

# A MUDANÇA DO PARADIGMA DA TEORIA DAS INCAPACIDADES COM O ADVENTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA<sup>1</sup>

THAÍS CHRISTINA GALLERANI<sup>2</sup>

*Sou feita de retalhos. Pedacinhos coloridos de cada vida que passa pela minha e que vou costurando na alma. Nem sempre bonitos, nem sempre felizes, mas me acrescentam e me fazem ser quem eu sou. Em cada encontro, em cada contato, vou ficando maior... Em cada retalho, uma vida, uma lição, um carinho, uma saudade... que me tornam mais pessoa, mais humano, mais completo. E penso que é assim mesmo que a vida se faz: de pedaços de outras gentes que vão se tornando parte da gente também. E a melhor parte é que nunca estaremos prontos, finalizados... haverá sempre um retalho novo para adicionar à alma. Portanto, obrigado a cada um de vocês, que fazem parte da minha vida e que me permitem engrandecer minha história com os retalhos deixados em mim. Que eu também possa deixar pedacinhos de mim pelos caminhos e que eles possam ser parte das suas histórias. E que assim, de retalho em retalho, possamos nos tornar, um dia, um imenso bordado de "nós" (Cris Pizzimenti).*

**SUMÁRIO.** Introdução. 1. Contextualização histórica. 2. Transtornos Psíquicos. 3. Consequências da nova regulamentação da capacidade no Código Civil a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei da Inclusão – Lei nº 13.146/2015). 4. Como o Poder Judiciário pode solucionar os problemas decorrentes da nova regulamentação da capacidade no Código Civil (Lei nº 10.406/02) a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência? (adequações vertical e horizontal). Proposições conclusivas. Referências Bibliográficas.

## Introdução

No decorrer da História, houve uma infinda mudança na sociedade. Até a época hodierna, observa-se que a evolução do direito nunca foi constante, por vezes a humanidade prospera e, por outras, retrocede. Consequentemente, o movimento do Direito é pendular, oscilando entre a aplicação do direito posto e a realização da justiça ao caso concreto, ora evolui, ora retrocede. Na contemporaneidade, ao Poder Judiciário cabe a tarefa de integrar e interpretar o ordenamento jurídico, impondo uma nova perspectiva e execução do Direito. Assim, a jurisprudência é, agora, fonte material do Direito, impendendo ao Judiciário, efetivamente, transformar o mundo, confluindo o Direito à Justiça. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) é a execução da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque que integrou o sistema normativo brasileiro com hierarquia de Emenda à Constituição. A mudança de paradigma no conceito de pessoa com deficiência é evidente, abarca uma nova perspectiva para os elementos médicos: a social. Todavia, o Código Civil (Lei nº 10.406/02) não absorveu adequadamente as novas diretrizes em sua sistemática, o que gerou sequelas na teoria das incapacidades e, por conseguinte, na validade dos negócios jurídicos realizados por pessoas com transtornos psíquicos e na prescrição. Assim, é

<sup>1</sup> O estudo que ora vem a público teve como origem a monografia de conclusão de Curso de Especialização em Direito Civil da Escola Paulista da Magistratura realizada no Núcleo Regional de Sorocaba, sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Dartanhan de Mello Guerra.

<sup>2</sup> Assistente Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo da 1ª Vara Cível de Sorocaba. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas de Itapetininga - FKB. Pós-Graduação lato sensu em Direito Civil e Direito Processual Civil (em andamento) no Núcleo Regional de Sorocaba da Escola Paulista da Magistratura.

revelante que os aplicadores do Direito adequem a codificação civil aos novos ventos da convenção e do estatuto, para que não haja retrocesso do pêndulo da evolução da humanidade.

## 1. Contextualização histórica

Para a psicologia contemporânea há três maneiras de se compreender o indivíduo: a psicanálise, o movimento comportamentalista e a psicologia fenomenológico-existencial-humanista, cada uma com suas subdivisões. A teoria psicanalista foi desenvolvida por Sigmund Freud. Segundo ele, a personalidade está estruturada em Id, Ego e Superego. O Id desconhece a realidade, a ética e a moral porque regido somente pelo prazer; inclui os comportamentos instintivos e primitivos, ligados, principalmente, à libido. O Id tem origem orgânica, fator biológico e genético, e, portanto, é hereditário. O Superego é o representante interno dos valores e normas; procura inibir os impulsos do Id, buscando o que é certo para atingir a perfeição, ou seja, é o sensor do ego. O Superego tem origem ambiental. O Ego é o integrante psicológico da personalidade, pois é o responsável pelo contato do psiquismo com a realidade, entre o mundo individual e o externo. É o equilíbrio resultante entre as reivindicações do Id e as exigências do Superego, garantindo que os impulsos sejam expressos de uma forma aceitável no mundo real. O Superego tem origem na história pessoal do indivíduo, ou seja, nas experiências de vida. Essa é a corrente mais assentada na liberdade. Para Freud, o homem é o responsável por suas escolhas, por criar a si mesmo; contudo, através do Superego, as influências da sociedade repercutem na formação da personalidade humana.

O ser humano é resultado do elixir do instintivo pela moral da sociedade. “Cada indivíduo é um universo”. Nada obstante, na individualidade de cada universo há uma identidade: a socialidade. Conforme John Donne, “nenhum homem é uma ilha”. A convivência social é imprescindível, pois potencializa os recursos necessários à vulnerabilidade de cada indivíduo, elevando a autoestima pessoal e, por conseguinte, o bem-estar, o qual retroalimenta toda a coletividade. É certo que a individualidade não é unicamente determinada pela sociedade, tal qual afirmava Descartes e negava John Locke, mas, indiscutivelmente, é influenciada por ela. Dessarte, há inquestionável interdependência entre o individual e o social. Do ser social do humano, nasceu o Direito. De acordo com os ensinamentos de Miguel Reale, “a díade entre experiência e cultura é o cerne do que se pensa sobre Justiça e o que se conceitua como Direito”. “O Direito é uma integração normativa de fatos, segundo valores. Isso significa que a estrutura da experiência jurídica é tridimensional”.<sup>3</sup> Desvenda Reale, ainda, que não há simples correlação entre fato, valor e norma, o que existe é uma dialeticidade, ou seja, uma dinamicidade

---

<sup>3</sup> Na Teoria Tridimensional do Direito, desenvolve Reale esse raciocínio explicando que “[...] a pessoa se distingue por ser foco constitutivo de valores, fulcro de um mundo que não é o da natureza, mas o da vida ética, contraposto àquele. Ensinou, nessa mesma obra, que a gênese da norma jurídica não pode prescindir da apreciação pelo Poder [...] do complexo factual-axiológico. Prelecionou, ainda, que a norma jurídica está imersa no mundo da vida (fatos e o complexo axiológico) que é mutável. Defende, também, que as variações do estudo do Direito são apenas de ordem metodológica. Assim, a Sociologia do Direito estuda o fato segundo a norma valorada; a Filosofia do Direito analisa a imperatividade do valor frente ao fato e a norma; e os juristas compreendem a norma diante do fato e valor.

integrante e convergente”. Reale cria uma nova dialética existencial do Direito, entendendo que o Direito é uma dimensão da vida humana, que está no processo existencial do indivíduo e da coletividade. De suas lições de nomogênese jurídica, apreende-se que as proposições normativas resultam da incidência do complexo axiológico (valores) sobre os fatos, ou seja, a norma jurídica surge para regular o fato pelo viés histórico-cultural. Assim sendo, é impossível estudar o fenômeno social denominado Direito sem partir da história da humanidade.<sup>4</sup>

