM, 2013, p. 2).

Logo, ao conciliar uma métrica para avaliação da qualidade da vida humana aos fundamentos de uma justiça básica, Nussbaum supre as incompletudes derivadas daquelas teorias predominantes e congrega, simultaneamente, a complexidade e a diversidade que demarcam a vida social.

---

<sup>192</sup> No original: “De un supuesto como el de la igual dignidad de las personas no se sigue, sin embargo, que todas las capacidades de importancia central tengan que ser igualada para todos y todas. Tratar a las personas como iguales puede no significar necesariamente igualar a las condiciones de vida de todas ellas.”



Diante do que foi desenvolvido e, tendo sido estabelecida a superioridade da Teoria do Enfoque das capacidades para orientar o debate sobre o desenvolvimento humano e políticas correspondentes, pretende-se explorar na próxima seção como o delineamento das capacidades básicas, internas, centrais e combinadas pode contribuir para conformar intervenções relevantes que demonstrem respeito às pessoas com deficiência e possam efetivamente emancipá-las a partir da releitura integrada do sistema de apoio.

#### **4.2 Das capacidades básicas às capacidades combinadas: a importância das capacidades internas**

As capacidades básicas, internas e centrais ascendem para o exercício de capacidades combinadas. Há, contudo, uma especial relação de interdependência entre as capacidades internas e as capacidades combinadas, de forma que sem que sejam produzidas aquelas primeiras, não é possível que sejam efetivamente produzidas essas últimas. As incapacidades internas revelam a ausência da oportunidade de funcionar, ou seja, de realizar ativamente uma ou mais capacidades, incluindo, suas capacidades inatas. Por essa razão, a referida incapacidade é acompanhada do desvelamento de instâncias nas quais estará a pessoa com deficiência mais vulnerável a alguma violação de ordem pessoal, política, jurídica e/ou econômica.

Assim, quando consideradas as pessoas com deficiência, a relação entre as capacidades internas e as capacidades centrais deve ser estabelecida sob a perspectiva dos seus impedimentos de longo prazo que integram suas capacidades básicas, sejam eles de natureza física, mental, intelectual ou sensorial; inatos ou adquiridos.

Para ilustrar, considere-se que a Constituição da República (BRASIL, 1988) garante no artigo 5º, no rol de seus direitos fundamentais, a liberdade de ocupação, na forma do inciso XIII,<sup>193</sup> espécie de capacidade central. Paralelamente, a Lei ordinária do país determina que a empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência, conforme o artigo 93<sup>194</sup>, da Lei n. 8.213 (BRASIL, 1991).

<sup>193</sup> XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

<sup>194</sup> “Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados.....2%; II - de 201 a

Logo, possível afirmar que o mercado formal de trabalho brasileiro garante a liberdade de ocupação e inclui formalmente as pessoas com deficiência. Por outro lado, como as pessoas com deficiência estão em desvantagem diante do acesso à educação e à formação profissional, significa que apesar da produção de capacidades centrais relacionadas ao trabalho, suas aptidões e habilidades não estão sendo desenvolvidas, ou seja, não se está produzindo capacidades internas. Nesse contexto, deriva a frustração daquelas capacidades de forma combinada, uma vez que as pessoas com deficiência não conseguem alcançar efetivamente as vagas disponíveis para sua ocupação, situação que se agrava diante das pessoas com deficiência mental ou intelectual e visual (IBGE, 2010<sup>195</sup>).

Diante desse exemplo, é possível induzir que as pessoas com deficiência no Brasil, majoritariamente, não possuem capacidades internas que as oportunize realizar ativamente suas capacidades básicas e, por conseguinte, não têm condições de funcionamento para as capacidades centrais relacionadas a sua livre ocupação no mercado de trabalho. Não há, portanto, apoio suficiente para produção de capacidades internas.

Assim, considera-se que a compreensão da relação entre as capacidades básicas, internas, centrais e combinadas e, notadamente, a ponte entre as capacidades internas e centrais é tão relevante quanto a compreensão das instâncias de incapacidade das pessoas com deficiência e pelas quais elas podem ser tornar especialmente vulneráveis e privadas das oportunidades de funcionar.

Diante disso, a presente seção tem por finalidade desenvolver a noção das capacidades em espécie, uma vez que apenas introduzidas na seção anterior e, posteriormente, contrapor seu conteúdo com o universo fático e jurídico que demarcam a posição da pessoa com deficiência no Brasil, a fim de delimitar se a Teoria das Capacidades, conforme revisão apresentada no Capítulo 3, é consistente com os fundamentos da justiça social básica endossados pela Teoria do Enfoque das capacidades. Para tanto, pretende-se verificar a proporcionalidade do sistema de apoio para promoção e expressão de respeito pela dignidade inerente a pessoa com deficiência.

O Teoria do enfoque das capacidades tem um destino determinado: as capacidades combinadas, capacidades que englobam a totalidade de oportunidades de uma pessoa de escolher e agir no seu entorno político, social, econômico e jurídico, com ou sem apoio. A

---

500.....3%; III - de 501 a  
1.000.....4%; IV - de 1.001 em diante.  
.....5%.

<sup>195</sup> Informação estatística analisada na Seção anterior.

partir delas, tem-se “[...] um tipo de liberdade: a liberdade substantiva para obter combinações alternativas de funcionamentos” (NUSSBAUM, 2017, p. 40, tradução nossa<sup>196</sup>). A efetivação das capacidades combinadas impescinde, portanto, da relação sistemática entre as capacidades básicas, as capacidades internas e as capacidades centrais.

As capacidades básicas das pessoas são descritas por Nussbaum (2017, p. 43-44) como o seu equipamento inato, ou seja, o conjunto de faculdades que cada pessoa traz consigo ao nascer. Essas faculdades podem ser mais ou menos extensas a depender da singularidade física, mental, intelectual ou sensorial dessas pessoas. Não se pode pensar, contudo, que as capacidades básicas são condições imutáveis, impressas no DNA de alguém. Nesse sentido, ao considerar Arthur, uma criança com síndrome de Down e os preconceitos que cercam algumas inaptidões básicas, Nussbaum (2013, p. 232-233) relata que:

[...] muitos dos problemas das crianças com síndrome de Down, considerados limitações cognitivas inalteráveis, são, na verdade, limitações físicas tratáveis; particularmente os músculos fracos do pescoço que impedem a exploração do ambiente em um período crucial e os fracos músculos da língua que impedem o desenvolvimento da fala. Os preconceitos segundo o qual essas crianças seriam simplesmente “burras” e ineducáveis impediu um entendimento correto do que poderiam alcançar. É precisamente porque os pais e outros defensores dão importância ao desenvolvimento cognitivo e continuam insistindo nele que essas descobertas foram feitas e programas para implementá-las foram desenvolvidos.

A importância das capacidades básicas enquanto categoria analítica consiste, portanto, na possibilidade de verificação, a partir dela, das barreiras que obstruem a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência na sociedade. Não se trata, contudo, de um referencial para normalização da deficiência, conforme empreendido outrora pelas práticas médicas, mas de uma categoria regente para o desenvolvimento efetivo das habilidades das pessoas com deficiência que permitirá, tanto quanto possível, que ela se autodetermine e na medida que isso se torne possível, que ela possa desvencilhar-se da relação de dependência eventualmente existente entre ela e seus cuidadores.

Uma pessoa com deficiência física, mental, intelectual ou sensorial apresentará um horizonte diverso de faculdades daquelas pessoas sem os referidos impedimentos de longo prazo. Há ainda, entre elas, uma variação em graus dessas faculdades que corresponde a sua singularidade. Dito de outra forma, duas pessoas com deficiência mental ou intelectual poderão apresentar condições de exprimir vontade muito diversas entre elas, portanto, são as

---

<sup>196</sup> No original: “La capacidad de una persona hace referencia a las combinaciones alternativas de funcionamentos que le resulta factible alcanzar. La capacidad viene a ser, por lo tanto, una especie de libertad: la libertad substantiva de alcanzar combinaciones alternativas de funcionamientos.”

suas capacidades básicas que oferecerão um referencial para o apoio necessário na produção de suas capacidades internas.

Nesse contexto, têm especial relevância a sociedade, o Estado e o grupo familiar e as redes de cuidado integradas pelas pessoas com deficiência com níveis menores de habilidades inatas, aquelas pessoas que necessitam de ajuda para superar um nível mínimo de capacidades combinadas devem ser as que mais recebem apoio para fazê-lo. (NUSSBAUM, 2017, p. 44). Isso ocorre porque o Teoria do enfoque das capacidades oferece uma noção de cooperação social que trata a justiça e a inclusão como valores intrínsecos, logo, “viver com e para os outros, tanto com benevolência quanto com justiça, faz parte da concepção pública compartilhada de pessoa que todos subscrevem para propósitos políticos.” (NUSSBAUM, 2013, p. 195). Há, nesse ponto, um fundamento ético para as obrigações legais que decorrem do sistema de apoio e vinculam os cuidadores aos deveres de proteção e promoção da pessoa com deficiência.

Assim, independente da incapacidade básica apresentada pela pessoa, ou seja, do âmbito no qual ela não expressa uma faculdade inata, o Teoria do enfoque das capacidades vai impor que devem ser produzidas para elas as mesmas capacidades acessíveis às pessoas sem deficiência (NUSSBAUM, 2017, p. 44). Dessa forma, tratando-se de uma pessoa com deficiência mental ou intelectual, o objetivo deve consistir na promoção das mesmas capacidades disponíveis para as demais pessoas, ainda que algumas delas tenham que ser exercidas com apoio, assistência ou representação.

Algumas capacidades básicas, contudo, podem sofrer alguma redução ou supressão permanente. Por essa razão, avança-se na interpretação de Nussbaum para entender que essas também estão compreendidas na categoria analítica que inaugura as espécies de capacidades. Portanto, o que foi dito em relação à ausência de faculdades inatas deve ser estendido para aquelas supervenientes, desde que consideradas de longo prazo.

O importante, em todo caso, é compreender que as capacidades básicas não são uma condição decisiva ou limitativa do rol de alternativas acessíveis ao exercício da liberdade das pessoas com deficiência. Contudo, a sua inclusão em uma métrica de análise da qualidade de vida daquelas pessoas pode indicar o que uma sociedade consistente, com uma noção de justiça básica, deve ser esforçar para desenvolver e apoiar, justificando, quando necessário, intervenções proporcionais nesse sentido (NUSSBAUM, 2017, p. 44).

O aperfeiçoamento e desenvolvimento daquelas faculdades inseridas nas capacidades básicas e que se realizam em interação com o entorno social, econômico, familiar e político,

dar-se-á o nome de capacidades internas. São essas capacidades que revelam os traços da personalidade de alguém, desvelando em graus sua maturação intelectual, emocional e de discernimento, conforme são desenvolvidos a partir da interação dessa pessoa com o meio no qual está inserida (NUSSBAUM, 2017, p. 40-43; 181). As capacidades internas expressam o nível do desenvolvimento das capacidades básicas e sua sensível transformação evolutiva. São fontes fluídas e dinâmicas de reivindicações plúrimas de ser e agir.

Para exemplificar, considere-se uma pessoa com deficiência visual. É certo que, em decorrência desse impedimento de longo prazo (inato ou adquirido), suas aptidões de comunicação podem comprometer sua participação plena e efetiva nas políticas educacionais de um país. Contudo, se esse país prevê um sistema educacional inclusivo em todos os níveis de aprendizado ao longo de sua vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem<sup>197</sup>, então, é possível dizer que esse país está desenvolvendo as aptidões existentes nessa pessoa (suas capacidades básicas) e transformando-as em capacidades internas.

Não obstante, o apoio individual à pessoa com deficiência visual pode ser ainda necessário para que sejam fornecidos a ela os elementos e informações necessários ao exercício dessa capacidade central. Por conseguinte, uma pessoa com deficiência que tem acesso à educação inclusiva tem quantitativamente e qualitativamente mais alternativas para funcionar, para ser e agir. Pode, exemplificativamente, influir nas discussões políticas ou interagir de forma produtiva com outras pessoas em sociedade. Por essa razão, diz-se que promover capacidades é promover âmbitos de exercício de liberdade e escolha<sup>198</sup> (NUSSBAUM, 2017, p. 45).

Para especificar quais dessas capacidades devem ser promovidas, Nussbaum (2013, p. 90-93; 2017, 49-65) recorre à definição das capacidades centrais, capacidades que expressam as condições mínimas e essenciais para uma vida digna e que são asseguradas pela proteção de direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>197</sup> Nos termos do artigo 27, do EPD (2015a): “Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.”

<sup>198</sup> A Teoria do enfoque das capacidades tem o propósito de contribuir para que as pessoas tenham um conjunto de alternativas acessíveis ao exercício de sua liberdade. Isso não se confunde ou se aproxima, contudo, de qualquer pretensão de que as pessoas funcionem em determinado sentido. Logo, a liberdade, nesses termos, tem um valor intrínseco e independente das concepções de vida boa que são eleitas a partir dela. (NUSSBAUM, 2017, p. 45)

Para tanto, Nussbaum (2017, p. 47;53, tradução nossa) responde às perguntas: “quais são as capacidades mais importantes?”<sup>199</sup>; e “o que é necessário para que uma vida esteja à altura da dignidade humana?”<sup>200</sup>, com argumentos normativos<sup>201</sup> cruciais à sua noção de justiça básica e, a partir dos quais, ela especifica uma lista de dez capacidades centrais. A ideia básica que nutre a referida lista é a de que certas condições de vida possibilitam às pessoas uma vida responsiva à dignidade que lhes é inerente<sup>202</sup>.

Pelo exposto, as capacidades centrais estão centradas na proteção de âmbitos de liberdade tão fundamentais à dignidade humana que, sua supressão implica na experimentação de uma vida que não pode ser considerada humanamente digna (NUSSBAUM, 2017, p. 50-52). Com efeito, considerando a tradição do pensamento democrático e a concepção que dela é derivada acerca da tarefa central do Estado<sup>203</sup>, Nussbaum (2017, 53, tradução nossa<sup>204</sup>) deduz que uma ordem política aceitável “[...] está obrigado[a] a procurar para todos os cidadãos e cidadãs um nível umbral [...]” das seguintes capacidades centrais:

1. Vida: Ter a capacidade de viver até o fim da vida humana de uma duração normal; não morrer prematuramente, ou antes que a própria vida se veja tão reduzida que não valha a pena vivê-la.
2. Saúde: Ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva; de receber uma alimentação adequada; de dispor de um lugar adequado para viver;
3. Integridade física: Ser capaz de se movimentar livremente de um lugar a outro; de estar protegido contra-ataques de violência, inclusive agressões sexuais e violência doméstica, dispor de oportunidades para a satisfação sexual e para a escolha em questões de reprodução.
4. Sentidos, imaginação e pensamento: Ser capaz de usar os sentidos, a imaginação, o pensamento e o raciocínio - e fazer essas coisas de um modo verdadeiramente humano, um modo informado e cultivado por uma educação adequada, incluindo, sem limitações a alfabetização e o treinamento matemático e científico básico. Ser capaz de usar a imaginação e o pensamento em conexão com experimentar e produzir obras ou eventos, religiosos, literários, musicais e assim por diante, da sua própria escolha. Ser capaz de usar a própria mente de modo protegido por garantias de liberdade de expressão, com respeito tanto à expressão política quanto artística, e liberdade de exercício religioso. Ser capaz de ter experiências prazerosas e evitar dores não benéficas.
5. Emoções: Ser capaz de manter relações afetivas com coisas e pessoas fora de nós mesmos; amar aqueles que nos amam e que se preocupam conosco; sofrer na sua

<sup>199</sup> No original: “¿caules son las capacidades más importantes?”

<sup>200</sup> No original: “¿qué se necesita para que una vida esté a la altura de la dignidad humana?”

<sup>201</sup> Esclarece-se que não se trata de uma resposta intuitiva ou arbitrária, a referida lista é obtida pela aplicação de raciocínio dedutivo empregado por Nussbaum (2017, p. 51-52) na consideração de diversas áreas da vida humana nas quais as pessoas se movem e atuam.

<sup>202</sup> Conforme desenvolvido anteriormente, a dignidade revela uma noção difusa na Teoria do Enfoque das capacidades e que é resumida na noção de igual respeito ao qual fazem jus todas e todos, ante o Estado e suas instituições.

<sup>203</sup> Apesar de atribuir a responsabilidade proeminente e final da promoção dessas capacidades ao Estado, Nussbaum concede que algumas delas possam ser delegadas por ele para as entidades privadas.

<sup>204</sup> No original: “[...] um ordem político acceptable está obligado a procurar a todos los ciudadanos y ciudadanas un nivel umbral de las siguientes diez capacidades centrales.”

ausência; em geral, ser capaz de amar, de sentir pesar, sentir saudades, gratidão e raiva justificada. Não ter o desenvolvimento emocional bloqueado por medo e ansiedade. (Apoiar essa capacidade significa apoiar formas de associação humana que podem se revelar cruciais para seu desenvolvimento).

6. Razão prática: Ser capaz de formar uma concepção de bem e de ocupar-se com a reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida. (Isso inclui proteção da liberdade de consciência e prática religiosa).

7. Afiliação: A. Ser capaz de voltar com e voltado para outros, reconhecer e mostrar preocupação com outros seres humanos, ocupar-se com várias formas de interação social; ser capaz de imaginar a situação do outro. (Proteger essa capacidade significa proteger as instituições que constituem e alimentam tais formas de afiliação e também proteger a liberdade de associação e de expressão política.) B. Ter as bases sociais de autorrespeito e não humilhação; ser capaz de ser tratado como um ser digno cujo valor é igual ao dos outros. Isso inclui disposições de não discriminação com base em raça, sexo, orientação sexual, etnia, casta, religião, origem nacional.

8. Outras espécies. Ser capaz de viver uma relação próxima e respeitosa com animais, plantas e o mundo da natureza.

9. Lazer. Ser capaz de rir, brincar, gozar de atividades recreativas.

10. Controle sobre o próprio entorno A. Político. Ser capaz de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida; ter o direito à participação política, proteções de liberdade de expressão e associação. B. Material. Ser capaz de ter propriedade (tanto de bens imóveis quanto móveis) e ter direitos de propriedade em base igual à dos outros; ter o direito de candidatar-se a empregos em base de igualdade com os demais; ter a liberdade contra busca e apreensão injustificadas. No trabalho, ser capaz de trabalhar como ser humano, exercendo a razão prática e participando de relacionamentos significativos, de reconhecimento mútuo com os demais trabalhadores. (NUSSBAUM, 2013, p. 90-93).

A lista das dez capacidades centrais expressa o respeito da Teoria do Enfoque das capacidades pela dignidade inerente das pessoas com deficiência, não obstante, a lista seja a mesma para pessoas com e sem deficiência, uma vez que:

[...] é perigoso, do ponto de vista prático, usar uma lista diferente de capacidades ou mesmo um limite mínimo de capacidades diferente como o objetivo social apropriado para pessoas com impedimentos, porque assumir desde o início que não podemos ou não devemos alcançar um mesmo objetivo que seria difícil e caro de alcançar é um modo fácil de escapar do risco. Do ponto de vista estratégico, a direção correta parece ser manter-se firme com uma lista única como um conjunto não negociável de direitos sociais, e trabalhar sem descanso para trazer todas as crianças [adultos e idosos] com deficiência até os limites mínimos de capacidade que estabelecemos para outros cidadãos. Os tratamentos e programas deveriam, de fato, ser individualizados, como na verdade deveriam ser para todas as crianças [adultos e idosos], deficientes ou não. Mas, para propósitos políticos, é em geral razoável insistir que as capacidades centrais são muito importantes para todos os cidadãos. [...]

Tal ênfase na singularidade da lista não é importante apenas do ponto de vista estratégico, mas também do ponto de vista normativo, pois nos faz lembrar do respeito que devemos a pessoas com impedimentos enquanto cidadãs plenamente iguais, membros da comunidade humana e detentores da habilidade de conduzir uma boa vida. (NUSSBAUM, 2013, p. 233-234)

A singularidade da lista para propósitos políticos deve ser defendida mesmo diante de pessoas com impedimentos mentais e/ou intelectuais, cujo grau de discernimento é apresentado de forma diversa. Para tanto, Martha Nussbaum (2013, p. 234) argumenta que:

De fato, insistir na singularidade da lista para propósitos políticos, uma estratégia que parece à primeira vista ignorar as situações individuais de cada pessoa com impedimento mental, parece ser um bom modo de respeitar justamente a individualidade dessas pessoas. Pois o que estamos dizendo (retornando à nossa preocupação teórica sobre a igualdade de respeito) é que elas são tão indivíduos quanto qualquer outra pessoa, não tipos, não uma espécie inferior que separamos da espécie humana. Essa tipificação tem sido um dos modos mais difundidos através dos quais as pessoas [...] com deficiência são estigmatizadas.

Ademais, há incontroversa consistência entre a lista das dez capacidades centrais e o pluralismo, cuja justificativa pode ser expressa a partir de seis fundamentos complementares. Primeiro, a consideração de estar-se diante de uma lista aberta e sujeita a contínua revisão, reconsideração, complementação ou eliminação. Segundo, Nussbaum enfatiza que os itens da lista devam ser especificados de um modo abstrato e geral, a fim de proporcionar um campo de espaço para atividades que envolvam os cidadãos, seus parlamentares e tribunais. Terceiro, porque a lista representa uma “concepção moral parcial”, por ser introduzida somente para propósitos políticos, podendo ser utilizada por pessoas que possuem diversas concepções de bem<sup>205</sup> (NUSBAUM, 2013, p. 94-95).

A quarta razão é representada pelo objetivo político que consagram, qual seja, da promoção da capacidade e não do funcionamento em sentido pré-determinados. A quinta razão se faz na assertiva de que as principais liberdades que protegem o pluralismo são itens centrais da lista, como a liberdade de expressão, liberdade de associação e liberdade de consciência. Por fim, a última razão, se encontra em seu posicionamento pela separação entre questões de justificação e de implementação, uma vez que não caberia ao Estado intervir em situação por ele desconhecida (NUSBAUM, 2013, p. 95-97).

Portanto, a lista de dez capacidades centrais, ao especificar um mínimo essencial à vida humana, deve ser considerada como uma lista aberta e suficientemente flexível ao reconhecimento de novos direitos e novos sujeitos<sup>206</sup>. Por essa razão, a “[...] ideia por trás de cada uma dessas capacidades, podemos argumentar, é que, ao imaginarmos uma vida sem a

---

<sup>205</sup> Neste ponto, importa ressaltar como outra característica da lista, o fato desta ser projetada para ser a base de um consenso sobreposto em uma sociedade pluralista, já que pressupõe espaço para diversas possibilidades de realização da pessoa humana (NUSSBAUM, 2013, p. 223).

<sup>206</sup> Condição que deve ser considerada implícita na Teoria do Enfoque das capacidades, uma vez que essa concepção normativa pressupõe o pluralismo no momento de eleger a ideia da dignidade humana como um referencial para as capacidades centrais. (NUSSBAUM, 2017, p. 131-132).



capacidade em questão, concluiríamos que tal vida não é uma vida apropriada à dignidade humana.” (NUSSBAUM, 2013, p. 93).

Além disso, esclarece-se que as capacidades centrais são estrategicamente abstratas, conforme reconhece Nussbaum (2017, p. 60), uma vez que caberia ao sistema de Direito Constitucional de cada nação a sua concretização. Portanto, conclui-se que:

O Teoria do enfoque das capacidades não pretende fornecer uma explicação completa da justiça social. Não diz nada, por exemplo, sobre como a justiça trata desigualdades acima do nível mínimo. (Nesse sentido não responde a todas as questões respondidas pela teoria de Rawls.) É uma explicação do mínimo de garantias sociais centrais e é compatível com diferentes versões sobre como lidar com questões de justiça e distribuição que surgiriam uma vez que todos os cidadãos estivessem acima do nível mínimo. Tampouco insiste que essa lista de direitos seja uma explicação exaustiva da justiça política; pode haver outros valores políticos importantes, estreitamente conectados com a justiça, e que ela não incluiu em seu esquema. (NUSSBAUM, 2013, p. 91).

Nesse sentido, importante compreender a relação entre a Teoria do Enfoque das capacidades e a linguagem dos Direitos, uma vez que a referida teoria se encontra baseada nos direitos humanos, conforme esclarece Nussbaum (2017, p. 83-84, tradução nossa<sup>207</sup>):

O Teoria do enfoque das capacidades e os Direitos Humanos coincidem em torno da ideia de que todas as pessoas têm direito a certos bens centrais em virtude de sua igual humanidade, e que um dos direitos fundamentais de uma sociedade é o de respeitar e apoiar tais direitos. [...] Em certos e importantes sentidos, o Teoria do enfoque das capacidades complementa os enfoques convencionais dos direitos humanos, entre outras coisas, por sua explicitude e sua claridade filosóficas a propósitos das noções básicas relevantes e pela atração de suas formulações específicas.

Contudo, há um aspecto relevante de distinção entre a Teoria do Teoria do enfoque das capacidades e os Direitos Humanos. A Teoria do Enfoque das capacidades conjuga duas funções complementares ao Estado, quais sejam: a proteção negativa e positiva da liberdade. Com isso, significa dizer que cabe ao Estado não ingerir em aspectos da vida estritamente privada, tanto quanto promover instâncias de exercício de liberdade. Assim, para a Teoria do Enfoque das capacidades, não basta ao Estado não opor obstáculos ao exercício da liberdade

---

<sup>207</sup> No original: “El enfoque de las capacidades y los de los derechos humanos coinciden en torno a la idea de que todas las personas tienen derecho a ciertos bienes centrales en virtud de su humanidad misma, y que uno de los deberes fundamentales de la sociedad es el de respetar y apoyar tales derechos. [...] En ciertos e importantes sentidos, el enfoque de las capacidades complementa a los enfoques convencionales de los derechos humanos, entre otras cosas, por su explicitud y su claridad filosóficas a proposito de las nociones básicas relevantes y por el atractivo de sus formulaciones específicas.”

de seus cidadãos e cidadãs, conforme o modelo convencional dos Direitos Humanos, mas deve ainda promover efetivamente as capacidades das pessoas (NUSSBAUM, 2017, p. 86).

Disso decorre a afirmação categórica de Martha Nussbaum (2017, p. 87), segundo a qual: “os direitos fundamentais não são mais que palavras até que a ação do Estado os converta em reais.”<sup>208</sup> Paralelamente, o mesmo pode ser dito em relação ao que se denominou Microsistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência<sup>209</sup>, uma vez que é necessário mais do que o reconhecimento formal de sua igual capacidade legal para que elas alcancem arranjos diversos de funcionamento, é necessário a promoção dessa capacidade por um sistema integrado de apoio ao seu desenvolvimento.

Há, portanto, uma relevância inicial para a lista das dez capacidades centrais, qual seja: identificar se determinado Estado atende a exigência fundamental da Teoria do Enfoque das capacidades e sua concepção de justiça social básica, situando os cidadãos e cidadãs acima de um mínimo de capacidade em todas àquelas áreas. E, finalmente, para determinar se existem instrumentos de apoio que viabilizem, quando necessário, uma correspondência entre as capacidades básicas, internas e centrais que permita à pessoa com deficiência alcançar capacidades combinadas.

As capacidades combinadas reúnem as capacidades básicas, bem como as oportunidades de desenvolvimento daquelas aptidões na relação entre as faculdades pessoais (capacidades básicas) de uma pessoa e o seu entorno político, social, jurídico e econômico, no qual ascende a figura do apoio para produção de capacidades internas. Diante disso, deve se ter em perspectiva que a relação interdependente entre as espécies de capacidades apresentadas pela Teoria do Enfoque das capacidades não admite que sejam articuladas como categorias redutíveis.

Logo, as capacidades combinadas e as capacidades internas, devem ser vistas sob aspectos distintos, uma vez que uma sociedade pode produzir as capacidades internas de seus cidadãos, ao mesmo tempo em que, por outros meios, poderia interferir negativamente nas possibilidades de exercício de funcionamento de acordo com essas capacidades, afetando as capacidades combinadas (NUSSBAUM, 2017, p. 42).

A referida distinção pode ser corroborada pela consideração de que uma pessoa pode adquirir uma capacidade interna em virtude de uma certa forma de funcionamento e pode

---

<sup>208</sup> No original: “Los derechos fundamentales no son más que palabras hasta que la acción del Estado los convierte en reales”.

<sup>209</sup> Em referência ao conjunto de normas nacionais e internacionais que demarcam sua atual posição jurídica, conforme tratado no Capítulo 3.

perdê-la se carece de oportunidade de funcionar (capacidades centrais) (NUSSBAUM, 2017, p. 42-43). Ilustrando o exemplo, considere uma pessoa com deficiência visual que teve acesso à educação profissional inclusiva, de forma apoiada, a partir da qual desenvolveu uma habilidade profissional, contudo, não pode ingressar no mercado de trabalho porque não há garantia de acessibilidade. Com efeito, recorda-se que promover capacidades é promover áreas de liberdade.

Dessa forma, considerando que as capacidades combinadas são o ponto de chegada da Teoria do Enfoque das capacidades e expressam o respeito pela dignidade inerente das pessoas com deficiência, bem como o papel relevante assumido pelas capacidades centrais para analisar se determinado Estado é responsivo ao mínimo exigido para que seus cidadãos e cidadãs vivam uma vida com dignidade, pretende-se analisar cada uma das capacidades centrais e indicar, se for o caso, sua correspondência no Microsistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência no Brasil. Para tanto, cada capacidade central será confrontada a Constituição da República (BRASIL, 1988) e com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009) e, eventualmente, com alguma legislação ordinária que regule imediatamente dispositivo constitucional.

A primeira capacidade central relacionada por Nussbaum trata da vida em todas as suas extensões. Assim, compreende o direito de as pessoas poderem usufruir de uma vivência por tempo razoável e que valha a pena ser vivida. Nesse ponto, acredita-se que viver uma vida que valha a pena ser vivida, compreenda, ainda, o direito a uma morte digna<sup>210</sup>.

A morte digna apresenta-se como uma reivindicação de alguém ante um sofrimento insuportável, provocado por uma doença grave, diagnosticada irreversível ou terminal, objetivando que aquela pessoa possa escolher como deseja vivenciar sua própria terminalidade (DADALTO, 2019). Para tanto, recorre-se à eutanásia, ao suicídio assistido ou à ortotanásia. A eutanásia consiste na antecipação da morte de alguém em sofrimento, por pedido seu. No suicídio assistido, a própria pessoa em sofrimento coloca fim a sua vida dependendo, contudo, do apoio de outra ou outras pessoas. Por fim, na ortotanásia não há antecipação da morte de alguém, entretanto, também não há a prorrogação de tratamentos inúteis que a delongaria. Consiste, pois, no empreendimento de protocolos de conforto para o paciente, a fim de que a doença tenha seu curso natural (DADALTO, 2019, p. 2-7).

A vida é um direito que está garantido no título II, da Constituição da República (BRASIL, 1988), que relaciona os direitos e garantias fundamentais. Especificamente, no seu

---

<sup>210</sup> Para tanto, o referido direito é interpretado como corolário do direito à vida. Nesse sentido, exemplificativamente, Maria de Fátima Freire de Sá, Diogo Luna Moureira (2016) e Luciana Dadalto (2019).

artigo 5º, *caput*<sup>211</sup>, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos. Além disso, o artigo 10º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009), impõe aos Estados Partes proporcionarem as medidas necessárias para consumir o efetivo exercício do direito à vida pelas pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas<sup>212</sup>. As práticas que viabilizam o direito à uma morte digna, contudo, são condutas majoritariamente tipificadas pelo Código Penal (BRASIL, 1940).

A eutanásia é considerada como conduta idêntica àquela descrita em seu artigo 121<sup>213</sup>, que criminaliza o homicídio. O suicídio assistido, por sua vez, configura o crime de auxílio ao suicídio, descrito em seu artigo 122<sup>214</sup>. Por fim, a ortotanásia é a única que não representa a violação de um bem juridicamente protegido, motivo pelo qual no que tange a relação médico-paciente, encontra-se disciplinada pela Resolução n. 1805<sup>215</sup>, do Conselho Federal de Medicina (2006).

