

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA

KEILA PACHECO FERREIRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Carlos Eduardo Silva e Souza; Keila Pacheco Ferreira – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-591-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

Trata a presente publicação dos artigos anunciados no XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, organizado em parceria com a Universidade Federal da Bahia, sediado na cidade de Salvador/BA, entre os dias 13 a 15 de junho de 2018, sob a temática “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”.

O conjunto dos temas apresentados representam o aprofundamento de investigações científicas empreendidas por pesquisadores de mestrado e doutorado de Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito de diversas regiões do país, todos agrupados sob a perspectiva crítico-reflexiva que conjuga o estatuto epistemológico do Direito Civil e a aplicação das normas constitucionais. Com efeito, o Código Civil brasileiro optou pela assunção de um sistema aberto, móvel, incompleto e em constante evolução, possibilitando critérios valorativos de apreciação pautados na Constituição Federal para a plena realização da norma (construção e argumentação).

Nessa perspectiva, os trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho Direito Civil Constitucional puderam ser reunidos em 3 subgrupos: (i) um relacionado a temas gerais do Direito Civil; (ii) outro cuja temática estava atrelada aos direitos da personalidade; (iii) e, por fim, um terceiro associado ao Direito das Famílias.

Nos temas gerais do Direito Civil, encontram-se três trabalhos relacionados com as cláusulas gerais, o pensamento civil brasileiro de Teixeira de Freitas e outro tocante ao registro imobiliário. São eles: (i) “Cláusulas gerais: promovendo o diálogo necessário entre o Código Civil e o Direito Civil Constitucional”, de autoria de Marina Carneiro Matos Sillman e Marcelo de Mello Vieira; (ii) “Pensamento civil brasileiro: análise da genuinidade do Direito em Teixeira de Freitas, de autoria de Sílvia Helena Schmidt e Allan Carlos Schmidt; e, ainda, (iii) “A exigência de inserção da inscrição do corretor de imóveis em matrícula imobiliária e sua inconstitucionalidade”, de autoria de Horário Monteschio.

Já no subgrupo inerente aos direitos da personalidade, foram apresentados quatro trabalhos, sendo dois relacionados com o Estatuto da Pessoa com Deficiência e outros dois versando sobre a temática do direito ao esquecimento e outro referente a própria limitação dos direitos da personalidade. Esses trabalhos são os seguintes: (i) “O alargamento da autonomia privada

e autodeterminação frente ao novo Estatuto das Pessoas com Deficiência”, de autoria de Nayara Rangel Vasconcellos e Renata Bolzan Jauris; (ii) “O Estatuto da Pessoa com Deficiência como garantia real e eficaz de direitos fundamentais e a *Drittwirkung* alemã”, de autoria de Alexander Perazo Nunes de Carvalho; (iii) “Modernidade líquida, direitos da personalidade e liberdade de expressão: o direito ao esquecimento no meio ambiente digital no Brasil”, de autoria de Pedro Miron de Vasconcelos Dias Neto e Emmanuel Teófilo Furtado; e ainda (iv) “Entre a autonomia privada e a tutela estatal: uma reflexão sobre os limites dos direitos da personalidade no Brasil”, de autoria de Daniel Navarro Puerari e Bárbara Gomes Lupetti Baptista.

Por fim, na temática do Direito das Famílias, encontram-se quatro trabalhos versando sobre adoção à brasileira, alienação parental e dois trabalhos relacionados a questão dos alimentos, sendo um relacionado à coerção do pessoal do devedor e outro adstrito à paternidade socioafetiva. Os trabalhos em questão são os seguintes: (i) “A constitucionalização do Direito Civil e a influência do princípio da dignidade da pessoa humana nos casos de adoção à brasileira”, de Ticyanne Pereira da Silva e André Studart Leitão; (ii) “Alienação parental estatal”, de autoria de Daniele Bellettato Nesrala e Tereza Cristina Sorice Barachio Thibau; (iii) “Consideração sobre a possibilidade de coerção pessoal do devedor de alimentos indenizatórios no cenário pátrio”, de autoria de Guilherme Augusto Melo Batalha de Gois; e, por fim, (iv) “A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar”, de autoria de Débora Moreira Maia e Lucas Campos de Andrade Silva.

Na oportunidade, os Coordenadores deste GT prestam sua homenagem e agradecimento aos organizadores do encontro, e registram, em especial, a todos os autores que participam da obra os cumprimentos pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas, que constroem esta coletânea de excelência, cuja leitura recomendamos fortemente!