Para contextualizar o tema objeto deste ensaio, é preciso apresentar uma palavra a respeito do processo de descodificação do Direito Civil, o qual passa de um corpo legislativo monolítico (monossistema) para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos. Após a 1ª Guerra Mundial, em razão do desequilíbrio pronunciado nas relações jurídicas contratuais, houve um esgotamento do sistema fechado. Como o sistema pretérito não se sustentava mais, mudou-se o paradigma para a intervenção estatal. A nova ordem de direção passou a ser pública e sem discricionariedade. Essa fase foi caracterizada pelo primado da proteção da pessoa e pela despatrimonialização. Inicia-se assim a ordem pública de proteção.<sup>5</sup> Em consonância com Gustavo Tepedino<sup>6</sup>, desde o início do Século XX na Europa e no Brasil depois da década de 30, o pluralismo ensejou a desconstrução do sistema fechado. Com o fim de melhor regular determinados setores da vida privada, proliferaram estatutos, “universos legislativos” que substituíram o monismo consagrado no Código Civil de 1916. Com o intuito de disciplinar as novas figuras emergentes na realidade econômica e não previstas pelo codificador civil, proliferaram leis especiais, destinando ulterior papel ao Código Civil que, progressivamente, foi perdendo a sua função de normatização do direito comum e da subtração de matérias inteiras dessa esfera codificada, iniciando a fragmentação, designada *Era dos Estatutos*.

---

<sup>4</sup> “Não é possível manejar com desembaraço, aprender a fundo uma ciência que se relacione com a vida do homem em sociedade, sem adquirir antes o preparo propedêutico indispensável”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 20. ed. - 4ª Tiragem - 2015, p. 112).

<sup>5</sup> “[...] Esse longo percurso histórico, cujo itinerário aqui não se poderia palmilhar, caracteriza o que se convencionou chamar de processo de descodificação do direito civil, com o deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de monossistema, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos. Em relação a estes o Código Civil perdeu qualquer capacidade de influência normativa, configurando-se um polissistema, caracterizado por um conjunto crescente de leis como centros de gravidade auto nomos e chamados, por conhecida corrente doutrinária, de microssistemas. [...] O Estado legislador movimentou-se então mediante leis extracodificadas, atendendo às demandas contingentes e conjunturais, no intuito de reequilibrar o quadro social delineado pela consolidação de novas castas econômicas, que se formavam na ordem liberal e que reproduziam, em certa medida, as situações de iniquidade que, justamente, o ideário da Revolução Francesa visava debelar” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil* - Rio de Janeiro: Renovar - 1999, p. 4).

<sup>6</sup> O Estatuto do Índio (1973), Estatuto dos Militares (1980), Código de Defesa do Consumidor (1990), Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), Estatuto da Terra (2001), Estatuto da Cidade (2001), Estatuto da Defesa do Torcedor (2003), Estatuto do Idoso (2003), Estatuto do Desarmamento (2003), Estatuto dos Museus (2009), Estatuto da Juventude (2013), Estatuto da Juventude (2013), Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015) são exemplos de leis que regulamentam exaustivamente extensas matérias.

De acordo com José Tadeu Neves Xavier, a sociedade atual passa por uma fase de transição entre o modelo moderno e o pós-moderno, criando um novo paradigma para o convívio social, o que acaba por se refletir no pensamento jurídico.<sup>7</sup> Há diversas modificações na formulação teórica e nos princípios.<sup>8</sup> Neste contexto, a pós-modernidade impõe a revisão dos postulados tradicionais que, moldados agora sob a ótica dos valores constitucionais, buscam servir como meios adequados de enfrentamento da complexidade pós-moderna.<sup>9</sup>

O humano do ser integra todos os tempos. Para Del Vecchio, os princípios são direitos naturais que persistem, independentemente do processo histórico, ou seja, da conjuntura, porque são expressão do absoluto. Consoante Miguel Reale a ideia jusnaturalista permeia todas as correntes de pensamento. Há um mínimo de direito natural que corresponde às exigências éticas que se tornaram truísmos, dada a universalidade de seu reconhecimento. Para argumentar seu posicionamento, citou que para o maior crítico do jusnaturalismo, Kelsen, a norma fundamental é transcendental. O direito natural corresponde aos valores perenes, indeclináveis e transcendentais que estão presentes no nosso estatuto fundamental (Constituição Federal); transpessoais e atemporais; inelimináveis enunciações positivadas do patrimônio ético da civilização.<sup>10</sup> Vivemos hoje a *Era da informação*. Os direitos

---

<sup>7</sup> XAVIER, José Tadeu Neves: *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade* — tese apresentada para Doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul — Disponível em: <www.epm.tj.sp.jus.br>.

<sup>8</sup> Mencionando Norberto Bobbio, Gustavo Tepedino destaca que, nessa fase, o legislador deixa de atuar de maneira genérica e neutra, mediante suportes fáticos considerados como estruturas formais e abstratas. Diversamente, define os objetivos de política legislativa — tônica do Estado Social —, incentiva com subsídios fiscais os comportamentos que atendem às prioridades traçadas, transforma-se de mero repressor do ilícito em agente de promoção de valores e políticas públicas, delineando-se o que se nomeou, em síntese feliz, função promocional do direito (BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di comunità, 1977, p. 63 e ss *apud* Gustavo Tepedino. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa* — Disponível em: <www.epm.tj.sp.jus.br>.

<sup>9</sup> Para Alexandre Guerra, [...] na contemporaneidade é inegável a influência direta da Carta Constitucional e dos seus princípios sobre o Código Civil e sobre as relações de ordem privada por ele reguladas. Tal forma de compreender o Direito Civil rende ensejo ao que convencionamos denominar Direito Civil-Constitucional. Cuida-se, em suma, de um método de interpretação jurídica por meio do qual não se pretende uma nova (e revolucionária) compreensão do Direito Civil, mas sim a compreensão dos fatos e das relações jurídicas privadas a partir dos valores e dos Princípios da solidariedade social e da Dignidade da pessoa humana, ambos expressamente afirmados pela Constituição Federal em vigor nos artigos 1º, inciso III, como destaca Luiz Bueno de Godoy. A interpretação jurídica que parte dos princípios constitucionais foi pioneiramente reconhecida pelo próprio Clóvis Beviláqua no ano de 1935, em conferência intitulada 'A Constituição e o Código Civil', como informa Renan Lotufo. Clóvis Beviláqua acentuou as inovações derivadas da Constituição Federal de 1934 e afirmou expressamente que o Código Civil de 1916, em diversos pontos, fora diretamente atingido por preceitos da então 'Nova Constituição'. Observou que todo o Direito de um povo se move necessariamente dentro do círculo de sua organização política, 'figurando as Constituições como fontes primárias do direito positivo', na expressão da vontade social preponderante e do complexo jurídico elaborado pela vida em comum, que nela, no entanto, não se esgota [...]” (GUERRA, Alexandre: *Princípios da Conservação dos Negócios Jurídicos. A Eficácia Jurídico-Social como critério de Superação das Invalidades Negociais*. São Paulo: Editora Almedina Brasil, 2016, p. 186 ss.).

<sup>10</sup> Os direitos fundamentais [...] constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. [...] os direitos fundamentais — na condição de direitos de defesa — objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe outorgando um direito subjetivo que lhe permita evitar

fundamentais estão presentes nas relações individuais.<sup>11</sup> A globalização, o neoliberalismo e os direitos sociais são realidade. A globalização econômica e a ampla afirmação do paradigma neoliberal foram os responsáveis pela crise da sociedade, da democracia e da cidadania?

Adam Smith, fundador da economia clássica, defendia que a intervenção do Estado nos assuntos econômicos e no mercado em geral deveria ser a mínima possível. O mercado deveria funcionar livremente e as forças e ações de seus agentes o ajustariam automaticamente. Em sua concepção, haveria a chamada ‘mão invisível’, por ele chamada de divina providência, pela qual a ação de cada indivíduo, buscando atingir seus próprios interesses, acabaria resultando num funcionamento perfeito do mercado.