A segunda capacidade central trata da saúde, incluindo a reprodutiva, e as condições materiais (mínimas) necessárias à sua manutenção, quais sejam: alimentação adequada e moradia. A saúde, a alimentação e a moradia também constituem direitos e garantias fundamentais, todos relacionados no capítulo II, dos direitos sociais, artigo 6º da Constituição da República (BRASIL, 1988). O direito ao planejamento familiar que inclui a saúde reprodutiva, especificamente, está em seu artigo 226, §7º (BRASIL, 1988). Paralelamente, presentes também no 25, 28 e 23 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009)<sup>216</sup>, pelos quais os Estados Partes reconhecem,

---

<sup>211</sup> “Art. 5º 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 [...]” (BRASIL, 1988).

<sup>212</sup> Ademais, o direito à vida também é mencionado a partir do artigo 10 do EPD, no Título II, Dos Direitos Fundamentais, Capítulo I, Do Direito à Vida.

<sup>213</sup> Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

<sup>214</sup> Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

<sup>215</sup> Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

<sup>216</sup> “Art. 25. Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero. Em especial, os Estados Partes: a) Oferecerão às pessoas com deficiência programas e atenção à saúde gratuitos ou a custos acessíveis da mesma variedade, qualidade e padrão que são oferecidos às demais pessoas, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva e de programas de saúde pública destinados à população em geral; b) Propiciarão serviços de saúde que as pessoas com deficiência necessitam especificamente por causa de sua deficiência, inclusive diagnóstico e intervenção precoces, bem como serviços projetados para reduzir ao máximo e prevenir deficiências adicionais,

respectivamente, o direito das pessoas com deficiência de gozarem do estado de saúde mais elevado possível; o direito a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e moradia; o direito de acesso à educação em matéria de reprodução e de planejamento familiar, bem como os meios necessários para exercer esses direitos<sup>217</sup>.

A terceira capacidade central da lista trata da integridade física, conciliando ações de não ingerência e efetiva promoção de direitos. Nesse sentido, compreende a possibilidade de livre locomoção; proteção contra a violência, inclusive, sexual e doméstica e promoção de oportunidade de satisfação sexual e eleições em questões reprodutivas. Isso posto, analisando o direito a integridade na Constituição da República (BRASIL, 1988), tem-se que ele está genericamente assegurado no art. 5º, *caput*<sup>218</sup>, no capítulo I, dos direitos e deveres individuais e coletivos, e no inciso XLIX<sup>219</sup>. A livre locomoção, por sua vez, encontra-se no inciso XV<sup>220</sup>, do mesmo artigo.

Além disso, a integridade física da mulher é especialmente protegida pela regulação do artigo 8º, do art. 226, nos termos da Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006) que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Finalmente, a promoção de oportunidades no que tange a questões reprodutivas, asseguradas genericamente no artigo 226, § 7º, também da Constituição, é viabilizada por outra legislação ordinária, qual seja Lei n. 9.263 (BRASIL, 1996).

Paralelamente, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009), dispõe em seu artigo 17, que “toda pessoa com deficiência tem o direito a que sua integridade física e mental seja respeitada, em igualdade de condições com

inclusive entre crianças e idosos; c) Propiciarão esses serviços de saúde às pessoas com deficiência, o mais próximo possível de suas comunidades, inclusive na zona rural; d) Exigirão dos profissionais de saúde que dispensem às pessoas com deficiência a mesma qualidade de serviços dispensada às demais pessoas e, principalmente, que obtenham o consentimento livre e esclarecido das pessoas com deficiência concernentes. Para esse fim, os Estados Partes realizarão atividades de formação e definirão regras éticas para os setores de saúde público e privado, de modo a conscientizar os profissionais de saúde acerca dos direitos humanos, da dignidade, autonomia e das necessidades das pessoas com deficiência; e) Proibirão a discriminação contra pessoas com deficiência na provisão de seguro de saúde e seguro de vida, caso tais seguros sejam permitidos pela legislação nacional, os quais deverão ser providos de maneira razoável e justa; f) Prevenirão que se negue, de maneira discriminatória, os serviços de saúde ou de atenção à saúde ou a administração de alimentos sólidos ou líquidos por motivo de deficiência.” (BRASIL, 2009).

<sup>217</sup> Ademais, o direito à saúde também é mencionado a partir do artigo 18 do EPD, no Título II, Dos Direitos Fundamentais, Capítulo III, Do Direito à Saúde.

<sup>218</sup> Art. 5º 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:

<sup>219</sup> XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

<sup>220</sup> XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

as demais pessoas”. Em relação ao seu conteúdo, acerca da proteção a violência, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009), menciona em seu artigo 16, a responsabilidade de os Estados Partes tomarem todas as medidas apropriadas de natureza legislativa, administrativa, social, educacional e outras para proteger as pessoas com deficiência, tanto dentro como fora do lar, contra todas as formas de exploração, violência e abuso, incluindo aspectos relacionados a gênero<sup>221</sup>.

A quarta capacidade central da lista confere papel relevante aos sentidos, à imaginação e ao pensamento. Seu conteúdo reflete o direito à educação adequada, a liberdade de expressão e a liberdade religiosa. A educação, a liberdade de expressão, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, bem como a garantia de livre exercício dos cultos religiosos estão todos relacionados nos capítulos I e II, da Constituição da República (BRASIL, 1998). A educação aparece como um direito social em seu artigo 6º<sup>222</sup>. A liberdade de expressão, inviolabilidade da liberdade de consciência e livre culto, estão todos no artigo 5º, respectivamente nos incisos IX<sup>223</sup> e VI<sup>224</sup>.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009), dispõe em seu artigo 24, que os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito, devem assegurar sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida<sup>225</sup>. Ademais, em relação a liberdade religiosa, tem-se em seu preâmbulo, item “p”, a preocupação com as difíceis situações enfrentadas por pessoas com deficiência que estão sujeitas a formas múltiplas ou agravadas de discriminação, dentre elas, referentes à religião<sup>226</sup>.

A quinta capacidade central são as emoções, que compreendem a possibilidades de afeição por coisas e pessoas, bem como a livre faculdade de amar e expressar sentimentos diversos. Para tanto, a defesa dessa capacidade implica certas formas de associação humana cruciais ao seu desenvolvimento. A Constituição da República (BRASIL, 1988) não expressa

<sup>221</sup> Ademais, o art. 5º do EPD, dispõe que a pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.

<sup>222</sup>“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>223</sup>“IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”

<sup>224</sup>“VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”

<sup>225</sup> Ademais, o direito à educação também é mencionado a partir do artigo 27 do EPD, no Título II, Dos Direitos Fundamentais, Capítulo IV, Do Direito à Educação.

<sup>226</sup> Ademais, o artigo 5º, item 2, do DPD, dispõe que “os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo”, infere-se a discriminação em relação a religião, nesse aspecto.

nenhum dos direitos e garantias fundamentais tão específicos quanto a essa capacidade central, contudo, assegura em seu artigo 5º, *caput*<sup>227</sup>, a liberdade individual, na qual se acredita compreendia a liberdade de ser e expressar sua personalidade, e no inciso XVII<sup>228</sup>, a liberdade de associação. E, mais, em seu artigo 226, tem-se a consagração da garantia da liberdade de constituição familiar<sup>229</sup>, importante forma de associação humana e a partir da qual se tem as primeiras interações da pessoa com deficiência e seu especial apoio.

As emoções e sua relação com a família surgem de maneira mais pontual na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009), que em seu artigo 23 dispõe acerca do necessário respeito pelo lar e pela família, impondo aos Estados Partes o dever de adotarem medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamentos, em igualdade de condições com as demais pessoas, assegurando a oportunidade de vivenciarem a emoção e respectivamente, o seu desenvolvimento emocional.

A sexta capacidade central é a da razão prática, que compreende a possibilidade de reflexão acerca das diversas concepções de bem, incluindo a religiosa, e a autodeterminação da própria vida. Sua proteção ocorre pela liberdade de consciência e culto, que já foram analisadas junto à quarta capacidade. Para além dessas formas de proteção, ressalte-se o liame entre a capacidade em análise e a pluralidade, bem como a possibilidade de que diferentes pessoas possam ratificar a sua importância, o que sugere o êxito da pretensão transcultural de Nussbaum (2002, p. 131, tradução nossa<sup>230</sup>):

[...] acho que podemos produzir uma teoria destes elementos necessários para o verdadeiro funcionamento humano, que comande um consenso transcultural; uma lista que possa ser endossada para propósitos políticos por pessoas que, em outras oportunidades, tinham diferentes perspectivas sobre o que uma boa e completa vida deveria ser.

No que se refere à possibilidade de que as pessoas com deficiência possam refletir e agir autonomamente, elegendo suas próprias concepções de vida boa, destaca-se que

<sup>227</sup> “Art. 5º 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 [...]”

<sup>228</sup> “XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;”

<sup>229</sup> Conforme interpreta-se a decisão proferida no julgamento em conjunto da ADI 4277 e a da ADPF 132, em maio de 2011, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

<sup>230</sup>No original: “I think we can produce an account of these necessary elements of truly human functioning that commands a broad cross-cultural consensus, a list that can be endorsed for political purposes by people who otherwise have very different views of what a complete good life for a human being would be”.

Nussbaum (2017, p. 47) considera que a única possibilidade de sua teoria sofrer alguma restrição de aplicabilidade seria diante de pessoas sem qualquer tipo de atividade conativa (pessoas com anencefalia ou em estado vegetativo), sem prejuízo, por óbvio, do igual respeito à sua dignidade.

Dessa forma, às pessoas com deficiência mental ou intelectual deve ser assegurado que tenham as mesmas oportunidades que as pessoas sem deficiência, ainda que algumas dessas oportunidades tenham que ser exercidas mediante apoio<sup>231</sup>, pelos quais serão promovidas capacidades internas (NUSSBAUM, 2017, p. 44).

O importante, em todo caso, é que em consideração a capacidade de razão prática não ocorra a substituição da vontade da pessoa com deficiência quando não impedida absolutamente de exprimir vontade discernida, bem como em âmbitos que, não obstante impedida de discernir, violariam sua subjetividade. O que poderia ocorrer, por exemplo<sup>232</sup>, pela imposição de religião à pessoa com deficiência que impedisse que ela se submetesse a determinado tratamento médico<sup>233</sup>.

A razão prática não guarda corolário na Constituição da República (BRASIL, 1988) além da liberdade de consciência e culto. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009), contudo, concede especial relevância para o conteúdo da razão prática em vários de seus dispositivos, incluindo não apenas o seu reconhecimento, mas o dever dos Estados Partes de promoverem o seu apoio e desenvolvimento.

Nesse sentido, primeiramente, assegura que desde a infância seja conferido respeito ao desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e ao direito que desenvolvam sua própria identidade<sup>234</sup>. A partir disso, a capacidade das pessoas com deficiência deve estar inserida em políticas de conscientização<sup>235</sup>, a fim de fomentar o respeito à sua dignidade

---

<sup>231</sup> Cabe aqui uma ressalva. Embora, Nussbaum entenda que há alguma limitação do Teoria do enfoque das capacidades diante de pessoas com ausência de atividade conativa, não tendo exatamente explorado a extensão desse problema, ressalte-se que algumas capacidades centrais, tais como: vida, saúde e integridade física, podem e devem ser asseguradas àquelas pessoas em respeito à sua dignidade inerente e, nesse caso, também resguardadas a partir da articulação de diferentes medidas de apoio e cuidado à pessoa com deficiência, conforme será aprofundado no Capítulo 5.

<sup>232</sup> Situação que pode ser ainda ilustrada pela representação da pessoa com deficiência, impedida de discernir, na constituição de matrimônio.

<sup>233</sup> Tal como ocorre com as testemunhas de jeová em relação a doação de sangue.

<sup>234</sup> “Artigo 3. Os princípios da presente Convenção são: [...] h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.”

<sup>235</sup> “Artigo 8. Conscientização. 1. Os Estados Partes se comprometem a adotar medidas imediatas, efetivas e apropriadas para: c) Promover a conscientização sobre as capacidades e contribuições das pessoas com deficiência. [...] iii) Promover o reconhecimento das habilidades, dos méritos e das capacidades das pessoas com deficiência e de sua contribuição ao local de trabalho e ao mercado laboral;”



inerente. A capacidade é ainda pautada em termos jurídicos, pelos quais os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, bem como o dever de promoverem as salvaguardas adequadas ao seu exercício, de forma que respeitem os direitos, a vontade e os desejos das pessoas<sup>236</sup>.

Por fim, a eventual ausência de autonomia e plena capacidade da pessoa com deficiência deve ser uma referência para a estruturação de programas completos de habilitação e reabilitação<sup>237</sup>.

A sétima capacidade central trata da afiliação, na qual se reflete a possibilidade de participação de formas diversas de interação social, de reunião e expressão política. Além disso, implica a necessidade de que as pessoas disponham das bases sociais do autorrespeito, alcançadas a partir da não discriminação de qualquer raça, sexo, orientação sexual, etnia, casta, religião ou origem nacional. Diante disso, além das considerações já formuladas referentes à associação na análise da quinta capacidade central, são relevantes as considerações relacionadas ao respeito à diversidade e à pluralidade.

O respeito às diferentes culturas, povos e liberdade de escolha constituíram uma preocupação central para o Teoria do enfoque das capacidades, por essa razão há uma relação especial de complementariedade entre a capacidade de razão prática e de afiliação, pela qual se percebe que:

[...] não deveríamos ignorar o fato de que cada pessoa toma opções distintas e que o respeito as pessoas exige que se respeitem os âmbitos de liberdade em torno de cada uma delas dentro daqueles que tomam suas decisões. Algumas de tais decisões serão pessoais e idiossincráticas, porém outras muitas estarão relacionadas com

---

<sup>236</sup> “Artigo 12. Reconhecimento igual perante a lei. [...] 2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. 3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. 4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.”

<sup>237</sup> “Artigo 26. Habilitação e reabilitação. 1. Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas, inclusive mediante apoio dos pares, para possibilitar que as pessoas com deficiência conquistem e conservem o máximo de autonomia e plena capacidade física, mental, social e profissional, bem como plena inclusão e participação em todos os aspectos da vida. Para tanto, os Estados Partes organizarão, fortalecerão e ampliarão serviços e programas completos de habilitação e reabilitação, particularmente nas áreas de saúde, emprego, educação e serviços sociais, de modo que esses serviços e programas: [...]”

identidades culturais, religiosas ou éticas de índole coletiva. (NUSSBAUM, 2017, p. 131, tradução nossa<sup>238</sup>)

No que se refere ao respeito à diversidade, nesses termos, a Constituição da República (BRASIL, 1988) dispõe em seu artigo 3º, inciso IV, que constitui objetivo da República Federativa do Brasil a promoção do “[...] bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Paralelamente, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009), expressa em seu preâmbulo a preocupação com as diferentes formas de discriminação às quais estão sujeitas as pessoas com deficiência e estabelece, no artigo 5º<sup>239</sup>, que cabe aos Estados Partes o dever de proibição de qualquer discriminação baseada na deficiência, bem como a garantia de que as pessoas com deficiência receberão proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.

A oitava capacidade central, denominada outras espécies, ressalva a possibilidade de uma vida integrada ao meio ambiente. A relevância dessa capacidade consiste na pressuposição de que a qualidade do entorno natural e a saúde dos ecossistemas são cruciais para o bem-estar humano e implicam um compromisso com as gerações futuras, que reivindicarão a mesma capacidade central (NUSSBAUM, 2017, p. 193).

A qualidade ambiental é importante para apoiar as capacidades das pessoas e viabilizar diferentes alternativas de funcionamento. Nesse sentido, tem-se na Constituição da República (BRASIL, 1988), artigo 225, norma correlata e pela qual se assegura a todos o “[...] direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, [...] impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

A oitava capacidade central não conta com proteção respectiva na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009), contudo, não há dúvida que sua garantia é fundamental para que a pessoa com deficiência usufrua com mais possibilidades e qualidade de sua vida e saúde, principalmente.

---

<sup>238</sup> No original: “[...] no deberíamos ignorar el hecho de que cada persona toma opciones distintas y que el respeto a las personas exige que se respeten los ámbitos de libertad en torno a cada una de ellas dentro de los que toman sus decisiones. Algunas de tales decisiones serán personales e idiosincrásicas, pero otras muchas estarán relacionadas con identidades culturales, religiosas o étnicas de índole colectiva.”

<sup>239</sup> “Artigo 5. Igualdade e não-discriminação. 1.Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei. 2.Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo. 3.A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida. 4.Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.”

A nona capacidade central, de lazer, expressa a possibilidade de rir, jogar e desfrutar de atividades recreativas. Trata-se de importante faculdade, sobretudo, para crianças e adolescentes que estão ainda em fase tenra de desenvolvimento de suas habilidades inatas.

A Constituição da República (BRASIL, 1988) assegura o direito ao lazer para todas as pessoas em seu artigo 6º<sup>240</sup>. Além do referido dispositivo, relaciona o lazer como referência para estabelecimento do salário mínimo, no artigo 7º, inciso IV<sup>241</sup>, ao tratar do desporto no artigo 217, §3º<sup>242</sup>, bem como estabelece, no artigo 227<sup>243</sup>, o dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito ao lazer.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009) também reconhece a importância do lazer ao estipular, com especial relevância para as crianças no artigo 30<sup>244</sup>, alínea d. Além disso, no mesmo dispositivo assegura o direito das pessoas com deficiência de participar na vida cultural e em recreação, lazer e esporte, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, razão pela qual deve ser promovida a sua inclusão e acessibilidade aos bens e locais culturais.

Por fim, a décima capacidade, qual seja de controle sobre o próprio entorno, é subdividida em âmbito político e âmbito material. No âmbito político, destaca-se a possibilidade de participação efetiva na vida e nas decisões políticas, proteção à liberdade de expressão e associação. Em âmbito material, tem-se a possibilidade de adquirir propriedades e direitos correlatos<sup>245</sup>, ocupar um posto de trabalho e ter proteção contra investidas arbitrárias,

---

<sup>240</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>241</sup> “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”

<sup>242</sup> “Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: [...] § 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.”

<sup>243</sup> “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

<sup>244</sup> Ademais, o direito à educação também é mencionado a partir do artigo 42 do EPD, no Título II, Dos Direitos Fundamentais, Capítulo IX, Do Direito à Cultura, ao Esporte, ao Turismo e ao Lazer.

<sup>245</sup> “[...] em listas anteriores não figurava a capacidade de ter propriedade, pois Nussbaum temia confundir seu projeto com o programa do liberalismo libertário para o qual a propriedade privada é algo que deveria ser protegido acima de qualquer coisa, mas a experiência com as mulheres na Índia lhe mostrou que grande causa de seu empobrecimento advinha da sua falta de direito à propriedade. Assim, na ausência de direitos à propriedade, não podiam reivindicar para si nenhum bem material, seja em caso de divórcio, seja em caso de partilha de herança.” (CASTRO, 2009, p. 90).

efetivadas sem respaldo judicial. A referida capacidade e seu conteúdo expressam, em síntese, o igual respeito do qual devem gozar as pessoas diante do Estado e das instituições.

A Constituição da República (BRASIL, 1988) assegura a todos o exercício da soberania popular pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto. Contudo, dado o caráter da democracia representativa, não há obrigatoriedade de realização de audiência pública pelo Poder Legislativo, a fim de garantir a participação popular dos destinatários de eventual norma.

O direito à propriedade, ao trabalho e proteção contra as decisões arbitrárias encontram-se protegidos pela norma constitucional, todos no artigo 5º. Dessa forma, o direito à propriedade encontra-se garantido em seu *caput*. O direito ao trabalho, por sua vez, é de livre exercício para qualquer ofício ou profissão, na forma do inciso XIII do artigo referido. Finalmente, a proteção contra as decisões arbitrárias decorre da garantia da inviolabilidade do domicílio, bem como da proibição de que alguém seja preso, salvo em situação de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, na forma dos incisos XI e LXI.

Os direitos políticos da pessoa com deficiência e a proteção especial a sua liberdade de expressão política estão assegurados pelo artigo 29 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009)<sup>246</sup>, pelo qual se impõe aos Estados Partes o dever de assegurarem que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na vida política e pública, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos, incluindo o direito e a oportunidade de votarem e serem votadas.

---

<sup>246</sup>“Artigo 29. Participação na vida política e pública. Os Estados Partes garantirão às pessoas com deficiência direitos políticos e oportunidade de exercê-los em condições de igualdade com as demais pessoas, e deverão: a) Assegurar que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na vida política e pública, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos, incluindo o direito e a oportunidade de votarem e serem votadas, mediante, entre outros: i) Garantia de que os procedimentos, instalações e materiais e equipamentos para votação serão apropriados, acessíveis e de fácil compreensão e uso; ii) Proteção do direito das pessoas com deficiência ao voto secreto em eleições e plebiscitos, sem intimidação, e a candidatar-se nas eleições, efetivamente ocupar cargos eletivos e desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, usando novas tecnologias assistivas, quando apropriado; iii) Garantia da livre expressão de vontade das pessoas com deficiência como eleitores e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que elas sejam auxiliadas na votação por uma pessoa de sua escolha; b) Promover ativamente um ambiente em que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na condução das questões públicas, sem discriminação e em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e encorajar sua participação nas questões públicas, mediante: i) Participação em organizações não-governamentais relacionadas com a vida pública e política do país, bem como em atividades e administração de partidos políticos; ii) Formação de organizações para representar pessoas com deficiência em níveis internacional, regional, nacional e local, bem como a filiação de pessoas com deficiência a tais organizações.”

No mesmo sentido, na forma do seu artigo 27<sup>247</sup> (BRASIL, 2009), cabe aos Estados Partes reconhecer, proteger e promover o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível.

Finalmente, a proteção contra decisões ou medidas arbitrárias que possam agravar a posição social e jurídica das pessoas com deficiência é assegurada pelo artigo 15<sup>248</sup> da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009), pelo qual se impõe o dever dos Estados Partes de adotarem todas as medidas efetivas de natureza legislativa, administrativa, judicial ou outra a fim de evitar que elas sejam submetidas à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

As capacidades centrais, bem como seus corolários no Microsistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência, em âmbito constitucional, constituem a base sobre a qual é possível projetar qual a justiça social básica que cabe às pessoas com deficiência em respeito pela sua dignidade inerente, porquanto:

---

<sup>247</sup> “Artigo 27. Trabalho e emprego. 1.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros: a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho; b) Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho; c) Assegurar que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos trabalhistas e sindicais, em condições de igualdade com as demais pessoas; d) Possibilitar às pessoas com deficiência o acesso efetivo a programas de orientação técnica e profissional e a serviços de colocação no trabalho e de treinamento profissional e continuado; e) Promover oportunidades de emprego e ascensão profissional para pessoas com deficiência no mercado de trabalho, bem como assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego; f) Promover oportunidades de trabalho autônomo, empreendedorismo, desenvolvimento de cooperativas e estabelecimento de negócio próprio; g) Empregar pessoas com deficiência no setor público; h) Promover o emprego de pessoas com deficiência no setor privado, mediante políticas e medidas apropriadas, que poderão incluir programas de ação afirmativa, incentivos e outras medidas; i) Assegurar que adaptações razoáveis sejam feitas para pessoas com deficiência no local de trabalho; j) Promover a aquisição de experiência de trabalho por pessoas com deficiência no mercado aberto de trabalho; k) Promover reabilitação profissional, manutenção do emprego e programas de retorno ao trabalho para pessoas com deficiência. 2.Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência não serão mantidas em escravidão ou servidão e que serão protegidas, em igualdade de condições com as demais pessoas, contra o trabalho forçado ou compulsório.”

<sup>248</sup> “Artigo 15. Prevenção contra tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. 1.Nenhuma pessoa será submetida à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Em especial, nenhuma pessoa deverá ser sujeita a experimentos médicos ou científicos sem seu livre consentimento. 2.Os Estados Partes tomarão todas as medidas efetivas de natureza legislativa, administrativa, judicial ou outra para evitar que pessoas com deficiência, do mesmo modo que as demais pessoas, sejam submetidas à tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.”

Nenhuma nação pode satisfazer a necessidade de uma determinada capacidade dando as pessoas uma grande quantidade de outra, nem sequer entregando lhes dinheiro. Todas são distintas e todas devem ser garantidas e protegidas de maneira igualmente diferenciada. (NUSSBAUM, 2017, p. 56<sup>249</sup>).

Há, contudo, duas capacidades centrais que desempenham um papel arquitetônico na organização e conteúdo das demais capacidades, quais sejam: a da razão prática e a de afiliação. Segundo Nussbaum (2017, p. 59-61), as referidas capacidades exercem uma posição de dominação sobre as demais, no sentido de que quando as demais estão presentes em conformidade com a dignidade humana, as capacidades de afiliação e da razão prática estão intrincadas nelas.

Ao afirmar que as capacidades de razão prática e de afiliação possuem um papel arquitetônico de organização e promoção das demais capacidades centrais, pretende-se enfatizar quanto à capacidade de razão prática que: “a oportunidade de planejar a própria vida supõe uma oportunidade para escolher e ordenar também os funcionamentos correspondentes as diversas capacidades restantes.” (NUSSBAUM, 2017, p. 60, tradução nossa<sup>250</sup>). E, com um argumento similar, sobre a capacidade de afiliação entende-se que há também uma relação de dominação “pois quando estas [demais capacidades centrais] estão disponíveis de um modo respeitoso com a dignidade humana, a afiliação forma parte delas (a pessoa é respeitada como ser social)”. (NUSSBAUM, 2017, p. 60, tradução nossa<sup>251</sup>).

Diante disso, sem prejuízo da interpretação das capacidades centrais como mutuamente sustentáveis e da relevância da capacidade da afiliação nos termos acima considerados, incontroverso o caráter supremamente regulativo da razão prática e, por conseguinte, da importância que seja especialmente nutrida pela promoção de capacidades internas, a partir do apoio, quando necessário, à pessoa com deficiência.

Além disso, são imprescindíveis que os impedimentos inatos (ou adquiridos) que compõem as capacidades básicas das pessoas com deficiência sejam desenvolvidos, com ou sem recurso imediato às medidas de cuidado, a partir do seu efetivo acesso à educação inclusiva, à saúde e à formação profissional, proporcionais e apropriados às circunstâncias da pessoa, a fim de que tenham oportunidades alternativas de escolha e ação.

---

<sup>249</sup> No original: “Ninguna nación puede satisfacer la necesidad de una determinada capacidad dando a las personas una gran cantidad de otra, ni siquiera entregándoles dinero. Todas son distintas y todas han de ser garantizadas y protegidas de manera igualmente diferenciada.”

<sup>250</sup> No original: “la oportunidad de planificar la propia vida supone una oportunidad para elegir y ordenar también los funcionamentos correspondientes a las diversas capacidades restantes”.

<sup>251</sup> No original: “[...] pues cuando estás disponibles de un modo respetuoso con la dignidad humana, la afiliación forma parte de ellas (la persona es respetada como ser social).”

Com efeito, aspectos relevantes que preenchem o conteúdo das capacidades centrais da vida, saúde, integridade física, sentidos, imaginação, pensamento, emoções, outras espécies, lazer, controle sobre o próprio entorno e mesmo a afiliação, dependem da combinação das capacidades básicas e internas para exercício da razão prática. Exemplificativamente, não basta ao Direito garantir um Sistema Único de Saúde que seja direito de todos e dever do Estado, sem que estejam sendo produzidas capacidades internas para que a escolha e aceitação de eventuais tratamentos seja discernida, na maior medida do possível, por intermédio do exercício (apoiado ou não) da razão prática.

Assim, considerando o Microssistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência em âmbito constitucional, não há dúvida que a inclusão das capacidades centrais de razão prática e afiliação expressam o respeito à sua dignidade inerente e, paralelamente, devem desempenhar um papel regente na organização de um sistema integrado de apoio que possa proteger e promover os demais direitos e garantias fundamentais.

Logo, a capacidade legal que constitui o corolário imediato da razão prática na CDPD, deve ser complementada por um sistema de apoio adequado, proporcional e suficiente às circunstâncias pessoais da pessoa com deficiência, a fim de que as medidas de cuidado relativas ao exercício da sua capacidade legal respeitem seu grau de discernimento, sua vontade e suas preferências. A capacidade central de afiliação, por sua vez, se adequadamente promovida garantirá proteção às pessoas com deficiência contra a discriminação a qual estão sujeitas, permitindo que participem de diferentes formas de interação social que são igualmente necessárias à produção de suas capacidades internas.

Isso posto, tendo sido desenvolvidas as noções relacionadas às capacidades básicas, internas, centrais e combinadas que conferem conteúdo à Teoria do Enfoque das capacidades, bem como tendo sido contraposto o seu conteúdo ao Microssistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência em âmbito constitucional, é possível concluir que o referido microssistema é consistente com os fundamentos da justiça social básica endossados pela Teoria do Enfoque das capacidades, ou seja, atende formalmente ao mínimo que cada Estado deve aos seus cidadãos e cidadãs para garantir um mínimo essencial exigível para uma vida digna.

Por outro lado, quando a métrica oferecida pela Teoria do Enfoque das capacidades é aplicada para medir a qualidade de vida das pessoas com deficiência, em abstrato, e levando em consideração a proporcionalidade do sistema de apoio à promoção de capacidades internas, ou seja, para o desenvolvimento da razão prática da pessoa com deficiência

(conteúdo de sua capacidade legal), tem-se que concluir em hipótese pela ausência de respeito à sua dignidade inerente.

Para tanto, justifica-se que ao pressupor a igual capacidade legal das pessoas com deficiência, a despeito do seu grau de discernimento, a Teoria das Capacidades e o atual sistema de apoio que dela emerge, introduziram de forma assistemática e estritamente regulamentar as medidas de apoio e de cuidado que deveriam promover capacidades internas, ou seja promover o desenvolvimento da dignidade da pessoa com deficiência a partir da proteção e promoção da sua capacidade legal. Aqui reside, portanto, o desvelamento do problema central do Microssistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência.

Apesar disso, é incontroverso a releitura da Teoria das Capacidades a partir da CDPD e do EPD, promoveram importantes avanços. Nesse sentido, a ruptura com a possibilidade jurídica de que alguém com deficiência seja declarado absolutamente incapaz, bem como a determinação de que a análise da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial e realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, elementos que privilegiam a pluralidade e diversidade das pessoas com deficiência. Ademais, a introdução da tomada de decisão apoiada como modelo alternativo de proteção à pessoa com deficiência também representa um marco importante para o reconhecimento das suas vontades, autonomia e preferências.

Contudo, a presunção da plena capacidade civil das pessoas com deficiência para o exercício de situações e relações jurídicas existenciais, mesmo quando privadas de discernimento, dada a restrição da curatela às situações patrimoniais, bem como a formatação processual autônoma da interdição e da tomada de decisão apoiada constituem óbices ao fomento da autonomia e das habilidades das pessoas com deficiência, uma vez que embora tenham sido produzidas capacidades centrais ao seu exercício, não estão sendo promovidas capacidades internas para tanto.

De forma sistemática, é possível afirmar que o atual sistema de apoio que emerge da revisão da Teoria das Capacidades, sob a métrica de análise da Teoria do Enfoque das capacidades, ignora que a capacidade legal, tal como as capacidades básicas, não se efetiva faticamente da mesma forma para todos, ao contrário do que sugere o pressuposto formal daquela primeira. Por conseguinte, apresenta um sistema de apoio não responsivo às necessidades de produção de capacidades internas. Logo, as capacidades centrais que foram asseguradas pelo Microssistema Jurídico de proteção e promoção das pessoas com



deficiência, têm sua via de acesso frustrada pela presunção irrealista da igualdade das condições para a capacidade de exercício. E, finalmente, tornam-se menos prováveis a consecução de capacidades combinadas.

