

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I**

**MARIANA RIBEIRO SANTIAGO**

**SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 – Rio Grande do Sul

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

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

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

---

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Mariana Ribeiro Santiago; Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-698-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

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

CDU: 34



# XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

## DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

---

### **Apresentação**

É com grande satisfação que introduzimos o grande público na presente obra coletiva, composta por artigos criteriosamente selecionados, para apresentação e debates no Grupo de Trabalho intitulado “Direito civil contemporâneo I”, durante o XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 14 e 16 de novembro de 2018, em Porto Alegre, sobre o tema “Tecnologia, comunicação e inovação no direito”.

Os aludidos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, em reflexões sobre o tema das relações civis, nos paradigmas da Constituição Federal.

De fato, não se pode olvidar que as questões da contemporaneidade implicam num olhar atento para o direito civil, mas, ainda, extrapolam tal viés, com claro impacto em questões sociais, econômicas, culturais, demandando uma análise integrada e interdisciplinar.

Os temas tratados nesta obra mergulham na seara da resilição bilateral na promessa de compra e venda de condomínios de luxo, nos aspectos contratuais do acordo de colaboração premiada, na atual visão do Supremo Tribunal Federal sobre a impenhorabilidade do bem de família do fiador, na natureza jurídica das ações de improbidade administrativa, nas ações de wrongful actions em decorrência das condutas médicas, na aplicação da teoria da perda de uma chance em casos de erro de diagnóstico, nas contribuições dos sistemas romano-germânico para a visão contemporânea da responsabilidade civil, nas questões de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, nos negócios jurídicos de reprodução assistida, nas possibilidades de distrato no campo do direito do trabalho, nas contribuições do common law inglês para o direito das sucessões brasileiro, no atual regime de (in)capacidades, nos contratos de bioprospecção farmacêutica, na responsabilidade civil dos pais em casos de obesidade dos filhos menores, na possibilidade de unificação das responsabilidades contratual e extracontratual etc.

Nesse prisma, a presente obra coletiva, de inegável valor científico, demonstra uma visão lúcida e avançada sobre questões do direito civil, suas problemáticas e sutilezas, no quadro da contemporaneidade, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica.

Boa leitura!

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIMAR / FMU

Profa. Dra. Mariana Ribeiro Santiago – UNIMAR

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](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

**O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O REGIME DE (IN) CAPACIDADES: O DESAFIO ENTRE PARTICULARISMO E SEGURANÇA JURÍDICA**

**THE STATUTE OF THE PERSON WITH DISABILITIES AND THE (IN)CAPACITY SYSTEM: THE CHALLENGE BETWEEN PARTICULARISM AND LEGAL CERTAINTY**

**Lygia Maria Copi <sup>1</sup>**

**Resumo**

O Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu importante alteração no ordenamento jurídico ao reconhecer a plena capacidade civil das pessoas com deficiência e alterar o regime da curatela, exigindo análise particularizada da extensão das limitações sofridas e afastando-se de soluções genéricas. Abre margem, no entanto, para o casuísmo e para o abuso da discricionariedade pelos magistrados na aplicação dos institutos. O desafio, objeto deste estudo, é encontrar uma solução que concilie a perspectiva particularista do EPD com as exigências de segurança jurídica e de coerência que recaem ao Direito. Para tanto, analisar-se-á a temática a partir da doutrina de Schauer.

**Palavras-chave:** Estatuto da pessoa com deficiência, Capacidade de exercício, Curatela, Particularismo, Segurança jurídica

**Abstract/Resumen/Résumé**

The Statute of the Person with Disabilities promoted an important change in the legal system by recognizing the civil capacity of persons with disabilities and changing the regime of curatorship, requiring a particular analysis of the extent of the limitations suffered and denying generic solutions. It allows, however, casuistry and abuse of discretion by magistrates in the application of institutes. The challenge is to find a solution that reconciles the particularist perspective of the EPD with the requirements of legal certainty and coherence that fall to the Law. To do so, we will analyze the thematic from the Schauer doctrine.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Statute of the person with disabilities, Capacity to act, curatorship, Particularism, Legal certainty

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná. Mestre pela mesma Instituição. Advogada e professora de Direito.

## 1. INTRODUÇÃO

O recente Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD (Lei n. 13.146 de 2015) é sistema normativo que tem por objetivo, conforme o disposto em seu artigo 1º, "assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania." (BRASIL, 2015)

De acordo com o previsto no artigo 2º da Lei n. 13.146 de 2015, é definida como pessoa com deficiência "aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas." (BRASIL, 2015)

O EPD é decorrência da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – aprovada pelo Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008 e promulgada pelo Decreto 6949, de 25 de agosto de 2009 – a qual alterou o modo de proteção dos deficientes, garantindo-lhes autonomia, reduzindo a interferência de terceiros em suas decisões, atentando para os graus de deficiência e valorizando as potencialidades individuais (ARAÚJO; RUZYK, 2017, p. 232).