Em contrapartida aos efeitos negativos e nefastos do liberalismo *laissez-faire*, surgiu o conhecido Estado do Bem-Estar Social. Todavia, o *Welfare State* não alcançou seus objetivos porque concentra extremos poderes ao governante sob o pretexto de serem resolvidos os problemas sociais, criando um Estado cada vez mais oneroso, pois tem que arrecadar mais e mais. No Brasil, o Estado do Bem-Estar Social falhou. Em razão de a população ser menos instruída, a democracia no Brasil exige do governante medidas populistas de curto prazo. Os reais problemas sociais não são corrigidos, porque isso é tarefa de longo prazo, não visível em um ou dois mandatos.

Emergiu, então, o movimento neoliberal, uma corrente de pensamento que redefine o liberalismo clássico. *Quais seriam as principais funções a serem exercidas pelo governo?* É impossível que o Estado continue exercendo o papel de provedor na economia. Nos dias de hoje, é notória a incapacidade de o Estado administrar (operar) empresas. A intervenção do Estado nas atividades econômicas tem de ser mínima, cabendo-lhe apenas a dinâmica da indução, regulação e a fiscalização do mercado para a correção do rumo todas as vezes que houver necessidade. Assim, deve atuar como indutor do crescimento privado por intermédio, por exemplo, da criação de projetos, desapropriando e abrindo linhas de financiamento com órgãos internacionais para a iniciativa privada etc. Além

---

interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal” (WOLFGANG SARLET, Ingo. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988* - Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br>).

<sup>11</sup> “[...] Aparentemente de forma paradoxal, constata-se que o processo de globalização acabou trazendo avanços significativos na esfera dos direitos fundamentais, não sendo por acaso que hoje se sustenta o fenômeno da universalidade dos direitos fundamentais e a formação de um verdadeiro direito constitucional internacional nesta seara, fenômeno vinculado ao impulso da Declaração Universal da ONU, de 1948, bem como ao expressivo número de convenções internacionais na esfera dos Direitos Humanos, acompanhada da sua recepção pelo direito constitucional dos Estados [...]. De outra parte, verifica-se que a globalização, especialmente no que diz com o avanço das comunicações, tem permitido uma veiculação universal, ainda que mínima, da agenda da defesa da dignidade humana e dos direitos fundamentais, facilitando o fluxo de informações, a denúncia de violações e dificultando a censura sobre os meios de comunicação. Assim, como se pode concluir a partir da lição do grande jurista brasileiro Paulo Bonavides, a globalização, aqui considerada por um ângulo positivo, como veículo para a afirmação da universalização do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, acaba contribuindo decisivamente para que estes efetivamente venham a integrar, tal como referido alhures, uma espécie de patrimônio cultural comum da humanidade. (WOLFGANG SARLET, Ingo - *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988* - Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br>).

disso, ao Estado cabe maximizar a implantação do modelo de agência reguladora norte americano, com a cautela de preservar a independência dessas agências em relação ao Poder Executivo, como forma de torná-las isentas de pressões políticas. Todavia, o Estado neoliberal não é sinônimo de desassistência social ou ausência de Estado. Somente a máxima redução do Estado na economia possibilitará a concentração da administração Estatal e disponibilidade de orçamento para as questões sociais, que é o seu verdadeiro intento.

## 2. Transtornos Psíquicos

O tema relativo aos direitos das pessoas com deficiência é de alto grau de complexidade, devendo ser avaliado de acordo com os aspectos históricos, filosóficos, psicológicos, sociológicos, morais e éticos (axiológicos), econômicos e políticos. Débora Vieira Macedo, discorreu sobre os distintos tratamentos desvelados às pessoas com deficiência por parte do Estado e da sociedade ao longo dos séculos. As leis das primeiras civilizações deixaram como herança pessoas com deficiência em virtude de suas punições. Os egípcios puniam os condenados mutilando as partes do seu corpo; os hebreus, respeitando o Código de Hamurabi (Lei de Talião: "Olho por olho, dente por dente"), amputavam membros das pessoas como punição. Na Grécia Antiga, século IV a.C., o filósofo Platão defendia o extermínio de crianças nascidas "com o corpo mal organizado". Em contrapartida, o seu discípulo mais destacado, Aristóteles, defendia que as pessoas com deficiência tivessem acesso garantido ao exercício de atividades ou que aqueles impossibilitados de trabalhar tivessem sua subsistência garantida pela coletividade, numa espécie de seguridade social <sup>12</sup> arcaica. Na Roma Antiga, as crianças com deficiência eram sacrificadas. A Lei das XII Tábuas permitia que os filhos pudessem ser assassinados pelo patriarca romano. A primeira constituição a impor ao Estado responsabilidades em relação às pessoas com deficiência foi a Constituição Francesa de 1791, com o objetivo de dar trabalho aos pobres inválidos desempregados. As pessoas com deficiência foram colocadas à margem da sociedade, como indivíduos que requerem atenção especial sem, contudo, pertencerem efetivamente ao grupo social.

No Brasil, as Ordenações trataram da situação jurídica da pessoa com deficiência. Maurício Requião, em Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição, explica que antes das codificações nacionais, o Direito Civil era regulamentado pelas Ordenações Filipinas de Portugal, fixando a cessação da menoridade aos 25 anos. Em 1858, a Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, acabou suprimindo a necessidade de criação de um Código Civil até que surgisse o de 1916. O Código Civil de 1916 adotou a teoria das incapacidades criada por Savigny. Classificava como absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, os surdos-mudos que não pudessem exprimir a sua vontade, os ausentes, e os loucos de todo o gênero. Englobava todas as anomalias psíquicas na denominação "loucos de todo o gênero" porque a medicina ainda não separava as doenças. As

---

<sup>12</sup> VIEIRA MACEDO, Débora - *Acessibilidade e a busca pela inclusão da pessoa com deficiência* - Disponível em: <[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)>.

duas grandes codificações civis brasileiras consideravam o ser humano apenas como figura econômica.

José Tadeu Neves Xavier<sup>13</sup> desenvolve o entendimento de que o Código Civil de 1916 consolidava as doutrinas individualistas e voluntaristas do século XIX, cujo tópico era o indivíduo na concepção liberal, ou seja, o sujeito de direito *contratante e proprietário*. O Direito Civil era o *locus* normativo privilegiado do indivíduo. Nesse modelo liberal-burguês, havia a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser. Era, assim, “a Constituição do Direito Privado”, servindo para consolidação do modelo econômico liberal, servia para regular as relações do indivíduo isoladamente considerado, protegendo-o. Assim, o Direito Civil brasileiro clássico (1916) não concebia a existência de um indivíduo, referia-se ao ser humano apenas como um polo de relações patrimoniais: proprietário, contratante, testador, pai, marido etc. Desse modo, se o indivíduo não conseguisse desempenhar os papéis econômicos dados pelo sistema, era excluído da sociedade civil, discriminalizado, justificando esse posicionamento na segurança jurídica.

Houve, no entanto, a mudança de paradigma dos anos 80. Da tutela e do assistencialismo passou-se para a promoção dos direitos humanos. Ao longo da década de 80, período em que o Brasil passou por um processo político de democratização, movimentos sociais buscaram garantir na Constituição Federal de 1988 o pleno gozo dos direitos das pessoas com deficiência nas áreas de educação, saúde, trabalho, habilitação profissional e assistência social. A partir dessa década, foi incorporada à questão da deficiência uma dimensão fortemente sustentada na promoção dos direitos humanos, procurando expressar a importância do reconhecimento da pessoa com deficiência enquanto cidadão em pleno direito. Maurício Requião enfatiza outro aspecto, deveras importante: dado o momento em que ainda se encontrava a Medicina, a nomenclatura utilizada pelo direito brasileiro relativa às pessoas com deficiência era preconceituosa e discriminatória (louco, desassissado, mentecapto, furioso etc.).