Prof. Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza

Coordenador do PPGD/UFMT

Prof^a Dr^a Keila Pacheco Ferreira

Coordenadora do PPGDI/UFU

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O ALARGAMENTO DA AUTONOMIA PRIVADA E AUTODETERMINAÇÃO
FRENTE AO NOVO ESTATUTO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

**THE ENLARGEMENT OF PRIVATE AUTONOMY AND SELF-DETERMINATION
IN THE FRAMEWORK OF THE NEW STATUTE OF DISABLED PEOPLE**

**Nayara rangel vasconcellos
Renata Bolzan Jauris**

Resumo

Resumo: Com a evolução da autonomia da vontade para a autonomia privada o Estado passou a intervir nas relações privadas para garantir direitos, já a autodeterminação conceitua a forma de agir livremente do indivíduo. A legislação Civil estabelecia a teoria das incapacidades, o que foi drasticamente alterada pelo estatuto da pessoa com deficiência, o qual aboliu qualquer forma de restrição de capacidade dos portadores de deficiência e garantiu a autodeterminação de forma expressa o que é consentâneo com a dignidade humana e a construção de uma sociedade justa e solidária.

Palavras-chave: Autodeterminação, Autonomia, Estatuto da pessoa com deficiência, Incapacidade

Abstract/Resumen/Résumé

With the right to volunteer independence, self-determination conceptualizes a way of acting freely of the individual. The basis of the disability law, which has been corrected by the statute of the disabled person, the quality of the capacity of expression of disabled people and the guarantee of self-determination expressly the consent with a human dignity and the construction of a fair and solidary society .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Self-determination, Autonomy, Status of disabled person, Disability

1 INTRODUÇÃO

Após a Revolução Francesa, com a consagração do individualismo e liberdade, a autonomia da vontade foi acolhida como um princípio político, na qual não existiam limitações à vontade das partes, e não havia qualquer interferência estatal. Ocorre que, posteriormente, ante a necessidade de o Estado intervir nas relações privadas para reduzir as desigualdades sociais e garantir direitos, a aplicação de forma estrita da autonomia da vontade perdeu força e, surgiu uma nova visão, a autonomia privada.

Na autonomia privada se faz necessário respeitar os limites impostos, quais sejam, os princípios e as normas de ordem pública, sob pena de interferência estatal. A autonomia privada não se resume apenas a questões patrimoniais, pois as expressões de liberdade não patrimoniais também são passíveis de tutela. Já a autodeterminação é a possibilidade de decidir livremente sobre determinados comportamentos referentes as ideologias individuais, à religião e à opção sexual.

O Código Civil de 2002 fazia a distinção entre incapacidade absoluta e relativa de forma abstrata e estabelecia como consequência a anulabilidade ou nulidade do ato. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, que teve como base a convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, revogou de forma expressa o artigo 3º incisos I, II e III do CC/02, promoveu uma mudança significativa na legislação civil e retirou do ordenamento a aplicação do instituto da incapacidade civil no tocante às pessoas com deficiência. Foi, ainda, criada uma nova figura, a curatela da pessoa capaz, e incluída a possibilidade de se adotar a tomada de decisão apoiada, para permitir o exercício da capacidade de forma integral. O estatuto em busca da autodeterminação das pessoas com deficiência, estabeleceu que a curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação à saúde, ao trabalho e ao voto, garantindo a dignidade como valor espiritual e moral inerente a pessoa.

A partir do método dedutivo, a pesquisa, visa analisar a teoria das incapacidades na legislação civil, os conceitos e aplicação para posteriormente adentrar na alteração realizada pelo estatuto da pessoa com deficiência e na consonância dessas alterações com a proteção que deve ser dispensada às pessoas com deficiência, sopesado o respeito a autonomia e autodeterminação.

2 AUTONOMIA DA VONTADE, AUTONOMIA PRIVADA E AUTODETERMINAÇÃO

Inicialmente, para o bom entendimento da problemática que será tratada neste trabalho, deve-se esclarecer e rememorar os conceitos e a origem dos institutos: autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Serão feitos os apontamentos em relação às suas diferenças e aproximações, bem como os motivos externos que impeliram a superação do instituto da autonomia da vontade pela noção de autonomia privada, esta última mais condizente com os valores hodiernos da sociedade.