Em consonância com os propósitos da Convenção, diversos aspectos da novel legislação merecem destaque e reconhecimento pelo seu propósito inclusivo. No que atine à deficiência mental, o Estatuto procedeu a uma importante alteração no ordenamento jurídico pátrio: definiu, em seus artigos 6º e 84, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, de modo que os deficientes se tornaram, a partir deste marco legal, plenamente capazes. Outro instituto que sofreu alteração foi a curatela, definida como medida excepcional e necessariamente compatível com as limitações do deficiente.

O novo regime exige que a análise da extensão das deficiências seja particularista e procedida pelo magistrado com o apoio de equipe multiprofissional e interdisciplinar, a qual levará em consideração os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, limitação no desempenho de atividades e restrição de participação social.

Mencionadas alterações promovidas pelo Estatuto revelam a preocupação de considerar o indivíduo de modo concreto, a partir de suas potencialidades e vulnerabilidades, afastando-se de conceitos abstratos – a exemplo de “loucos de todos os gêneros”, empregado no Código Civil de 1916. Por outro lado, abrem margem para o casuísmo e para o abuso da

discricionariiedade pelos magistrados na aplicação dos institutos previstos pela legislação, uma vez que o EPD, mediante o uso de standards<sup>1</sup>, privilegia o modelo de tomada de decisão tendente ao particularismo em detrimento do modelo pautado em regras.

Uma transformação de tal magnitude – que representa, em relação ao processo de tomada de decisão sobre o regime de incapacidades e da curatela, uma passagem do universalismo ao particularismo –, apesar de seu louvável propósito inclusivo, requer o enfrentamento de certas questões. Consoante expõem Ana Luiza M. Nevares e Anderson Schreiber, “como assegurar o justo equilíbrio entre a proteção das vulnerabilidades concretas e o grau de abstração que se faz necessário a garantir a realização efetiva da isonomia?” E, ainda, “como não deixar, em uma ordem jurídica cada vez mais pulverizada em suas fontes, que a proteção da pessoa, em seus múltiplos aspectos, converta-se em uma aplicação absolutamente casuística, capaz de criar uma espécie de ‘estatuto pessoal’ para cada indivíduo?” (NEVARES, SCHREIBER, 2016, p. 1546-1547)

O desafio que emerge, nesse sentido, é de encontrar uma solução que concilie a perspectiva particularista do Estatuto da Pessoa com Deficiência com as exigências de segurança jurídica e de previsibilidade que recaem ao Direito, de modo que as decisões judiciais sobre o tema tenham parâmetros mínimos de coerência. Sem a pretensão de solucionar questão de tamanha complexidade, far-se-á uma análise do tema a partir dos modelos de tomada de decisão delineados por Frederick Schauer.

## **2. O MODELO UNIVERSALISTA BASEADO EM REGRAS E SUAS VANTAGENS DE IGUALDADE, SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA**

Frederick Schauer, autor utilizado como referência para a presente discussão, ao analisar os modelos de tomada de decisão, ressalta o papel das regras como garantidoras de igualdade, previsibilidade e segurança. Destaca, especialmente na obra *Playing by the Rules*, as vantagens do modelo de tomada de decisões universalista baseado em regras.

Para o autor, o elemento central de uma regra – descritiva ou prescritiva – é a generalidade de seu conteúdo. A regra somente pode ser assim categorizada porque traz em si alguma generalização. Se assim não fosse, referir-se-ia a comandos particulares para situações

---

<sup>1</sup> “Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei”; “A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, *proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso*”.

específicas. O foco do estudo de Schauer está nas regras prescritivas, as quais se propõem a regular o comportamento social.

As regras prescritivas, nas quais se inserem especialmente as regras jurídicas, apresentam em si cunho descritivo<sup>2</sup>. A descrição tem por objeto um comportamento que deve ser regulado, e as razões para esta regulação são entendidos como justificações subjacentes às normas. Consoante explicado pelo jurista, a justificação é o mal que se pretende erradicar ou a meta que se pretende alcançar por meio da regra (SCHAUER, 2004, p. 84). Funciona, quando da construção da regra, como o mecanismo que indica as características relevantes para generalizar. Inerente à generalização é a supressão de propriedades que são específicas ao caso concreto<sup>3</sup>.