No início dos anos 2000, foi apresentado o projeto de lei que propunha a criação de um estatuto para as pessoas com deficiência. O projeto original possuía falhas, desde a terminologia inadequada até propostas que, se aprovadas, reforçariam a tutela e o assistencialismo. A denominação atual constante na Constituição Federal, nas convenções e nos documentos internacionais ratificados pelo Brasil é pessoa com deficiência. No que diz respeito aos Códigos Civis de 1916 e 2002, a imposição de limitação à capacidade civil foi fundamentada na proteção do incapaz. Antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o artigo 3º do Código Civil de 2002 estabelecia como absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, além dos menores de 16 anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. A possibilidade de a pessoa com transtorno psíquico ser qualificada pelo Código Civil de 2002 como relativamente incapaz e não necessariamente como absolutamente incapaz já foi um grande avanço visto que passou a graduar a autonomia, possibilitando à pessoa com deficiência alcançar a

---

<sup>13</sup> XAVIER, José Tadeu Neves: *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*, cit., Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br.

incapacidade relativa. Entretanto, as consequências em ambas as codificações no caso dos declarados absolutamente incapazes era extremada: a total limitação para a prática de todos atos da vida civil. Dessa maneira, a pessoa perdia totalmente a capacidade civil a partir da interdição. Qualquer ato praticado pelo absolutamente incapaz, negocial ou existencial, sem representante legal, era nulo; apenas seria válido se realizado por meio do curador. Assim, perdiam totalmente a capacidade de transitar na sociedade civil com autonomia.

Houve o aumento significativo de pessoas com deficiência no Brasil. Tal fato se deu em virtude do aumento da expectativa de vida, consequência dos avanços médicos de diagnóstico e tratamento de doenças que vêm permitindo a sobrevivência dos pacientes e dos acidentes, em sua maior parte relacionados à violência urbana como, por exemplo, acidentes automobilísticos, principalmente, de motocicleta. No último Censo realizado, constatou-se que o percentual de pessoa com alguma deficiência corresponde a 23,9% dos brasileiros, demonstrando a urgência de incentivo à autonomia e a premência da proteção do Estado na medida da vulnerabilidade dessa população<sup>14</sup>.

O advento da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da Lei de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) foi decisivo. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo assinados em Nova Iorque, em 30/03/2007, foi o primeiro instrumento criado com o propósito, deveras, de proteger porque assegura a todas as pessoas com deficiência o exercício pleno e equitativo dos direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como promove o respeito a sua inerente dignidade, substituindo o modelo puramente médico de classificação pelo social de inclusão da pessoa com deficiência, aceitando as diferenças com tolerância e alteridade. Ao assinar e ratificar a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (que é um instrumento diverso dessa Convenção), o Brasil comprometeu-se a implementar medidas para dar efetividade aos direitos garantidos e a encaminhar ao Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência denúncias sobre a violação dos seus direitos assegurados pela convenção. Houve oposição social e também muita resistência pelo executivo e judiciário quanto à implementação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo no país; suas diretrizes foram sendo paulatinamente aceitas e pouquíssimo concretizadas ao longo dos anos. Com o escopo de avançar na conquista de direitos, sem retrocessos, houve a necessidade da elaboração de um estatuto próprio para as

---

<sup>14</sup> “[...] Considerando a população residente no país, 23,9% possuíam pelo menos uma das deficiências investigadas: visual, auditiva, motora e mental ou intelectual. A prevalência da deficiência variou de acordo com a natureza delas. A deficiência visual apresentou a maior ocorrência, afetando 18,6% da população brasileira. Em segundo lugar está a deficiência motora, ocorrendo em 7% da população, seguida da deficiência auditiva, em 5,10% e da deficiência mental ou intelectual, em 1,40%. [...] Em 2010, 8,3% da população brasileira apresentava pelo menos um tipo de deficiência severa, sendo: 3,46% com deficiência visual severa; 1,12% com deficiência auditiva severa; 2,33% com deficiência motora severa; 1,4% com deficiência mental ou intelectual. Das 45.606.048 de pessoas com deficiência 1,6% são totalmente cegas, 7,6% são totalmente surdas, 1,62% não conseguem se locomover.” Disponível em: <[www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido.pdf](http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido.pdf)>.



pessoas com deficiência, que entrou em vigor em janeiro de 2016. Nesse estatuto, o legislador entendeu que seria mais didático repetir o conceito de pessoa com deficiência já adotado na convenção.<sup>15</sup>

A mudança de paradigma hoje adotada no conceito de pessoa com deficiência é evidente. Tal qual disposto anteriormente na lei brasileira, a concepção também encerra os elementos médicos; todavia, a abordagem é muito mais ampla porque incluiu, ainda, a identificação de barreiras e, ao mesmo tempo, elementos sociais e ambientais.

Em suma, a organização da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em Nova Iorque foi um divisor de águas. Após a sua realização, dificuldades foram superadas para que fosse ratificada pelo Brasil e, embora ela tenha sido internalizada com status constitucional, foi muito pouco efetivada no país. Por essa razão, imperiosa a criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência é a execução legislativa de uma convenção que integrou o sistema normativo brasileiro com hierarquia de Emenda à Constituição, pois aprovado conforme o artigo 5º, §3º da Constituição Federal, mas que foi escassamente concretizada pelos demais poderes. Houve nova regulamentação da capacidade no Código Civil a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. A Lei da Inclusão trouxe novos institutos jurídicos relativos à concepção de deficiência, capacidade legal, avaliação psicossocial e acessibilidade, alterando diversas normas nacionais como o Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Código Eleitoral, Estatuto das Cidades, Lei de Improbidade Administrativa e Consolidação das Leis Trabalho. Prevê, em seus 127 artigos, uma série de garantias e direitos, além de se definirem prioridades e ações (de caráter afirmativo) a serem desenvolvidas pelo Estado e também pelo setor privado para evitar a discriminação das pessoas com impedimentos físicos, sensoriais, mentais e intelectuais.

Dentre as pessoas com deficiência, destaco os transtornos psíquicos, porque o inciso II do artigo 3º do Código Civil, que tratava da incapacidade absoluta, foi revogado pelo estatuto, eliminando-se a expressão aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para praticar pessoalmente os atos da vida civil. Um dos fatores de grande impacto trazido pelo Estatuto é a importante alteração que provoca no regime das incapacidades do Código Civil daqueles que sofrem com transtornos psíquicos. Nota-se que até a chegada do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a regra no ordenamento jurídico brasileiro era a incapacidade. Porém, o fato de o sujeito ter como uma de suas características o transtorno psíquico não determina a sua incapacidade para os atos da vida civil<sup>16</sup>.

Quanto aos transtornos psíquicos, as denominações utilizadas na psiquiatria e na psicologia são *transtornos, perturbações, disfunções ou distúrbios*. Transtorno

---

<sup>15</sup> Artigo 2º do Estatuto das Pessoas com Deficiência: considera-se pessoa com deficiência aquela que tem 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.