O estágio atual impõe o resguardo de interesses sociais da sociedade. O respeito aos valores eleitos para o bem comum passou a ser norma de conduta, cuja adoção pelos contraentes na realização de seus negócios jurídicos é revestida de juridicidade, isto é, tem natureza de dever jurídico extraído dos princípios, dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais. O desrespeito a essas normas jurídicas de conduta, por certo, pode ensejar a revisão contratual para adaptar os efeitos do negócio jurídico aos interesses sociais.

Neste sentido, também o postulado da socialidade, vetor do Código Civil de 2002, reforçou a necessidade da realização de uma releitura do estatuto civilista, passando de uma ótica estritamente privatista na qual se situava a autonomia da vontade para uma visão que busca tangenciar os interesses privados e os interesses sociais, da qual emerge o conceito de autonomia privada.

A autonomia da vontade tem como marco a Revolução Francesa, momento em que foram consagrados o individualismo e a liberdade, e é entendida como a possibilidade de estipular livremente, por acordo de vontades, os próprios interesses a serem tutelados pela ordem jurídica.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 20) “o princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar seus interesses mediante acordo de vontades. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do estado”.

Dessa forma, vislumbra-se que inicialmente se entendia a autonomia da vontade como a ausência de qualquer interferência externa, sem a presença de limitações à vontade das partes, pois o que se buscava era o afastamento de qualquer interferência estatal.

A importância desse conceito surgiu das concepções liberais que se desenvolveram especialmente nos séculos XIX e XX, tendo em vista a valorização da liberdade constante nos textos constitucionais de países democráticos. Sob essa visão e a partir da premissa de autonomia plena da pessoa, o conceito da autonomia da vontade ganhou força como propulsor. (HIRONAKA, 2008, p. 42)

O artigo 1.134 do Código Civil francês em relação ao tema estabelece que “Acordos legalmente formados servem como lei para aqueles que os fizeram. Eles podem ser revogados apenas por consentimento mútuo ou por causas autorizadas por lei. Eles devem ser executados de boa fé”¹. Assim nota-se que a legislação francesa, abarcou o princípio da autonomia da vontade e estabeleceu que as convenções legalmente constituídas possuíam o mesmo valor que a lei quanto às partes que a fizeram.

A autonomia da vontade atingiu na França um patamar de verdadeiro princípio jurídico, porquanto, o voluntarismo era visto e utilizado como um instrumento de luta contra as estruturas feudais e corporativas (JUNQUEIRA, 2002, p. 76).

Os alicerces da autonomia da vontade foram afirmados pelo momento histórico em que emergiu na França no qual ocorria o declínio do Estado absolutista e surgia um novo sistema jurídico do liberalismo. Ressalta-se que tal princípio na Alemanha conservou uma visão filosófica, e nunca teve o mesmo alcance e ressonância do que na França (JUNQUEIRA, 2002, p. 75).

Ocorre que, após a Primeira Guerra Mundial e ante a necessidade de o Estado intervir nas relações privadas, para reduzir as desigualdades sociais e garantir direitos, propiciando o bem-estar e protegendo as legítimas expectativas, a aplicação de forma estrita da autonomia da vontade perdeu força e surgiu um novo conceito, a autonomia privada.

A autonomia privada, tal como na autonomia da vontade, é a liberdade que a pessoa tem para regular seus próprios interesses. Aduz Cláudia Lima Marques (2004, p. 48) esclarece que: “A ideia de autonomia da vontade está estreitamente ligada a ideia de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo, sem influências externas imperativas”.

Porém, nesta nova acepção a liberdade encontra limitações nos princípios constitucionais e sociais e nas normas de ordem pública. Não há uma liberdade ilimitada.

A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela, porém não se confunde, existindo entre ambas sensíveis diferenças. A expressão ‘autonomia da vontade’ tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de modo objetivo, concreto e real. (AMARAL, 2013, p. 347-348)

¹ Tradução livre. No original: Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou par les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.”

A legislação e os princípios estabelecem limites. A norma constitucional protege os trabalhadores (artigo 5º, XXXIII) e os consumidores (artigo 7º), partes mais vulneráveis na relação negocial. No Código Civil de 2002, cita-se, a necessidade de buscar a função social do contrato (artigo 421), o respeito aos preceitos de ordem pública e função social dos contratos e da propriedade (artigo 2035, parágrafo único). O enunciado nº 23 da CJF/STJ, da mesma forma, informa que o princípio da autonomia é atenuado quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, afirma Pietro Perlingiere (2007, p. 17) que “a autonomia privada pode ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência”.