Apresenta o autor dois modelos para a compreensão das generalizações: o conversacional e o entrincheirado. O primeiro teria como marca a habilidade dos participantes para adaptar de forma quase instantânea confusões que se colocam em virtude da supressão de propriedades. Neste modelo, idealmente, imperfeições e simplificações da linguagem não representam mais que impedimentos temporários à compreensão.

O discurso, nesta perspectiva, seria mais tolerante com o caráter sobre e subincludente das generalizações. Isso porque, quando na conversação as circunstâncias exigem mais precisão do que a generalização oferece, os participantes podem suprir esta carência de modo simples.

---

<sup>2</sup> De acordo com F. Schauer, “una parte de toda regla, que algunos autores llaman protasis y otros denominam hechos operativos, especifica su alcance, las condiciones fácticas que dan lugar a la aplicación de la regla. Este componente de las reglas, al que me referiré como su predicado fáctico, puede ser interpretado como su hipótesis, puesto que las reglas prescritivas pueden ser formuladas de tal modo que comiencen con un “si x”, donde x es un enunciado descriptivo cuya verdad es condición necesaria y suficiente para la aplicabilidad de la regla. “Si una persona conduce a más de 55 millas por hora, entonces debe pagar una multa de cincuenta dólares”. “Si no regresas antes de las diez en punto, entonces tus padres no volverán a permitirte usar el auto”. Las reglas también contienen lo que llamaré consecuente, que prescribe lo que habrá de ocurrir cuando de verifiquen las condiciones especificadas em el predicado fáctico.”. (SCHAUER, 2004, p. 81) Tradução livre: “uma parte de toda regra, que alguns autores chamam de prótase e outros denominam de factos operativos, especifica seu escopo, as condições factuais que dão origem à aplicação da regra. Esse componente das regras, ao qual me referirei como seu predicado factual, pode ser interpretado como sua hipótese, uma vez que as regras prescritivas podem ser formuladas de tal maneira que começam com um ‘sim x’, onde x é uma declaração descritiva cuja verdade é uma condição necessária e suficiente para a aplicabilidade da regra. ‘Se uma pessoa dirige mais de 55 quilômetros por hora, ele deve pagar uma multa de US \$ 50’. ‘Se você não voltar antes das dez horas, seus pais não deixarão você usar o carro novamente.’ As regras também contêm o que chamarei de consequente, que prescreve o que acontecerá quando verificarem as condições especificadas no predicado factual.”.

<sup>3</sup> Segundo o autor, “las generalizaciones son también exclusiones selectivas. Al concentrarse em um número limitado de propiedades, una generalización simultáneamente suprime otras propiedades incluso aquellas que marcan diferencias reales entre los individuos que las propiedades seleccionadas tratan como semejantes.”. (SCHAUER, 2004, p. 80.) Tradução livre: “generalizações também são exclusões seletivas. Concentrando-se em um número limitado de propriedades, uma generalização simultaneamente suprime outras propriedades, mesmo aquelas que marcam diferenças reais entre os indivíduos que as propriedades selecionadas tratam como similares.”.



No modelo entrincheirado, por sua vez, a regra é aplicada mesmo naqueles casos em que a generalização não serve à sua justificação subjacente. Ou seja, busca-se o resultado indicado pela generalização, e não aquele em favor do efeito mais apropriado ao caso.

De acordo com Schauer, regras jurídicas são generalizações entrincheiradas, isto é, são instanciações generalizadas de considerações normativas mais profundas. Regras são, assim, simplificações. Por representarem uma generalização, as regras nem sempre geram resultados satisfatórios, seja por incluírem situações que não se adequam à justificação subjacente (casos de sobreinclusão), seja por não se aplicarem a situações que se adequam à justificação subjacente (casos de sub-inclusão)<sup>4</sup>. Regras, enquanto generalizações entrincheiradas, não são perfeitas.

No mesmo sentido, Noel Struchiner, no artigo *O “aparente” paradoxo das regras*, descreve as regras como elementos grosseiros de canalização de condutas e aponta que:

Regras são generalizações probabilísticas atualmente ou potencialmente sobre ou subinclusivas em relação às suas considerações subjacentes, também chamadas de justificativas ou propósitos. Elas incorporam mais ou menos do que deveriam de acordo com os seus propósitos ou justificativas. Nesse sentido, regras são grosseiras porque são inevitavelmente mal acabadas, gerando resultados subótimos em certas ocasiões. Em suma, regras visam a exercer uma pressão no mundo, guiando comportamentos, através da simplificação de um universo complexo de considerações normativas (STRUNCHINER, 2009, p. 63-64).