<sup>16</sup> REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição* - Editora Jus Podivm - 2016, pp. 75-81.

psíquico é qualquer anormalidade, sofrimento ou comprometimento de ordem psicológica e/ou mental. Pelo Sistema de Jaspers, desde o início do século XX já se utilizava um sistema para a classificação dos transtornos.<sup>17</sup> O problema dessa classificação é a limitação da pessoa ao transtorno, ou seja, não corresponde às exigências de uma análise biopsicossocial. Na atualidade, há a Classificação Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde. Trata-se de um sistema de classificação internacional. O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Psíquicos (DSM, sigla em inglês), da Associação Americana de Psiquiatria (American Psychiatric Association - APA) é mais utilizado para as pesquisas.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> O Sistema de Jaspers dividia os transtornos em: “1. Doenças somáticas conhecidas que trazem consigo um transtorno psíquico, em seus subtipos: 1.1. Doenças cerebrais, 1.2. Doenças corporais com psicose sintomáticas (ex. infecções, doenças endócrinas etc.), 1.3. Envenenamentos/Intoxicações (Álcool, morfina, cocaína etc.); 2. Os três grandes tipos de psicose endógenas (ou seja, transtornos psíquicos cuja causa corporal ainda é desconhecida): 2.1. Epilepsia genuína, 2.2. Esquizofrenia, em seus diferentes tipos, 2.3. Distúrbios maniaco-depressivos; 3. Psicopatias: 3.1. Reações autônomas anormais não explicáveis por meio de doenças dos grupos 1 e 2 acima, 3.2. Neuroses e síndromes neuróticas, 3.3. Personalidades anormais e seu desenvolvimento. A depender do grau de comprometimento do indivíduo em razão dos transtornos psíquicos, utiliza-se, ainda hoje, termos diversos: 1. neurose: designa os “transtornos mentais que não afetam o ser humano em si”, ou seja aqueles supostamente sem base orgânica nos quais o paciente possui consciência e uma percepção clara da realidade e em geral não confunde sua experiência patológica e subjetiva com a realidade exterior, como exemplo: a perturbação obsessiva-compulsiva, a transtorno do pânico, as fobias, os transtornos de ansiedade, a depressão nervosa, a distímia, a síndrome de Burnout, entre outras; 2. psicose: “aqueles transtornos mentais que afetam o ser humano como um todo”, ou seja um transtorno no qual o prejuízo das funções psíquicas atingiu um nível tão acentuado que a consciência, o contato com a realidade ou a capacidade de corresponder às exigências da vida se tornam extremamente diferenciadas, e por vezes perturbadas, e para a qual se conhece ou se supõe uma causa corporal” Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Transtorno\\_mental](https://pt.wikipedia.org/wiki/Transtorno_mental)

<sup>18</sup> “Os modelos de transtornos psíquicos são: 1. biopsicossocial: analisa a gênese e o desenvolvimento dos transtornos psíquicos sob diferentes pontos de vista, de acordo com os diferentes fatores que os influenciam: 1. Fatores biológicos — como a predisposição genética e os processos de mutação que determinam o desenvolvimento corporal em geral, o funcionamento do organismo e o metabolismo etc.; 2. Fatores psicológicos — como preferências, expectativas e medos, reações emocionais, processos cognitivos e interpretação das percepções etc.; 3. Fatores socioculturais — como a presença de outras pessoas, expectativas da sociedade e do meio cultural, influência do círculo familiar, de amigos, modelos de papéis sociais etc. 2. modelo estresse- vulnerabilidade: estabelece que o irromper de um transtorno psíquico está ligado, de um lado, à presença de uma predisposição genética ou adquirida no decorrer da vida (vulnerabilidade) e, de outro, à exposição a situações estressantes. Quanto maior a predisposição, menor tem de ser o nível de estresse para que um distúrbio mental irrompa. A relação entre vulnerabilidade e estresse, no entanto, é mediada pela resiliência, ou seja, a capacidade do indivíduo de resistir ao estresse. 1. fatores biológicos: 1. 1. modificações do sistema nervoso central (1.1.1 os distúrbios das funções cognitivas, 1.1.2. distúrbios da regulação das emoções e do estresse), 1.2. modificações na regulação hormonal; 2. fatores genéticos, por exemplo, Mal de Alzheimer; 3. fatores psicológicos: 3.1. fatores vulnerabilizantes, 3.2. fatores protetivo. Importante destacar que de acordo com Tseng fatores sócio-culturais podem originar transtornos psíquicos: 1. efeito patogênico: fatores culturais podem ser a origem explícita ou imediata de um transtorno psíquico. Exemplos são os distúrbios frutos da quebra de um tabu ou o não cumprimento de uma expectativa social, como o suicídio de alunos que não são aprovados em exames de admissão típico de algumas culturas do extremo oriente; 2. efeito pato-seletivo: cada cultura vê alguns comportamentos patológicos como mais ou menos aceitáveis, de acordo com suas próprias normas. Assim, em algumas culturas certos comportamentos patológicos, como a agressividade ou o suicídio, são mais aceitos do que em outras;

Os transtornos psíquicos mais comuns na população são os seguintes:

1. Transtornos de Ansiedade: 1.1. O Ataque de Pânico, 1.2. Os Transtornos Fóbicos (1.2.1. A Fobia Social e 1.2.2. Agorafobia) 1.3. O Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT), 1.4. O Transtorno Obsessivo-Compulsivo (TOC); 1.5. O Transtorno de Ansiedade Generalizada;
2. O Transtorno de Humor: 2.1. O Transtorno Bipolar; 2.2. O Transtorno depressivo;
3. Transtorno Alimentar: 3.1. Anorexia Nervosa, 3.2. Bulimia Nervosa, 3.3. Transtorno de Compulsão Alimentar Periódica;
4. Transtornos Psicóticos: 4.1. O Transtorno Delirante, 4.2. Esquizofrenia;
5. Os transtornos de personalidade: 5.1. Transtorno Personalidade Borderline (TPB), 5.2. Transtorno de Personalidade Anti-Social (TPAS)<sup>19</sup>.

Há diferentes graus de comprometimento entre os indivíduos que sofrem com transtornos psíquicos. Na mesma proporção que a tecnologia e as ciências avançam são descobertos e classificados novos transtornos psíquicos ou reclassificados os já existentes, surgindo novas possibilidades de tratamentos que, na maioria das vezes, são utilizados esporadicamente, ou seja, durante hipóteses pontuais e pelo tempo necessário. A revogação do artigo 3º, II do Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência foi um passo importante na promoção da igualdade, porque dissocia os transtornos psíquicos da necessária incapacidade. O indivíduo que sofre de transtornos psíquicos é capaz. O que se rechaça a priori de incapaz da pessoa com deficiência. É, mais uma vez, a decisão mais acertada do legislador, visto que promove a autonomia. Todavia, há a possibilidade de a pessoa com deficiência como, por exemplo, com transtorno psíquico, ser qualificada como relativamente incapaz a certos atos ou à maneira de os exercer se não puder exprimir sua vontade, subsunção à hipótese do artigo 4º do Código Civil com a redação dada pela Lei nº 13.146/15, mantendo-se a possibilidade de vir a ser submetida ao regime de curatela, e devendo ser assistida ou representada, conforme a graduação de sua necessidade.