Assim, a vontade da pessoa deixa de ser a única fonte dos contratos e necessita que ao seu lado concorram os princípios e normas impostas pelas legislações, conforme se observa, a vontade perdeu a importância que exercia no passado.

O princípio da autonomia da vontade significa exatamente que os sujeitos, ao entabularem as suas relações jurídicas o fazem através das ações humanas voluntárias, quer seja no negócio não patrimonial, quer no contrato, quer nos atos jurídicos em sentido estrito. Fachin (2012, p. 80)

O principal campo de atuação da autonomia privada é o patrimonial, no qual estão os contratos. Atualmente os contratos são compostos por uma soma de fatores e não, apenas, pela vontade das partes. O dirigismo contratual, como cita a doutrina, é a interferência do Estado nas relações privadas, por vezes estabelecendo limites, por outras evitando a realização de determinados atos.

Em que pese a autonomia privada historicamente estar relacionada a liberdade de negociar, de escolher o contrato, a forma e o contratante, ela assume um papel muito maior quando analisada no contexto social e na hierarquia constitucional de valores. Deve ser verificado em concreto se aquele ato se coaduna com base nos princípios gerais do ordenamento, bem como se tutela os interesses (PIERLINGIERE, 2007, p. 18).

Esclarece Giselda Maria Fernandes Hironaka (2008, p. 48): “ Dentro das ideias de personalização do direito privado e de valorização da pessoa como centro do direito privado, o conceito de autonomia privada, é também o mais adequado, pois a autonomia não é da vontade, mas da pessoa. ”

Ainda, a autonomia privada não se resume apenas a questões patrimoniais, pois as expressões de liberdade não patrimonial também são passíveis de tutela. A interpretação do princípio não pode ser reconduzida unicamente a atividade privada contratual, pois a doutrina

da autonomia privada não corresponde à teoria geral do contrato (PIERLINGIERE, 2007, p. 277)

Assim, afirma Pietro Pierlingiere (2007, p. 18):

A negociação que tem por objeto situações subjetivas não patrimoniais- de natureza pessoal e existencial- deve ser colocada em relação à cláusula geral de tutela humana. Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados, porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e funções que merecem tutela e que são socialmente úteis.

Em que pese a maior interferência do Estado nas negociações, o princípio da autonomia da vontade ainda permanece em aplicação, em especial, quando se verifica a declaração da vontade para a existência dos negócios jurídicos. Caso não exista exigência legal de determinado procedimento legal, vale a declaração ou a manifestação tácita que se infere da conduta dos agentes. (GONÇALVES, 2009, p. 49).

Já o princípio da autodeterminação é consagrado constitucionalmente no art.4º, inciso III, da CRFB/88 que reconhece como um dos primados da República Federativa Brasileira em suas relações exteriores.

Hodiernamente tal princípio, aplicado nas relações exteriores, foi abarcado pelo direito pátrio como sendo a possibilidade da pessoa de escolher, fazer opções e agir de acordo com a própria vontade.

Pela análise estática do conceito do princípio da autodeterminação se constata, primeiramente, que muito se assemelha à autonomia da vontade, porém hodiernamente vem sendo aplicado em questões relacionadas a liberdade individual, ou seja, quanto a escolha das ideologias individuais, à religião, à opção sexual, e o direito de renunciar à própria vida. Assim, se a lei não proíbe ou impõe determinado comportamento, têm as pessoas a autodeterminação de adotá-lo ou não (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 127).

Desta forma, pode-se dizer que o conceito encontra lastro constitucional no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, pois é uma das formas de se realizar a dignidade da pessoa humana, sob a óptica do personalismo e do reconhecimento do valor absoluto da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é um valor absoluto, e se refere a um atributo intrínseco a pessoa, antecede ao próprio direito, pois é um atributo de qualquer pessoa. Não há pessoa a qual não seja atribuída a dignidade. (ROSENVOLD, 2005, p. 8)

Sobre este tema, são esclarecedores os ensinamentos de Joaquim José Coelho de Souza Ribeiro *apud* Rodrigues Junior (2004, p. 127):

A autodeterminação, a seu modo, seria um poder juridicamente reconhecido e socialmente útil, de caráter ontológico, baseado numa abertura do homem para o mundo e suas experiências e solicitações sensíveis ou não. O plano da autodeterminação estaria no poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências.