Diante disso, pretende-se na próxima seção conciliar o resultado da aplicação da métrica da Teoria do Enfoque das capacidades ao sistema de apoio, aos fundamentos de sua justiça básica, a fim de que sejam supridas as incompletudes derivadas da Teoria das Capacidades e seja possível congrega, simultaneamente, a complexidade e a diversidade que demarcam a posição da pessoa com deficiência no mundo da vida. Para tanto, pretende-se a elaboração das premissas gerais que deverão nortear o sistema de apoio, para que no próximo capítulo elas sejam integradas na releitura do sistema de apoio.

### **4.3. Desvelando incompletudes e insuficiências do atual sistema de apoio para a ressignificação do exercício de igual capacidade da pessoa com deficiência**

A relação interdependente e complementar entre as capacidades básicas, as capacidades internas e as capacidades centrais, revelam âmbitos de liberdades e oportunidades alternativas nos quais as pessoas com deficiência têm a faculdade de funcionar no exercício de sua razão prática ou igual capacidade. Dessa relação decorre a efetivação das capacidades combinadas. Portanto, são as capacidades e não os funcionamentos que devem ser promovidos pelo Estado e pelo Direito.

Considerando que a capacidade central de exercício da razão prática, no seu correspondente no Microssistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência já está sendo assegurada em seu mínimo, como reduzir ou neutralizar as instâncias de desproporcionalidade do atual sistema de apoio, a fim de que a partir das considerações substanciais da Teoria do Enfoque das capacidades, ele possa ser operacionalizado para que promova o desenvolvimento da pessoa com deficiência?

A resposta para essa pergunta deve ser derivada, inicialmente, do resgate de algumas noções abordadas nos Capítulo 3, no qual foi apresentada a revisitação da Teoria das Capacidades e o atual sistema de apoio. Especificamente, quais são as atuais medidas de cuidado, âmbitos de sua incidência e extensão, bem como o papel dos cuidadores das pessoas com deficiência. A partir disso, pressupondo que a revisão da Teoria das Capacidades impõe às pessoas com deficiência uma escolha trágica provocada pelo pressuposto de igual

capacidade, qual seja: entre a proteção desapoiada e uma intervenção substitutiva de sua vontade, pretende-se derivar as premissas estruturais de um sistema integrado de apoio.

A Teoria das Capacidades no primeiro Código Civil brasileiro (BRASIL, 1916) atribuiu a incapacidade absoluta às pessoas com deficiência, então referenciadas na expressão “loucos de todo gênero” e na designação dos surdos-mudos que não pudessem exprimir a sua vontade. Por conseguinte, estavam elas sujeitas à interdição e à curatela, sendo representadas em âmbito patrimonial, não obstante, a autoridade do curador estendia-se aos filhos da pessoa curatelada, nascido ou nascituro. Da incapacidade absoluta decorria a nulidade dos atos jurídicos praticados pessoalmente pelas pessoas com deficiências interditas.

Com a promulgação do novo Código Civil (BRASIL, 2002), em sua redação original, a Teoria das Capacidades foi alterada e apenas a deficiência mental, somada à ausência de discernimento, constou como hipótese de incapacidade absoluta proveniente de deficiência. Paralelamente, a deficiência foi também incluída como hipótese de incapacidade relativa para as pessoas com Síndrome de Down, então tratadas como pessoas excepcionais de desenvolvimento mental incompleto. Ambos os casos de incapacidade sujeitavam à pessoa com deficiência à interdição e à curatela, nos termos do Código sucedido. A diferença pontual residia na distinção da incapacidade da pessoa com deficiência em absoluta e relativa, das quais decorriam, respectivamente, a nulidade e a anulabilidade dos atos jurídicos praticados pessoalmente pelas pessoas com deficiências interditas, sem representação ou assistência do seu curador.

A lógica jusprivatista, no que concernia à Teoria das Capacidades e às pessoas com deficiência, era de permitir o tráfego negocial sem os obstáculos que seriam derivados de uma investigação casuística da sua capacidade de exprimir vontade discernida para consecução em concreto da validade dos atos e negócios jurídicos celebrados. Da interdição, ter-se-ia a imposição relativamente permanente de sua incapacidade de fato para os atos da vida civil.

Por outro lado, se da interdição não decorria nenhuma permissiva ao curador para gerir a vida do curatelado em âmbito não patrimonial, também não havia qualquer proibição nesse sentido. Era o patrimônio da pessoa com deficiência e, não ela própria, que interessou à organização protetiva das relações jurídicas. Prova disso é o fato de que, no Código Civil de 1916, bem como no de 2002, as pessoas com deficiência que não se adaptassem ao convívio doméstico deveriam ser recolhidas em estabelecimentos adequados.

Diante disso, apenas com a aprovação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pelo Congresso Nacional<sup>252</sup> (BRASIL, 2009), com status de emenda constitucional, que são observadas emendas do plenário que revisam a Teoria das Capacidades no projeto de Lei n. 7.699 de 2006 (BRASIL, 2006), posteriormente transformado na Lei Ordinária n. 13.146 (BRASIL, 2015a), que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Dentre essas mudanças analisadas no Capítulo 3, destaca-se a exclusão da deficiência como hipótese de incapacidade absoluta ou relativa, remanescendo a incapacidade de exprimir vontade como hipótese que pode ou não coincidir com os impedimentos experimentados por uma pessoa com deficiência. E, ainda sobre a capacidade, também merece destaque a presunção da sua plena capacidade civil para o exercício de direitos subjetivos de personalidade, de família e de exercício de medidas de cuidado.

Por essa razão, a pessoa com deficiência será submetida à curatela apenas quando necessário e se verificada a sua incapacidade de exprimir vontade. Aferição que se dará por avaliação biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar. De qualquer forma, estabelecida à curatela ela restringe-se às questões patrimoniais e negociais. Portanto, estão excluídos do âmbito de atuação do curador as situações e relações jurídicas existenciais<sup>253</sup>, ou seja, aquelas cujo conteúdo reflita imediatamente direitos subjetivos de personalidade.

Alternativamente à curatela, tem-se a tomada de decisão apoiada, introduzida no Projeto de Lei que deu origem ao Estatuto da Pessoa com Deficiência por emenda de autoria do deputado Eduardo Barbosa com objetivo de refletir o artigo 12, item 2<sup>254</sup> da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, apresentando um instrumento de apoio especialmente modulável às circunstâncias pessoais da pessoa com deficiência, bem como às situações jurídicas nas quais seja pretendido o exercício da sua capacidade.

Pelo exposto, é possível concluir que o atual arquétipo do sistema de apoio à capacidade civil da pessoa com deficiência é organizado a partir de dois instrumentos, quais sejam: curatela e tomada de decisão apoiada. Os referidos instrumentos distinguem-se quanto:

---

<sup>252</sup> Por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do §3º do art. 5º da Constituição da República (BRASIL, 1988).

<sup>253</sup> Noção já apresentada no Capítulo 3 e para qual contribuíram, dentre outros, Rose Melo Vencelau (2009, p. 36-42) e Pietro Perlingieri (2007, p. 155)

<sup>254</sup> “Artigo 12. Reconhecimento igual perante a lei. [...] 2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.”

a) ao seu pressuposto de admissibilidade; b) a legitimidade ativa para requerimento; c) ao seu âmbito de abrangência; d) extensão e limites da atuação do cuidador.

A diferença no pressuposto de admissibilidade reside no fato de que a curatela apenas pode ser deferida, enquanto medida extraordinária, diante da incapacidade da pessoa com deficiência de exprimir vontade. Na tomada de decisão apoiada, a referida capacidade não constitui qualquer óbice ao seu deferimento.

A segunda diferença reside no fato de que a curatela da pessoa com deficiência deverá ser requerida<sup>255</sup>, alternativamente, pelo seu cônjuge ou companheiro; por parentes ou tutores; pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando ou, em caráter residual, pelo Ministério Público<sup>256</sup>. Por outro lado, o apoio obtido pela tomada de decisão apoiada depende de requerimento exclusivo da pessoa a ser apoiada<sup>257</sup>.

No que se refere ao âmbito de abrangência, a curatela restringe-se às situações patrimoniais. A tomada de decisão apoiada, por sua vez, pode alcançar situações patrimoniais ou existenciais, indistintamente.

Finalmente, no que tange a extensão e limites da atuação dos cuidadores, curadores ou apoiadores, tem-se na curatela a imposição objetiva de atuação do curador em âmbitos patrimoniais e processuais, razão pela qual deve suprir a incapacidade de exercício do curatelado na celebração de negócios jurídicos<sup>258</sup> e sua incapacidade processual<sup>259</sup> no acesso à justiça, sob pena de anulabilidade e ilegitimidade processual, respectivamente.

Na tomada de decisão apoiada, os cuidadores, no mínimo dois apoiadores, têm uma atuação mais difusa e de difícil demarcação à priori, uma vez que cabem a eles prestarem apoio na tomada de decisão das pessoas com deficiência sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possam exercer sua capacidade<sup>260</sup>. Há,

<sup>255</sup> Nos termos do artigo 747 e 748 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2016): “Art. 747. A interdição pode ser promovida: I - pelo cônjuge ou companheiro; II - pelos parentes ou tutores; III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV - pelo Ministério Público. Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial.

Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave: I - se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição; II - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747.”

<sup>256</sup> Uma vez que sua legitimidade depende da inexistência ou incapacidade das demais pessoas relacionadas.

<sup>257</sup> Na forma do § 2º, artigo 1783-A, do Código Civil (BRASIL, 2002): “[... § 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo.”

<sup>258</sup> Nos termos do artigo 171, do Código Civil (BRASIL, 2002): “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente;”

<sup>259</sup> Sobre a capacidade processual, tem-se no artigo 71 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015b): “Art. 71. O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei.”

<sup>260</sup> Conforme infere-se do artigo 1.783-A do Código Civil (BRASIL, 2002): “Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as

ainda, a possibilidade de que seja questionada a validade e eficácia de determinada decisão apoiada, perante terceiros, se excluída dos limites do apoio acordado<sup>261</sup>.

Diante do exposto, tendo sido retomadas de forma sistemática as características do atual sistema de apoio à pessoa com deficiência, necessário indicar precisamente os problemas que irão reger sua releitura. Para tanto, inicialmente recorda-se que a revisão da Teoria das Capacidades por influência imediata da CDPD, na forma operada pelo EPD, teve por objetivo adequar à pessoa com deficiência ao tradicional regime de capacidades jusprivatista e não contrário. Assim, mantiveram-se as categorias tradicionais e foram tão somente alteradas sua ordenação.

Disso decorrem os três problemas centrais de desproporcionalidade do sistema de apoio. O primeiro origina-se do não reconhecimento da diversidade das pessoas com deficiência como elemento nuclear para estruturação de um sistema de apoio cujas medidas sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias particulares da pessoa com deficiência e em respeito à sua dignidade inerente. Com efeito, tem-se um sistema de apoio tão regulamentar quanto o seu antecessor, pelo qual são estabelecidos regimes autônomos e não complementares entre a interdição e a tomada de decisão apoiada.

O segundo problema decorre da observação de que eventual incapacidade da pessoa com deficiência em exprimir vontade é corrigida pela forma do Direito Privado, por intermédio da atribuição da curatela, não obstante, seu pretense caráter extraordinário. Há, assim, uma relação de tudo ou nada na verificação da capacidade de exprimir vontade, deferese ou indefere-se o pedido de curatela, não existem medidas alternativas naquele procedimento. Com efeito, a tomada de decisão apoiada depende de procedimento específico.

Paralelamente, confirmada a incapacidade da pessoa com deficiência e sendo lhe atribuído curador, impõe-se a limitação da sua atuação levando-se em consideração exclusivamente a natureza da situação jurídica para qual pretenda o exercício da capacidade da pessoa com deficiência e, paralelamente, ignora-se qualquer papel para esse cuidador na promoção de condições relativas ao exercício da capacidade da pessoa com deficiência em situações existenciais, para as quais é presumida plenamente capaz.

Por fim, tem-se desproporcionalidade das medidas de cuidado que vinculam a atuação dos cuidadores, terceiro problema central do sistema de apoio. A referida

---

quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.”

<sup>261</sup> Interpretação que se faz do §4º, artigo 1.783-A do Código Civil (BRASIL, 2002), do qual infere-se que: “[...] § 4º-A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.”

desproporcionalidade está relacionada à inobservância da correlação entre aquelas medidas e o grau de afetação do discernimento da pessoa com deficiência. Para justificar essa assertiva, considere-se as formas de operação da capacidade da pessoa com deficiência submetida à curatela ou a tomada de decisão apoiada, quais sejam: assistência e o apoio informacional.

A assistência configura espécie de autorização concedida pelo curador para que a pessoa com deficiência possa praticar atos negociais na vida civil, de forma que a ausência do curador torna anulável o ato praticado pelo curatelado. O apoio, por sua vez, consiste no fornecimento de informação adequada à pessoa com deficiência a fim de que ela possa exercer sua capacidade com autonomia.

Diante disso, tanto a assistência quanto o apoio dependem de algum grau de habilidade da pessoa com deficiência em exprimir a sua vontade. A diferença entre eles é que, o apoio, por não estar restrito ao âmbito patrimonial, pode ser melhor ajustado às circunstâncias pessoais da pessoa com deficiência diante de cada direito ou interesse. Por outro lado, ambos são imprestáveis ante a ausência dessa habilidade, hipótese para a qual deveria ter sido conservada a possibilidade de representação, pela qual a capacidade da pessoa com deficiência é exercida por outrem em seu benefício. Para tanto, caberá “[...] ao laudo pericial multidisciplinar apontar os atos para os quais a pessoa não tem discernimento, a necessidade de representação ou assistência por um curador, num ideário de decisões tomadas considerando a (re) construção da vontade do sujeito.” (SOUZA, 2016, p. 376).

Pelo exposto, retomada a discussão sob o Teoria do enfoque das capacidades, necessário que o sistema de apoio seja revisado, erigindo a pessoa com deficiência e suas incapacidades básicas relacionadas ao seu grau de discernimento como referencial de organização proporcional do conteúdo das medidas de apoio e cuidado, levando-se em consideração o grau de afetação da sua capacidade básica, bem como o apoio indispensável ao exercício de suas capacidades internas e combinadas.

Dessa forma, ao erigir a pessoa com deficiência como referencial primário de organização do sistema de apoio, sua diversidade de habilidades deve ser um pressuposto correlato, razão pela qual o primeiro fundamento normativo que pode ser derivado para estruturação desse sistema é a sua compreensão vinculada aos termos da cláusula geral de proteção e promoção à pessoa com deficiência, com amparo no artigo 12, item 4, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009) e no artigo 84, *caput*, do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Nos quais se lê, respectivamente, que:

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.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Logo, a garantia de um sistema de apoio apropriado e efetivo para prevenir abusos, com respeito aos direitos, à vontade e as preferências da pessoa, cujas medidas sejam proporcionais às circunstâncias da pessoa, a fim de assegurar o exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, confere conteúdo a essa cláusula geral constitucional<sup>262</sup>, cuja vantagem é criar aberturas do direito legislado à dinamicidade e pluralidade que correlaciona as pessoas com deficiência. Ressalte-se que “os elementos que preenchem o significado da cláusula geral não são, necessariamente, elementos jurídicos, pois advirão diretamente da esfera social, econômica ou moral” (MARTINS-COSTA, 1998, p. 9), assim, podem ser preenchidos indiretamente pelos fundamentos de justiça básica abstraídos do Teoria do enfoque das capacidades, conforme desenvolvido na seção anterior.

A derivação de uma cláusula geral que estruture o sistema de apoio à pessoa com deficiência é também endossada por Mariana Lara<sup>263</sup> (2019, p. 170-171) ao manifestar-se favorável a um regime de apoio e proteção que seja destinado genericamente a todo indivíduo que, em que pese tenha atingido a maioridade, tenha o discernimento reduzido ou anulado por qualquer causa.

Da compreensão do sistema de apoio como uma cláusula geral decorre, por derivação, a interpretação das ações judiciais para requerimento de curatela e tomada de decisão apoiada como ações fungíveis. Ou seja, independente da ação que tenha sido proposta, diante das circunstâncias pessoais da pessoa com deficiência sub judice, e da linguagem normativa inscrita na cláusula geral de apoio, é possível que o juiz receba e processe o procedimento

---

<sup>262</sup> Dada a natureza da CDPD, conforme desenvolvido no Capítulo 3.

<sup>263</sup> Registra-se que a referida autora propõe que a referida cláusula seja proveniente de uma alteração legislativa, redigida nos seguintes termos: “A pessoa maior que, por qualquer causa, tenha o seu discernimento, temporária ou permanentemente, reduzido ou anulado, dificultando-a de reger seus interesses pessoais ou patrimoniais de maneira consciente, fará jus ao sistema de proteção e apoio” (LARA, 2019, p. 170-171). O que se entende, contudo, desnecessário pela leitura proposta.

apresentado em conformidade com a situação mais adequada ao grau de discernimento da pessoa com deficiência.

Dessa forma, compreende-se que “legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato” (CANOTILHO, 2003, p. 257). Assim, se proposta uma ação de curatela quando verificada, exemplificativamente, a capacidade da pessoa com deficiência para exprimir vontade em âmbito negocial, pode ser a pessoa com deficiência questionada acerca do seu interesse de constituir apoiadores para tomada de suas decisões naqueles atos. Além disso, possível compreender a possibilidade de, em consideração ao grau de discernimento da pessoa com deficiência para exprimir a sua vontade de forma distinta em âmbito existencial e patrimonial, conceder a ela, simultaneamente, apoiadores e curadores.

Por fim, considerando a possibilidade de que alguém com deficiência tenha total impedimento de discernimento, estando impossibilitado de exprimir, interesses e preferências, deve ser considerada a possibilidade de modulação da atuação do curador ou apoiador para que seja a ele conferido o dever legal de protegê-la, representando os seus interesses. Sendo assim, “[...] todo esforço deve ser empreendido para moldar a situação ao caso concreto, com a menor restrição possível de direitos e o respeito à dignidade da pessoa humana envolvida” (LARA, 2019, p. 165).

A especial relevância ao papel do poder judiciário na atribuição da medida de apoio adequada à pessoa com deficiência decorre do caráter atribuído ao sistema de apoio, qual seja, de cláusula geral. Dessa forma, tem-se que:

Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema.

[...]

Dessa constatação deriva uma importante conclusão, a saber: a incompletude das normas insertas em cláusulas gerais significa que, não possuindo uma *fatispecie* autônoma, carecem ser progressivamente formadas pela jurisprudência, sob pena de restarem emudecidas e inúteis. Significa, também que o juiz tem o dever, e a responsabilidade, de formular, a cada caso, a estatuição, para o que deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos os elementos que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral. (MARTINS-COSTA, 1998, p. 9).



A concretização do sistema de apoio em atenção especial ao cuidado adequado às circunstâncias pessoais da pessoa com deficiência pode abarcar todo o campo das capacidades indispensáveis à efetivação da dignidade que lhe é inerente:

[...] A boa assistência aos dependentes, sejam eles crianças, idosos ou deficientes, coloca o apoio às capacidades no âmbito da vida, da saúde e da integridade física no centro de suas ações. Também provê estímulo para os sentidos, imaginação e pensamento. Encoraja laços emocionais e remove “medo e ansiedade excessivos”; de fato, o bom cuidado constitui uma forma valiosa de relação. O bom cuidado também apoia a capacidade dos assistidos para o raciocínio prático e escolha; encoraja a afiliação de muitos tipos, inclusive a afiliação social e política, onde for apropriado. Protege o bem crucial do autorrespeito. O bom cuidado também apoia a capacidade de divertir-se e aproveitar a vida. Apoia o controle sobre o próprio ambiente material e político: em vez de serem vistas como meras propriedades de outros, as pessoas com impedimentos e deficiências precisam ser vistas como cidadãos dignos que têm o direito à propriedade, emprego e assim por diante. Cidadãos com impedimentos possuem muitas vezes poucas oportunidades de desfrutar da natureza; uma boa assistência também apoiaria essa capacidade. Em resumo, o papel íntimo e básico que o cuidado tem na vida daqueles que são assistidos, devemos dizer que abarca, ou deveria abarcar, todo o campo das capacidades humanas centrais. (NUSSBAUM, 2013, p. 207).

Nesse sentido, considerando os estados das pessoas, que são sempre “fluídos e dinâmicos”, que cada pessoa possui as suas incapacidades básicas para as quais são requeridas o desenvolvimento de capacidades internas, cujo desenvolvimento deve ser especialmente atribuído aos seus cuidadores, a fim de que sejam efetivadas suas capacidades combinadas em âmbito patrimonial e existencial, necessário que essas premissas gerais possam ser projetadas para a repercussão derradeira do Enfoque da Capacidade nas diretrizes de efetivação da capacidade legal da pessoa com deficiência, uma vez que “[...] dado o cuidado adequado, podem torna-se capazes de realizar funções centrais da lista de capacidades centrais.” (NUSSBAUM, 2013, p. 234).

Dessa forma, não há dúvida que medidas proporcionais de apoio e cuidado à pessoa com deficiência são aquelas que se adequem à natureza particular do impedimento da pessoa, além de que um bom cuidado avaliará a necessidade de estímulo cognitivo e apoio constante de acordo com suas capacidades de relacionamento (NUSSBAUM, 2013, p. 208). Afinal, “[...] um bom cuidado para uma pessoa com impedimento mental (incluindo pessoas idosas com demência ou Alzheimer) é um cuidado individualizado” (NUSSBAUM, 2013, p. 209).

Assim, o Direito deve se adaptar a fim de garantir para as pessoas com deficiência tantas capacidades quantas forem possíveis. Para tanto, devem ser consideradas as premissas estabelecidas nessa seção, quais sejam: o caráter da cláusula que consagra o sistema de apoio como uma cláusula geral constitucional, da qual decorre a natureza fungível das ações

destinadas ao deferimento de medidas de apoio; a necessária modulação da atuação dos cuidadores, especificada pela assistência, apoio ou representação e, finalmente; a expansão do seu âmbito a fim de que compreenda, simultaneamente, situações jurídicas existenciais e patrimoniais, tudo conforme as circunstâncias pessoais da pessoa com deficiência sub judice.

Diante de todo o exposto, as referidas premissas serão projetadas no Capítulo 5, a fim de que sejam desenvolvidas as diretrizes para a produção da capacidade legal da pessoa com deficiência na releitura do sistema de apoio que emerge da interpretação da Teoria das Capacidades.

## **5 A INTEGRAÇÃO DO SISTEMA DE APOIO PELA CLÁUSULA GERAL CONSTITUCIONAL DE APOIO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

A cláusula geral constitucional que rege o sistema de apoio, derivada do artigo 12, item 4, da CDPD, impõe aos Estados o dever de assegurar que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência incluam salvaguardas proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa. Assim, ao erigir a pessoa com deficiência ao centro da organização normativa que rege integração do sistema de apoio, efetiva-se a confluência necessária entre a proteção e promoção da sua dignidade inerente.

Da integração do sistema de apoio decorre: a) a natureza fungível dos procedimentos jurisdicionais de interdição e de tomada de decisão apoiada, que são destinados ao deferimento de medidas de cuidado; b) a coexistência entre as medidas de assistência, representação e apoio de forma proporcional ao grau de discernimento da pessoa com deficiência; c) expansão e modulação das medidas de cuidado em atenção à natureza da situação subjetiva que será alcançada.

Diante do exposto, objetiva-se no presente Capítulo repercutir as premissas originadas da compreensão do sistema de apoio como cláusula geral na releitura integrada do sistema de apoio à pessoa com deficiência. Para tanto, pretende-se na seção 5.1 delimitar como a capacidade ou incapacidade da pessoa com deficiência de exprimir vontade discernida poderá influir na fungibilidade dos procedimentos de interdição e tomada de decisão apoiada, bem como na coexistência desses procedimentos. Sucessivamente, na seção 5.2, pretende-se especificar o fundamento para coexistência das medidas de assistência, do apoio e da representação, bem como os limites de atuação do cuidador em conformidade com a capacidade de discernimento da pessoa com deficiência. Por fim, na seção 5.3, será especificado como a natureza da situação jurídica deve influir na funcionalização das medidas de cuidado e nos deveres do assistente, do representante e do apoiador.

### **5.1 Da (in) capacidade da pessoa com deficiência de exprimir vontade: a fungibilidade dos procedimentos de interdição e tomada de decisão apoiada**

As pessoas com deficiência poderão enfrentar diferentes barreiras para deliberar e expressar sua vontade discernida nos processos decisórios relacionados a própria vida,

afetando suas possibilidades de ser e de fazer. As referidas barreiras indicam a necessidade de que sejam propostas medidas proporcionais à natureza e ao grau de obstrução que frustra sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A definição de medidas de cuidado proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa com deficiência perpassa pelo acesso à justiça e é efetivada no âmbito dos procedimentos jurisdicionais de interdição e tomada de decisão apoiada, disciplinadas respectivamente entre os artigos 747 e 758 do Código de Processo Civil de 2015 e pelo artigo 1.783-A do Código Civil de 2002<sup>264</sup>. Os dois procedimentos são integradas pelo sistema de apoio, cláusula geral constitucional inscrita no artigo 12, item 4, da CDPD e artigo 84, *caput*, do EPD.

Dessa forma, inexistindo qualquer relação entre a deficiência e a incapacidade de fato, a possível influência de qualquer impedimento de longo prazo na autonomia da pessoa com deficiência não pode ser estabelecida sem uma análise casuística do papel do seu entorno social, político, econômico e jurídico na criação de barreiras às suas inaptidões inatas ou adquiridas, bem como também imprescindível a análise da relação entre as referidas barreiras e a obstrução da sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Inaptidões relacionadas a comunicação, locomoção, aos cuidados pessoais e domésticos, as habilidades sociais, a gestão da própria saúde e segurança, bem como aquelas provenientes da falta de acesso à educação, ao lazer e ao mercado de trabalho exemplificam âmbitos de deliberação e expressão de vontade discernida que podem ser prejudicados pelas diversas barreiras impostas às pessoas com deficiência, exemplificativamente descritas no artigo 3º, do EPD (BRASIL, 2015a):

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:

a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;

---

<sup>264</sup> Registra-se que inexistente no Código de Processo Civil norma específica para processamento da Tomada de Decisão Apoiada, razão pela qual aplica-se o artigo 1.783-A do Código Civil de 2002 que inserido pelo EPD, estabelece a legitimidade, o fundamento e os efeitos da TDA em âmbito material e processual. A relação entre o Direito Privado e o Processo Civil não é absolutamente estranha, conforme esclarece Humberto Theodoro Junior (2017, p. 16): “São bastante íntimas as relações do direito processual civil com o direito privado, pois o direito comercial e o direito civil são os que fornecem as regras materiais que o juiz deve aplicar na composição da maioria dos litígios que lhe são submetidos a julgamento.”

- b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;
- c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;
- d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;
- e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;
- f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias;

A incapacidade de exprimir vontade discernida não resulta exclusivamente, portanto, de uma inaptidão ou de uma deficiência, embora possa coincidir com elas. Por essa razão, foi inapreensível pelo modelo médico de abordagem da deficiência que se encontra subjacente ao desenvolvimento da curatela e do procedimento de interdição<sup>265</sup>. Logo, a aplicação não integrada dos procedimentos de interdição e da tomada de decisão apoiada, pela perpetuação do antigo regime jurídico aplicável às incapacidades, contribuirá para perpetuação do limbo existente entre a capacidade de direito e a capacidade de fato, no qual as pessoas com deficiência são agora aprisionadas, não pelas suas eventuais inaptidões, mas pelas barreiras que sedimentam sua segregação civil.

Dessa forma, embora a revisão da Teoria das Capacidades tenha sido pautada na presunção da plena capacidade civil das pessoas com deficiência, manteve a relação de tudo ou nada estabelecida entre eventual incapacidade de exprimir vontade e a curatela. Estabelecido o pressuposto de plena capacidade civil a partir de um referencial velado, porém absoluto de normalidade, as pessoas que nele não se enquadram estarão sujeitas à interdição, medida de substituição de vontade alheia ao dever de desenvolvimento e aperfeiçoamento das aptidões das pessoas curateladas de forma consistente com as barreiras que lhe são impostas e impedem o desenvolvimento do seu discernimento.

Portanto, para a efetiva participação das pessoas com deficiência na sociedade não basta à presunção da sua plena capacidade civil, sobretudo, quando o aperfeiçoamento e o desenvolvimento das suas faculdades não são incorporados às medidas de cuidado de forma proporcional às suas barreiras. Frustrando a produção de suas capacidades internas (ou seja, o desenvolvimento de suas aptidões) e, por conseguinte, da sua capacidade central de razão prática, na qual se assenta sua capacidade legal, conforme as categorias analíticas exploradas no Capítulo 4.

---

<sup>265</sup> Além do que já foi explorado no Capítulo 2 e 3 para sustentar essa afirmação, registra-se que cabe ao autor no processo de interdição juntar laudo médico que comprove a alegação de incapacidade do interditando ou provar sua impossibilidade de fazê-lo, na forma do artigo 750 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015b).

A fragmentação do sistema de apoio ignora o estado fluído e dinâmico da deficiência em sua conformação social e, por conseguinte deixa de promover âmbitos de exercício de liberdade e escolha. Essa afirmação pode ser confirmada pelos resultados alcançados em pesquisa de iniciação científica desenvolvida por Luana Maria Menezes<sup>266</sup>, na qual foram analisadas decisões judiciais relacionadas aos processos de interdição entre os anos de 2016 e 2017<sup>267</sup>, primeiros anos de vigência do EPD, nos tribunais de justiça de todos os estados do Brasil, totalizando o número de 550 (quinhentos e cinquenta) acórdãos. A pesquisa indicou apenas uma decisão judicial na qual a curatela foi aplicada de forma proporcional às circunstâncias pessoais do interditando, especificando para quais atos da vida civil estaria ele relativamente incapaz<sup>268</sup>.

Pelo exposto, a integração dos procedimentos de interdição e tomada de decisão apoiada é uma premissa necessária a garantia de que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência respeitem seus direitos, sua vontade e suas preferências e sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, bem como sejam proporcionais e apropriadas às suas circunstâncias pessoais.

---

<sup>266</sup> A pesquisa foi encerrada em julho de 2019 e foi desenvolvida em duas fases pela graduanda Luana Maria Menezes sob orientação da professora Dra. Iara Antunes de Souza e coorientação da mestrande Priscilla Jordanne Silva Oliveira. Na primeira fase, por meio da Iniciação Científica regida pelo edital PROPP n. 03/2017 – PIP – 2S/UFOP 2017-2018, estudou-se os conceitos doutrinários dos temas correlatos e levantou-se quantitativamente os julgados de todos os tribunais de justiça do país utilizando-se as seguintes palavras chave “interdição”, “curatela”, “interdição + perícia” e “curatela + perícia”, no período de janeiro de 2016 a dezembro de 2017, tendo como resultado 2.322 (dois mil trezentos e vinte e dois) ementas. Na segunda fase da pesquisa, por meio da Iniciação Científica, regida pelo edital n. 03/2018 – PIP – 2S20, intitulada “A aplicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência pelos Tribunais de Justiça brasileiros – análise qualitativa dos julgados”, realizou-se a análise qualitativa das decisões judiciais, em um arcabouço de quinhentos e cinquenta acórdãos. Como trata-se de pesquisa não publicada até o encerramento desta dissertação, recomenda-se que o acesso ao relatório final seja solicitado por e-mail para a Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação (PROPP), da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), cujo endereço é [propp@ufop.edu.br](mailto:propp@ufop.edu.br).

<sup>267</sup> Justifica-se a escolha do lapso temporal entre os anos de 2016 e 2017 pois objetivou-se analisar a efetividade da aplicabilidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência após o início de sua vigência.