O estatuto desvincula a incapacidade e a deficiência, havendo, portanto, presunção de capacidade. Assim, para que os atos, negociais ou existenciais, praticados por uma pessoa com deficiência sejam restringidos, a pessoa com deficiência terá de se submeter a um novo método de perícia. Destaca-se um novo enfoque a partir do momento em que a questão deixou de ser tratada como um problema exclusivamente pessoal para ser abordado como um resultado da relação

---

3. efeito pato-plástico: a cultura determina a forma de expressão de determinados transtornos, por exemplo o conteúdo das alucinações, determinados tipos de obsessões e fobias. Além disso, alguns transtornos têm sintomas diferentes em diferentes culturas, como no caso da depressão: na Ásia faltam os sentimentos de culpa típicos da depressão na Europa; 4. efeito pato-facilitante: determinados fatores culturais, como a permissividade ou até mesmo a exigência de determinados tipos de comportamento que podem tornar-se patológicos, podem aumentar a frequência de determinados transtornos e na população. Desta forma, culturas em que o álcool é mais aceito e em que bebedeiras fazem parte de determinadas circunstâncias sociais tendem a ter um maior número de casos de abuso e dependência desse tipo de substância.; 5. efeito pato-reativo: a cultura determina além disso a reação das pessoas a determinados tipos de doença. Essa é uma possível explicação para o fato de a esquizofrenia ter uma prognose mais positiva nos países em desenvolvimento do que nos países industrializados; 6. efeito de estresse (*Idioms of distress*): cada cultura possui um 'idioma' próprio para expressar seus estresses, tensões e problemas psíquicos. A esse fato estão relacionados as "síndromes ligadas à cultura" (*culture bound syndromes*), ou seja, determinados quadros clínicos que ocorrem apenas em determinados círculos culturais — como, por exemplo, as reações psicóticas ao Chi Kung, que há apenas na China, e a bulimia, típica da cultura ocidental" (Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Transtorno\\_mental](https://pt.wikipedia.org/wiki/Transtorno_mental))

<sup>19</sup> Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Transtorno\\_mental](https://pt.wikipedia.org/wiki/Transtorno_mental).

do indivíduo com a sociedade em que vive. De acordo com Élcio Rodrigues da Silva, é preciso criar um novo modelo de elaboração do laudo pericial, incorporando uma abordagem multidimensional da saúde, funcionalidade e incapacidade. Deve considerar, além das deficiências nas funções e estruturas do corpo, os fatores contextuais (ambientais e pessoais), a acessibilidade e a participação das pessoas com deficiência na sociedade, em consonância com a tendência mundial de atentar para os fatores biopsicossociais, pois a saúde é compreendida sob uma perspectiva biológica, individual e social. Deve constar no laudo o padrão de participação do indivíduo na sociedade (se plena e efetiva ou não); suas potencialidades, habilidades, capacidade de expressar vontades e preferências, se há restrições para atos da vida negocial e patrimonial (fazer empréstimos, conciliar, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, praticar atos que não sejam de mera administração); e, ainda, se há crítica para escolher o curador ou dividir decisão (decisão apoiada).

Se na produção da prova pericial for constatada a necessidade da curatela, o perito terá de registrar no laudo quais são os atos nos quais a pessoa deve ser assistida ou representada, determinando a duração da restrição. Devido à excepcionalidade da situação, será considerada relativamente incapaz. De acordo com os ensinamentos de Nelson Rosenvald, o instituto da representação não acabou porque é apenas técnica de substituição. Desse modo, o juiz poderá, fundamentadamente, determinar na sentença para quais atos o sujeito não tem a mínima possibilidade de expressar sua vontade e terá, então, de ser representado, e para quais atos ele será assistido. Se houver a necessidade de curatela, assistência ou substituição, será a menos restritiva possível. E nem se argumente que o Estado não tem como proporcionar essa nova perícia. Conforme já abordado, o Estado deve reduzir ao máximo a sua intervenção nas atividades econômicas e se ater àquilo que efetivamente lhe cabe: administrar com idoneidade o dinheiro arrecadado dos contribuintes, devolvendo-o em forma de serviços sociais eficientes.

### **3. Consequências da nova regulamentação da capacidade no Código Civil a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei da Inclusão - Lei nº 13.146/2015)**

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, as pessoas portadoras de enfermidade ou deficiência mental sem o necessário discernimento para exercer pessoalmente os atos da vida civil foram retiradas do rol dos absolutamente incapazes, que era determinado pelo artigo 3º do Código Civil de 2002. Verifica-se que a redação do artigo 166 da Lei 10.406/02 (“É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz”) permanece inalterada. *Ainda é possível o reconhecimento de ofício pelo juiz da nulidade dos atos praticados pela pessoa com deficiência, como exemplo, com transtorno psíquico?* Subsiste o mesmo texto para o artigo 198, I do Código Civil (“não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o artigo 3º”). A modificação do artigo 3º do Código Civil pela Lei de Inclusão causa prejuízo àqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para exercer pessoalmente os atos da vida civil? Se a interpretação for *ipsis litteris*, sim. A antinomia entre as normas deve ser resolvida pelo método temporal, hierárquico e/ou de especialidade.

Assim, as matérias que se referiam à capacidade reguladas no Código Civil de 2002, deusas, foram revogadas pela Lei nº 13.146/2015. Os dois primeiros critérios prescindem de elucidação, pois as razões são evidentes; no entanto, o de hierarquia merece especial atenção.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo cuida dos mesmos temas e exatamente de igual maneira dos tratados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, e, como a convenção foi recepcionada pelo sistema normativo brasileiro, conforme o artigo 5º, §3º da Constituição Federal, a matéria tem hierarquia constitucional. Justificável a revogação, portanto; isso sem discorrer sobre o controle de constitucionalidade das leis. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a constitucionalidade das normas contidas na Lei nº 13.146/2015, que estabelecem a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias, sem que ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas (eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais às relações jurídicas privadas). Enfatizo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou-as constitucionais. A decisão majoritária foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5357<sup>20</sup>.

O legislador perdeu a oportunidade de alterar a redação tanto do artigo 3º do Código Civil para: são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos e *as pessoas representadas*; o artigo 4º também necessitava da modificação pelo legislador para: são incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos e *as pessoas assistidas*. Os demais incisos do artigo 4º deveriam ter sido excluídos. Em verdade, não importa a causa da incapacidade;

---

<sup>20</sup> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR.CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática, adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV (...).”

todavia, é imprescindível que a pessoa tenha a chance de ser avaliada por perícia (nos moldes novos) antes de ser declarada relativamente incapaz para ser assistida ou, conforme a sua necessidade, representada. Repise-se que, de acordo com os ensinamentos de Nelson Rosendal, o instituto da representação não acabou, porque a representação é apenas técnica de substituição.

#### **4. Como o Poder Judiciário pode solucionar os problemas decorrentes da nova regulamentação da capacidade no Código Civil (Lei nº 10.406/02) a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência? (adequações vertical e horizontal)**

Entre declarar inconstitucional o Estatuto da Pessoa com Deficiência e as normas referentes às pessoas com deficiência contidas no Código Civil, devem ser invalidados os artigos da Lei nº 10.406/02, porque incompatível com as regras e princípios constantes na Magna Carta, preservando-se os fundamentos basilares do Estado de Direito e garantindo a unidade do sistema. A inconstitucionalidade, neste caso, é classificada como expressa, material, parcial, superveniente e por ação, sendo que o controle deve ser jurisdicional e repressivo (sucessivo ou *a posteriori*). O controle pode ser o concentrado ou, ainda, o difuso (descentralizado, por via de exceção ou indireto), ou seja, a inconstitucionalidade do Código Civil deve ser apreciada diante do caso concreto, como questão prejudicial ao julgamento do mérito ou o concentrado por ação declaratória de constitucionalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O controle de constitucionalidade difuso destina-se basicamente a possibilitar a defesa de direitos subjetivos prejudicados em virtude de inconstitucionalidade. No controle difuso a iniciativa cabe a qualquer interessado e a competência a qualquer juízo. Os efeitos da decisão são *ex tunc*, ou seja, retroativos, e *inter partes*, não prejudicando nem beneficiando terceiros. Todavia, se a causa chegar até o Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário e este declarar a inconstitucionalidade dos artigos da Lei 10.406/02 referentes à teoria das incapacidades por maioria absoluta de seus membros, essa decisão poderá ter seus efeitos ampliados, conforme previsão do art. 52, inciso X da Constituição Federal. Nesse caso, o Pretório Excelso, após o trânsito em julgado da decisão, deve oficial o Senado Federal para que suspenda a execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva daquela Corte. A suspensão é feita mediante resolução, a partir da qual os efeitos se operam *erga omnes* e *ex nunc*, valendo para todos os que não participaram do processo, mas somente a partir da publicação. O controle de constitucionalidade concentrado visa tutelar a própria Constituição. No controle concentrado a legitimação é determinada pelo texto constitucional (artigo 103 da Constituição Federal) e a competência originária é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, onde a decisão surte efeitos *erga omnes*.