Destarte, pode-se inferir que o conceito da autodeterminação é mais abrangente que os conceitos da autonomia privada e autonomia da vontade e tem como finalidade a proteção da pessoa e de seus valores.

Após essa análise de conceitos, passa-se o estudo das incapacidades no tocante as pessoas com deficiência, bem como a forma como o estatuto extirpou qualquer forma de redução ou mitigação da autodeterminação e da autonomia privada no tocante as pessoas portadoras de qualquer tipo de deficiência.

3 TEORIA DAS INCAPACIDADES

No direito brasileiro a capacidade se divide entre capacidade de fato ou exercício e capacidade de direito. O artigo 1º, CC/02 estabelece que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, desta forma, as pessoas adquirem, ao nascerem, a capacidade de direito². Já a capacidade de fato depende de requisitos para ser exercida.

A incapacidade é a restrição legal para o exercício dos atos da vida civil imposta pela legislação, e só ocorre de forma excepcional, pois a capacidade de direito e de exercício é a regra (GONÇALVES, 200, p.84).

O Código Civil originariamente em seus artigos 3º e 4º³ dividiu as incapacidades entre absolutas e relativas. A incapacidade absoluta seria a proibição total do exercício do direito e

² No direito brasileiro não existe incapacidade de direito, porque todos se tornam, ao nascer, capazes de adquirir direitos. Há portanto, somente incapacidade de fato ou de exercício. (PEREIRA, 2007, p. 84)

³ 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;

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.

geraria como consequência a nulidade do ato, conforme determina o artigo 166, I, CC/02⁴. Já a incapacidade relativa permite a prática de alguns atos da vida civil, desde que, assistido pelo seu representante legal, sob pena, conforme artigo 171, I, CC/02⁵, de anulabilidade do ato. (GONÇALVES, 200, p.85-93).

O artigo 3º do Código Civil de 2002 estabelecia, como absolutamente incapazes, os menores de dezesseis anos, os que por enfermidade ou deficiência mental não tivessem o necessário discernimento para a prática do ato e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. Já o artigo 4º determinava que eram relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, viciados em tóxicos e os que por deficiência mental tenham o discernimento reduzido; os excepcionais sem desenvolvimento mental completo e os pródigos.

No tocante àqueles que são privados do necessário discernimento em razão de enfermidade ou deficiência mental o código utilizava uma fórmula geral que abrangia todos os casos de insanidade mental, seja por ordem congênita ou adquirida.

Muito se discutia na doutrina sobre os efeitos da decisão de interdição, ou seja, se os atos praticados antes ou depois da decretação seriam válidos ou não. (GONÇALVES, 2007, p.90).

Não obstante, a doutrina já levantava a necessidade que fosse verificada casuisticamente a incapacidade, conforme esclarecia Caio Mario da Silva Pereira (2002, p. 172-172): “enquanto não apurada a demência pela via legal, a loucura é uma circunstância de fato a ser apreciada em cada caso, e verificada a participação do alienado em um negócio jurídico, poderá ser invalidado.”

No mesmo sentido, PIETRO PIERLINGIERE já afirmava (2007, p. 166):

A insuficiência mental, para justificar um estatuto particular de incapacidade ou limitada capacidade, e, portanto, para derrogar o princípio da igualdade formal, deve representar objetivamente um estado patológico. Esse estado patológico pode ser individuado mediante uma complexa avaliação das condições pessoais do sujeito e daquelas sociais, culturais e ambientais, mas sempre, em relação ao exclusivo interesse das manifestações do desenvolvimento pessoal, e não já alegando razões de interesse superior que se prestariam a legitimar qualquer instrumentalização.

⁴ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz

⁵ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

Da mesma maneira, no tocante aos excepcionais sem desenvolvimento mental completo, a legislação civil utilizava expressão de forma genérica, e cabia ao magistrado conforme a dicção dos artigos 1.772 e 1.773 CC/02⁶, quando da concessão da curatela, estabelecer os limites e as restrições do interditado.

Tal sistema adotado pela legislação civil estabelecia de forma genérica limites e restrições, reduzia a capacidade e a autodeterminação, sem, contudo, analisar a pessoa em toda sua extensão.