<sup>268</sup> Qual seja: “Em razão do exposto, declaro extinto o feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I do CPC e, com fundamento no artigo 84, §§ 1º e 3º e no artigo 85, ambos da Lei 13.146/2015, bem como artigo 1.772 do Código Civil e 747, II, do Código de Processo Civil, decreto a interdição de JONAS IZIDORO SCHAFRANSKI, nos termos do artigo 2º, § 1º, incisos I, II, III e IV da Lei 13.146/2015. Em consequência, nomeio como curadora MÁRCIA DERBLI SCHAFRANSKI mediante compromisso, a qual representará o interditando na prática dos seguintes atos: Compras, vendas e trocas rotineiras (que não ultrapassem a renda mensal da interditada); Administração de soldo, pensão ou benefício previdenciário; Movimentação de conta bancária e operações mediante uso de cartão bancário ou cheque; Administração de bens existentes em nome da interditada. Atos que impliquem em compras, vendas e trocas não rotineiras (bens móveis, imóveis, direitos e compras de maior valor, que superem a renda mensal da interditada) deverão ser previamente autorizadas pelo Juízo. Deverá a curadora prestar contas anualmente, nos termos do artigo 84, §4º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual não excepciona a existência de vínculo matrimonial entre interditado e curadora como justificativa para dispensa de tal obrigação.” Acórdão de n. 1702699-0 (Acórdão); Relator: Mario Luiz Ramidoff; Processo: 1702699-0; Acórdão: 50202; Fonte: DJ: 2186; Data Publicação: 24/01/2018; Órgão Julgador: 12ª Câmara Cível; Data Julgamento: 13/12/2017.

Dessa forma: “[...] qualquer manifestação de discernimento por meio da autonomia privada deve ser acatada pelo Direito.” (SOUZA, 2016, p. 368). Ademais, conforme se demonstrará, inexistente óbice processual que impeça o reconhecimento da fungibilidade que está sendo proposta, conforme anteriormente sugerido, inclusive, por Miguel Garcia Medina (2017, p. 647) ao analisar as mudanças promovidas pelo EPD no Direito Processual Civil:

Como a curatela tornou-se medida mais restrita, a partir da Lei 13.146/2015, pode suceder, a depender do teor do pedido de definição dos termos da curatela, que mostre-se mais adequado o processo de tomada de decisão apoiada.

Deve-se admitir a conversão do processo que define os termos da curatela em processo de tomada de decisão apoiada não apenas quando a própria pessoa com deficiência o requerer, mas, também, quando, pedida a definição dos termos da curatela por outra pessoa (cf. art. 747 e 748 do CPC/2015), a pessoa com deficiência, ao ser ouvida (art. 752 do CPC/2015), manifestar sua vontade nesse sentido.

Os dois procedimentos configuram hipóteses de jurisdição voluntária. Logo, pressupõem a inexistência de controversa entre o autor e o interditando, no procedimento de interdição e entre o apoiado e seus apoiadores, no procedimento de tomada de decisão apoiada. A atuação jurisdicional consiste na gestão dos interesses privados que é efetivada pelo juiz na relação com os interessados. Portanto, a sentença em ambos os casos não se apresenta como ato substitutivo da vontade dos envolvidos, como ocorre nas hipóteses de jurisdição contenciosa (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 148).

A partir dessa similaridade, seguem-se algumas especificidades acerca do procedimento de interdição e da tomada de decisão apoiada que serão relevantes para a conclusão que se seguirá acerca da natureza fungível delas. Nesse sentido, pretende explorar as distinções relacionadas a legitimidade, a causa de pedir de cada uma delas e efeitos da sentença em ambos os casos, aspectos que estão diretamente relacionados a (in)capacidade da pessoa com deficiência de exprimir vontade discernida.

O procedimento de interdição deve ser proposto pelos interessados relacionados pelo artigo 747<sup>269</sup> do Código de Processo Civil, no qual constam o cônjuge ou companheiro do interditando; seus parentes ou tutores; o representante da entidade em que ele eventualmente

---

<sup>269</sup> “Art. 747. A interdição pode ser promovida:

I - pelo cônjuge ou companheiro;

II - pelos parentes ou tutores;

III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;

IV - pelo Ministério Público.

Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial.” (BRASIL, 2015b)

se encontre abrigado, e em caráter excepcional, o Ministério Público<sup>270</sup>. A causa de pedir que fundamenta a propositura desse procedimento é a incapacidade relativa do interditando, que deverá ser investigada pelo método biopsicossocial e por equipe multiprofissional e interdisciplinar, na forma do parágrafo 1º do artigo 2º do EPD, conforme apresentado no Capítulo 3.

A partir do referido método, devem ser especificados os eventuais impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo da pessoa com deficiência; os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais que a circundam; suas eventuais limitações no desempenho de atividades diversas; e eventuais restrições de sua participação<sup>271</sup>. Finalmente, “verificada a falta de discernimento oriunda ou não da saúde mental, a pessoa será declarada incapaz por meio da interdição, sendo-lhe atribuído um curador.” (SOUZA, 2016, p. 399). Reitera-se, portanto, o caráter extraordinário da curatela, que deve ser proporcional às necessidades e às circunstâncias do caso concreto, nos termos do parágrafo 3º do artigo 84 do EPD<sup>272</sup>.

Diante disso, se necessário deve ser a pessoa com deficiência submetida à curatela, cuja atribuição é feita de forma individual ou compartilhada, observando-se a ordem preferencial prevista no artigo 1.775 do Código Civil (BRASIL, 2002) e a legitimidade de requerimento da interdição do artigo 747 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015b), do qual se extraem o cônjuge ou companheiro do interditando e, sucessivamente, seu pai ou a mãe e; na falta desses, o descendente que se demonstrar mais apto. Além dessas pessoas, o representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando, uma vez que podem ser nomeados curadores os requerentes da interdição<sup>273</sup>. Logo, a definição do cuidador na interdição encontra-se vinculada pela lei.

Paralelamente, tem-se a regulamentação da legitimidade ativa para início do procedimento de tomada de decisão apoiada no parágrafo 2º do artigo 1.783-A do Código Civil, pelo qual se encontra vinculada exclusivamente a pessoa com deficiência a ser apoiada.

---

<sup>270</sup> Na forma do artigo 748 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015b): “Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave:

I - se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição;

II - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747.”

<sup>271</sup> Para uma análise mais ampla desse método remete-se o leitor a seção 3.2, do Capítulo 3.

<sup>272</sup> “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

[...]

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.” (BRASIL, 2015a)

<sup>273</sup> “Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz:

I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;” (BRASIL, 2015b)



Dessa forma, a ação deve ser promovida exclusivamente por ela, que irá indicar pelos menos 2 (duas) pessoas para prestar-lhe apoio nas decisões que envolvam atos da sua vida civil patrimoniais ou existenciais, inclusive, conforme observa Iara Antunes de Souza (2016, p. 321).

Esclarece-se que a figura do apoiador não se confunde com a existência de pessoas que auxiliam as pessoas com deficiência eventualmente ou diariamente, seja em razão de parentesco, amizade ou subordinação empregatícia. Os apoiadores são livremente escolhidos pela pessoa com deficiência e assumem, por sentença judicial, o dever de cumprir as diretrizes fixadas no termo de apoio.

O procedimento de tomada de decisão apoiada é estruturado para conferir amparo ao pressuposto formal de plena capacidade legal que situa as pessoas com deficiência na revisão da Teoria das Capacidades. Diante disso, flexibiliza o caráter estático da capacidade de fato e oferece um instrumento adequado ao desenvolvimento das habilidades inatas das pessoas com deficiência de forma individualizada e consistente com as barreiras que ela própria identifica na efetivação das suas possibilidades alternativas de ser e agir na gestão dos seus interesses privados.

O fundamento da tomada de decisão apoiada consiste no interesse da pessoa com deficiência de receber apoio individualizado no exercício de sua razão prática, facilitando sua tomada de decisão relacionada a atos da sua vida civil, a partir do qual lhe são fornecidos elementos e informações necessários ao exercício de sua capacidade de fato.

Assim, a tomada de decisão apoiada poderá ser utilizada como meio de apoio quando “[...] em razão da deficiência, a pessoa não se sentir apta à tomada de certa decisão, poderá se valer do instituto para que, de qualquer forma, exerça sua capacidade, ainda que com ajuda de outras pessoas.” (SOUZA, 2016, p. 318).

Por não se tratar de procedimento cuja causa de pedir funda-se na demonstração da incapacidade da pessoa com deficiência, a homologação do acordo de tomada de decisão apoiada não está condicionada à avaliação da capacidade do apoiado de exprimir vontade discernida. Nesse ponto, ressalta-se a incompatibilidade lógica entre a incapacidade de discernir e a tomada de decisão apoiada, uma vez que para essa última é imprescindível a manifestação de vontade discernida do apoiado na deliberação dos limites do apoio; compromissos dos apoiadores; prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses do apoiado.

Da necessidade de que a pessoa que requer a homologação do termo de apoio tenha capacidade de exprimir vontade discernida, decorre a última distinção que será abordada entre a interdição e a tomada de decisão apoiada, qual seja: a desnecessidade de que a sentença homologatória do termo de apoio seja averbada no Registro Civil de Pessoas Naturais<sup>274</sup>, ao contrário do que ocorre com a sentença de interdição por disposição expressa no artigo 755, §3<sup>o</sup><sup>275</sup> do Código de Processo Civil.

Entende-se que essa desnecessidade se deve ao fato de que a pessoa com deficiência que opta pela tomada de decisão apoiada possui a sua capacidade civil incólume, conforme comprova a disposição do artigo 1.783-A, §4<sup>o</sup><sup>276</sup> do Código Civil, uma vez que os negócios jurídicos celebrados pela pessoa com deficiência apoiada possuem validade e eficácia, em que pese não serem praticados sob auxílio dos apoiadores, já que conservam a sua plena capacidade.

A ideia é reafirmada pelo §5<sup>o</sup> do referido artigo, ao determinar que terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. Com esse dispositivo pretendeu o legislador evitar que futuras invalidades sejam arguidas em virtude da não participação dos apoiadores na relação jurídica patrimonial celebrada (ALMEIDA, 2019, p. 227).

Pelo exposto na análise comparativa da legitimidade, causa de pedir e efeitos da sentença nos procedimentos de interdição e tomada de decisão apoiada, é possível concluir que o critério de verificação da adequação da via procedimental eleita para deferimento de medidas de cuidado à pessoa com deficiência é a causa de pedir. Logo, se a causa do pedido for a incapacidade da pessoa com deficiência de exprimir vontade discernida, o procedimento é a interdição. Por outro lado, se da capacidade de discernimento decorrer o pedido para o seu apoio informado, tem-se o cabimento da tomada de decisão apoiada.

---

<sup>274</sup> Atualmente, tramita o Projeto de Lei n. 11091/2018, originário do Projeto de Lei n. 757/2015, que prevê alteração legislativa no Código Civil (BRASIL, 2002), determinando inúmeras alterações e inclusões no artigo 1.783-A, dentre elas, a disposição expressa de que a tomada de decisão apoiada não será registrada e nem averbada no Registro Civil de Pessoas Naturais.

<sup>275</sup> Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz: [...] §3<sup>o</sup> A sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente. (BRASIL, 2015b)

<sup>276</sup> “Art. 1.783-A. [...] § 4<sup>o</sup>A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.” (BRASIL, 2002)

A existência de alguma capacidade de exprimir vontade discernida da pessoa com deficiência é incompatível com a curatela. Logo, “[...] se existir qualquer resquício que seja de discernimento ele deve ser reconhecido pelo Direito e exercido pela pessoa.” (SOUZA, 2016, p. 372).

Diante disso, tem-se a fungibilidade da ação de interdição a partir do momento que for verificado, por avaliação multidisciplinar, que a pessoa com deficiência possui capacidade de exprimir vontade discernida, ainda que relativa a alguns atos da vida civil.

A conversão permite, portanto, que seja atribuída à medida de cuidado adequada a pessoa com deficiência sem prejuízo da celeridade e da economia processual. Para exemplificar a conveniência da medida, ilustra-se sua conveniência diante do julgamento diante da Apelação Cível de n. 22505/2017<sup>277</sup>, julgada em 14 de setembro de 2017, na qual o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão concluiu (amparado pelo laudo pericial) pela impossibilidade de decretar a curatela de uma pessoa com deficiência, sob alegação de que as provas dos autos eram suficientes para demonstrar com clareza que o interditando possuía condições de manifestar a sua vontade.

No caso em análise, o magistrado ressaltou ainda, que embora o interditando tivesse momentos de crise e tomasse medicações específicas, a sua possibilidade de manifestar vontade afasta a necessidade de curatela completa e de curadores com poderes ilimitados (pressupondo, aparentemente, pelo caráter de substituição de vontade subjacente à curatela). Entendeu o Tribunal, de acordo com o EPD, que a curatela é medida excepcional que somente poderá ser definida caso seja demonstrado inequivocamente que o interditando não possui capacidade de exprimir sua vontade. Em conclusão, em análise proporcional às circunstâncias do interditando, manifestou ser completamente possível que ele fosse amparado pela tomada de decisão apoiada, não obstante, não tenha sido promovida a fungibilidade do procedimento nos termos ora propostos.

A fungibilidade da interdição para processamento de tomada de decisão apoiada imprescinde, ademais, da aquiescência expressa do interditando, a fim de que seja facultado a

---

<sup>277</sup> “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE CURATELA. PESSOA RELATIVAMENTE CAPAZ. COMPROVAÇÃO. NEGATIVA DO PEDIDO. RESPEITO AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 1. Dita o Código Civil: "Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos; Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: [...] III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade"; 2. Verifica-se, portanto, que o indivíduo, maior de idade, não pode ser mais considerado absolutamente incapaz, para os atos da vida civil, diante das alterações feitas no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº. 13.146/2015. 3. Laudo psicológico assevera que a capacidade mental do requerido era parcial e que ele possui condições de exprimir sua vontade. Assertiva que foi corroborada pelo próprio interditando em sede de "audiência de entrevista". Incapacidade relativa demonstrada. 4. Sentença que negou o pedido de curatela deve ser mantida. 5. Recurso desprovido.”

ele apresentar no prazo estabelecido pelo juízo o termo respectivo de apoio assinado pelo pretenso apoiado e pelos seus apoiadores. Cumprida a referida determinação, retifica-se o polo ativo da ação e processa-se a tomada de decisão apoiada na forma estabelecida pelo artigo 1.783-A do Código Civil.

Por outro lado, a incapacidade de exprimir vontade discernida da pessoa com deficiência atrai a incompatibilidade da tomada de decisão apoiada. Diante disso, tem-se a fungibilidade do procedimento de tomada de decisão apoiada a partir do momento que a pessoa com deficiência é incapaz de exprimir vontade discernida no âmbito para o qual postula apoio.

Logo, se o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, ao ouvir o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio, na forma do parágrafo 3º do artigo 1.783-A, concluir pela ausência da capacidade da pessoa com deficiência de exprimir vontade discernida, deverá negar a homologação do acordo a fim de garantir a isenção dessa medida de cuidado e resguardá-la da influência indevida de terceiros. A assistência da equipe multidisciplinar e a intervenção do Ministério Público na tomada de decisão apoiada se caracterizam, portanto, como mais uma medida de salvaguarda dos seus interesses (ANDRADE, 2018, p. 149).

Dessa forma, a fim de perseguir o propósito da CDPD em promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, entende-se que o magistrado poderá na tomada de decisão apoiada, ao verificar que a pessoa com deficiência é incapaz de exprimir vontade discernida, adaptar o feito. Para tanto:

Poderia intimar os legitimados ativos da ação de curatela (C.Civ., art. 747), fazendo uso do que dispõe o art. 139, VI, do NCPC, para lhes facultar a propositura do pedido de curatela, a fim de resguardar os interesses da pessoa em questão. Se a pessoa apresentar uma limitação psíquica grave, o próprio Ministério Público poderá, em caráter subsidiário, propor a ação de curatela. Nos termos do art. 748<sup>278</sup>, do Código de Processo Civil, a legitimidade ativa do MP somente se justifica se as pessoas designadas no artigo anterior não existirem, quedarem inertes ou, existindo, forem incapazes. Uma vez proposta a ação e decretada a curatela, extingue-se a tomada de decisão apoiada. (MENEZES, 2016, p. 54).

A fungibilidade dos procedimentos não altera sua legitimidade ativa. Notadamente, a fungibilidade da interdição para tomada de decisão apoiada não implica na ampliação ou modificação da legitimidade ativa para esse último procedimento, conforme sugere Francisco

---

<sup>278</sup> “Art. 748. O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave:

I - se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição;  
II - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747.” (BRASIL, 2015b).

José Bariffi (2014, p. 369). O referido autor sustenta que reservar unicamente a pessoa com deficiência tal medida, pode significar a exclusão de pessoas socialmente marginalizadas, por estarem institucionalizadas ou por não possuírem uma rede de apoio familiar. Por essa razão, propõe que terceiros sejam legitimados para requerer apoio para a pessoa com deficiência, com o condicionamento da aplicabilidade da medida a partir da manifestação de vontade da pessoa a ser apoiada, na escolha do apoiador e aos atos sobre os quais o apoio poderá recair.

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 930) também defendem que terceiros possam dar início ao procedimento de tomada de decisão apoiada em benefício da pessoa com deficiência que receberá apoio. Dessa forma, em configuração paralela ao procedimento de interdição, sugerem que seja estendida aos legitimados para a ação de interdição a legitimidade ativa no procedimento de tomada de decisão apoiada.

No entanto, entende-se que a extensão da iniciativa para terceiros acaba por desvirtuar a finalidade do instituto, privando a pessoa com deficiência da autonomia que formata o melhor modelo de cuidado que pode ser derivado por ela própria na definição dos termos do apoio. Com o que corrobora o posicionamento de Joyceane Bezerra de Menezes (2016, p. 46), ao enfatizar que o procedimento de tomada de decisão apoiada é ato personalíssimo, de legitimidade exclusiva da pessoa a ser apoiada, portanto, requerido pelo próprio interessado e nunca por terceiros.

Essa conclusão foi também expressa nos resultados das discussões empreendidas na VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (BRASIL, 2018), conforme infere-se da publicação do Enunciado n. 639: “A opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência. [...]”

Dessa forma, a fungibilidade da interdição pela tomada de decisão apoiada por manifestação expressa do outrora interditando, questiona-se a exigência imposta para que o apoio seja prestado por no mínimo 2 (duas) pessoas, na forma do artigo 1.783-A caput do Código Civil.

O questionamento funda-se no receio de que o número constitua um empecilho ao acesso da pessoa com deficiência a essa medida de apoio, conforme manifestado pelo Comitê sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (2014, p. 5) ao sugerir a possibilidade de que as pessoas com deficiência escolham um ou mais apoiadores ou recorram a outras formas de apoio, como por exemplo, apoio dos seus pares, defesa de seus interesses ou assistência na comunicação.

A manifestação do referido Comitê foi endossada por Ludmila Junqueira Duarte Oliveira (2019, p. 82), julgando ser possível ao juiz, diante do caso concreto e das circunstâncias pessoais da pessoa com deficiência, afastar-se da “legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”.

O fato de o legislador ter imposto o número mínimo de dois apoiadores sugere a tentativa de salvaguardar a pessoa com deficiência de influências indevidas, bem como permitir a compartilhamento do apoio. Não obstante, não pode ser imposto para criar uma barreira formalista de acesso a essa medida de cuidado.

Nesse sentido, entende-se ainda pela possibilidade de que os apoiadores ofereçam o suporte de modo conjunto fracionado ou conjunto compartilhado, conforme proposto por Joyceane Bezerra de Menezes (2016, p. 48). O suporte compartilhado se daria nas situações em que o exercício e a responsabilidade pelo apoio sejam atribuídos de forma integral a ambos os apoiadores. Já o suporte conjunto fracionado permitiria que cada apoiador fosse demandado individualmente em determinada área específica, de acordo com as suas aptidões e habilidades, recaindo nesse caso a responsabilidade exclusiva de cada apoiador por sua participação na tomada de decisão.

Por fim, além do caráter fungível dos procedimentos de interdição e tomada de decisão apoiada, entende-se pela possibilidade de coexistirem as medidas de cuidado derivadas de cada uma delas, uma vez que sobre os atos da vida civil para os quais a pessoa com deficiência está incapaz de exprimir vontade discernida recai a curatela e sobre aqueles remanescentes, para os quais ela deseja apoio, recai a tomada de decisão apoiada.

Nesse sentido, Joyceane Bezerra de Menezes (2017, p. 153-154) ao analisar o Projeto de Lei do Senado Federal de n. 757/2015<sup>279</sup>, concluiu que se a pessoa com deficiência estiver sob tomada de decisão apoiada e posteriormente for proposta sua interdição, relativamente a outros atos que não sejam objeto do apoio, não há óbice para coexistência entre a curatela e a tomada de decisão apoiada.

Por essa razão, a autora sugere a modificação do referido Projeto para incluir nas alterações que serão promovidas por ele o acréscimo de um novo parágrafo ao artigo 1.783-A, redigido da seguinte forma: “A tomada de decisão apoiada e a curatela poderão coexistir, relativamente à mesma pessoa, quando o objeto de cada uma vier a incidir sobre atos distintos.”

---

<sup>279</sup> O referido projeto que visa a harmonização dos dispositivos do Código Civil de 2002, do Código de Processo Civil de 2015, do EPD e da CDPD e atualmente está na Câmara dos Deputados sob o n. 11091/2018, aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Independente da modificação proposta é possível sintetizar o desenvolvimento da presente seção na seguinte formatação processual do sistema de apoio: a) ausência absoluta de exprimir vontade discernida observada no procedimento de tomada de decisão apoiada: tem-se sua fungibilidade pelo procedimento para interdição; b) ausência relativa de exprimir vontade discernida observada no procedimento de tomada de decisão apoiada: homologação parcial do termo de apoio, ressalvando do seu alcance atos de natureza patrimonial e/ou existencial para os quais a pessoa não manifestou capacidade de exprimir vontade, com possibilidade que se recaia curatela sobre eles, para tanto a tomada de decisão apoiada coexistirá com a interdição; c) capacidade absoluta de exprimir vontade discernida observada no procedimento de interdição: tem-se sua fungibilidade pelo procedimento de tomada de decisão apoiada; d) capacidade relativa de exprimir vontade discernida observada no procedimento de interdição: limitação da curatela aos atos de natureza patrimonial e/ou existencial para os quais a pessoa não manifestou capacidade de exprimir vontade, com possibilidade que se recaia sobre os demais atos, acordo para tomada de decisão apoiada que coexistirá com a interdição.

Diante do exposto, conclui que a integração do sistema de apoio tem início em âmbito processual, momento a partir do qual é possível garantir que as medidas de cuidado relacionadas a (in) capacidade da pessoa com deficiência de exprimir vontade sejam proporcionais e apropriadas às suas circunstâncias pessoais. Disso decorre a possibilidade da fungibilidade do procedimento de interdição pela da tomada de decisão apoiada e vice-versa, bem como a possibilidade de que curatela e o apoio coexistam em regime complementar de cuidado. Por essa razão, pretende-se, na próxima seção, especificar o fundamento para coexistência das medidas de assistência, do apoio e da representação, bem como os limites de atuação do cuidador em conformidade com a capacidade de discernimento da pessoa com deficiência.

## **5.2 As medidas de cuidado à pessoa com deficiência: modulando os deveres do assistente, do representante e do apoiador**

A capacidade ou incapacidade da pessoa com deficiência de exprimir vontade discernida poderá demandar a fungibilidade dos procedimentos de interdição e tomada de decisão apoiada, bem como a coexistência de ambas a fim de garantir o cuidado integral e proporcional às circunstâncias pessoais da pessoa com deficiência. Dessa possibilidade

processual ante as variações da capacidade de discernimento decorrem as medidas materiais de cuidado, quais sejam: assistência, representação e apoio.

Os procedimentos judiciais que derivam do sistema de apoio são, portanto, os instrumentos a partir dos quais são definidas as medidas materiais de cuidado que devem proteger e promover o desenvolvimento efetivo da capacidade da pessoa com deficiência de exprimir a sua vontade de forma discernida, a fim de garantir que os direitos e garantias fundamentais<sup>280</sup> que integram o Microssistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência sejam promovidos como alternativas concretas de ser e de agir.

Dessa forma, os direitos e garantias fundamentais, quando assegurados pelo Estado, representam instâncias de proteção na quais formalmente se presume a igual capacidade legal de todas as pessoas para o seu exercício. Contudo, a incapacidade das pessoas com deficiência de exprimir vontade discernida, em qualquer grau, demandará medidas de cuidado que protejam e promovam aquela capacidade em seu entorno social, político, econômico e jurídico. Com o que contribui Martha Nussbaum (2013, p. 207) ao afirmar que:

O bom cuidado também apoia a capacidade dos assistidos para o raciocínio prático e escolha; encoraja a afiliação de muitos tipos, inclusive a afiliação social e política, onde for apropriado. Protege o bem crucial do autorrespeito. O bom cuidado também apoia a capacidade de divertir-se e aproveitar a vida. Apoia o controle sobre o próprio ambiente material e político: em vez de serem vistas como meras propriedades de outros, as pessoas com impedimentos e deficiências precisam ser vistas como cidadãos dignos que têm o direito à propriedade, emprego e assim por diante. Cidadãos com impedimentos possuem muitas vezes poucas oportunidades de desfrutar da natureza; uma boa assistência também apoiaria essa capacidade. Em resumo, o papel íntimo e básico que o cuidado tem na vida daqueles que são assistidos, devemos dizer que abarca, ou deveria abarcar, todo o campo das capacidades humanas centrais.

Assim, a presunção da plena capacidade legal das pessoas com deficiência deve ser corroborada pela adequação e proporcionalidade das medidas de cuidado às circunstâncias concretas da sua capacidade de exprimir vontade discernida, assegurando oportunidades fáticas para a pessoa com deficiência autodeterminar-se em conformidade com sua própria concepção de vida boa. Para tanto, a pessoa com deficiência faz “[...] jus a um regime protetivo com diversas ferramentas à sua disposição, que deverão se adequar a cada situação concreta.” (LARA, 2019, p. 172).

---

<sup>280</sup> Direitos e garantias fundamentais que estavam reunidos na categoria das capacidades centrais, na Teoria do Enfoque das capacidades desenvolvida no Capítulo 4 e especificada na seção 4.2. Assim, recorda-se que na correlação da Teoria do Enfoque das capacidades com a Constituição da República e com o microssistema jurídico de proteção à pessoa com deficiência, a lista de dez capacidades centrais apresentada por Martha Nussbaum apresentou correspondência integral. Por essa razão, a abordagem da capacidade jurídica nessa seção objetiva verificar formas de promover aqueles direitos de forma positiva, com ênfase na razão prática cujo correspondente jurídico é a capacidade de fato ou de exercício.



A adequação das medidas de cuidado às circunstâncias pessoais da pessoa com deficiência perpassa pela proposição dos procedimentos jurisdicionais de apoio, nos quais elas são definidas. Nesse sentido, da interdição e definição da curatela poderá sobrevir para a pessoa com deficiência medidas de assistência e/ou representação a depender do seu grau de discernimento (SOUZA, 2016, p. 376), pelas quais deve o curador promover sua capacidade. Da tomada de decisão apoiada decorrem as medidas de apoio, pelas quais tem o apoiador o dever de fornecer os elementos e informações necessários ao exercício da capacidade da pessoa com deficiência de exprimir vontade discernida.

Diante disso, para que seja proposta à modulação<sup>281</sup> das medidas de cuidado, objetiva-se inicialmente uma delimitação do conteúdo de formatação da assistência, do apoio e da representação para, posteriormente, indicar os limites da atuação do cuidador, a fim de que seja possível congrega o cuidado assistido, representativo e apoiado em conformidade com as circunstâncias fáticas da capacidade de exprimir vontade discernida da pessoa com deficiência.

As medidas de representação e assistência foram concebidas no desenvolvimento da Teoria das Capacidades como medidas de correção da incapacidade absoluta e relativa, pelas quais se garantia a segurança jurídica do trânsito negocial<sup>282</sup>. Nesse contexto, a pessoa com deficiência foi inicialmente relacionada dentre os absolutamente incapazes pela redação do Código Civil de 1916 e, posteriormente, figurou naquele rol, bem como dentre os relativamente incapazes, conforme a redação original do Código Civil de 2002.

Por essa razão, a representação e assistência coexistiram formalmente até o advento do EPD em decorrência do regime jurídico atribuído à incapacidade. A atribuição de representação às pessoas com deficiência consideradas absolutamente incapazes e outrora referenciadas dentre os “loucos de todo gênero”, os “surdos-mudos” e os “deficientes mentais”, importava na substituição da sua vontade e em sua segregação jurídica.

Diante disso, as pessoas com deficiência eram excluídas dos atos da vida civil uma vez que os absolutamente incapazes “[...] não participam direta ou pessoalmente de qualquer negócio jurídico. A ligação que se estabelece entre os absolutamente incapazes e a vida jurídica é indireta, por via do instituto da representação.” (PEREIRA, 2017, p. 229).

---

<sup>281</sup> Esclarece-se que a relação entre as referidas medidas de cuidado e a natureza da situação jurídica na qual pretenda-se a participação do cuidador – patrimonial ou existencial – será explorada na seção subsequente.

<sup>282</sup> Assim, recorda-se que sobre os absolutamente incapazes incidia a representação e sobre os relativamente incapazes incidia a assistência, conforme desenvolvido no Capítulo 2.

Logo, a validade dos negócios jurídicos celebrados em nome da pessoa com deficiência depende da sua representação pelo curador nomeado, motivo pelo qual se tem a nulidade dos negócios jurídicos celebrados pessoalmente por ela, na forma do artigo 166, inciso I do Código Civil de 2002.

A assistência, por sua vez, especifica uma forma especial de autorização que condiciona a validade dos negócios jurídicos celebrados pelos relativamente incapazes, dentre os quais figurou a pessoa com deficiência na redação original do Código Civil de 2002, e atualmente figuram aqueles impedidos de exprimir vontade (dentre outros<sup>283</sup>), conforme resultou da revisão da Teoria das Capacidades pelo EPD<sup>284</sup>.

Ao contrário do que ocorre na representação, a assistência não priva as pessoas com deficiência de participação na vida jurídica. Dessa forma:

[...] o exercício de seus direitos somente se realiza com a sua presença. Mas, atendendo o ordenamento jurídico a que lhes faltam qualidades que lhes permitam liberdade de ação para procederem com completa autonomia, exige sejam eles assistidos por quem o direito positivo encarrega desse ofício. (PEREIRA, 2017, p. 237).

A pessoa encarregada da assistência diante das pessoas com deficiência sem capacidade de exprimir vontade discernida é o curador, motivo pelo qual é anulável o negócio jurídico celebrado por ela sem estar assistida, na forma do artigo 177, inciso I, do Código Civil de 2002.

A representação e a assistência consagram, portanto, duas barreiras que podem obstruir a participação da pessoa com deficiência em âmbito negocial: a incapacidade absoluta e relativa de exprimir vontade discernida. Em ambos os casos, a relevância jurídica do curador no trânsito negocial impõe a pessoa representada ou assistida o papel de mera coadjuvante. Sua vontade e seus interesses são ignorados ou julgados irrelevantes, uma vez que a validade dos negócios jurídicos celebrados em seu nome depende do seu representante ou assistente.

Ocorre que, a representação e a assistência, conforme desenvolvidas no curso do desenvolvimento da Teoria das Capacidades, impediram que fossem derivadas medidas

---

<sup>283</sup> “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

[...]” (BRASIL, 2002)

<sup>284</sup> Revisão explorada no Capítulo 3.

alternativas de cuidado às pessoas com deficiência com alguma capacidade de exprimir vontade discernida e que, não obstante, enfrentavam barreiras no acesso à comunicação, à informação e à compreensão. Uma vez que “[...] o esquema binário era estrutural e não atendia às exigências de respeito à vontade dos indivíduos.” (ALMEIDA, 2019, p. 205).

Por esse motivo, persistiam as limitações à participação social, bem como o gozo, a fruição e o exercício dos direitos das pessoas com deficiência que foram apenas formalmente garantidos. A lacuna entre a assistência e a representação foi suprida pelo advento do EPD e pela inclusão no sistema de apoio da tomada de decisão apoiada.