O método a ser utilizado para resolver os problemas decorrentes da nova regulamentação da capacidade no Código Civil a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência diverge daquele estabelecido no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, quais sejam, analogia, costumes e princípios gerais de direito, porque o caso não é de integração ou colmatação normativa, ou seja, de fonte formal do Direito. Além do mais, no direito

contemporâneo, houve uma profunda alteração na Teoria das Fontes em razão do reconhecimento da eficácia normativa dos princípios e jurisprudência, o que gerou modificação na aplicação desse artigo, embora permaneça, ainda, escrito da mesma maneira e vigendo. O método a ser aplicado pelo magistrado é o de interpretação, pois não se refere ao caso de omissão da lei; a interpretação é concernente à fonte material do Direito. Carlos Maximiliano ensina ser “preciso interpretar para explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”<sup>21</sup>.

O processo de interpretação a ser utilizado nesse caso pelo judiciário é o sistemático, através dos métodos históricos, decorrente da investigação da causa geradora e da causa final da lei, conduzindo à descoberta do verdadeiro sentido e alcance da norma definitiva, e teleológico, que considera o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística, pois o hermeneuta deve ter sempre em vista o fim da lei, o resultado que ela precisa atingir em sua atuação prática, como leciona Carlos Maximiliano<sup>22</sup>: “A interpretação é uma só; não se fraciona: exercita-se por vários processos, no parecer de uns; aproveita-se de elementos diversos, na opinião de outros. Os vários processos completam-se porque todos os elementos colaboram para a busca da verdade e maior aproximação do ideal da verdadeira justiça”. Daí a importância que exercem os princípios na contemporânea compreensão e construção do Direito.<sup>23</sup>

Graças ao conhecimento dos princípios que determinam a correlação entre as leis dos diferentes tempos e lugares, sabe-se qual o complexo de regras em que se enquadra um caso concreto. Carlos Maximiliano discorre sobre as funções da jurisprudência, explicando cada uma delas: função de mera aplicação da lei (subsunção), função de criação para os casos em que houver lacunas na lei e, a função, que nos interessa, de adaptação, que harmoniza a lei às ideias contemporâneas e às necessidades modernas. A jurisprudência contemporânea é, por sua vez, diz, e nem poderia deixar de ser, fortemente impressionada pelo movimento progressista e renovador que se generaliza entre os estudiosos do Direito, sem distinção de escolas; o sopro de modernismo saudável insinua-se por toda a parte, e da cátedra dimana até o pretório.

---

<sup>21</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense. 20. ed., 2015 - p. 7

<sup>22</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense. 20. ed., 2015, p 104-106.

<sup>23</sup> Para Ricardo Marcondes Martins, “as contribuições de Ronald Dworkin e Robert Alexy são verdadeiros marcos na história da Dogmática Jurídica, ambas implicaram avanço científico que não pode ser ignorado; por outro, as concepções positivistas e linguísticas do direito não são incompatíveis com a teoria principiológica, sendo possível a adequada conciliação dessas teorias. [...] Os estudos do Direito não podem ignorar os avanços da teoria principiológica sob pena de grave retrocesso científico” (MARTINS, Ricardo Marcondes: *A Natureza Normativa dos Princípios*, cit.).

## Proposições conclusivas

“Toda pessoa é única e nela já habita o todo universal”, ensina Miguel Reale<sup>24</sup>.

O humano é um ser complexo: é universalmente individual e individualmente universal. Imprescindível, portanto, conhecer a história da humanidade para melhor apreender o humano do ser. Carlos Maximiliano ensina que “Deve partir de longe o estudo das fontes da legislação pátria; recuar até o Direito romano, ao canônico, às instituições jurídicas medievais, passar às dos povos modernos europeus, sobretudo português, e concluir pelo que se fez o Brasil, na mesma esfera de conhecimentos, desde a Independência até o presente”<sup>25</sup>. É preciso conhecer o passado para compreender o presente e antever o póster. No decorrer da História, percebe-se que o movimento da evolução humana é pendular; por vezes a humanidade prospera e, por outras, retrocede. Na legislação contemporânea é perceptível o grande progresso na concepção da deficiência no Brasil. O modelo de outrora dispensava à pessoa com deficiência uma análise puramente individual, como um objeto de investigação ou um problema social. Com o escopo de desvincular a deficiência da ideia religiosa, assistencial ou médica, ou seja, de caridade e de vitimização, emergiu uma nova perspectiva: a biopsicossocial.

A Lei de Inclusão Brasileira adotou o modelo biopsicossocial da deficiência, determinando que os impedimentos físicos, sensoriais, mentais e intelectuais não produzam obstáculos por si só, pois, em verdade, as barreiras que impedem o exercício de direitos são produzidas socialmente e, por isso, ordena a criação de estratégias sociais, políticas e jurídicas que excluam esses obstáculos e discriminações negativas e incluam as pessoas com deficiência, desenvolvendo suas capacidades e possibilitando o usufruto de autonomia e independência. Dessa maneira, averigua-se que o modelo social trazido pelo estatuto é amparado nos valores concernentes aos direitos humano, ressaltando entre eles a dignidade e a liberdade, esta entendida como autonomia<sup>26</sup>.

O estatuto é mais uma marca da luta pela integração. Todavia, a perspectiva da deficiência na sociedade e a inserção das pessoas com deficiência ainda passam por o processo moroso de inclusão. Uma vez mais, a sociedade e, por conseguinte, o Poder Executivo e o Judiciário a marginalizam, utilizando como escusa o viés protetivo, mas insuficiente, que abalizava a teoria das incapacidades até então contidas nas codificações civis. Parece mesmo que o Código Civil e a Lei da Inclusão são contraditórios em matéria de capacidade civil e, por esse motivo, muitos aplicadores do Direito questionam a proteção prevista no estatuto ao estabelecer, a priori, a capacidade às pessoas com deficiência. Entretanto, o estatuto também foi criado com o intuito de proteção. Daí a advertência de Fernando Rodrigues Martins de que a fundamentação (base pré-legislativa) do EPD não apresenta aporia; “Há sustentação correta, humanitária, discursiva, inclusiva e

<sup>24</sup> REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 5. ed., 2014, p. 135.

<sup>25</sup> MAXIMILIANO, Carlos: *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Editora Forense. 20ª edição, 2015 - 4ª Tiragem, 2015, p. 113.

<sup>26</sup> REQUIÃO, Maurício, *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição*. Editora Jus Podivm, 2016, pp. 147-157.



democrática”<sup>27</sup>. Não é possível deduzir do estatuto a existência de retrocesso social ao prever que pessoas com deficiência devem ser previamente consideradas capazes. O Direito não pode se acomodar estritamente ao que está expresso na lei, no sentido vocabular do texto, quer comum, quer técnico.