Neste processo que a capacidade começa a apanhar esta pessoa que, elevada à noção de sujeito se apresenta e, a esta pessoa que, elevada à noção de sujeito se apresenta e, a partir dessa sua apresentação ao mundo do direito, se liga como consequência jurídica por meio de fato e atos jurídicos. Apesar de os sistemas de Direito se proporem como intrínsecos à realidade, e sobre esta terem a pretensão de dar luminosidade a alguns fatos e atos de relevância jurídica, acabam por não se debruçar sobre os demais atos e fatos sociais, e quando o fazem, procuram enquadrar esta situação juridicamente não definida nos modelos estáticos de definições preexistentes. (FACHIN, 2012, p.42)

Contanto, tal sistema perdurou no ordenamento jurídico até a promulgação do Estatuto da pessoa com deficiência (Lei nº 13.146/15) que revogou os incisos I, II e III do art. 3º da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 e promoveu uma revolução no tocante a teoria das incapacidades.

4 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

As pessoas com deficiência buscam constantemente o reconhecimento de seus direitos como cidadãos, e durante muito tempo a deficiência era tratada como um problema individual, sem que tivessem políticas públicas efetivas para consagrar seus direitos.

Nas últimas décadas, no Brasil, a abordagem da deficiência, seu conceito e limitações começaram a sofrer alterações, pois a visão antes individualista da incapacidade passou a ter uma perspectiva mais abrangente, na qual foi concedida uma dimensão sociopolítica à questão (CANZIAN, 2006, p. 251).

⁶ Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador.

Parágrafo único. Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa.

Art. 1.773. A sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seus termos e em seu espírito a busca por uma sociedade mais coesa, com respeito as diversidades, a dignidade da pessoa humana foi abarcada como um dos fundamentos do Estado e dentre os objetivos estabeleceu a necessidade da construção de uma sociedade livre, justa e solidária. (RAMOS, 2010, p. 331)

Dessa forma, a nova maneira de pensar permitiu que as pessoas com deficiência e suas famílias pudessem reivindicar seus direitos, exigindo que, em igualdade de condições, pudessem participar da vida em sociedade. Tal fato compeliu a sociedade e ao Estado modificarem a visão, atitudes e comportamentos perante as pessoas portadoras de deficiência (CANZIAN, 2006, p. 251).

Nessa toada, alguns instrumentos normativos internacionais contribuíram para a abordagem da deficiência no Brasil, os quais mereceram destaque: a Declaração dos direitos do impedido de 1975; a Carta dos anos 80; O programa de ação das Nações Unidas de 1982; Normas internacionais do trabalho sobre a readaptação profissional; Normas uniformes sobre a igualdade de oportunidades para as pessoas portadoras de deficiência aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1993, dentre outros.

Na legislação nacional vale destacar a edição da Lei nº 7.853/89 que determina a matrícula em cursos regulares de estabelecimento público; a Lei nº 8.112/90 que proíbe a discriminação quanto ao salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; a Lei nº 8.213/91 que estipula que a empresa um percentual mínimo para a contratação de pessoas com deficiência.

A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência de 2006 no artigo 29⁷ reafirmou o dever dos Estados de garantirem a igualdade de oportunidades pessoas com deficiências, assegurando a participação efetiva na vida política e pública.

⁷ 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

A Declaração sobre os direitos das pessoas com deficiência, também de 2006, reconheceu como propósito da convenção assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais das pessoas com deficiência e o respeito pela dignidade inerente.

A convenção, em seus dispositivos, teve por objetivo reconhecer a autonomia e a autodeterminação das pessoas com deficiência. Trouxe no artigo 3º, alínea a, como princípio geral a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas.

O Brasil por meio do Decreto nº 6.949/09 ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, a qual passou a vigor no plano interno em agosto de 2009.

Com base nessa convenção⁸ foi instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Vê-se claramente na lei aprovada a intenção em conceder às pessoas com deficiência a plena autonomia e autodeterminação.

A convenção, de forma expressa, reafirmou a capacidade plena em diversos dispositivos. O artigo 31, parágrafo 1º determinou a necessidade de criação de programas e ações para a criação e manutenção de moradia para a vida independente; o artigo 36 determinou a implantação de serviços e programas para permitir o ingresso, permanência e retorno ao trabalho respeitadas a livre escolha, vocação e interesse; o artigo 53 garantiu a acessibilidade para viver de forma independente; o artigo 74 determinou o acesso à tecnologia assistiva para permitir a autonomia, dentre outros.

Nesse contexto, surge a aplicação do princípio da normalização.