O apoio objetiva o fornecimento de elementos e informações que podem ser necessários à superação das barreiras que a pessoa com deficiência pode enfrentar no exercício da sua capacidade legal, na forma do caput do artigo 1.783-A do Código Civil de 2002<sup>285</sup>.

Dessa forma, cita-se a situação<sup>286</sup> na qual alguém possui capacidade de exprimir vontade discernida, contudo, em decorrência de impedimentos de longo prazo de natureza sensorial e física provocados por males associados à diabetes, pode necessitar de apoio para o exercício daquela capacidade no processo de tomada de decisão. Assim, cabe ao apoiador garantir que as informações disponíveis naquele processo sejam disponibilizadas de forma acessível<sup>287</sup>, viabilizado, quando necessário, o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias da informação e das comunicações<sup>288</sup>.

---

<sup>285</sup> “Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.” (BRASIL, 2002)

<sup>286</sup> Situação fática extraída do seguinte julgado: Por tratar-se de instituto recente na sistemática jurídica, para um exemplo prático de aplicação, *vide*: TOMADA DE DECISÃO APOIADA – Decisão que deferiu, liminarmente, curatela provisória ao requerente – Inconformismo deste – Alegação de que suas restrições limitam-se a aspectos físicos causados por males associados à diabetes, não sendo ele um incapaz, de forma que a curatela lhe é medida desproporcional – Acolhimento – Atestado médico trazido pelo requerente aos autos e estudo psicossocial realizado pelos setores técnicos auxiliares do juízo indicam estar o requerente com suas faculdades cognitivas integralmente preservadas, sofrendo apenas de limitação de locomoção e de visão, além de restrições decorrentes do analfabetismo – Quadro do requerente que se afasta da incapacidade civil que enseja a interdição – Deficiência que importa apenas em limitações no exercício do autogoverno – Constatada, ademais, existência de relação de afeto e mútua confiança entre o requerente e as duas pessoas indicadas como apoiadoras, sua companheira e sua filha – Evidenciada a probabilidade do direito invocado, de forma a afastar a curatela provisória e permitir a nomeação das indicadas como apoiadoras provisoriamente, até o desfecho da demanda, nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil – Contexto fático que, a princípio, compatibiliza-se com as previsões do art. 1.783-A do Código Civil - Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2049735-75.2017.8.26.0000; Relator (a): Rui Cascaldi; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Prudente - 1ª Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 18/09/2017; Data de Registro: 18/09/2017).

<sup>287</sup> No sentido empregado no inciso I, do artigo 3º do EPD (BRASIL, 2015a)” Art. 3º. [...] acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e

Ademais, por se tratar de medida exclusivamente promocional de capacidades, a ausência da participação dos apoiadores eventualmente nomeados pela pessoa com deficiência não compromete a validade dos negócios jurídicos por ela celebrados, uma vez que se presume sua capacidade de exprimir vontade discernida. Certamente, sem prejuízo de que sejam posteriormente suscitados defeitos que provocam a anulabilidade do negócio jurídico<sup>289</sup> por vícios do consentimento<sup>290</sup> resultantes de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão, cuja prova pode ser corroborada pelo termo de apoio, uma vez que seu conteúdo pode refletir barreiras ao exercício da capacidade da pessoa com deficiência que tornam o seu consentimento suscetível a influências indevidas.

O EPD, contudo, trouxe também aparente problemática. Nesse sentido, recorda-se que a revisão da Teoria das Capacidades, além de desvincular a deficiência das hipóteses de incapacidade, extinguiu todas as hipóteses de incapacidade absoluta, exceto aquela derivada do critério etário. Logo, a pessoa com deficiência que eventualmente estiver impedida de exprimir vontade será considerada relativamente incapaz, nos termos do inciso III do artigo 4º do Código Civil de 2002.

A associação indissociável entre incapacidade absoluta e representação, bem como entre incapacidade relativa e assistência, presente na origem da Teoria das Capacidades, conforme desenvolvido no Capítulo 2, poderia sugerir o fim da representação, exceto, para os menores de 16 anos. Para ilustrar, cita-se a seguinte interpretação ao regime das incapacidades na vigência do Código Civil de 1916:

A incapacidade se supre do seguinte modo: colocando ao lado do incapaz alguém que decida por ele ou, então, decida em colaboração com ele. [...] 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

---

tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

<sup>288</sup> No sentido empregado no inciso V, do artigo 3º do EPD (BRASIL, 2015a). “Art. 3º. [...] comunicação: forma de interação dos cidadãos que abrange, entre outras opções, as línguas, inclusive a Língua Brasileira de Sinais (Libras), a visualização de textos, o Braille, o sistema de sinalização ou de comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos multimídia, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizados e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, incluindo as tecnologias da informação e das comunicações;”

<sup>289</sup> Hipóteses de anulabilidade do negócio jurídico por influência indevida no momento de formação e manifestação de vontade, na forma dos artigos 138 a 157, cominados o artigo 171 do Código Civil (BRASIL, 2002).

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.”.

<sup>290</sup> Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2017, p. 417) “Denominam-se vícios de consentimento (ou da vontade), em razão de se caracterizarem por influências exógenas sobre a vontade exteriorizada ou declarada, e aquilo que é ou devia ser a vontade real, se não tivessem intervindo as circunstâncias que sobre ela atuaram, provocando a distorção.”

outro. A incapacidade jurídica, a incapacidade de exercer os direitos divide-se, então, em duas espécies: incapacidade absoluta e incapacidade relativa. Incapacidade absoluta é aquela que se supre com um representante; incapacidade relativa é aquela que se supre por um assistente. Na incapacidade absoluta o homem não tem vontade, não pode deliberar, de modo que outra pessoa delibera por ele. Na incapacidade relativa o homem pode deliberar, mas, como a sua vontade é incipiente, ele precisa de apoio, do auxílio de alguém. Este alguém é o seu assistente. A incapacidade diz-se, por essa razão, relativa. (DANTAS, 2001, p. 137-138).

Contudo, essa problemática é de fato apenas aparente, uma vez que a eventual incapacidade relativa da pessoa com deficiência não pode ser reconhecida em prejuízo do seu cuidado adequado, conforme impõe a cláusula geral na qual se assenta o sistema de apoio. Portanto, conforme Iara Antunes de Souza (2016, p. 376)

[...] não é a incapacidade absoluta que gera a representação ou a relativa que determina a assistência, mas sim o grau de discernimento aferido nos estudos multidisciplinares da pessoa que podem mostrar que ela não necessita ser representada, mas apenas assistida nos atos da vida civil.

Dessa forma, o que está sendo afirmado é que a representação, a assistência e o apoio são medidas de cuidado que coexistem no sistema de apoio à pessoa com deficiência, conforme proposto conclusivamente por Iara Antunes de Souza (2016, p. 399) imediatamente após a promulgação do EPD: “Propõe-se que o curador assista ou represente o curatelado na medida da falta de seu discernimento, independentemente da moldura legislativa como incapacidade absoluta ou relativa.”

As referidas medidas de cuidado devem ser deferidas no âmbito dos procedimentos judiciais de apoio, quais sejam interdição e tomada de decisão apoiada. A causa de pedir, que determina a ação competente e, eventualmente, opera a fungibilidade entre elas, também determina as medidas de cuidado que podem ser postulados em cada uma delas. Dessa forma, são as variações da capacidade da pessoa com deficiência de exprimir vontade discernida que determinam o cabimento da representação, da assistência ou do apoio.

Nesse sentido, a representação e a assistência apenas podem ser deferidas no âmbito do procedimento de interdição, pelo qual se tem a definição da curatela, uma vez que se trata de procedimento fundado na incapacidade da pessoa com deficiência de exprimir vontade discernida. Diante disso, quando a avaliação pericial biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, indicar impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo que obstruem absoluta ou relativamente a capacidade da pessoa de exprimir vontade, deve ser conferido ao seu curador, respectivamente, dever de representação ou de assistência.

Por outro lado, o apoio tem cabimento exclusivamente na tomada de decisão apoiada. Dessa forma, existindo capacidade absoluta ou relativa da pessoa com deficiência de exprimir vontade, ela poderá demandar apoio aos atos para os quais possui capacidade de exprimir vontade discernida, indicando, para tanto, as pessoas que deverão exercê-lo.

O objetivo do curador, representante ou assistente, deve ser orientado pela necessária promoção da aptidão manifestada pela pessoa com deficiência de expressar suas vontades e preferências, com o que corrobora o artigo 758 do Código de Processo Civil<sup>291</sup>. O aperfeiçoamento e desenvolvimento dessa aptidão em conformidade com os traços da personalidade daquela pessoa, bem como com o seu grau de maturação intelectual e emocional é viabilizado pela sua inclusão, sempre que possível, nos processos de deliberação e decisão que envolva questões juridicamente relevantes ou não para sua vida.

Nesse sentido, exemplifica-se que a definição de curatela para pessoa com deficiência incapaz relativamente de expressar vontade discernida (mas que expressa sua individualidade, preferências e desejos), não é suficiente para autorizar que seu assistente consinta à sua revelia, com qualquer intervenção clínica ou cirúrgica, notadamente em casos não urgentes. Essa situação, inclusive, encontra-se expressamente amparada pelo artigo 11, 12 e 13<sup>292</sup> do EPD<sup>293</sup> e ilustra, mas não restringe o dever do curador de assegurar a participação da pessoa com deficiência, no maior grau possível, no processo de formação e compreensão que

---

<sup>291</sup> “Art. 758. O curador deverá buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito.” (BRASIL, 2015b)

<sup>292</sup> “Art. 11. A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada.

Parágrafo único. O consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei.

Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica.

§ 1º Em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento.

§ 2º A pesquisa científica envolvendo pessoa com deficiência em situação de tutela ou de curatela deve ser realizada, em caráter excepcional, apenas quando houver indícios de benefício direto para sua saúde ou para a saúde de outras pessoas com deficiência e desde que não haja outra opção de pesquisa de eficácia comparável com participantes não tutelados ou curatelados.

Art. 13. A pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis.” (BRASIL, 2015a)

<sup>293</sup> Ressalta-se ainda a existência de norma deontológica emitida pelo Conselho Federal de Medicina, inscrita na Recomendação n. 1/2016, que também dispõe acerca do processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica, também estabelece o direito de a pessoa com deficiência manifestar-se, por si, na tomada de decisões médicas, almejando impedir que sejam afastadas do processo de informação e compreensão do procedimento médico orientado. A referida Recomendação informa que o assentimento livre e esclarecido consiste no "exercício do direito de informação do paciente legalmente incapaz, para que, em conjunto com seu representante legal, possa, de forma autônoma e livre, no limite de sua capacidade, anuir aos procedimentos médicos que lhe são indicados ou deles discordar" (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2016).

anteceder a prática de qualquer ato em defesa dos seus interesses. Conclusão para a qual contribui Iara Antunes de Souza (2016, p. 399-400), ao afirmar que:

Ademais, o curador não tem o condão de substituir a vontade do curatelado. Seu papel como cuidador é estimular o exercício da autodeterminação dele, na maior medida do possível, por meio de decisões dialogicamente estabelecidas. Ainda que não exista qualquer resquício de discernimento para o ato, o curador deve agir de acordo com o que a equipe multidisciplinar, em construção conjunta, entender adequado à garantia da dignidade humana do curatelado. Ou seja, o curador deve (re) construir a vontade do curatelado.

Logo, quando a definição da curatela for precedida da verificação do impedimento absoluto da pessoa com deficiência de exprimir vontade discernida, deve ser atribuído ao curador o dever da sua representação. Essa situação pode ser verificada, por exemplo, quando tratar-se de pessoa com deficiência mental grave, nas hipóteses nas quais não é possível falar em assistência, uma vez que a pessoa não possui condições de participação na vida jurídica, não dotando de qualquer possibilidade de influenciar as decisões que devem ou podem ser demandadas na gestão dos seus interesses. Diante disso, eventualmente tem-se que:

[...] apesar dos esforços para se manter a capacidade de decisão da pessoa com deficiência, ela simplesmente não existe, como em hipóteses de paralisia cerebral severa ou mal de Alzheimer em estado avançado. Nesses casos, embora esteja positivado na Convenção que todas as pessoas com deficiência mental ou intelectual possuem direito à capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, a realidade é que, para alguns o suporte não é suficiente para capacitá-los a tomar suas próprias decisões. (LARA, 2019, p. 114).

A atribuição ao curador do dever de representação da pessoa com deficiência não importa, portanto, na possibilidade de que os interesses do curatelado sejam preteridos ou confundidos com os interesses do seu curador, tampouco passam a integrar o patrimônio jurídico desse último. Assim, o impedimento da pessoa com deficiência em exprimir vontade discernida deve ser mitigado, quando possível, com o resgate à sua biografia, às notas da sua personalidade, vontades e preferências, rompendo-se definitivamente com qualquer confusão remanescente entre a representação e a livre substituição de vontade do curatelado. Nesse sentido:

Na representação, considera-se que o grau de participação da pessoa com deficiência submetida à curatela menor, razão pela qual o representante atuará em seu nome, mas de acordo com as expressões restritivas de vontade ou externadas previamente por meio de diretivas antecipadas ou o projeto biográfico da pessoa. (ALMEIDA, 2019, p. 218-219).

Por fim, há uma terceira situação possível. A diversidade das aptidões das pessoas sob curatela, bem como a singularidade do seu desenvolvimento mental pode sugerir sua incapacidade de expressar vontade consciente para determinados atos, porém, indicar algum grau de capacidade de expressá-la em outros âmbitos. Nesse caso, recomenda-se um projeto terapêutico individualizado que pode se apresentar com duas diferentes feições na atribuição do dever de representação ao curador:

- i) curador pode se apresentar como um representante do relativamente incapaz para todos os atos jurídicos, porque este não possui qualquer condição de praticá-los, sequer em conjunto. Seria o caso de alguém que se encontra no coma ou a quem falta qualquer discernimento;
- (ii) o curador pode ser um representante para certos e específicos atos e assistente para outros, em um regime misto, quando se percebe que o curatelando tem condições de praticar alguns atos, devidamente assistido, mas não possui qualquer possibilidade de praticar outros, como, por exemplo, os atos patrimoniais; (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 937).

Portanto, o que ocorre na representação é a extensão da responsabilidade desse cuidador que deverá gerir, inclusive, a saúde da pessoa sob seu cuidado, sem que seja possível consultá-la para tanto. Razão pela qual caberá ao curador, quando possível, a reconstrução da vontade da pessoa curatelada para gestão dos seus interesses. Nesse sentido, Iara Antunes de Souza (2016, p. 376) conclui que: “Cabe, portanto, ao laudo multidisciplinar apontar os atos para os quais a pessoa não tem o discernimento, a necessidade de representação ou assistência por um curador, num ideário de decisões tomadas considerando a (re)construção da vontade do sujeito.”.

Dessa forma, mesmo quando o cuidado demandado pela pessoa com deficiência apresenta-se de forma mais intensa, como ocorre na representação, suas preferências e o seu bem-estar devem ser os fatores norteadores das decisões praticadas em seu nome, e não a vontade a partir da perspectiva pessoal do curador nomeado (MENEZES, 2016, p. 38).

Por outro lado, a capacidade da pessoa com deficiência de exprimir vontade, para alguns ou todos os atos da vida civil, pode ser também lócus de desenvolvimento de medidas de cuidado, sobre o qual recai o papel dos apoiadores da pessoa com deficiência. O objetivo do apoiador deve consistir na neutralização ou redução das barreiras que possam obstruir a comunicação ou o acesso à informação e à compreensão da pessoa com deficiência, prejudicando o exercício da sua capacidade legal. O dever dos apoiadores, portanto:

[...] consiste em “auxílio, suporte, proteção”. Na verdade, o apoio é necessidade que decorre na condição humana, em razão da natureza gregária que nos configura. Uma



vida de relações pressupõe ajuda recíprocas de modo que cada indivíduo alcance seus projetos pessoais afetivos e profissionais. No entanto, em sentido jurídico, o apoio se direciona as pessoas físicas que necessitam de algum suporte para a manifestação livre e válida da vontade, ou seja, trata-se de instrumento jurídico que possibilita às pessoas que não conseguem exprimir de forma objetiva a participação no mundo jurídico por meio de auxílio alheio [...]. (ALMEIDA, 2019, p. 204).

A natureza dos deveres dos apoiadores e a formatação conferida à tomada de decisão apoiada impede a substituição da vontade da pessoa com deficiência que se encontra plenamente capaz de exprimir sua vontade de forma discernida. Conclusão para a qual contribui Iara Antunes de Souza (2016, p. 322) ao esclarecer que:

[...] o apoiador não toma a decisão em nome e nem junto com o apoiado, portanto não o assiste ou representa. A função do apoiador é ajudar o apoiado a formar sua vontade e expressá-la da melhor forma de preservação e fomentação de seus interesses e construindo sua personalidade.

Por essa razão, a leitura segundo a qual poderá ser delegada ao juiz decisão sobre a qual persista divergência entre apoiado e apoiadores, em interpretação do parágrafo 6º<sup>294</sup>, do artigo 1.783-A do Código Civil, deve ser peremptoriamente afastada. Ainda que ouvido o Ministério Público ou trate-se de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante ao apoiado.

O que deve ser delegado ao juiz, assistido por equipe multidisciplinar, é a avaliação casuística da capacidade do apoiado de exprimir vontade discernida nessa hipótese, elidindo o risco eventual de que os apoiadores sejam acusados de exercerem influência indevida no apoiado. Não obstante, verificada a sua capacidade, a vontade do apoiado deve ser conservada incólume, independente dos efeitos que dela possam advir.

Dessa forma, o apoiador, diferentemente do assistente e do representante, não influi imediatamente na expressão da vontade da pessoa com deficiência. O cuidado por ele oferecido incide no momento de compreensão e formação das decisões demandadas pelo apoiado, razão pela qual lhe cabe fornecer as informações e elementos necessários e adequados ao grau de discernimento da pessoa com deficiência. Assim, tem-se que:

O apoio não está somente na manifestação de vontade (vontade exteriorizada), mas em momento anterior, na tomada de decisão, é o adimplemento do dever que existe para o apoiador que integra o suporte fático do ato jurídico – praticado pela pessoa apoiada – como fato. (AZEVEDO, 2017, p. 77).

---

<sup>294</sup> “§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.” (BRASIL, 2002).

A compreensão integrada das medidas de cuidado confere ao sistema de apoio um conjunto de medidas que possam ser proporcionais às circunstâncias pessoais de cada pessoa com deficiência submetida à curatela ou que promove a tomada de decisão apoiada, focalizando adequadamente as instâncias nas quais se encontra em maior risco de lesão no exercício da sua capacidade de fato.

O eventual impedimento da pessoa com deficiência de exprimir vontade discernida ou as barreiras que se opuserem à sua comunicação, informação e compreensão são, portanto, vulnerabilidades que, desveladas, permitem um arranjo proporcional das medidas de cuidado. Nesse sentido:

Significa que as vulnerabilidades podem revelar-se como verdadeiras estratégias jurídicas de interpretação, modulação, preenchimento de lacunas que sejam não apenas de tratamento de consequências jurídicas de descon sideração de vulnerabilidades, mas ligadas à própria causa de suas invisibilidades. Ao fim e ao cabo, as vulnerabilidades, finalisticamente, potencializam as medidas de proteção e, sobretudo, de promoção das pessoas. (SOUZA; NOGUEIRA, 2019, p. 51).

A vulnerabilidade não reside na deficiência, mas perceber como cada pessoa enfrenta barreiras e obstáculos ímpares no exercício da sua capacidade legal, permite a ordenação das medidas de cuidado como instrumentos de proteção e promoção da pessoa com deficiência. Dessa forma, impulsiona o desenvolvimento das suas aptidões em interação com o meio social, político, econômico e jurídico de forma amparada e acessível sem, contudo, apagar sua diversidade. Com efeito:

No campo das incapacidades, enfrentar a vulnerabilidade é perceber e promover dignidade, na medida de implementação de medidas de cuidado, proteção e promoção da autonomia privada, sempre voltadas à inclusão da pessoa vulnerável no cenário social da prática de atos da vida civil [...]. (FIUZA; NOGUEIRA, 2017, p. 11).

Diante do exposto, conclui-se que a assistência, a representação e o apoio constituem medidas autônomas que podem ser invocadas, isoladas ou conjuntamente, de forma proporcional às barreiras que impedem ou dificultam a expressão de vontade discernida da pessoa com deficiência e, por conseguinte, frustram sua garantia de plena capacidade legal. A relação estabelecida entre a pessoa com deficiência e os responsáveis pelo seu cuidado, nos limites delineados pelas medidas respectivas, permite que suas aptidões sejam desenvolvidas e aperfeiçoadas.

Por conseguinte, são desveladas novas oportunidades de funcionamento para pessoa com deficiência, ou seja, de realização ativa da sua capacidade de exercício, podendo usufruir pessoalmente direitos e garantias fundamentais, ainda que por intermédio da assistência, da representação ou apoio de seus cuidadores. Por fim, tendo sido delimitado o caráter fungível dos procedimentos de apoio, bem como especificadas as medidas de cuidado, objetiva-se especificar como a natureza da situação jurídica para qual será demandado o cuidado pode formatar de maneira diversa o papel do assistente, do representante e do apoiador.

### **5.3 O cuidado nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais que contemplam as pessoas com deficiência no referencial da dignidade humana**

A natureza patrimonial ou existencial dos atos civis condiciona formalmente a extensão das medidas de cuidado. Nesse sentido, enquanto a tomada de decisão apoiada pode abranger, simultaneamente, atos de natureza patrimonial e existencial, a curatela está adstrita aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial do curatelado, na forma do artigo 6º e 85 do EPD<sup>295</sup>.

Assim, entende-se com Iara Antunes de Souza (2016, p. 321) que: “[...] a despeito do previsto no artigo 85 e seu parágrafo único do Estatuto da Pessoa com Deficiência que limita a curatela a questões de direito patrimonial, os apoiadores poderão versar sobre questões de direito personalíssimo.” Contudo, a ausência de formatação legislativa paralela entre o apoio e a curatela, compromete a possibilidade de modulação da assistência e da representação de forma proporcional às circunstâncias pessoais da pessoa com deficiência *sub judice*<sup>296</sup>.

Dessa forma, tem-se pela integração do sistema de apoio, a partir de sua cláusula geral, a expansão promocional do âmbito de incidência das medidas de cuidado, a fim de que

---

<sup>295</sup> “Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

[...]

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.” (BRASIL, 2015a)

<sup>296</sup> Conforme desenvolvido ao final do Capítulo 4, seção 4.3.

elas possam promover as capacidades internas<sup>297</sup> necessárias à autodeterminação das pessoas com deficiência em atos existenciais e patrimoniais que, conjuntamente, integram e singularizam sua vivência.

Portanto, a limitação da extensão da curatela não deve estar condicionada a natureza dos atos civis, mas sim a capacidade da pessoa com deficiência de exprimir vontade discernida diante de questões existenciais ou patrimoniais. Sucessivamente, incumbe ao cuidador designado a ela, o dever de proteger e promover, na maior medida do possível, o desenvolvimento do seu discernimento para autodeterminação por intermédio da assistência, da representação e/ou do apoio.

Nesse sentido, impulsionam o argumento que está sendo proposto, a ideia defendida por Renata Barbosa de Almeida (2011, p. 82), que ainda na vigência da redação original do Código Civil de 2002, contrastou a diversidade e particularidade dos possíveis efeitos associados ao impedimento de natureza mental ou intelectual ao sistema rígido que consagrava o regime dos relativamente incapazes nos Código Civil de 2002, enfatizando que:

É preciso considerar a possibilidade de haver comprometimento parcial da capacidade de exercício tanto na área patrimonial quanto existencial, de forma semelhante ou distinta. Nessa linha de raciocínio, a incapacidade de fato dos interditos será relativa (i) quando limitada a todos ou a alguns atos patrimoniais; a todos ou a alguns atos existenciais; a carecer de assistência ou representação, cada qual; (ii) ou quando o suprimento exigido por todos os atos componentes da capacidade de direito do sujeito seja a assistência. T tamanha heterogeneidade da relativa incapacidade de exercício permite propor que ela seja considerada prioritária em relação à absoluta incapacidade. A esta última há de restringir-se tão-somente aqueles que não possuam qualquer discernimento para execução de qualquer ato.

Com o que posteriormente corroborou Iara Antunes de Souza (2016, p. 369), que sob a vigência da revisão da Teoria das Capacidades efetivada pelo EPD, argumentou pela fixação do discernimento como critério para verificação da incapacidade, bem como acerca da necessidade de que da ausência ou redução do discernimento fossem derivadas medidas de proteção e promoção da pessoa com deficiência, afirmando que:

[...] não se olvida da possibilidade de a ausência de discernimento recair sobre as questões existenciais. Não se pode adotar o conceito de saúde mental como critério para fixação da incapacidade de alguém, é preciso atrelá-lo, de fato, ou seja, na

---

<sup>297</sup> Para tanto, o cuidador assume especial relevância no desenvolvimento das capacidades básicas (aptidões das pessoas com deficiência), dentre as quais se destaca a de discernimento (necessária ao exercício da capacidade central de razão prática e da capacidade jurídica de exercício), a fim de garantir, na maior medida do possível, que seu entorno político, social e econômico não seja uma imposição determinante que obstrua sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, conforme desenvolvido no Capítulo 4.

prática, à perda total ou parcial do discernimento, da possibilidade de se autodeterminar.

Diante do exposto, não é a situação jurídica que deve determinar qual o âmbito de incidência das medidas de cuidado disponíveis à pessoa com deficiência, mas a relação interdependente entre o seu grau de discernimento, os deveres dos seus cuidadores e a natureza da situação jurídica que deve ser protegida e promovida. Portanto, a presente seção tem por objetivo especificar como a natureza da situação jurídica deve influir na releitura das medidas de cuidado e nos deveres do assistente, do representante e do apoiador. Para tanto, inicialmente, objetiva-se delinear a distinção entre situações jurídicas existenciais e patrimoniais, dado que demandam tratamentos jurídicos diversos na Teoria das Capacidades. Posteriormente, objetiva-se correlacionar o seu conteúdo com a modulação da assistência, da representação e do apoio, conforme as premissas desenvolvidas na seção 5.2.

As situações jurídicas existenciais e patrimoniais se diferenciam em virtude do objeto do direito subjetivo que informa o seu conteúdo. Dessa forma, segundo o objeto, os direitos subjetivos patrimoniais se classificam em: direitos reais, imateriais e obrigacionais e de crédito. E, são direitos subjetivos existenciais os direitos de personalidade (DABIN, 2006, p. 194).

Para uma breve distinção entre eles, esclarece-se que o direito real afeta bens materiais, móveis e imóveis, permitindo o livre uso e gozo por seu titular. Os direitos de crédito e de obrigação não afetam as coisas materiais, mas as pessoas: devedor e credor, obrigando aquele primeiro a cumprir com o conteúdo da obrigação assumida diante do credor. Os direitos imateriais revelam direitos sobre coisas incorpóreas (criações), facultando ao seu inventor a prerrogativa de modificar, suprimir, tornar sigilosa ou pública sua criação, bem como reter para si as vantagens materiais e morais da publicação. Finalmente, os direitos de personalidade são aqueles cujo conteúdo é composto por todos os elementos constitutivos do sujeito, dentre eles: seu corpo, suas convicções e afeições, suas intimidades, honra, os traços da sua personalidade e sua percepção estética (DABIN, 2006, p. 195-224).

Os direitos de personalidade caracterizam-se ainda “[...] por serem essenciais, inatos e permanentes, no sentido de que, sem eles, não se configura a personalidade, nascendo com a pessoa e acompanhando-a por toda a sua existência.” (AMARAL, 2017, p. 355). Os direitos subjetivos patrimoniais (reais, imateriais e obrigacionais), expressam o que alguém pode ter. Por outro lado, os direitos subjetivos existenciais (personalidade) expressam o que alguém pode ser, conferindo juridicidade ao horizonte de possibilidades diversas que deles decorrem.

A classificação dos direitos subjetivos integra e adjetiva de forma simétrica as situações jurídicas patrimoniais e existenciais. A situação jurídica, em todos os casos, é um conceito geral de avaliação das diversas categorias que expressam o agir humano. Diante disso, a distinção entre situação jurídica patrimonial e existencial fica sob encargo da análise dos perfis da situação jurídica<sup>298</sup> e, especialmente, o do interesse e o funcional<sup>299</sup> (PERLINGIERI, 2007, p. 105-107).

O perfil do interesse, como a própria nomenclatura expõe, identifica qual o interesse presente no núcleo de existência de determinada situação jurídica, que pode ser patrimonial, existencial ou conjugar características de ambas (PERLINGIERI, 2007, p. 106). Logo, tem-se a coexistência de situações subjetivas patrimoniais, existenciais, não patrimoniais e dúplices (MEIRELES, 2009, p. 34), que assim se caracterizam em virtude do núcleo de interesse no qual se fundamentam.

A distinção entre essas espécies de situações subjetivas, que decorrem da análise do interesse da situação jurídica, é relevante para formatação dos deveres inerentes à assistência, representação e apoio diante dos diversos âmbitos sobre os quais podem recair as medidas de cuidado, razão pela qual se recorre à classificação formulada por Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 33-34) que acerca das situações patrimoniais e não patrimoniais, definiu que:

[...] deve-se entender por patrimonial a situação jurídica subjetiva que tenha equivalente pecuniário, ou seja, que possa ser expresso em dinheiro no momento da formação da relação jurídica.

[...] as situações não patrimoniais stricto sensu se inserem na lógica patrimonial, apesar de não terem equivalente pecuniário e, portanto, são regidas pelos direitos das obrigações. Estas, embora não sejam patrimoniais porque não têm equivalente pecuniário, não podem ser ditas existenciais porque não representam o valor da personalidade. Se incluem aqui vários deveres que podem ser chamados de instrumentais, os quais, embora sem ter equivalente pecuniário, estão à serviço de situações patrimoniais, a exemplo dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva.

A distinção relevante entre a situação jurídica patrimonial e não patrimonial reside, respectivamente, na possibilidade ou impossibilidade de equivalência pecuniária do interesse residente em seu núcleo. As situações existenciais e dúplices, por sua vez, ascendem para alguma relação com os direitos de personalidade. Nesse sentido, Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 34-36) ao tratar das situações existenciais explica que:

---

<sup>298</sup> Aspectos concorrentes que orientam a compreensão das situações jurídicas e que conjuntamente permitem a apreensão de sua dimensão. Além dos perfis do interesse e funcional, tem-se o do efeito, o dinâmico, o do exercício e o normativo (PERLINGIERE, 2007, p. 105-107) que, embora integrem a visão unitária da situação jurídica não influem imediatamente na distinção entre situações existenciais e patrimoniais.

<sup>299</sup> Ao operar a distinção entre essas espécies de situações jurídicas Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 22) concentrou sua análise nesses mesmos perfis.

Nas situações existenciais, a pessoa não tem apenas um vínculo de titularidade, como ocorre com as demais situações jurídicas subjetivas. A pessoa é o próprio interesse. [...] As situações existenciais pertencem à categoria do ser, na qual não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica.

As situações subjetivas dúplices congregam interesses patrimoniais e existenciais, uma vez que, embora fundadas na pessoa e em algum direito subjetivo de personalidade, possuem expressão econômica. Assim, tem-se que:

[...] algumas situações consideradas existenciais, porque relacionadas à pessoa do titular, possuem, entretanto, expressão econômica e, por isso, ingressam no comércio jurídico. Refere-se, por exemplo, à imagem, ao direito do autor, até a privacidade. Nesses casos, o titular da situação jurídica subjetiva tem uma dúplice titularidade: sob o aspecto pessoal e sob o aspecto patrimonial. (MEIRELES, 2009, p. 48)

Além do perfil do interesse que classifica as situações subjetivas em patrimoniais, não patrimoniais, existenciais e dúplices, o perfil funcional da situação jurídica analisa a sua finalidade diante das relações sócio jurídicas e, a partir dela tem-se uma classificação mais restrita entre a situação jurídica patrimonial e aquela existencial. Dessa forma, a depender da relevância da situação subjetiva, “existem situações que são funções sociais, outras que têm função social.” (PERLINGIERI, 2007, p. 107).