*Qual seria a melhor solução jurídica aplicável à antinomia entre o Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência? O controle de constitucionalidade concentrado, por ser a modalidade mais harmônica com o paradigma do Estado Democrático de Direito, na medida em que representam um sistema mais participativo, aberto e democrático, e, por essa razão, melhor resguarda as liberdades e direitos individuais das pessoas com deficiência. E o melhor recurso jurídico a ser aplicado horizontalmente a essa antinomia? A hermenêutica, a interpretação das intenções por um ângulo pragmático.* <sup>28</sup> Na busca de justa decidibilidade, o aplicador do Direito deve interpretar para resolver as antinomias existentes entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código Civil pelos métodos histórico e teleológico, conjugando as necessidades sociais que o mundo em transformação passou a exigir, revalorando os fins propostos para as legislações. Assim, o hermeneuta não pode se satisfazer com a interpretação gramatical dessas normas e deverá, sempre, ter em vista o fim da lei e o resultado que ela precisa atingir em sua atuação prática.<sup>29</sup>

Se analisados os sentidos contextuais da teoria das incapacidades contidas no estatuto, que reflete o que foi estabelecido na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, e no Código Civil, verifica-se que não há verdadeira contradição ou incompatibilidade entre os textos. As situações juridicamente afirmadas estão em consonância, pois os fins convergem. A intenção do legislador, tanto da codificação civil quanto do estatuto, foi proteger. Todavia, a proteção almejada pelo estatuto é a mais adequada, porque coaduna com a evolução atual da humanidade, consistente em proteger as pessoas com deficiência na exata medida da sua necessidade, sob pena de o Estado se imiscuir na vida privada da pessoa com deficiência desnecessariamente.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Revista de Direito do Consumidor: RDC, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 203-255, mar./abr. 2016.

<sup>28</sup> “(...) Há um sentido normativo a ser determinado, e este sentido implica a captação dos fins para os quais a norma é construída. A percepção dos fins não é imanente a cada norma tomada isoladamente, mas exige uma visão ampliada da norma dentro do ordenamento” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito - São Paulo*, Atlas. 2. edição, 1980).

<sup>29</sup> “Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta à cena um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social (GMÜR, Max: *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 1908, p. 139 e 141 apud MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense. 20. ed., 2015, p. 49/50).

<sup>30</sup> “[...] deverá crescer o índice de sensibilidade por parte daqueles aos quais foi delegada a difícil missão de zelar pelo cumprimento da Constituição, de tal sorte que — em se tratando do reconhecimento de um direito subjetivo a determinada prestação social — assume lugar de destaque

Ao aplicador do Direito cabe a tarefa de integrar e interpretar o ordenamento jurídico, adequando a codificação civil aos novos ventos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. As mudanças na teoria da capacidade civil decorrentes do surgimento da convenção e do estatuto não podem ser vistas como prejudiciais, pois é inconcebível neste momento evolutivo da humanidade que a igualdade, inerente a todo ser humano, não inclua a diferença que existe entre todos os seres, inclusive humano. A diferença tem de ser reconhecida; entretanto, não pode haver discriminação porque ela reforça o preconceito, estereótipo e estigma. É a igualdade na diferença. Só há evolução onde existe diferença. É assim para ciência (darwinismo)... É assim para o humano do ser... A nova perspectiva é, então, proporcionar, dentro das possibilidades de cada ser humano, a autonomia e a inclusão social, elevando-se a autoestima e proporcionando felicidade, o que retroalimentará a própria sociedade. Esse é o presente para a humanidade: incluir a diferença, transformando-se num ser mais humano.

### Referências Bibliográficas

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado: artigo por artigo**. 2. ed., rev.,

FERRAZ, Carolina Valença et al. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. Editora Saraiva, 2012. (ELETRÔNICO).

FIGUEIRA, Emílio. **Introdução à Psicologia e Pessoas com Deficiência**. A Construção de um Novo Relacionamento! 2. ed. Editora São Paulo.

GUERRA, Alexandre. **Princípios da Conservação dos Negócios Jurídicos**. A Eficácia jurídico-Social como critério de Superação das Invalidades Negociais. Editora Almedina Brasil, 2016.

KELSEN, Hans. **Teria pura do direito**. 8. ed., 5ª tir. Editora WMF Martins Fontes Ltda, 2015.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieir. **Comentários Ao estatuto da pessoa com deficiência: Lei nº 13.146/2015**. Livro Digital (E-pub), 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed., 4ª tir. Editora Forense, 2015.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. Editora Saraiva, 1994. 9ª tiragem, 2014.

---

o princípio da proporcionalidade, que servirá de parâmetro no indispensável processo de ponderação de bens que se impõe quando da decisão acerca da concessão, ou não, de um direito subjetivo individual ou mesmo da declaração de inconstitucionalidade de uma medida restritiva dos direitos sociais” (WOLFGANG SARLET, Ingo. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br>.).

\_\_\_\_\_. *O direito como experiência: Introdução à Epistemologia Jurídica*. 2. ed. fac-similar com nota introdutória do autor. São Paulo, Saraiva, 1992. 4ª tiragem, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito como Experiência*: fac-similar com nota introdutória do autor. Editora Saraiva, 1992.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Conjetura*. Editora Nova Fronteira, 1983.

\_\_\_\_\_. *A Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. Editora Saraiva, 2000. 7ª tiragem, 2015.

\_\_\_\_\_. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. Editora Saraiva, 2002. 1ª tiragem, 2016.

\_\_\_\_\_. *Direito Natural. Direito Positivo*. 1. ed. Editora Saraiva, 1984. 2ª tiragem, 2012.

\_\_\_\_\_. *Nova Fase do Direito Moderno*. 2. ed. Editora Saraiva, 2000. 4ª tiragem, 2014.

\_\_\_\_\_. *Fontes e Modelos do Direito*. Para um novo paradigma hermenêutico. 1ª ed. Editora Saraiva, 1994. 4ª tiragem, 2010.

MADRUGA, Sidney. *Pessoas com Deficiência e Direitos Humanos*: ótica da diferença e ações afirmativas. 2. ed. Editora Saraiva, 2016. (ELETRÔNICO).

XAVIER, José Tadeu Neves: *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Tese apresentada para Doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

#### Artigos científicos:

ARAÚJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. **O Estatuto Da Pessoa com Deficiência**. EPCD (Lei 13.146 de 06.07.2015): Algumas Novidades. *Revista Dos Tribunais*. <<http://www.rtonline.com.br/>>.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciencia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. Disponível em: <[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)>.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. *Revista Dos Tribunais*. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>.

MARTINS, Ricardo Marcondes: *A Natureza Normativa dos Princípios*: trabalho publicado no livro Problemas de Direito Civil. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Disponível em: <[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)>.

MARTINS COSTA, Judith: *O Direito Privado como um sistema em construção*: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Disponível em: <[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)>.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: <[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)>.

OLIVEIRA, Alexandre Alves de; OLIVEIRA, Letícia Fagundes de: **História: conexões com a história**. Parte I. 2. ed. Editora Moderna, 2016.

REQUIÃO: Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Editora Jus PODIVM, 2016. Disponível em: <[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)>.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, 2002, n. 798, p. 23-50.

SOUZA, Felipe Venade de. **O controle de convencionalidade da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência: uma visão portuguesa**. *Revista Dos Tribunais*. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>.

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa**. Disponível em: <[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)>.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. A nova propriedade: o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição. In: **Revista Forense**, nº 306, p. 77.

\_\_\_\_\_. **Normas constitucionais e direito civil**. Disponível em: <[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)>.

VIEIRA MACEDO, Débora. **Acessibilidade e a busca pela inclusão da pessoa com deficiência**. Disponível em: <[www.epm.tjsp.jus.br](http://www.epm.tjsp.jus.br)>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf)>.

#### **Palestras**

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. **Impactos do estatuto da pessoa com deficiência (Lei Federal nº 13.146, de 6 de julho de 2015) no Código Civil brasileiro**. In: **PALESTRA...** Bauru, SP: EPM, 2016.

ROSENVALD, Nelson. **As dimensões da dignidade da pessoa humana no direito civil**. In: **PALESTRA...** Sorocaba, SP: EPM, 08 mar. 2017.