Segundo esclarece Maria de Lourdes Canziani (2006, p. 257): “Normalizar não significa fazer “normal” as pessoas que têm algum tipo de deficiência, impondo-lhes a “norma” ou forçando-os a praticar “coisas normais”. A normalização, pelo contrário, trata de contribuir para que as pessoas que têm sido “desvalorizadas” obtenham um papel valorizado dentro da família e da comunidade.

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.

⁸ 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.

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.

Assim, a normalização e a integração social devem se apoiar em três princípios fundamentais, quais sejam, a autodeterminação, a participação e o acesso ao exercício do poder.

O princípio da autodeterminação, em nível individual, é definido como o direito que toda pessoa tem de decidir por si mesma, já o princípio da participação concede as pessoas com deficiência o desenvolvimento de seus próprios sistemas de apoio e serviços, e o acesso e exercício do poder significa a construção de uma imagem positiva da pessoa com deficiência capaz de emitir suas próprias opiniões (CANZIAN, 2006, p. 259).

Com base nessas premissas, a Lei nº 13.146/15 em seu artigo 84 assegurou a capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, e por consequência expurgou do ordenamento jurídico o regime das incapacidades, no que se refere as pessoas com deficiência.

Tal medida veio ao encontro dessa nova visão de inclusão e proteção a dignidade humana e de uma sociedade justa e solidária.

A dignidade da pessoa é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar. (ROSENVALD 2005, p.9)

Nota-se que foram expressamente revogados pelo estatuto os institutos previstos no artigo 3º incisos I, II e III, do CC/02, bem como os artigos 1.776 e 1.7800 e os incisos II e IV do artigo 1.767 da lei civil.

Com a revogação da teoria das incapacidades, no tocante às pessoas portadoras de deficiência, não há que se falar em incapacidade absoluta ou relativa, pois a pessoa com qualquer tipo de deficiência é considerada capaz para todos os atos da vida civil.

Nada obstante, o estatuto estabeleceu, de forma extraordinária, uma hipótese de curatela, criando a possibilidade de submeter a curatela a pessoa considerada capaz pela legislação civil. Segundo o estatuto, deve constar na sentença as razões e motivações da sua definição e devem ser preservados os interesses do curatelado, sendo que a supressão da autonomia somente deverá ocorrer de forma extraordinária⁹.

⁹Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 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.

Ainda, instituiu a possibilidade da adoção de processo de decisão apoiada, reconhecida no artigo 1.783-A, CC/02¹⁰. No processo de decisão apoiada a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas para lhe dar apoio na tomada de decisão dos atos da vida civil fornecendo elementos e informações necessárias para que possa exercer sua capacidade. Seria um auxílio de terceiros para o exercício da capacidade civil.

O Estatuto, em busca da proteção integral da pessoa e de sua dignidade, estabeleceu que a curatela não alcançará o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação à saúde, ao trabalho e ao voto (artigo 84, parágrafo 2º).

Desta forma, mesmo nos casos de concessão da curatela, é garantida a pessoa com deficiência a sua autodeterminação. A novel legislação claramente tem raízes profundas no princípio da dignidade da pessoa humana, e pretendeu, como anota Pablo Stolze Gagliano (2015):

...fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser ‘rotulada’ como incapaz, para ser considerada – em uma perspectiva constitucional isonômica – dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil.

Tal previsão vem ao encontro do que leciona Nelson Rosenvald (2005, p.9):

Avulta do conceito que não há pessoa sem dignidade. A dignidade não é concedida à pessoa, é um atributo natural que se relaciona à sua essência. A liberdade e a autodeterminação são ínsitas à natureza humana e se colocam em um plano superior às ingerências do estado.

No mesmo sentido Pietro Pierlingiere (2007, p. 164) afirma:

Todo homem é, como tal, titular de situações existenciais representadas pelo *status personae*, das quais algumas, como o direito à vida, a saúde, ao nome, a própria manifestação do pensamento, prescindem das capacidades intelectuais, ou, pelo menos de algumas formas de inteligência comumente entendida.

Destarte, a lei trouxe previsão expressa que a interferência estatal, quando da concessão da curatela, se resume a questões patrimoniais e negociais, e, sempre que possível, de forma temporária e extraordinária.

¹⁰ 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.

Verifica-se, conforme afirma Maurício Requião (2015) que a determinação judicial de curatela não é vedada pelo novo regramento, no entanto, considerada medida excepcional somente em situações comprovadamente imprescindíveis. O que se afasta é a incapacidade decorrente de deficiência e não a possibilidade de concessão da curatela, embora agora somente seja aplicável como medida extraordinária.