Assim, é possível qualificar as situações em existenciais e/ou patrimoniais a partir da sua função ou finalidade. A referida análise deve ser perspectivada do âmbito da Constituição da República de 1988<sup>300</sup> que, segundo Maria Celina Bodin de Moraes (1993, p. 76): “[...] pôs a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico ao estabelecer, no art. 1º, III, que sua dignidade constitui um dos fundamentos da República, assegurando, por esta forma, absoluta prioridade às situações existenciais ou extra-patrimoniais.” Tem-se assim desvelada a função do ordenamento jurídico brasileiro.

A centralidade da pessoa humana e da dignidade no sistema jurídico brasileiro a partir da Constituição da República de 1988 é também corroborada por Iara Antunes de Souza (2016, p. 205) ao afirmar que “[...] todo sistema jurídico tem que proteger e promover a dignidade humana.” E, no mesmo sentido, cita-se Gustavo Tepedino (2012, p. 160), Ana Carolina Brochado Teixeira (2018, p. 76) e Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 38).

---

<sup>300</sup> A assertiva é corroborada por Rose Melo Vencelau Meireles (2009, p. 37) ao afirmar que a função deve “[...] ser definida relativamente no âmbito de dado ordenamento jurídico.”

A irradiação dessa mudança de perspectiva promovida a partir da consagração constitucional da dignidade humana, promoveu no Direito Privado o giro entre “o enfoque civilístico ‘patrimônio-indivíduo/pessoa’ (patrimonialista) para a adoção de outro focado na relação ‘indivíduo/pessoa-patrimônio (personalista, existencial).” (BARBOSA-FOHRMANN; KIEFER, 2016, p. 84). Dessa forma, tem-se que:

[...] as relações patrimoniais têm seu fundamento no respeito à dignidade humana e desenvolvem o papel de instrumentos diretos e indiretos de realização da pessoa. Está-se entre o personalismo – concebido como superação do individualismo – e o patrimonialismo – entendido como superação da patrimonialidade em si mesma. Isso não significa a anulação ou a redução quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico, principalmente no civilista, pois o momento econômico, tal qual aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. Entretanto, muda seu tratamento pelo ordenamento em termos qualitativos, pois sua função passa a ser proporcionar suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. (TEIXEIRA, 2018, p. 88).

Porquanto, a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento constitucional, incide no Direito Privado demandando à promoção e o desenvolvimento dos direitos de personalidade, uma vez que “embora a Constituição brasileira não seja direta quanto à proteção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, protege-o indiretamente ao resguardar a dignidade humana.” (TEIXEIRA, 2018, p. 81). Aqui reside, portanto, a função imediata ou mediata das situações jurídicas existenciais e patrimoniais, respectivamente. Diante disso, tem-se que:

[...] todas as situações jurídicas, quer sejam patrimoniais, quer sejam não patrimoniais, são instrumentos de proteção e desenvolvimento da pessoa humana. As situações existenciais, porém, incidem imediatamente sobre o desenvolvimento da personalidade, ao passo que as situações patrimoniais apenas mediadamente servem a este fim. Consequentemente, tem-se que o ordenamento destina às situações existenciais a função imediata de promover o desenvolvimento da personalidade cuja observância é necessária para serem merecedoras de tutela.  
[...]  
Será existencial a situação jurídica subjetiva se os efeitos diretos e essenciais incidirem sobre a personalidade do seu titular. (MEIRELES, 2009, p. 39; 42).

O perfil funcional da situação subjetiva melhor enquadra a distinção entre situações existenciais e patrimoniais, ademais, as classificações decorrentes do perfil do interesse são redutíveis nessas duas grandes categorias.

Logo, dentre as situações jurídicas patrimoniais incluem-se as não patrimoniais, uma vez que inseridas na mesma lógica classificatória funcional, qual seja de desvencilhamento dos direitos de personalidade. Dentre as situações jurídicas existenciais estão compreendidas aquelas dúplices, uma vez que, também inseridas na mesma lógica classificatória, ambas



refletem interesses que incidem imediatamente sobre os direitos de personalidade. Portanto, justifica-se a utilização apenas dessas duas grandes categorias para continuidade do desenvolvimento da presente seção.

Diante disso, além da especificidade do objeto que preenche os direitos reais, imateriais, obrigacionais e de crédito e personalidade, tem-se que:

[...] ainda é possível distinguir as situações existenciais das patrimoniais porque as relações existenciais incidem diretamente sobre o desenvolvimento da personalidade, enquanto que as relações patrimoniais não se afastam da lógica de equivalência e só indiretamente repercutem em aspectos essenciais da pessoa humana. (MEIRELES, 2009, p. 47).

A distinção entre as situações subjetivas patrimoniais e existenciais é ainda relevante para que seja demarcada a mudança de orientação do Direito Privado em relação a ambas, uma vez que proteção jurídica conferida historicamente à liberdade nas situações subjetivas patrimoniais era de caráter predominantemente negativo, impondo-se ao Estado o dever geral de abstenção ao seu exercício (PRATA, 2016, p. 31). Assim, quando sobrevieram os direitos subjetivos de personalidade<sup>301</sup> se estendeu sobre eles a mesma lógica formal patrimonialista que coube às situações subjetivas existenciais, não obstante inadequados à sua natureza jurídica.

Dessa forma, considerando que a capacidade de fato ou de exercício é o instrumento pelo qual são exercidas, simultaneamente, situações subjetivas patrimoniais e existenciais, bem como a sua destinação originária para proteção das situações patrimoniais, é possível conjecturar sua limitação promocional. Por essa razão, a formatação das medidas de cuidado na releitura dos deveres do assistente, do representante e do apoiador deve congrega a tutela negativa e positiva da pessoa com deficiência, a fim de que se apresentem como instrumentos protetivos e promocionais adequados ao seu grau de discernimento.

A releitura que está sendo proposta tem fundamento na função derivada do perfil funcional das situações subjetivas patrimoniais e existenciais à luz da Constituição da República de 1988, pelo qual a dignidade humana ascende como referencial de orientação normativa e interpretativa, inclusive, para funcionalização das medidas de cuidado à pessoa com deficiência. Nesse sentido, tem-se que a dignidade da pessoa humana:

---

<sup>301</sup> Registra-se que o Brasil apenas ofereceu uma disciplina normativa jusprivatista para os direitos de personalidade no Código Civil de 2002.

Opera a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim processo de inclusão social, com ascensão à realidade normativa de interesses coletivos e difusos, direitos da personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas. Se o direito é a realidade cultural, o que parece hoje fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado. (TEPEDINO; OLIVA, 2016, p. 230).

A pluralidade e diversidade que demarca a pessoa elevada ao centro do sistema jurídico impõem a compreensão da dignidade como um eterno e constante *devoir*. Por esse motivo, escapa das tentativas empreendidas de sua delimitação, ainda que abstratas e/ou gerais. Nesse sentido, cita-se a contribuição de Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 118) que argumentou pela existência de um substrato material da dignidade recorrendo aos postulados da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade que, assim relacionados:

[...] quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que protege tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo ela, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social.

Similarmente, a tentativa de captar categoricamente a dignidade humana foi também empreendida por Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 123), contudo, com maior rigidez ao argumentar que dela deveriam ser derivados hierarquicamente os seguintes preceitos: “1. Respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2. Consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3. Respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária.”.

Ocorre que, embora a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade apareçam na lista das dez capacidades centrais relacionadas por Martha Nussbaum (2017, p. 49-50) como indispensáveis a uma vida digna<sup>302</sup>, a relação entre aquelas capacidades e a dignidade não pode ser estabelecida *à priori*, uma vez que promover a dignidade na diversidade deve também significar que “[...] tratar as pessoas como iguais pode

---

<sup>302</sup> Recordar-se que todas as capacidades centrais relacionadas por Martha Nussbaum correspondem a direitos e garantias fundamentais com previsão normativa no microsistema jurídico de promoção da pessoa com deficiência, conforme desenvolvido no Capítulo 4, seção 4.2.

não necessariamente corresponder a igualar as condições de vida de todas elas.” (NUSSBAUM, 2017, p. 51, tradução nossa<sup>303</sup>).

A dignidade não pode, portanto, ser postulada como um critério rígido e universal. Dessa forma, “[...] não parece possível falar da dignidade ou imaginá-la assim. Ela só parece possível quando efetivamente realizada, e realizada de maneira dinâmica e em desenvolvimento permanente.” (POMPEU, 2015, p. 120).

Nesse sentido, recorda-se que uma das capacidades centrais relacionadas por Martha Nussbaum (2017, p. 49-50) é a razão prática que, junto às demais capacidades, constitui elemento indispensável à promoção de uma vida humana digna. A razão prática, quando aplicada à pessoa com deficiência, impõe para o Estado o dever de lhe garantir instrumentos adequados ao desenvolvimento da sua capacidade básica (e jurídica) de formar uma concepção de bem, refletir criticamente e discernir acerca da sua própria vida.

Assim, se perspectivada a pessoa com deficiência, é intuitivo concluir que a referida capacidade é tão relevante para consecução da sua dignidade como a igualdade, sua integridade psicofísica e sua liberdade, contudo, parece anteceder essas últimas, uma vez que promove a pessoa com deficiência como protagonista da própria vida.

Em todo caso, o que se quer enfatizar é que “[...] a dignidade, por tratar-se de uma concepção relacional do sujeito na perspectiva da própria vida, é auto referencial” (LEITE, 2019, p. 137), porquanto a dignidade está imbricada com os direitos e garantias fundamentais assegurados no Microssistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência e que, analisados sob a Teoria do Enfoque das capacidades, expressam o mínimo necessário para promoção de possibilidades alternativas de ser e de agir da pessoa que perpassam pelo desenvolvimento de sua capacidade de discernir e se autodeterminar.

Logo, sempre que possível, “proteger a dignidade humana, então, requer acatar a configuração subjetiva apresentada pelo outro, por sua decisão.” (ALMEIDA, 2011, p. 84).

Diante disso, as situações jurídicas patrimoniais e existenciais como partes integrantes em abstrato do referencial constitucional de dignidade, não podem ser percebidas exclusivamente a partir da tutela negativa, ou seja, do dever geral de abstenção de terceiros ao seu exercício, sobretudo quando se tratar de direitos de personalidade, uma vez que: “[...] a personalidade não se exaure no aspecto negativo de um dever de abstenção, nem pode ser protegida apenas em vista da lesão, seja concretizada, seja ameaçada.” (MEIRELES, 2009, p. 21-22).

---

<sup>303</sup> “Tratar las personas como iguales puede no significar necesariamente igualar a las condiciones de vida de todas ellas.”

A tutela positiva dos direitos subjetivos patrimoniais e existenciais da pessoa com deficiência que estiver sob cuidado é fundamental para integração do sistema de apoio, uma vez que se realiza pela promoção, na maior medida do possível, da capacidade de autodeterminação discernida do seu titular. Logo, “é chamada positiva porque realizada mediante a autodeterminação do titular, muitas vezes, com colaboração de outrem; enquanto a tutela negativa diz respeito a comportamentos omissivos gerais [...]” (MEIRELES, 2009, p. 57).

Nesse sentido, Iara Antunes de Souza (2016, p. 387) ao tratar das medidas de cuidado sugeriu que elas não poderiam ser vistas como medidas exclusivamente protetivas, mas que fossem tomadas como medidas promocionais da dignidade humana e autonomia da pessoa com deficiência.

A correlação entre as categorias de direitos subjetivos e as medidas de cuidado, bem como ao caráter autorreferencial do postulado constitucional de promoção da dignidade, permite concluir que o grau de discernimento da pessoa com deficiência poderá demandar, casuisticamente, assistência, representação e/ou apoio para que a pessoa com deficiência exerça ou desenvolva sua capacidade de exercício (ainda que relativa) satisfazendo seus interesses patrimoniais ou existenciais, porquanto:

O direito subjetivo pode ser definido como o poder da vontade ou faculdade de agir para a satisfação de um interesse próprio, tutelado pela lei. O direito subjetivo tem como situação correspondente o dever jurídico, o qual se não for cumprido espontaneamente enseja para o titular do direito a pretensão de exigir, mesmo coercitivamente, a satisfação do seu interesse. (MEIRELES, 2009, p. 21).

As medidas de cuidado não afetam a titularidade dos direitos subjetivos. Por essa razão, cabe aos cuidadores a representação, a assistência e/ou o apoio à pessoa com deficiência a fim de que a vontade dela possa ser reconstruída, assistida ou apoiada no exercício e proteção daqueles direitos.

Diante disso, a delimitação das diferenças entre as situações jurídicas patrimoniais e existenciais tem por finalidade a modulação das medidas de cuidado em atenção à natureza jurídica dos interesses da pessoa com deficiência que está sendo assistida, representada e/ou apoiada. Ademais, a relevância dessa modulação decorre da desproporcionalidade existente entre a representação e/ou assistência e aquelas situações subjetivas, uma vez que aquelas medidas de cuidado foram formatadas no curso do desenvolvimento da Teoria das Capacidades com o objetivo de garantir a segurança do tráfego negocial.

A necessidade de proposição de tratamento jurídico qualitativamente diverso para situações subjetivas existenciais é corroborada por Ana Carolina Brochado Teixeira (2018, p. 84) ao analisar que:

[...] o que hoje se denomina de situações jurídicas existenciais, às quais a lógica proprietária não se aplica, tendo em vista a dificuldade funcional de se estabelecer um vínculo coerente entre patrimonialidade e subjetividade, razão pela qual se fez necessária a criação de uma sistemática própria para tais situações jurídicas, pois aquela então existente era insuficiente para a tutela oferecida indistintamente ao sujeito de direito, que tinha como fundamentos as liberdades públicas e o direito subjetivo. Além disso, o contrato – expressão da liberdade patrimonial – não exaure todas as expressões da liberdade da pessoa humana. A vontade gera fatos jurídicos, cujos efeitos, atualmente, ocorrem tanto na órbita existencial quanto na patrimonial.

Dessa forma, tendo sido apresentada a distinção entre as situações subjetivas existenciais e patrimoniais que preenchem o núcleo de interesses da pessoa com deficiência que poderá estar sob as medidas de cuidado, pretende-se finalmente estabelecer os limites de atuação dos cuidadores na assistência, representação e apoio da pessoa com deficiência em atenção a função promocional que é derivada da dignidade humana.

As medidas de cuidado à pessoa com deficiência devem ser definidas de forma isoladas ou conjuntamente, conforme desenvolvido na seção 5.2, a fim de que sejam aplicadas de forma proporcional às barreiras que impedem ou dificultam a expressão de vontade discernida da pessoa com deficiência diante de situações subjetivas patrimoniais e/ou existenciais. A proporcionalidade dessas medidas depende ainda do efetivo caráter protetivo e promocional que deve estar subjacente à assistência, a representação e ao apoio.

A atuação do cuidador diante de situações subjetivas patrimoniais que integrem o patrimônio jurídico da pessoa com deficiência deve estar orientada pela defesa dos seus interesses economicamente apreciáveis. Dentre eles, os direitos reais de gozo ou fruição, de garantia e de aquisição, bem como os direitos obrigacionais originados da lei ou da declaração de vontade emanada, exemplificativamente, do negócio jurídico.

Assim, a assistência, a representação e o apoio, quando direcionados para situações subjetivas patrimoniais, devem se constituir como instrumentos de proteção do patrimônio econômico da pessoa com deficiência e de forma mediata, como instrumentos de promoção da sua capacidade de discernir e autodeterminar-se.

Para tanto, quando as circunstâncias pessoais da pessoa com deficiência tiverem demandado sua assistência, de forma unitária ou conjugada com outra medida de cuidado, impõe-se ao assistente o dever de garantir a sua participação informada em todos os atos nos

quais sua assistência for juridicamente exigível, evitando que a assistência se transforme arbitrariamente em medida substitutiva de vontade quando presente algum grau de discernimento.

Dessa forma, embora a assistência expresse uma forma especial de autorização do cuidador que determina a validade dos negócios jurídicos celebrados pelas pessoas com deficiência que tenham sido consideradas relativamente incapazes, sob pena da sua anulabilidade, na forma do inciso I, do artigo 177 do Código Civil, a assistência não se confunde com a possibilidade do assistente, em representação e à revelia do assistido, celebrar negócios jurídicos que obriguem esse último.

Logo, se a assistência pressupõe algum grau de discernimento da pessoa sob cuidado, é imprescindível que a sua vontade seja de alguma forma exteriorizada, de forma expressa ou, quando a lei permitir, tacitamente. Caso contrário, tem-se a inexistência do negócio jurídico, uma vez que sendo “[...] a vontade o pressuposto do negócio jurídico, é imprescindível que ela se exteriorize e se divulgue por uma emissão, de forma a levar a deliberação interior ao mundo exterior.” (PEREIRA, 2017, p. 392).

Por outro lado, tendo sido verificado que a pessoa com deficiência não possui discernimento para a prática de alguns ou todos os atos da vida civil e tendo sido lhe atribuído cuidador com deveres de representação, a tutela promocional desempenhada pelo seu curador diante de situações subjetivas patrimoniais poderá ser de natureza supletiva ou reconstrutiva de sua vontade.

Será supletiva quando a inaptidão para o discernimento da pessoa com deficiência for inata e não tiver sido desenvolvida, ou seja, tratar-se de alguém que jamais expressou vontade discernida, ensejando que sua vontade seja suprida pelo seu cuidador. Para tanto, caberá ao representante levar em consideração os traços manifestados da personalidade da pessoa com deficiência sob seu cuidado e suas preferências. E, em todo caso, as decisões do representante no exercício do seu múnus devem priorizar os interesses da pessoa com deficiência cuja proteção e promoção devem ser simultaneamente promovidas.

A representação será reconstrutiva da vontade do representado quando sua inaptidão para o discernimento tiver sido adquirida, ou seja, superveniente ao seu desenvolvimento. Nessa hipótese, possível o que Iara Antunes de Souza (2016, p. 376) denominou de (re) construção da vontade da pessoa com deficiência. Trata-se de reconstrução biográfica da vontade da pessoa que está privada da capacidade de exprimir vontade discernida, a fim de que sejam preservados os interesses por ela outrora autodeterminados.

As representações, supletiva e reconstrutiva, da vontade da pessoa com deficiência são igualmente aptas à proteção e promoção dos seus direitos subjetivos patrimoniais em atenção à sua dignidade e desenvolvimento. Porquanto, não se confundem com medidas substitutivas de vontade.

Ao lado da assistência e/ou da representação tem-se o apoio às situações subjetivas patrimoniais, medida de cuidado que também pode ser definida individualmente. O apoiador atua protegendo e promovendo a incolumidade das informações e elementos que circunscrevem a tomada de decisão da pessoa com deficiência. O apoio prioriza o desenvolvimento da autonomia e da capacidade de discernimento do apoiado.

Nesse sentido, tem-se que: “os apoiadores oferecerão apoio seja para garantir a escoreta informação sobre os dados que interferirão nas decisões que o apoiado pretenda tomar, seja para favorecer, sob alguma forma, a comunicação entre este e seu interlocutor contratual, por exemplo.” (MENEZES, 2016, p. 621).

Paralelamente, tem-se as situações subjetivas existenciais que, por refletirem imediatamente a função protetiva e promocional da dignidade das pessoas com deficiência, bem como do desenvolvimento da sua personalidade, guardam uma formatação qualitativamente diversa na funcionalização da assistência, da representação e do apoio. Nesse sentido:

Vale relevar que o Estado Brasileiro se intitula por Democrático de Direito. Significa dizer, com isso, que ele assume a responsabilidade de permitir a diversidade subjetiva o que, em termos de situações jurídicas existenciais, abrange a admissão da variedade de construções identitárias, de suas particulares composições valorativas. (ALMEIDA, 2011, p. 94)

A diferença do tratamento conferido às essas situações decorre do objeto dos direitos subjetivos de personalidade, que conforme esclarece Adriano de Cupis (2008, p. 3) constituem:

[...] um modo de ser físico ou moral da pessoa, bem se compreende como ele nunca contenha em si mesmo uma utilidade imediata de ordem econômica. A vida, a integridade física, a liberdade, permitem ao sujeitos conseguir outros bens revestidos daquela utilidade, mas não podem nem identificar-se nem confundir-se com estes outros.

Ademais, são situações especialmente relevantes uma vez que “mesmo que um sujeito de direito passe sua vida toda sem praticar nenhum ato ou negócio jurídico, de cunho patrimonial ou não, ainda assim será titular de um círculo mínimo de direitos de

personalidade.” (CARBONERA, 2004, p. 151). Diante disso, a funcionalização das medidas de cuidado deve estar em consonância com o regime jurídico que vincula os direitos de personalidade e, pelo qual se tem sua intransmissibilidade, disponibilidade restrita e irrenunciabilidade:

A intransmissibilidade aponta para que os direitos de personalidade sejam, em princípio<sup>304</sup>, entendidos como insusceptíveis de passar da titularidade de uma pessoa para a outra, a gerar mesmo uma “inseparabilidade” dos bens que guarnecem os direitos da personalidade do seu titular. [...] O princípio da irrenunciabilidade faz com que o intérprete da norma acerca dos direitos de personalidade entenda, primariamente, que os bens a esses afetos não possam ser, via expressão da autonomia da vontade, abdicados pelo seu titular. [...] Neste ponto, o ato de disposição do próprio corpo<sup>305</sup>, como exceção ao princípio da intransmissibilidade que é, deve necessariamente ocorrer ausente de qualquer tipo de pretensão econômica. (GAMA, 2014, p. 101-102).

A restrição do regime jurídico oponível aos direitos subjetivos de personalidade pode ser justificada pelo fato de que “[...] 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.” (MENEZES, 2016, p. 517).

Ademais, os direitos de personalidade “[...] tem como função imanente a livre realização da personalidade, segundo o estilo de vida individual” (TEIXEIRA, 2010, p. 147). Nesse sentido, dispõe o artigo 6º do EPD (BRASIL, 2015a) que:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:  
 I - casar-se e constituir união estável;  
 II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;  
 III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;  
 IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;  
 V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e  
 VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A interpretação do artigo impõe concluir que a deficiência, *per si*<sup>306</sup>, não afeta a sua titularidade e capacidade de exercício da pessoa e, especialmente, diante dos direitos

<sup>304</sup> Aqui tem-se uma ressalva para permissiva excepcional de transmissibilidade desses direitos, conforme previsão inscrita no artigo 11 do Código Civil (BRASIL, 2002): “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

<sup>305</sup> Exemplificados pelo autor na possibilidade legal de doação de órgãos, sangue e tecidos humanos. (GAMA, 2014, p. 102)

<sup>306</sup> Conforme desenvolvido no Capítulo 3.



subjetivos de personalidade exemplificativamente relacionados no dispositivo. Contudo, por força da cláusula geral do sistema de apoio, eventual redução, supressão ou necessidade de apoio ao discernimento da pessoa com deficiência atrai a incidência das medidas de cuidado.

A assistência diante de situações subjetivas de personalidade impõe ao assistente nomeado o dever de proteger os direitos de personalidade da pessoa com deficiência sob os seus cuidados, a fim de garantir que ela não seja vítima de influência indevida. Simultaneamente, incumbe ao curador promover o desenvolvimento da sua autodeterminação discernida, ainda que o exercício de determinado direito existencial não repercuta juridicamente, tal como ocorre no exercício de direitos sexuais pela pessoa com deficiência. Nesse caso, “tem-se o discernimento quando as faculdades mentais permitem a autodeterminação, a consciência das opções a serem tomadas.” (SOUZA; TEIXEIRA, 2017, p. 159).

Ademais, sendo possível que situações subjetivas existenciais constituam o objeto de negócios jurídicos, tal como ocorre na cessão onerosa do uso de imagem, recorda-se que a assistência, nos termos acima delineados, conferirá, ainda a validade dos negócios jurídicos celebrados pelas pessoas com deficiência. Dada à funcionalização da assistência, é possível afirmar que sua incidência nos direitos subjetivos patrimoniais não implica na transmissibilidade, disponibilidade ou renúncia de qualquer deles.

Por outro lado, tendo sido verificado que a pessoa com deficiência não possui discernimento para a prática de direitos subjetivos existenciais e tendo sido lhe atribuído cuidador com deveres de representação, a tutela promocional que deverá ser desempenhada pelo seu curador torna-se mais nebulosa, uma vez que:

Ainda que se pudesse justificar a medida mais extrema para resguardar os interesses patrimoniais da pessoa sob curatela, a representação por substituição de vontade é prejudicial ao exercício e ao gozo de certos direitos fundamentais. Há direitos que, por sua natureza personalíssima, não permitem a separação entre capacidade de exercício e capacidade de gozo, como no exemplo do casamento, do planejamento familiar, da liberdade de crença e culto, dentre outros. (MENEZES, 2016, p. 34).

Deveras, a funcionalização conferida a representação supletiva e reconstrutiva da vontade da pessoa com deficiência diante de situações subjetivas patrimoniais não pode ser irrefletidamente estendida para o exercício de direitos de personalidade. Nesse sentido, Iara Antunes de Souza (2016, p. 328):

De fato, as questões pessoais devem ser preservadas na maior medida do possível para o âmbito da autodeterminação da pessoa, ainda que ela seja deficiente mental

ou intelectual. [...] esta extensão material da curatela não pode ser objeto de norma jurídica, pois somente o estudo junto à pessoa realizado por equipe multidisciplinar será de concluir acerca dos atos para os quais a pessoa não tenha discernimento e, não se tem dúvidas, pode ser que a pessoa não tenha discernimento para os atos de cunho existencial, como os atos de saúde, por exemplo.

Ademais, impedir formalmente que a própria pessoa dê conformação à sua vida, segundo sua razão prática, deve sempre configurar situação de extrema excepcionalidade, dada a gravidade das medidas de cuidado nesse caso, conforme observa Renata Barbosa de Almeida (2011, p. 96):

A gravidade da transmissão a um terceiro das definições pessoais do incapaz de fato, como tem sido praticado através da representação e da assistência dos maiores, não se encontra, portanto, na delegação propriamente dita. O mal está fundado na prática desta incumbência. Aceitar que o representante ou o assistente moldem a identidade do interdito tem representado fazer dele um produto de parâmetros valorativos que talvez lhe escapem, que podem não lhe ser próprios. A alegação de que estes responsáveis legais, no propósito de resguardar o incapaz de fato, deliberarão sempre a seu favor, em seu benefício, na prática, pauta-se em externos parâmetros axiológicos de vida boa que, exatamente porque não eleitos autonomamente, são indevidos e falhos.

Por outro lado, verificada a ausência de discernimento da pessoa com deficiência para o exercício de direitos subjetivos existenciais, a presunção inafastável da sua plena capacidade para o exercício deles constituiria uma desproteção injustificável da sua dignidade e personalidade. Dessa forma, ao tratar da extensão excepcional da curatela para situações subjetivas existenciais Raphael Furtado Carminate (2019, p. 186) argumentou que “[...] nas hipóteses em que se comprovar a ausência de discernimento para o casamento, seria permitida a extensão de seu alcance a este ato, impedindo-se que pessoa sem condições de compreender seu significado o celebrem.”.

O casamento ilustra adequadamente uma situação na qual a representação supletiva ou mesmo reconstrutiva da vontade da pessoa com deficiência pode significar a transmissibilidade dos seus direitos de personalidade, uma vez que não se pode cogitar a possibilidade de que o curador constitua casamento em representação a pessoa curatelada. Igualmente irrazoável seria atribuir à pessoa curatelada, nessa condição, a curatela de terceiros, conforme assegura o inciso VI, do artigo 6º do EPD.

Diante disso, em atenção novamente à função dos direitos subjetivos existenciais, atribui-se ao representante da pessoa com deficiência o papel proeminente de proteção e promoção da sua dignidade e autonomia, com ênfase especial à proteção da sua integridade psicofísica. Apenas excepcionalmente admite-se ao curador o dever de representação

supletiva ou reconstrutiva da vontade da pessoa com deficiência, para tanto justifica-se que a referida atuação tem incidência na tutela promocional da sua saúde, em conformidade com os artigos 11 e 13 do EPD<sup>307</sup>.

Nesse sentido, considerando a possibilidade de ausência de discernimento que demande a representação da pessoa com deficiência impedida de exprimir vontade discernida, ressalta-se que, tal como defendido por Renata Barbosa de Almeida (2011, p. 110), que:

O que se tenta reconstruir aqui é que esta carência, se corretamente conduzida, não significa o aniquilamento subjetivo. O terceiro talvez seja sempre necessário, mas para subsidiar a instalação do estado harmônico de saúde, nos moldes decisórios estabelecidos pelo interdito. O representante e o assistente legais hão de contribuir para que o sujeito de direito humano permaneça, finalmente, autor da formulação de sua própria pessoa e do desenvolvimento da sua própria vida.

A extensão da curatela para situações subjetivas existenciais, de forma similar a tutela promocional aqui sugerida, foi aplicada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no julgamento da Apelação Cível nº 1.0245.13.011494-6/001, a qual recorre-se em caráter exemplificativo<sup>308</sup>.

Trata-se de apelação cível interposta contra sentença proferida por juízo de primeiro grau, que julgou procedente pedido de interdição de pessoa com deficiência mental, restrita a administração de direitos patrimoniais e negociais, “mantendo-se incólumes o seu direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”. Alegou a apelante que, em que pese as alterações realizada neste instituto pela Lei n. 13.146/2015, o interditando não tinha capacidade de exercer direitos existenciais, em razão do diagnóstico de esquizofrenia indiferenciada (CID F20.3), "com evolução progressiva para

<sup>307</sup> “Art. 11. A pessoa com deficiência não poderá ser obrigada a se submeter a intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento ou a institucionalização forçada.

Parágrafo único. O consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela poderá ser suprido, na forma da lei.” (BRASIL, 2015a)

<sup>308</sup> No mesmo sentido, decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: APELAÇÃO CÍVEL. LEVANTAMENTO DE INTERDIÇÃO. DESCABIMENTO. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. RECONHECIMENTO DA INCAPACIDADE RELATIVA, E NÃO MAIS ABSOLUTA, DO APELANTE. LIMITES DA CURATELA. Diante das alterações feitas no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), o apelante não pode ser mais considerado absolutamente incapaz para os atos da vida civil. A sua patologia psiquiátrica - CID 10 F20.0, Esquizofrenia - configura hipótese de incapacidade relativa (art. 4º, inciso III, e 1.767, inciso I do CC, com a nova redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência), não sendo caso de curatela ilimitada. Caso em que o recurso vai parcialmente provido, para reconhecer a incapacidade relativa do apelante, mantendo-lhe o mesmo curador e fixando-se a extensão da curatela, nos termos do artigo 755, inciso I, do CPC/15, à prática de atos de conteúdo patrimonial e negocial, bem como ao gerenciamento de seu tratamento de saúde. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70069713683, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 15/09/2016).

déficits residuais, incapacitantes, não apresentando condições de autogestão (pessoas e bens)" (MINAS GERAIS, Apelação Cível nº 1.0245.13.011494-6/001, 2017, p.2-5). Nesse sentido, a sentença foi modificada, para prever a extensão da curatela para atingir direitos existenciais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INTERDIÇÃO - CABIMENTO - ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - RECONHECIMENTO DA INCAPACIDADE RELATIVA - AMPLIAÇÃO DOS LIMITES DA CURATELA.  
 1 - O indivíduo não pode ser mais considerado absolutamente incapaz, para os atos da vida civil, diante das alterações feitas no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146/2015.  
 2 - A patologia psiquiátrica descrita configura hipótese de incapacidade relativa, não sendo caso de curatela ilimitada (art. 4º, inciso III, e 1.767, inciso I do CC, com a redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência).  
 3 - A ampliação dos limites da curatela, para além dos atos patrimoniais e negociais, não é medida extraordinária, mas sim real, diante da incapacidade da parte (artigo 755, inciso I, do CPC/15). (TJMG - Apelação Cível 1.0245.13.011494-6/001, Relator(a): Des.(a) Alice Birchall, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/02/2017, publicação da súmula em 21/02/2017)

Ademais, acerca do gerenciamento da saúde da pessoa com deficiência, esclarece-se que é possível que a própria pessoa com deficiência que esteja em gozo da sua capacidade de discernir realize a nomeação de um curador que poderá efetivar o seu cuidado caso ela seja privada no futuro daquela capacidade. Para tanto, recorre-se às diretivas antecipadas de vontade, “[...] negócio jurídico unilateral com viés existencial, no qual a pessoa com capacidade plena faz escolhas a serem efetivadas no futuro, caso, naquele momento, não possa exprimir sua vontade.” (ALMEIDA, 2019, p. 258).