Nessa toada, afirma Maurício Requião (2015):

Isto porque a regra passa a ser a garantia do exercício da capacidade legal por parte do portador de transtorno mental, em igualdade de condições com os demais sujeitos (artigo 84, Estatuto da Pessoa com Deficiência). A curatela passa a ter o caráter de medida excepcional, extraordinária, a ser adotada somente quando e na medida em que for necessária.

Portanto, nota-se que a alteração legislativa em nada prejudica a proteção integral que deve ser dispensada ao portador de deficiência. O que se tem é que a abertura dada a autonomia privada e autodeterminação, ao revés, o fim do regime das incapacidades anteriormente consagrado é consentâneo à dignidade da pessoa humana e somente vem a benefício daquele que necessite de tal proteção ao conferir maior liberdade e possibilidade de integração social do portador de deficiência.

5 CONCLUSÃO

Após a análise da evolução da autonomia da vontade para autonomia privada e o estudo da autodeterminação se constata que sempre se buscou a proteção da vontade e do seu livre exercício pela pessoa. A autonomia, entendida de forma ampla, tem como fundamento evitar que a pessoa humana seja mero instrumento a serviço da sociedade, e se torne responsável para a construção de sua identidade.

Nessa medida o Estatuto da Pessoa com Deficiência buscou retirar do ordenamento todas as hipóteses que excluíssem a possibilidade de agir da pessoa, a sua autodeterminação e autonomia, e entendeu que existem direitos inerentes a pessoa e que não podem, mesmo em casos de curatela, serem limitados.

Nesse sentido, tem-se que a sensível mudança nos paradigmas no trato da pessoa com deficiência que sobreveio com a Lei nº 13.146/2015, ao gerar efeitos no sistema das incapacidades consagrado no Código Civil, o fez de maneira a possibilitar maior integração da pessoa portadora de deficiência na sociedade, ao integra-lo nos atos da vida civil e tendo papel determinante nas escolhas diárias que envolvem a vida em sociedade.

Obtemperem-se que a proteção àqueles que outrora eram considerados pela lei como incapazes permanece hígida, uma vez que a lei consagrou mecanismos que resguardam os direitos do deficiente, tais como a possibilidade de tomada de decisão apoiada, bem como, resguardada a excepcionalidade, a concessão de curatela. Portanto, a interdição somente terá espaço quando demonstrada a imperiosa necessidade de prática de atos de gestão patrimonial pelo curador em razão da impossibilidade do exercício de seus direitos pelo interditando, e quando for impossível recorrer-se ao mecanismo da tomada de decisão apoiada. Fora dessas hipóteses sequer há interesse de agir para pedido dessa natureza.

Destarte, tem-se que com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, houve grande avanço no tratamento conferido aos deficientes e com enfermidades ao extirpar do ordenamento jurídico a previsão de incapacidade civil absoluta nessas hipóteses. Ressalte-se, não se trata do fim da curatela. A curatela tão somente sofreu séria restrição, sendo considerada a partir de então medida protetiva extraordinária e apta a afetar apenas atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, preservados os interesses do curatelado e o controle sobre os aspectos existenciais da sua vida. Somente a condição de incapaz foi afetada eis que foi extirpada do ordenamento, conferindo a em absoluta consonância com a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: existência, validade eficácia**- 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CANZIANI, Maria de Lourde. **Direitos humanos e os novos paradigmas das pessoas com deficiência**. IN: ARAUJO, Luiz Alberto David. Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>> Acesso em 3 de fevereiro de 2016.

GONÇALVES Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume I: parte geral.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro.** IN: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito contratual: temas atuais.* São Paulo. Método, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 4ª ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. 2ª tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil. 19.ed. Rio de Janeiro:** Forense, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil 3. ed.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Mário Henrique de Oliveira. **Direitos sociais, prestacionais, direito à saúde, reserva do possível, políticas públicas** IN: ATIQUE, Dirceu Prereira Siqueira Henry. *Ensaio sobre os direitos fundamentais e inclusão social.* São Paulo: Boreal, 2010.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades.** *Revista Consultor Jurídico.* 20 de julho de 2015. Disponível na internet em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>> Acesso em 03 de fevereiro de 2016.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade.** *Revista de Informação Legislativa.* Brasília, ano 41, n. 163 jul./set. 2004, p.113-130. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/ri/Pdf/pdf_163/R163-08.pdf>. Acesso em 17 de setembro 2017.

ROSENVOLD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.