Assim, embora as diretivas não estejam disciplinadas expressamente no sistema de apoio, podem ser derivadas de sua cláusula geral, uma vez que respeita os direitos, a vontade e as preferências da pessoa. Além disso, possuem normativa em âmbito médico-hospitalar emanada do Conselho Federal de Medicina que editou a Resolução n. 1.995/2012 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012), definindo as diretivas antecipadas de vontade como:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Dessa forma, a pessoa em estado de capacidade plena que opta pelas diretivas antecipadas de vontade, manifesta antecipadamente diretrizes que deverão ser cumpridas em prol do respeito pela autonomia e dignidade inerentes. Essas manifestações de vontade, segundo a Resolução, podem ser realizadas de duas formas: pelo documento elaborado pelo

próprio paciente, em que se manifesta caso ocorra alguma situação futura em que se encontre incapaz de comunicar-se, de expressar de maneira livre e independente suas vontades; na designação de um representante para tal fim, a partir de informações que serão levadas em consideração pelo médico.

Finalmente, tem-se a possibilidade de apoio à pessoa com deficiência como medida de cuidado compatível com a proteção e promoção de direitos subjetivos existenciais. Nesse sentido, Vitor Almeida (2019, p. 226):

A rigor, embora a lei tenha previsto alguns dispositivos especificadamente em relação aos atos negociais, a exemplo dos §§5º e 6º do art. 1.783-A do Código Civil, nada impede a tomada de decisão apoiada alcance as situações existenciais, visto que no *caput* do dispositivo diz expressamente que o apoio deve ser prestado em relação aos atos da vida civil, compreendendo, portanto, os atos patrimoniais e existenciais.

Ao apoiador incumbe os deveres de prover as informações e elementos necessários à tomada de decisão da pessoa com deficiência nos limites e situações previamente estabelecidos por ela. O apoio ao exercício de situações subjetivas existenciais constitui relevante instrumento de promoção imediata da dignidade e autonomia da pessoa com deficiência, cujo desenvolvimento das suas capacidades básicas (e jurídica<sup>309</sup>) de formar uma concepção de bem, refletir criticamente e discernir acerca da sua própria vida, uma vez que o apoio:

Cuida-se de figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade da pessoa. Não se trata de um modelo limitador da capacidade de agir, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais da pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano. Enquanto a curatela e a incapacidade relativa parecem atender preferentemente à sociedade (isolando os incapazes) e à família (impedindo que dilapide o seu patrimônio), em detrimento do próprio interdito, a Tomada de Decisão Apoiada objetiva resguardar a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente seus desejos e anseios vitais. (ROSENVALD, 2015).

Ademais, no que toca ao papel protetivo e promocional dos cuidadores em atenção às circunstanciais da pessoa com deficiência, tem-se que:

---

<sup>309</sup> No mesmo sentido, Heloísa Helena Barboza e Vitor Almeida (2016, p. 269), prelecionam que “a tomada de decisão apoiada serve, portanto, para apoiar as pessoas com deficiência na conservação de sua plena capacidade de fato, logo, promover a autonomia e dignidade, sendo que os apoiadores funcionam como coadjuvantes do processo de tomada de decisões a respeito das escolhas de vida da pessoa com deficiência, e não o contrário, como na hipótese de curatela, quando se eclipsa a vontade da pessoa curatelada, num verdadeiro processo de substituição”.

O tipo do apoio também pode ser de ordem variada, a depender da necessidade específica de quem o requer. Pode consistir na facilitação da comunicação, na prestação de informação e esclarecimentos, no auxílio à análise dos fatores favoráveis e desfavoráveis que circundam certa decisão etc., tudo a depender do caso específico e das demandas da pessoa que precisa do apoio. (MENEZES, 2016, p. 47).

Definidos esses parâmetros, cabe delimitar a atuação dos apoiadores que, reitera-se, não pode influir imediatamente na manifestação de vontade da pessoa com deficiência ou exercer sobre ela qualquer forma de influência indevida. Assim, de acordo com Flávia Balduino Brazzale (2018, p.121), “[...] a função dos apoiadores circunscreve a prestar sua contribuição sobre o que lhes pareça mais oportuno, sobre algo que, o próprio beneficiado, por sua voluntária transferência, cedeu ao seu crivo.”.

Pelo exposto, percebe-se que funcionalização das medidas de cuidado de forma proporcional e apropriada às circunstâncias da pessoa com deficiência e ao seu grau de discernimento, desvelou possibilidades alternativas de conjugar as medidas de cuidado e as situações subjetivas patrimoniais e existenciais em atenção às funções que desempenham diante do mandamento constitucional de proteção e promoção da dignidade e autonomia da pessoa com deficiência.

Dessa forma, a partir da integração do sistema de apoio à pessoa com deficiência, defende-se que ele está finalmente apto a produzir capacidades internas e combinadas proporcionais às circunstâncias pessoais da pessoa com deficiência e ao seu grau de discernimento, a partir dos quais se tem a fungibilidade dos procedimentos jurisdicionais de apoio; a modulação das medidas de cuidado e dos deveres inerentes ao assistente, representante e apoiador; por fim, a funcionalização das medidas de cuidado em atenção à natureza da situação jurídica patrimonial e existencial.

Nesse contexto, observou-se a relevância das medidas de cuidado na promoção do vínculo necessário entre a pessoa com deficiência e o seu entorno social, político, econômico e jurídico. Para tanto, tem-se o desenvolvimento promocional do discernimento e autonomia das pessoas com deficiência e desvelando a elas novas possibilidades e alternativas de ser e agir.

## 6 CONCLUSÃO

A divisão binária entre a normalidade e anormalidade que foi captada no desenvolvimento da Teoria das Capacidades pelo Direito Privado, por forte inspiração do modelo médico de abordagem da deficiência, culminou na universalização do sujeito capaz e na sujeição daqueles designados loucos de todo gênero, alienados de qualquer espécie e dos doentes e deficientes mentais, relegados às práticas segregacionistas subjacentes ao regime jurídico da incapacidade no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002.

A junção do saber médico com a força normativa originada do Direito Privado garantiu a legitimidade da exclusão pautada na diferença, cuja operacionalização ficou sob o encargo da interdição, da curatela, da assistência e da representação. A reprodução daquela divisão binária, contudo, foi obstaculizada pelo movimento político de organização civil das pessoas com deficiência que demandou a reorganização da sociedade em âmbito político, econômico e jurídico, a fim de que esses espaços fossem adequados a sua plena inclusão e participação em todos os aspectos da vida.

Para tanto, a deficiência foi erigida ao final do século XX como uma categoria complexa e de conteúdo socialmente construído, ditado pelo modelo social de abordagem da deficiência. Por esse modelo, assumiram relevância os entraves, obstáculos, atitudes e/ou comportamentos que limitam a participação social, econômica e política das pessoas com deficiência. Contexto no qual emerge a CDPD, assinada em 2007 e aprovada pelo Brasil em 2008, na forma do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição da República de 1988, pela qual se equipara a emenda constitucional.

Com aprovação do CDPD o Brasil reconheceu, formalmente, que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as pessoas sem deficiência, obrigando-se a promover as modificações e ajustes adequados, inclusive, no Direito Privado, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em respeito pela sua dignidade inerente. A pessoa é então erigida ao centro referencial normativo do Microsistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência, inaugurado pela CDPD e complementado pela promulgação do EPD, em 2015 que modificou a Teoria das Capacidades, revogando as hipóteses de incapacidade fundadas na doença ou deficiência mental.

A única hipótese de reconhecimento da incapacidade da pessoa com deficiência que remanesce no Código Civil de 2002 é relativa e, depende da verificação da sua incapacidade de exprimir vontade discernida, que deve ser avaliada no curso do procedimento de interdição, por equipe multiprofissional e por exame biopsicossocial. Se confirmada a incapacidade, define-se a curatela para pessoa com deficiência, atribuindo ao seu curador o dever de promover sua assistência no exercício de atos civis de natureza patrimonial ou negocial. Paralelamente, tem-se a nova medida de cuidado, denominada tomada de decisão apoiada.

Ocorre que, essa mudança de paradigma promovida pelo Microssistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência foi operada de forma desproporcional às circunstâncias pessoais de cada pessoa com deficiência. Nesse sentido, foi conservada a base formal, arbitrária e excessivamente abstrata e que demarcou o regime das incapacidades antes da sua revisão. Por esse motivo, a interdição, a curatela e a assistência foram perpetuadas como medidas de correção da incapacidade, com o enfoque no trânsito negocial e, apenas secundariamente, como medidas de promoção da capacidade da pessoa com deficiência em respeito pela sua dignidade inerente.

Assim, a Teoria das Capacidades moveu-se do pressuposto da incapacidade em direção ao da plena capacidade civil que compreende a igual capacidade de direito e de fato, não obstante a diversidade e a pluralidade refletida pelo contingente de pessoas com deficiência no Brasil, qual seja de 45.606.048 (quarenta e cinco milhões seiscentos e seis e quarenta e oito) pessoas de várias idades, com diferentes impedimentos de longo prazo e de graus distintos; bem como, com nível de instrução e ocupação no mercado de trabalho significativamente abaixo dos marcadores para pessoas sem deficiência.

Logo, remanesceu da revisão da Teoria das Capacidades um sistema de apoio que, pela sua estruturação formal, arbitrária e excessivamente abstrata se constituiu de forma desproporcional às circunstâncias peculiares de cada pessoa com deficiência. Diante disso, questionou-se: como uma releitura do arquétipo atual do sistema de apoio à pessoa com deficiência poderá contribuir para promoção das suas capacidades internas e combinadas, por intermédio das medidas de cuidado, de forma proporcional às suas circunstâncias pessoais e em respeito pela sua dignidade inerente, a fim de efetivar e garantir oportunidades alternativas de escolha e ação no âmbito de exercício da sua capacidade legal?

Para resolver o problema proposto, o objetivo geral da pesquisa consistiu em delimitar as instâncias de desproporcionalidade do arquétipo atual sistema de apoio, a fim de que elas



fossem supridas pelos influxos da Teoria do Enfoque das capacidades e moduladas como medidas individualizadas e suficientes às circunstâncias particulares de cada pessoa com deficiência que demande cuidado para o exercício da sua capacidade legal. Para a execução do objetivo geral a presente pesquisa foi estruturada em quatro capítulos, além da introdução e conclusão.

No Capítulo 2, foi observada a influência da concepção jurídica de capacidade na fundamentação do “Outro” do Direito Privado, bem como na formatação e sistematização da história jurídica da deficiência, influenciada pelo modelo médico de abordagem da deficiência. A catalogação da deficiência a partir de binarismos é, contudo, anterior ao Direito. Nesse sentido, verificou-se que os primeiros modelos de abordagem da deficiência, quais sejam: prescindência, médico ou reabilitador estavam subjacentes às práticas de extermínio, caridade e institucionalização das pessoas com deficiência, que eram apreendidas pela categoria binária da normalidade-anormalidade.

Assim, quando as categorias jurídicas de capacidade, pessoa, sujeito de direito e personalidade jurídica, foram universalizadas no Brasil pelo Código Civil de 1916 e, posteriormente, pelo Código Civil de 2002, foi possível normalizar o sujeito universal do Direito Privado, o qual foi pressuposto igualmente livre em suas relações jurídicas. A pessoa com deficiência, “Outro” daquele universalizado, foi designada dentre os “loucos de todo gênero”, os “surdos-mudos” e “excepcionais”, sendo projetada como uma fissura na lógica jusprivatista sobre a qual deveria recair o regime das incapacidades.

Porquanto, a neutralização dessa fissura foi objeto de desenvolvimento na Teoria das Capacidades, cuja origem no Brasil remonta a obra de Augusto Teixeira de Freitas que, embora não tenha obtido êxito na promulgação do seu projeto de Código Civil, influenciou o regime jurídico que se extrai da Teoria das Capacidades estruturada pelo Código Civil de 1916.

Desse contexto, foram extraídos os seguintes pontos em comum entre a Teoria das Capacidades na obra de Freitas e no Código Civil de 1916: a) sua subjetividade, ou seja, preferiu-se dizer quem eram os incapazes à definir a situação de incapacidade; b) o fortalecimento do modelo médico de abordagem da deficiência, consagrado pela pretensão de enquadramento arbitrário das diferentes variações da insuficiência mental; c) a restrição da curatela à validação dos atos jurídicos praticados em substituição do incapaz e em gestão do seu patrimônio; d) por fim, a inexistência de medidas de cuidado aos incapazes.

A definição dos incapazes era relevante para atribuição das medidas de substituição de sua vontade, condição indispensável a validade dos negócios jurídicos celebrados pelas pessoas com deficiência, então designadas dentre “os loucos de todo gênero” e os “surdos mudos” e que, sob a égide do Código Civil de 1916 eram consideradas absolutamente incapazes. Da sua incapacidade, decorria o procedimento de interdição, a partir do qual, comprovada a incapacidade fundada na deficiência, ter-se-ia a definição da sua curatela. A partir de então, era a pessoa com deficiência representada pelo seu curador, medida substitutiva de vontade que implicava na sua exclusão do universo jurídico.

Posteriormente, com a promulgação do Código Civil de 2002 verificou-se a predominância da estrutura original da Teoria das Capacidades, mantendo-se quase integralmente suas premissas. Assim, observou-se que: a) foi mantida a estrutura distintiva da Teoria das Capacidades, pela qual se impõe conteúdo e normativa própria às capacidades de direito e de fato; b) foi mantida as condições de implemento da capacidade de direito, qual seja, o nascimento com vida da pessoa natural; c) foi alterado o critério etário que implementa a maioridade e a capacidade de fato de 21 para 18 anos; d) os surdos-mudos e os loucos de todo o gênero deixaram de constar no rol dos absolutamente incapazes sob essa designação e ainda, excluiu-se o ausente; e) teve-se nova hipótese de incapacidade absoluta, para abranger situações transitórias, nas quais alguém não pode exprimir vontade e; f) ao rol dos relativamente incapazes foram acrescentadas os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido.

Porquanto, concluiu-se pela perpetuação da relevância da deficiência para fixação das hipóteses da incapacidade, embora agora elas estivessem divididas entre as hipóteses de incapacidade absoluta e relativa. Em todo caso, da incapacidade poderia sobrevir o procedimento de interdição, a partir do qual, comprovada a incapacidade absoluta ou relativa fundada na deficiência, ter-se-ia a definição da sua curatela. A partir de então, era a pessoa com deficiência absolutamente incapaz representada ou assistida se relativamente incapaz, a representação e a assistência eram efetivadas pelo seu curador e importavam na sua substituição de sua vontade.

Assim, foi novamente de um modelo externo de abordagem da deficiência que o Direito Privado recorreu mais tarde na revisão da Teoria das Capacidades. O referido modelo, denominado modelo social, foi impulsionado pelos movimentos políticos organizados pela organização civil das pessoas com deficiência no final do século XX, e evidenciou a necessidade de que fossem articuladas diferentes categorias de análise para perspectivação das

pessoas com deficiência, permitindo que elas fossem deslocadas da ótica da ideologia da normalização para o plano da inclusão e efetiva integração social.

Diante disso, no Capítulo 3, foram derivadas as mudanças impulsionadas por essa mudança de paradigma na abordagem da deficiência, que embora tenha sido internalizada pelo Brasil em 2001, com a promulgação da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, dependeu da aprovação da CDPD em 2008 e da promulgação do EPD em 2015, para provocar mudanças no Direito Privado.

Para tanto, inicialmente foi delimitado o contexto de aprovação da CDPD, para posteriormente delimitar seus efeitos no EPD e na revisão da Teoria das Capacidades. A CDPD é primeiro instrumento universal de caráter normativo e vinculante elaborado pela participação ativa das pessoas com deficiência, simultaneamente autoras e destinatárias dos direitos ali consagrados em nível internacional. Por essa razão, a CDPD representou a celebração da diversidade humana para além dos padrões da normalização e, tendo sido aprovada pelo Brasil, preponderou sobre o seu conjunto de normas infraconstitucionais, que até a sua aprovação expressavam a totalidade assistemática das normas responsivas à deficiência.

Assim, a CDPD emerge do propósito normativo de proteção e garantia de exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, objetivando a promoção do respeito pela sua dignidade inerente, cujo fundamento deve ser também derivado para o exercício da sua capacidade legal, a fim de que sejam corrigidas as profundas desvantagens sociais que impuseram historicamente sua segregação. O respeito pela dignidade inerente das pessoas com deficiência é, ainda, o ponto de confluência entre o fundamento da CDPD e o Estado Democrático de Direito, consagrado pela Constituição da República de 1988.

A força normativa que decorreu da incorporação desse instrumento internacional ao Direito brasileiro demandou uma regulação específica, operada pela legislação ordinária. Nesse sentido, foi impulsionada a promulgação da Lei n. 13.146 de 6 de julho de 2015, que instituiu o EPD, aperfeiçoando o Microssistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência. Também derivado do modelo social de abordagem da deficiência e com ênfase na dignidade humana, o EPD conferiu eficácia aos fundamentos da CDPD pela revisão da Teoria das Capacidades, estruturada sobre o pressuposto da capacidade legal das pessoas com deficiência e pela qual se compreendem as capacidades de direito e de fato ou exercício.

A revisão da Teoria das Capacidades foi iniciada com a alteração das hipóteses de incapacidade absoluta e relativa, que eram então descritas entre os artigos 3º e 4º do Código Civil, respectivamente. Assim, observou-se a revogação pelo EPD de todas as hipóteses de incapacidade absoluta ou relativa que estavam fundamentadas na doença ou deficiência mental. Diante disso, a única possibilidade de verificação da incapacidade da pessoa com deficiência maior de idade, decorre da coincidência entre a sua situação fática com aquelas hipóteses descritas como causas de incapacidade relativa, na redação atual do Código Civil e que são comuns às pessoas sem deficiência.

Dentre as causas possíveis de incapacidade da pessoa com deficiência destaca-se sua impossibilidade de exprimir vontade que, conforme argumentação desenvolvida na discussão desse dispositivo, deve ser entendida como sua incapacidade de exprimir vontade discernida. Ou seja, sua impossibilidade de entender e avaliar as consequências das suas decisões para si própria e para o seu entorno. Dito isso, verificada a incapacidade da pessoa com deficiência ela poderá ser submetida ao procedimento jurisdicional de interdição, a partir do qual será definida sua curatela, limitando-se o seu cuidador a promover a sua assistência em atos civis patrimoniais e negociais. Logo, não prevista a representação da pessoa com deficiência ou a atuação do curador em atos civis de natureza existencial.

Paralelamente, tem-se a tomada de decisão apoiada. Trata-se de procedimento jurisdicional a partir do qual a pessoa com deficiência, por sua iniciativa exclusiva, nomeia pelo menos duas pessoas idôneas com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil patrimoniais, negociais e existenciais, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. Ocorre que, por se tratar de procedimento jurisdicional de iniciativa exclusiva da pessoa com deficiência, demanda o seu conhecimento jurídico acerca da medida. Ademais, embora seja facultado a pessoa com deficiência submetida ao procedimento de interdição, optar pela tomada de decisão apoiada, não há norma prevista para que essa alternativa seja exercida.

Assim, embora a interdição e a tomada de decisão apoiada tenham emergido na releitura da Teoria das Capacidades como procedimentos jurisdicionais que objetivam o apoio à pessoa com deficiência, tem-se por sua base excessivamente formal e abstrata, a impossibilidade de integração proporcional desse apoio às circunstâncias particulares de cada pessoa com deficiência, frustrando o seu acesso ao apoio de que necessitarem para o exercício de sua capacidade legal.

Nesse sentido, quando tensionada a realidade fática das pessoas com deficiência inferida do Censo do IBGE, pelos marcadores população; educação e trabalho, em relação ao atual arquétipo do sistema de apoio, verificou-se que a premissa da igual capacidade legal que estrutura a Teoria das Capacidades estava suplantando sua diversidade, uma vez que desconsidera as diferentes expressões e graus da deficiência.

Por conseguinte, concluiu-se que é essa falta de articulação entre a eventual incapacidade da pessoa com deficiência e as medidas de apoio, que culminam na não efetivação de um sistema de apoio proporcional às circunstâncias particulares de cada pessoa com deficiência e no respeito pela sua dignidade inerente. Por esse motivo, apropriou-se no Capítulo seguinte de uma teoria de justiça básica eticamente avaliatória acerca do que constitui uma vida humana digna para as pessoas com deficiência.

Assim, tendo sido verificado que a capacidade legal configura uma categoria jurídica que quando associada ao princípio jurídico-constitucional da dignidade humana, carece de substantificação, recorreu-se no Capítulo 4 a Teoria do Enfoque das capacidades de Martha Nussbaum (2017). O referido marco teórico oferece um modelo alternativo para questões relacionadas ao desenvolvimento humano e para questões complexas que envolvem a diversidade e pluralidade, questões que devem ser pressupostas para problematizar o que as pessoas com deficiência estão realmente aptas a fazer e ser, bem como as oportunidades que elas têm a sua disposição.

A capacidade é reivindicada na filosofia política de Nussbaum (2013) como um conceito representativo de um conjunto diverso e efetivo de alternativas de uma vida com dignidade nas diferentes áreas das atividades humanas, portanto, diverge daquele empreendido pela Teoria das Capacidades no contexto do Direito Privado. As capacidades compõem os critérios eticamente avaliatórios acerca do que cada pessoa é capaz de ser e de fazer, pressupondo que, em virtude de sua dignidade inerente, cada pessoa é um fim em si mesmo. Logo, para refletir a complexidade e a pluralidade de fatores que podem influenciar a liberdade de escolher e agir das pessoas, foram apresentadas as quatro espécies de capacidade que conferem conteúdo a Teoria do Enfoque das capacidades, quais sejam: as capacidades básicas, as capacidades internas, as capacidades centrais e as capacidades combinadas.

As capacidades básicas representam as faculdades inatas das pessoas, sejam elas físicas, mentais, intelectuais, cognitivas ou sensoriais. É a partir das capacidades básicas que se torna possível identificar as circunstâncias particulares das pessoas com deficiência, bem como os âmbitos de incapacidade, para os quais deve ser o apoio destinado a promover.

Das habilidades aperfeiçoadas e desenvolvidas a partir daquelas faculdades, em interação com o entorno social, econômico, familiar e político, dar-se-á o nome de capacidades internas. Assim, quando são suficientemente apoiadas as capacidades básicas das pessoas com deficiência, são produzidas capacidades internas.

As capacidades centrais são o mínimo exigível para uma vida humana digna e constituem uma lista aberta de dez capacidades que incluem, desde viver uma vida que valha a pena ser vivida até o direito de poder participar ativamente da atividade política e laboral. As capacidades centrais são representadas, em âmbito constitucional, pelos direitos e garantias fundamentais que, nessa pesquisa, são ainda corroborados por aqueles que se extraem do Microssistema Jurídico de proteção e promoção da pessoa com deficiência.

Nesse sentido, todas as capacidades centrais foram relacionadas com direitos e garantias previstos na Constituição da República de 1988, na CDPD e no EPD, com ênfase na capacidade central de razão prática que reflete a possibilidade de alguém ter uma concepção de bem e de planejar a própria vida em conformidade com ela, que no que tange as pessoas com deficiência é expressada pela garantia de sua capacidade legal.

Por fim, as capacidades combinadas representam uma relação imediata entre: as capacidades básicas, as capacidades internas e as capacidades centrais. A relação entre as capacidades básicas e as capacidades internas informa as alternativas diversas de ser e constituir-se, cuja produção pode demandar um apoio proporcional às capacidades básicas de cada pessoa com deficiência. E, por fim, as capacidades combinadas expressam a relação entre essas duas e as capacidades centrais, representando o que alguém concretamente pode ser e fazer, considerando os direitos e garantias fundamentais que lhe foram assegurados. Logo, tem-se a partir das capacidades combinadas a liberdade substantiva da pessoa com deficiência para que possa obter, na maior medida do possível, combinações alternativas de funcionamentos, formatando sua dignidade como um eterno *devir*.

Além das capacidades, tem-se a noção de funcionamento. O funcionamento se traduz na realização ativa de uma ou mais capacidades. Assim, destacou-se que o objetivo da Teoria do Enfoque das capacidades é oferecer uma base de justiça básica para produção de capacidades, não de funcionamentos, a partir da noção de que com o cuidado adequado, as pessoas com deficiência podem se tornar capazes de realizar funções centrais dos direitos e garantias que lhe são assegurados, especialmente, de sua capacidade legal, objeto de investigação dessa pesquisa.

Diante disso, no Capítulo 5, foram especificadas as premissas normativas decorrentes da interpretação da cláusula geral constitucional que rege o sistema de apoio, fundada no artigo 12, item 4, da CDPD, pela qual conclui-se que ao ser erigida a pessoa e não sua deficiência, ao centro da organização normativa que rege integração do sistema de apoio, efetiva-se a confluência necessária entre a proteção e promoção da sua dignidade inerente. Ou, ainda recorrendo as categorias analíticas de Martha Nussbaum, possível concluir pela possibilidade efetiva de produção de suas capacidades internas e centrais.

A integração do sistema de apoio perpassa pelas instâncias de sua desproporcionalidade, identificadas no Capítulo 3 e que a partir dos influxos da Teoria do Enfoque das capacidades, é especificada em três características, quais sejam: a) a natureza fungível dos procedimentos jurisdicionais de interdição e de tomada de decisão apoiada, que são destinados ao deferimento de medidas de cuidado; b) a coexistência entre as medidas de assistência, representação e apoio de forma proporcional ao grau de discernimento da pessoa com deficiência; c) expansão e modulação das medidas de cuidado em atenção à natureza da situação subjetiva que será alcançada.

A natureza fungível dos procedimentos jurisdicionais de interdição e tomada de decisão apoiada refletem o reconhecimento de que, é o grau do discernimento expressado pela pessoa com deficiência o referencial processual adequado para identificação da viabilidade do procedimento proposto. Assim, tendo sido verificado que a fragmentação do sistema de apoio ignora o estado fluído e dinâmico da deficiência em sua conformação social e, por conseguinte deixa de promover âmbitos de exercício de liberdade e escolha, decidiu-se pela sua integração a partir da análise conjunta das medidas processuais de apoio, no âmbito das quais são delimitadas as medidas de cuidado: assistência, representação e apoio.

Disso decorreu a conclusão acerca da fungibilidade do procedimento de interdição pela da tomada de decisão apoiada e vice-versa, bem como a verificação da compatibilidade entre a interdição e a tomada de decisão apoiada, tudo de forma proporcional e relativa ao grau de discernimento da pessoa com deficiência, cuja verificação impescinde de avaliação biopsicossocial e multidisciplinar.

Assim, tem-se a seguinte formatação processual do sistema de apoio: a) ausência absoluta de exprimir vontade discernida observada no procedimento de tomada de decisão apoiada: tem-se sua fungibilidade pelo procedimento de interdição; b) ausência relativa de exprimir vontade discernida observada no procedimento de tomada de decisão apoiada: homologação parcial do termo de apoio, ressaltando do seu alcance atos de natureza

patrimonial e/ou existencial para os quais a pessoa não manifestou capacidade de exprimir vontade, com possibilidade que se recaia curatela sobre eles, para tanto a tomada de decisão apoiada coexistirá com a interdição; c) capacidade absoluta de exprimir vontade discernida observada no procedimento de interdição: tem-se sua fungibilidade pelo procedimento de tomada de decisão apoiada; d) capacidade relativa de exprimir vontade discernida observada no procedimento de interdição: limitação da curatela aos atos de natureza patrimonial e/ou existencial para os quais a pessoa não manifestou capacidade de exprimir vontade, com possibilidade que se recaia sobre os demais atos, acordo para tomada de decisão apoiada que coexistirá com a interdição.

Das medidas processuais de apoio, decorrem as seguintes medidas de cuidado: assistência, representação e apoio, cuja coexistência foi julgada como condição necessária para que do sistema de apoio decorram as salvaguardas proporcionais ao exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência, considerando suas circunstâncias particulares e, notadamente, seu grau de discernimento. A partir disso, foram modulados os deveres dos seus cuidadores, que devem ser pautados pela necessária promoção da aptidão manifestada pela pessoa com deficiência de expressar suas vontades e preferências nos processos de deliberação e decisão que envolvam questões juridicamente relevantes ou não para sua vida.

Dessa forma, afastando-se o caráter de substituição de vontade sobre o qual foram formatadas a assistência e a representação no desenvolvimento da Teoria das Capacidades, foram modulados os deveres dos cuidadores das pessoas com deficiência, seus assistentes, representantes e/ou apoiadores.

O assistente assume o dever promocional da pessoa com deficiência relativamente impedida de manifestar vontade discernida, portanto deve assegurar sua participação, no maior grau possível, nos processos de deliberação e expressão da sua vontade. O representante, por sua vez, assume o dever de gerir os interesses da pessoa com deficiência, sempre que possível, pelo resgate à sua biografia, às notas da sua personalidade, suas vontades e preferências. Por fim, o apoiador, diferentemente do assistente e do representante, não influi imediatamente ou mediamente na expressão da vontade da pessoa com deficiência, sendo o seu dever relacionado ao fornecimento das informações e elementos necessários e adequados ao grau de discernimento da pessoa com deficiência, a fim de que ela possa tomar suas próprias decisões.

Ademais, projetada a assistência, a representação e o apoio como medidas de cuidado, concluiu-se ainda pela possibilidade de coexistência entre elas, de forma proporcional ao grau



de discernimento da pessoa com deficiência para os diversos atos civis que integram o núcleo de suas situações jurídicas patrimoniais e existenciais.

Diante disso, foi ao final refutada a relação entre a natureza da situação jurídica e as medidas de cuidado uma vez que, no atual arquétipo do sistema de apoio, a curatela restringe-se aos atos de natureza patrimonial e existencial. Para tanto, argumentou-se pela expansão promocional do âmbito de incidência das medidas de cuidado, a fim de que elas possam promover as capacidades internas necessárias à autodeterminação das pessoas com deficiência em atos existenciais e patrimoniais que, conjuntamente, integram e singularizam sua vivência.

Assim, depois de apresentada a distinção entre situações jurídicas existenciais e patrimoniais, foi feita a correlação entre o conteúdo de cada uma dessas situações diante das medidas de cuidado, mediada pela função imediata ou mediata que respectivamente assumem diante do dever promocional da dignidade humana. Nesse sentido, concluiu-se que a assistência, a representação e o apoio quando direcionados para situações subjetivas patrimoniais devem se constituir como instrumentos de proteção do patrimônio econômico da pessoa com deficiência e de forma mediata, como instrumentos de promoção da sua capacidade de discernir e autodeterminar-se.

As situações existenciais, contudo, guardam uma formatação qualitativamente diversa na funcionalização da assistência, da representação e do apoio. Dessa forma, a assistência diante de situações subjetivas de personalidade impõe ao assistente nomeado o dever de proteger os direitos de personalidade da pessoa com deficiência sob os seus cuidados, a fim de garantir que ela não seja vítima de influência indevida.

Paralelamente, tem-se a representação da pessoa com deficiência que, nesse caso, impõe ao seu representante o dever de promover o desenvolvimento da sua autodeterminação discernida, ainda que o exercício de determinado direito existencial não repercuta juridicamente, tal como ocorre no exercício de direitos sexuais pela pessoa com deficiência. Assim, atribui-se ao representante da pessoa com deficiência o papel proeminente de proteção e promoção da sua dignidade e autonomia, com ênfase especial à proteção da sua integridade psicofísica. Excepcionalmente, admite-se ao curador o dever de representação supletiva ou reconstrutiva da vontade da pessoa com deficiência,

Por fim, tem-se o apoio a pessoa com deficiência para promoção de suas situações subjetivas existenciais, para as quais incumbe aos seus apoiadores os deveres de prover as informações e elementos necessários à sua tomada de decisão, nos limites e situações

previamente estabelecidos por ela. Assim, tem-se importante instrumento de promoção imediata da dignidade e autonomia da pessoa com deficiência.

Diante de todo o exposto, conjugados os resultados parciais de desenvolvimento da presente dissertação, conclui-se, confirmando a hipótese que foi suscitada, que a releitura integrada do atual arquétipo do sistema de apoio à pessoa com deficiência, impulsionado pela sua cláusula geral constitucional, poderá contribuir para promoção das suas capacidades internas e combinadas, uma vez que as medidas de cuidado foram projetadas de forma proporcional às circunstâncias particulares da pessoa com deficiência e em respeito à sua dignidade e diversidade inerentes. O objetivo do sistema de apoio é, portanto, promover alternativas efetivas de formas de ser e agir da pessoa com deficiência em todos os âmbitos da sua vida, sejam eles de natureza patrimonial, negocial ou existencial. Dessas alternativas, foram desveladas formas alternativas para o funcionamento da sua capacidade legal que não está sendo apenas pressuposta, mas promovida.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Renata Barbosa de. **(In)capacidade dos esquizofrênicos**: um estudo sobre o exercício do direito à saúde. 2011. 201f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Programa de Pós Graduação em Direito. Belo Horizonte.
- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- ALVES, Raul Roland Clímaco Senra. **A pessoa com deficiência na ordem jurídica brasileira**. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2017.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 9.<sup>a</sup> ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.
- AMPID. **Ampid divulga nota pública de informação sobre o instrumento de avaliação biopsicossocial**. Brasília, 2019. Disponível em: <<http://www.ampid.org.br/v1/ampid-divulga-nota-publica-de-informacao-sobre-o-instrumento-de-avaliacao-biopsicossocial/>>. Acesso em: 17 jul. 2019.
- ANDRADE, Daniel de Pádua. Capacidade, apoio e autonomia da pessoa com deficiência: apontamentos sobre a tomada de decisão apoiada. In.: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org). **A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 135-156.
- ANDRADE, Pedro Victor Silva de. O Comentário Geral 1 do Comitê sobre Direitos da Pessoa com Deficiência e os sistemas de capacidades do direito brasileiro. In: PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves (Org.). **Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 275-304.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. Artigo 3: princípios gerais. In: SECRETARIA Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SNPD; SECRETARIA de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH. **Novos Comentários à Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília, 2014, p. 41-45.
- ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**. São Paulo: Geração Editorial, 2013.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. O “fundamento do direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa. In: Maria de Fátima Freire de Sá; Diogo Luna Moureira; Renata Barbosa Almeida (org.). **Direito privado: revisitações**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 797, p. 11-26, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>>. Acesso em: 22 dez. 2019.

AZEVEDO, Rafael Vieira de. **A capacidade civil da pessoa com deficiência no direito brasileiro**: reflexões acerca da Convenção de Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BARBOSA-FORHMANN, Ana Paula. Os Modelos Médico e Social de Deficiência a partir dos significados de segregação e inclusão nos discursos de Michel Foucault e de Martha Nussbaum. **Revista Estudos Institucionais**, vol. 2, p. 737-755, 2016.

BARBOSA-FORHMANN, Ana Paula; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Modelo social de abordagem e direitos humanos das pessoas com deficiência. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e lei brasileira de inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 67-90.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A capacidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e lei brasileira de inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 249-274.

BARIFFI, Francisco José. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y SUS relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos**. 2014. 649 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional Público) – Departamento Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho, Instituto Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidade Carlos III de Madrid, Getafe, 2014.

BAYNTON, Douglas C. **Disability in History**. Disponível em: <<https://dsq-sds.org/article/view/108/108>> Acesso em: 22 jul. 2019.

BELMONTE, Renata Leal Conceição. **Levando as capacidades a sério**: a perspectiva de Martha Nussbaum para o desenvolvimento das mulheres. 2011. 166f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.

BERLINI, Luciana. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: modificações substanciais. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e lei brasileira de inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 161-184.

BISOL, Cláudia Alquati; PEGORINI, Nicole Najji; VALENTINI, Carla Beatris. Pensar a deficiência a partir dos modelos médico, social e pós-social. **Cadernos de Pesquisa**. São Luís, v. 24, n. 1, p. 87-100, jan./abr. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, **Censo Demográfico 2010**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao.html>> Acesso em 28 abr. 2019.

BRASIL, Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 out. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/D3956.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm)>. Acesso em 10 ago. 2019.

BRASIL, Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em 10 out. 2019.

BRASIL, Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 jul. 2015a. 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: 08 jun. 2019.

BRASIL, Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 jul. 1991. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)> Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regras Gerais sobre a Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiências**. Brasília, 1993. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegGerIguaOportPesDef.html>> Acesso em: 17 jul. 2019.

BRASIL. **Censo Demográfico 2010**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/populacao.html>> Acesso em 08 dez. 2018.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda constitucional n. 1, de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 out. 1969. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 10 ago. 2019.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda constitucional n. 12, de 1978. Assegura aos Deficientes a melhoria de sua condição social e econômica. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 out. 1978. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1970-1979/emendaconstitucional-12-17-outubro-1978-366956-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 10 ago. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 94, de 15 de dezembro 2016. Altera o art. 100 da Constituição Federal, para dispor sobre o regime de pagamento de débitos públicos decorrentes de condenações judiciais; e acrescenta dispositivos ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir regime especial de pagamento para os casos em mora. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 dez. 2016. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc94.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc94.htm)>. Acesso em 10 ago. 2019.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 fev. 1981. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 04 de out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília 5 out. 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jul. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm)>. Acesso em 10 ago. 2019.

BRASIL. Decreto n. 24.559 de 3 de julho de 1934. **Dispõe sôbre a profilaxia mental, a assistência e proteção á pessôa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D24559impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24559impressao.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 dez. 1999. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm)>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 ago. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em 10 ago. 2019.

BRASIL. Decreto n. 8.954, de 10 de janeiro de 2017. Institui o Comitê do Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência e da Avaliação Unificada da Deficiência e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2017. Disponível em: <

[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D8954.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D8954.htm)>. Acesso em 10 out. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.296 de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 dez. 2004. Disponível

em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 10 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acesso em 18 de jul. 2019.

BRASIL. Lei n. 12.470 de 31 de agosto de 2011. Altera os arts. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, para estabelecer alíquota diferenciada de contribuição para o microempreendedor individual e do segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda; altera os arts. 16, 72 e 77 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, para incluir o filho ou o irmão que tenha deficiência intelectual ou mental como dependente e determinar o pagamento do salário-maternidade devido à empregada do microempreendedor individual diretamente pela Previdência Social; altera os arts. 20 e 21 e acrescenta o art. 21-A à Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência; e acrescenta os §§ 4º e 5º ao art. 968 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para estabelecer trâmite especial e simplificado para o processo de abertura, registro, alteração e baixa do microempreendedor individual. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 ago. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12470.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12470.htm)>. Acesso em 10 set. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 10 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em 10 de jul. 2019.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm)>. Acesso em 10 de jul. 2019.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm)>. Acesso em 25 jun. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 jan. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Economia. **Segurança e saúde**: Instrumento que reconhece direito à aposentadoria da pessoa com deficiência será validado. 2016. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/2016/08/saude-e-seguranca-instrumento-que-reconhece-direito-aposentadoria-da-pessoa-com-deficiencia-sera-validado>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

BRASIL. **Portaria n. 1, de 15 de outubro de 2010**, do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência. DOU de 22/02/2011. Disponível em: <[http://www.coad.com.br/busca/detalhe\\_1028/3863/Atos\\_Legais](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_1028/3863/Atos_Legais)>. Acesso em 17 de jul. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 6, de 2003. **Institui o Estatuto do Portador de Deficiência e dá outras providências**. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=432201](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=432201)>. Acesso em 12 out. 2019.

BRASIL. Substituto da Câmara n.4, de 2015d ao Projeto de Lei do Senado n. 6, de 2003 (n. 7.699/2006, naquela Casa). **Institui a Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência; altera as Leis nºs 4.737, de 15 de julho de 1965, 7.853, de 24 de outubro de 1989, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.078, de 11 de setembro de 1990, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.313, de 23 de dezembro de 1991, 8.429, de 2 de junho de 1992, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, 9.029, de 13 de abril de 1995, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.503, de 23 de setembro de 1997, 9.615, de 24 de março de 1998, 10.048, de 8 de novembro de 2000, 10.098, de 19 de dezembro de 2000, 10.257, de 10 de julho de 2001, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, 11.126, de 27 de junho de 2005, 11.904, de 14 de janeiro de 2009, e 12.587, de 3 de janeiro de 2012, e a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e revoga dispositivo da Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120108>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRAZALLE, Flávia Balduino. **A Pessoa com Deficiência e a ruptura no regime das incapacidades**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

BRAZIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Manda executar o Código Criminal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)>. Acesso em 10 de jul. 2019.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 288 p.

CALDAS, Roberto. Artigo 4: obrigações gerais. In: SECRETARIA Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SNPD; SECRETARIA de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH. **Novos Comentários à Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília, 2014, p. 46-51.



CAMARA DOS DEPUTADOS. **Emenda de Plenário n. 5**, de 05 de março de 1015.

Disponível em:

<[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1306656&filena me=EMP+5/2015+%3D%3E+PL+7699/2006](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1306656&filena me=EMP+5/2015+%3D%3E+PL+7699/2006)> Acesso em 12 out. 2019.

CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 7699/2006. Institui o Estatuto do Portador de Deficiência. **Diário da Câmara dos Deputados**. Brasília, v. 62, n. 23, p. 2451-2496, 6 fev. 2007.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto do Código Civil Brasileiro do Dr. Joaquim Felício dos Santos precedido dos atos oficiais relativos ao assunto e seguido de um aditamento contendo os Apontamentos do Código Civil organizados pelo Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araújo**. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1882.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONERA, Silvana. Reflexões acerca do consentimento informado de incapazes em intervenções médico-cirúrgicas e pesquisas biomédicas. **Ciência e opinião**, Curitiba, v. 1, n. 2/4, jul. 2003/dez. 2004.

CARMINATE, Raphael Furtado. **Capacidade das pessoas com deficiência mental ou intelectual para constituir família**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A Teoria das Capacidades no direito brasileiro: De Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). **A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 13-34.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. **Teixeira de Freitas e a história da teoria das capacidades no Direito Civil brasileiro**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte: 2013. 241 p.

CASTRO, Maria Clara Versiani de. Tomada de Decisão Apoiada: a (in)efetividade do sistema de apoios no ordenamento jurídico brasileiro. In: PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves (Org.). **Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 45-72.

CECCIM, R. B. Exclusão e alteridade: de uma nota de imprensa a uma nota sobre a deficiência mental. In Skliar (Org.). **Educação e exclusão: abordagens sócio-antropológicas em educação especial** (pp.27-35). Porto Alegre: Mediação, 1997.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. **VIII Jornada dos Direitos Civis**. Proposta de Reforma legislativa. Brasília, 2018.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Estatuto Jurídico do Nascituro: o direito brasileiro; In: Delgado, Mário Luiz; ALVES, Jones Figuerêdo. (Coord.) **Questões controvertidas no Novo Código Civil**. v. 6. São Paulo: Método, 2007.

CHORÃO, Mário Bigotte. **Pessoa humana, direito e política**. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 2006.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS COM DISCAPACIDAD. **Observación general nº 1**. Geneva: 2014.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. **Concluding observations on the initial report of Brazil**. Geneva: 2015.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. **General comment nº 1**. Genebra, 2014. Disponível em:  
<<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/gc.aspx>>. Acesso em: 10 out. 2019.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES. **General comment n. 7**. Geneva: 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Resolução CFM n. 1805 de 28 de novembro de 2006. **Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal**. Disponível em:  
<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>>. Acesso em: 22 out. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n.1.995 de 31 de agosto de 2012. **Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes**. Disponível em:  
<[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995\\_2012.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf)>. Acesso em: 22 out. 2019.

COUTO E GAMA, André. **Direito Civil: Sistema dos Direitos da Personalidade**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008. 363 p.

DABIN, J. **El derecho subjetivo**. Tradução de Francisco Javier Osset. Granada: Comares, 2006. 345 p.

DADALTO, Luciana. Morte digna para quem? O direito fundamental de escolher seu próprio fim. In: **PENSAR - REVISTA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**, v. 24, p. 1-11, 2019.

DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. **Políticas públicas e Direito: a inclusão da pessoa com deficiência**. Curitiba: Juruá, 2016.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romaria Jurídica, 2004.

Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. Navarra: Ed. Civitas, 2004, p. 255-266.

DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2012.

DINIZ, Débora; SQUINCA, Flávia; MEDEIROS, Marcelo. Qual deficiência? Perícia médica e assistência social no Brasil. In: **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro: nov. 2007, p. 2589-2596.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos do direito privado: uma teoria da justiça e da dignidade humana**. São Paulo Atlas 2013.

DUSSEL, Henrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas**. Colección Sur Sur, CLACSO. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/>> Acesso em 20 out. 2019.

EBERLE, Simone. **A capacidade entre o Fato e o Direito**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

EXPÓSITO, Gabriela. O duplo regime curatelar inaugurado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência: apresentação de aspectos civis e processuais. **REVISTA DOS TRIBUNAIS**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, n. 1009, nov. 2019.

FARIA, Roberta Elzy Simiqueli de. Autonomia da Vontade e Autonomia Privada: Uma distinção necessária. In FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil**. Atualidades II: Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FARIA, Romário. Parecer n. 266, de 2015. **Substitutivo da Câmara dos Deputados n. 4, de 2015, ao Projeto de Lei do Senado n. 6, de 2003** (Projeto de Lei n. 7.699, de 2006, na Câmara dos Deputados), do Senador PAULO PAIM, que institui o Estatuto da Pessoa com deficiência - Lei Brasileira da Inclusão. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getDocumento.asp?t=167218>>. Acesso em: 10 de jul. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; VEIGA, Melissa Ourives. A concretização dos direitos da pessoa com deficiência e o reconhecimento da possibilidade das diretivas antecipadas como exercício da sua autonomia privada. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (Coord.). **O Direito Privado e o novo Código de Processo Civil: repercussões, diálogos e tendências**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 45-60.

FARIAS, Norma; BUCHALLA, Cassia Maria. A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde da Organização Mundial da Saúde: Conceitos, Usos e

Perspectivas. In: **Rev. bras. Epidemiol.** São Paulo: Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, 2005, p. 187-193.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. In.: **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. 3 ed. Organizadores: Joelson Dias, Laíssa da Costa Ferreira, Maria Aparecida Gugel e Waldir Macieira da Costa Filho /Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) • 256 p. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência : SNPD – SDH-PR Brasília, 2014.** p. 152-157.

FIGUEIRA, Emílio. **Caminhando em silêncio**: Uma introdução à trajetória da pessoa com deficiência na história do Brasil. São Paulo: Giz Editorial, 2018.

FILHO, José de Oliveira Costa; ARGOLO, Karina Braidó Santurbano de Teive **AVALIAÇÃO UNIFICADA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL SEGUNDO A LEI 13146/15**:Protocolo Brasileiro de Avaliação da Deficiência – PROBAD. Brasília, 2019. Não publicado.

FIUZA, César Augusto de Castro. Tomada de decisão apoiada. In.: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org). **A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 125-133.

FIUZA, César Augusto de Castro; **Direito Civil**: curso completo. 19 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

FIUZA, César Augusto de Castro; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Tomada de decisão apoiada: perspectivas de utilidade. In: Carlos José Cordeiro; Josiane Araújo Gomes. (Org.). **Temas Contemporâneos de Direito de Família**. São Paulo: Editora Palhaes, 2018, v. 3, p. 49-70.

FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Regime Jurídico das Incapacidades e Tutela da Vulnerabilidade. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia e vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 10-22.

FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na idade clássica**. 11. Ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva, 1972.

FRANÇA, Thiago Henrique. A normalidade: uma breve introdução à história social da deficiência. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**. Rio Grande do Sul, vol. 6, n. 11, p. 105-123, julho de 2014.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das Leis Civis. Vol. 1**. Brasília: Senado Federal, 2003.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esbôço do Código Civil. Vol. 1**. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Nova Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projeto do Código Civil Português**. Rio de Janeiro: Tipografia Universal de Laemmert, 1859.

GAMA, André Couto e. **Direito civil: sistema dos direitos de personalidade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014. 170 p.

GAUDENZI, Paula; ORTEGA, Francisco. Problematizando o conceito de deficiência a partir das noções de autonomia e normalidade. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, vol. 21, p. 3061-3070, oct. 2016.

GODINHO, Jéssica Rodrigues. **O papel do discernimento na Teoria das Incapacidades**. 2019. 124f. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Programa de Pós Graduação em Direito. Belo Horizonte.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 115p.

GUGEL, Maria Aparecida. **A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade**. Disponível em: <[http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD\\_Historia](http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia)>. Acesso em 08 mai. 2019.

GUIMARAES, Luísa Resende. O sistema de apoio e sua (in)compatibilidade com mecanismos de substituição de vontade. In: PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves (Org.). **Deficiência e Direito Privado: novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 11-44.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HARMATIUK, Ana Carla; Ziggotti, Lígia. Além do Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões a partir de uma compreensão dos direitos humanos. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e lei brasileira de inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 111-129.

HOSNI, David S.S. O conceito de deficiência e sua assimilação legal: incompatibilidade entre a concepção não etiológica adotada no Estatuto da pessoa com deficiência e a fundamentação da incapacidade na falta de discernimento. In.: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). **A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p.35-58.

HOSNI, David Salim Santos. **Pessoalidade e identidade na doença de Alzheimer: curatela e inclusão no Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Jures, 2018.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

IBGE. **Nota técnica 01/2018**. Sl. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional de saúde: 2013**: ciclos de vida: Brasil e grandes regiões. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94522.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fabio Queiroz. Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desproteção? In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). **A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 115-152.

LARA, Mariana. **Capacidade civil e deficiência**: entre autonomia e proteção. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

LEITE, Rafaela Fernandes. **Constituição da sexualidade e autonomia das mulheres que se prostituem: contributos dos fundamentos de justiça e de liberdade para a ordenação das racionalidades estruturantes do direito privado**. 2019. 185f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.

LOPES, Laís de Figueirêdo. Artigo 1: propósito. In: SECRETARIA Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SNDP; SECRETARIA de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH. **Novos Comentários à Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília, 2014, p. 26-34.

LOPES, Laís de Figueirêdo. Livro I – Parte Geral, Título I – Disposições Preliminares, Capítulo I – Disposições Gerais. In: **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da Costa. p. 35-64. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUNA, Florencia. La Declaración de La Unesco Y La Vulnerabilidad: la importancia de la metáfora de las capas. In: **Sobre la Dignidad y los Principios**. Análisis de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. Navarra: Ed. Civitas, 2004, p. 255-266.

MACHADO, Diego Carvalho. **Capacidade de agir e pessoa humana**: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MADEIRA, Pedro. **Introdução**. In: MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Lisboa: Edição 70, Lda, 2016, p. VII-XXI.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos**: ótica da diferença e ações afirmativas. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. In: **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/383>> Acesso em: 12 out. 2019.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora. Envelhecimento e deficiência. In: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). **Os novos idosos brasileiros**: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA,

2004. p. 107-120. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/pessoa-idosa/>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

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

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Diretivas antecipadas de vontade por pessoa com deficiência. MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e lei brasileira de inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 91-110.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do Direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 87-114.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil**: parte geral. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e lei brasileira de inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 509-543.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilistica.com.**, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan-jun/2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015). In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e lei brasileira de inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 603-631.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 12, p. 137-171, abr./jun. 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de Decisão Apoiada: Instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil**, v.9, p. 31-57, 2016.

MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo**: antigo e moderno. São Paulo: É Realizações, 2014.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Lisboa: Edição 70, Lda, 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação Cível 1.0245.13.011494-6/001**, Relatora Desembargadora Alice Birchal. Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 14/02/2017. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 08 de jul. 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo I. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Campinas: Bookseller, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo III. Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. Campinas: Bookseller, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte Especial. Atualizado por Marcos Bernardes Mello, Marcos Ehrhardt Jr. 1. ed. São Paulo: RT, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil Agrário, Imobiliário e Empresarial**, ano 17, jul./set. 1993, 1-22.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MOUREIRA, Diogo Luna. **Os desafios dos transtornos mentais e do comportamento para o direito civil: dialética do reconhecimento e sofrimento de indeterminação como pressupostos para a reconstrução da teoria das incapacidades**. Tese (Doutorado). 2013. 273f. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Programa de Pós Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2013.

NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. **Observación general sobre el artículo 12**: igual reconocimiento como persona ante la ley. New York: Naciones Unidas, 2014.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. (Coord.) O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao Professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 39-56.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NUBILA, Heloisa Brunow Ventura Di. **Aplicação das classificações CID-10 e CIF nas definições de deficiência e incapacidade**. 2007. 181 f. Tese (doutorado) - Universidade de São Paulo - Programa de Pós Graduação da Faculdade de Saúde Pública. São Paulo.

NUBILA, Heloisa Brunow Ventura Di; BUCHALLA, Cassia Maria. O papel das Classificações da OMS - CID e CIF nas definições de deficiência e incapacidade. *Revista Brasileira de Epidemiologia*. São Paulo, vol. 11, p. 324-335, jun. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.



NUSSBAUM, Martha C. **Crear capacidades:** propuesta para el desarrollo humano. Traducción de Albino Santos Mosquera. Barcelona, Espanha: Paidós es um sello editorial de Espasa Libros, 2017.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da Justiça:** deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NUSSBAUM, Martha C. **Sem fins lucrativos:** por que a democracia precisa das humanidades? Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

NUSSBAUM, Martha. **Capabilities and Social Justice.** International Studies Review, Vol. 4, No. 2, International Relations and the New Inequality. Blackwell, 2002.

NUSSBAUM, Martha; FARALLI, Carla. On the New Frontiers of Justice: a Dialogue. In: **Ratio Juris:** An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law, Oxford, v.20, p. 145-61, Jun. 2007.

OLIVEIRA, Ludmila Junqueira Duarte. Sistema de apoios, tomada de decisão apoiada e influência indevida no direito brasileiro. In: PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves (Org.). **Deficiência e Direito Privado:** novas reflexões sobre a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 73-95.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Relatório Mundial sobre a Deficiência** (World Report on Disability). The World Bank. Tradução: Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Governo do Estado de São Paulo, 2011. Disponível em: <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44575/9788564047020\\_por.pdf;jsessionid=D7EE405A50C1FA85C99A0E1C3BAF13F1?sequence=4](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44575/9788564047020_por.pdf;jsessionid=D7EE405A50C1FA85C99A0E1C3BAF13F1?sequence=4)>. Acesso em: 15 maio 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde.** Tradução e revisão: Amélia Leitão. Lisboa: 2004. Disponível em: <[http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF\\_port\\_%202004.pdf](http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2019.

PAIM, Paulo. **Substitutivo da Câmara dos Deputados n. 4, de 2015, ao PLS n. 6, de 2003 – Lei Brasileira de Inclusão.** Institui a Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120108>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

PALACIOS, A; ROMANACH J. El modelo de la diversidad. La bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzarla plena dignidad en la diversidad funcional. In: Derechos y libertades: **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, nº 11, Madrid: Ediciones Diversitas-AIES; 2006.

PASSOS, Edilenice. LIMA, João Alberto de Oliveira. (Org.) **Memória Legislativa do Código Civil**. Vol. 1. Brasília: Senado Federal, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 5. Direito de família. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Jaqueline Lopes. **Tomada de Decisão Apoiada e a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual**. 2018. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 359 p.

PIOVESAN, Flávia. Apresentação. In: SECRETARIA Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência – SNDP; SECRETARIA de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH. **Novos Comentários à Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília, 2014, p. 9-19.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PISCITELLI, Adriana. Interseccionalidades, categorias de articulação e experiência de migrantes brasileiras. In: **Sociedade e Cultura**, vol. 11, num. 2, julho-diciembre, 2008, p. 263-274. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/703/70311249015.pdf>>. Acesso em: 15 de jul. 2015.

POMPEU, Renata Guimarães. **Autonomia privada na relação contratual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015. 195 p.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 2016. 216 p.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do Projeto do Código Civil. In: **Comentários sobre o projeto do Código civil brasileiro: série cadernos do CEJ**. 3 ed. Brasília, 2002. p. 1-20.

REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da comissão revisora e elaboradora do código civil. In: **O novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005, p. 21-59.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REICHER, Stella Camlot. **Capacidades e direitos humanos: uma análise conceitual sob a ótica de Martha Nussbaum**. 2009. 111f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito, São Paulo, 2009.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O itinerário legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In.: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org). **A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 59-84.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Personalidade e capacidade do ser humano a partir do novo Código Civil. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil**. Belo Horizonte: Initia Via, 2011.

ROBEYNS, Ingrid. The Capability Approach: a theoretical survey. In: **Journal of Human Development and Capabilities**, 2005, vol. 6, p. 93-117.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. 391 p.

ROSENVOLD, Nelson. A necessária revisão da teoria das incapacidades. In.: NETTO, Felipe Peixoto Braga; SILVA, Michael Cesar (Org.). **Direito Privado e Contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014. p. 15-31.

ROSENVOLD, Nelson. **A tomada de decisão apoiada – Primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/253.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2019.

ROSENVOLD, Nelson. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 24Ago.2015. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvold.info/single-post/2015/08/24/Conhe%C3%A7a-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 10 out. 2019.

ROSENVOLD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência: o fundamento primordial da Lei n. 13.146/2015. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de. (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 91-110.

ROSENVOLD, Nelson. O novo perfil da curatela: interseções entre a LBI e o CPC. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César; THIBAU, Vinícius Lott (Coord.). **O Direito Privado e o novo Código de Processo Civil: repercussões, diálogos e tendências**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 17-44.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia Privada e Vulnerabilidade: o Direito Civil e a diversidade democrática. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia e vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 1-9.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. O direito subjetivo à morte digna: uma leitura do direito brasileiro a partir do caso José Ovídio González. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-subjetivo-a-morte-digna/>>. Acesso em: 15 de out. 2019.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SA, Maria de Fátima Freire de. O microssistema do Biodireito. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALES, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e lei brasileira de inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 131-159.

SANTOS, Tiago Mendonça dos. A ABORDAGEM DAS CAPABILITIES DE SEN E DE NUSSBAUM: um estudo comparativo. In: **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**. Salvador, v. 4, n. 1, p. 22-43, Jan/Jun. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHETTINI, Beatriz. **O tratamento jurídico do embrião humano no ordenamento brasileiro**. Ouro Preto: Livraria & Editora Ouro Preto, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade?** 03Jun. 2016. Disponível: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 10 out. 2019.

SEABRA, António Luiz. **Apostila à Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a Primeira Parte do Projeto do Código Civil Português**. T. I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1858.

SEABRA. **Código Civil Português**: Projeto redigido por António Luiz de Seabra. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1858.

SEABRA. **Novíssima Apostila em Resposta à Diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas contra o Projeto do Código Civil Português**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1859.

SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. **Cartilha do Censo 2010**. Brasília, 2012.

SEN, Amartya. **The Idea of Justice**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

SEN, Amartya. O desenvolvimento como expansão de capacidades. **Lua Nova**, São Paulo, n. 28-29, p. 313-334, abr. 1993. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451993000100016&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100016&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 19 de out. 2019.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILMANN, Marina Carneiro Matos. **Curatela e Tomada de Decisão Apoiada**: Uma nova visão acerca da proteção jurídica conferida às pessoas com deficiência psíquica. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/y0ii48h0/vgn7y7g7/L1v558SJmvJR5dyG.pdf>>. Acesso em 08 out. 2019.

SILVA, Maria Odete Emygdio da. Da Exclusão à Inclusão: Concepções e Práticas. In: **Revista Lusófona de Educação**. [online]. Rio de Janeiro: 2009, n.13, p.135-153.

SIQUEIRA, Natércia. A capacidade nas democracias contemporâneas: fundamento axiológico da Convenção de Nova York. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e lei brasileira de inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 47-66.

SOUZA, Iara Antunes de. **Aconselhamento genético e responsabilidade civil**: as ações por concepção indevida (wrongful conception), nascimento indevido (wrongful birth) e vida indevida (wrongful life). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência**: curatela e saúde mental. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SOUZA, Iara Antunes de. Reflexões sobre os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Direito das Famílias: Curatela e Casamento. In.: PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Org.). **A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 203-217.

SOUZA, Iara Antunes de. **Revisão da teoria das incapacidades e a Lei n. 13.146/15**: a autonomia privada afeta ao biodireito. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/nmt6dg26/roLHpqOwDU56Vuw3.pdf>>. Acesso em 10 out. 2019.

SOUZA, Iara Antunes de; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Vulnerabilidade da pessoa com deficiência, acessibilidade e incorporação imobiliária. In: CAMPOS, Aline França; BRITO, Beatriz Gontijo de (Org.). **Desafios e perspectivas do Direito Imobiliário contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 45-70.

SOUZA, Iara Antunes de; OLIVEIRA, Priscilla Jordanne Silva; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. A tomada de decisão apoiada nas situações subjetivas existenciais: perspectivas para os deveres do apoiador a partir da teoria das capacidades de Martha

Nussbaum. In: OMMATI, José Emílio Medauar, SILVEIRA, Renato Marcuci Barbosa da Silveira. (Org.). **Teoria Crítica do Direito na perspectiva do Direito Privado**. 116-133. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019.

SOUZA, Iara Antunes de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Algumas reflexões sobre a limitação da curatela às questões patrimoniais no Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. **Autonomia e vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 154- 167.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade** (ou como alguém se torna o que quiser). Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; RENCK, Maria Helena Pinheiro. Direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiências: the capability approach. In: **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 133, março 2014, p. 155-183.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Esboço do Código Civil**. Brasília, Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República. In: [Syn] **Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 15-21.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e lei brasileira de inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 227-247.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil: processo de conhecimento e procedimento comum**, vol. 1, 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TORRES, Carolina Tavares Bezerra; AZEVEDO, Débora Cunha; ALVARENGA, Juliana Mendonça. Consentimento informado em ambiente hospitalar para pessoas desprovidas de discernimento, à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA, Iara Antunes de (Org.). **Direito e Medicina: autonomia e vulnerabilidade em ambiente hospitalar**. Indaiatuba: Editora Foco, 2018, p. 133-144.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Relatório de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento** – PNUD, s.l, 1990.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Relatório do Desenvolvimento Humano: definição e medição do desenvolvimento humano**. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr1990>>. Acesso em 02 ago. 2019.

VIEIRA, Marcelo de Mello; FREITAS, Laura Augusta Souza. Tomada de decisão apoiada e a autonomia no sistema protetivo das pessoas com deficiência. *In*: LIMA, Taisa Maria Macena; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOREIRA, Diogo Luna (Org.). **Autonomia e Vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 105-117.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Tomada de Decisão Apoiada: aspectos sobre a confiança e vontade da pessoa com deficiência. **Revista Brasileira da Advocacia**, v. 8, n. 1, p. 199-215, Jan-Mar/2018.

VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. *In*: **Superior Tribunal De Justiça: doutrina**. Edição comemorativa, 20 anos, Distrito Federal, 2009. p. 559-581.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **CID-10 - International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision**. Version 2010. Disponível em: <<https://icd.who.int/browse10/2010/en>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **International Classification of Impairment, Disability and Handicap (ICIDH)**. Geneva: World Health Organization, 1980.