De acordo com Schauer, não obstante as regras apresentem resultados insatisfatórios em diversos casos, o modelo universalista de tomada de decisão é mais vantajoso em relação ao modelo particularista. Em um mundo ideal, o modelo particularista seria o mais apropriado, uma vez que permite àquele que decide ser totalmente sensível ao contexto e encontrar a resposta adequada para o caso em questão. No entanto, os responsáveis por decidir não estão livres de errar e de abusar do poder por motivações pessoais<sup>5</sup>. Nesse sentido, além de envolver maiores custos decisórios, decisões particularistas podem levar a desigualdades no tratamento de questões semelhantes.

---

<sup>4</sup> De acordo com Noel Struchiner e Pedro H. V. Chrismann, “regras são sobreinclusivas ao incorporarem mais casos do que deveriam quando medidas à luz de sua justificação subjacente, e subinclusivas ao deixarem de incorporar casos que seriam englobados por suas justificações subjacentes.” (STRUNCHINER, CHRISMANN, 2012, p. 133-150).

<sup>5</sup> Na obra *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, publicada no ano de 2006, Schauer trata acerca da importância da generalização. Afirma, nesse sentido, que conferir grande liberdade ao julgador pode se revelar perigoso. “When the “rule of law” is contrasted with the “rule of men,” the core idea is that individual power, creativity, initiative, and discretion have their dark side.” (SCHAUER, 2006, p. 246.) Tradução livre: “Quando o ‘estado de direito’ é contrastado com a “regra dos homens”, a ideia central é que o poder individual, a criatividade, a iniciativa e a discricção têm seu lado sombrio.”

De acordo com Schauer, os benefícios do modelo universalista – baseado no uso de regras – decorrem do fato de ninguém ser capaz de considerar todos os fatores relevantes de uma demanda. As regras teriam, então, um papel de simplificação e, ainda, estabeleceriam e restringiriam a jurisdição daqueles que decidem, limitando o poder. Além disso, o uso de regras afasta incertezas, controvérsias e custos morais. Segundo o autor, a obediência às regras é moralmente valoroso para a igualdade, paz e segurança, uma vez que são soluções previsíveis, eficientes e geralmente equânimes de resolução de conflitos sociais.

### **3. O MODELO DE TOMADA DE DECISÃO COM BASE EM *STANDARDS* E AS HIPÓTESES EM QUE DECISÕES PARTICULARISTAS SÃO PREFERÍVEIS**

Na posterior obra intitulada *Thinking like a lawyer*, Schauer debate novamente o papel desempenhado pelas regras, fazendo-o especialmente no Capítulo intitulado como *Making Law with Rules and Standards (Fazendo direito com regras e standards)*.

Questiona o autor, em tal texto, sobre as circunstâncias em que julgadores terão liberdade para exercer seu próprio julgamento e fazer suas próprias escolhas, e entende que essa faculdade se abre quando a norma tem conteúdo aberto. Cita, a título de exemplo acerca do sistema jurídico americano, a questão do melhor interesse da criança em casos de guarda de menores, afirmando que nessas situações, em decorrência do termo amplo utilizado, nenhuma decisão será legalmente incorreta e o juiz tem a possibilidade de decidir com base no caso concreto (SCHAUER, 2012, p. 188-190).

O autor retoma, neste capítulo, o argumento de que na maior parte das situações o modelo universalista baseado em regras é preferível, pois gera segurança e previsibilidade, e também considerando que a redução da discricionariedade em determinadas ocasiões é um serviço em prol da eficiência. Todavia, a segurança permitida pelo uso de regras tem como consequência a possibilidade de resultados que não eram os esperados para o caso concreto – resultados estes desajustados em relação à razão subjacente da regra<sup>6</sup>.

Sugere o jurista, com isso, que o uso de *standards* pode ser interessante em diversas circunstâncias, especialmente naquelas em que é necessária alguma maleabilidade para lidar com questões futuras. Isso ocorre, por exemplo, quando se está diante de questões que versam

---

<sup>6</sup> “Highly specific directives—rules—will maximize certainty, constraint, and predictability, but they will do so at the cost of retaining the ability to achieve exactly the correct result in some currently unanticipated case or situation.” (SCHAUER, 2012, p. 195.) Tradução livre: “Diretivas altamente específicas - regras - maximizarão a certeza, a restrição e a previsibilidade, mas farão isso com o custo de manter a capacidade de alcançar exatamente o resultado correto em algum caso ou situação não antecipada.”

sobre tecnologia, ou nas quais a análise de peculiaridades da situação é relevante para que se atinja a melhor solução. Nesses casos, segundo o autor, mostra-se pertinente que aquele que decide o faça com base no caso concreto.

O que Schauer demonstra, em aludido texto, é que uma análise mais particularista do contexto pode ser necessária em certas situações. Enquanto na obra *Playing by the Rules* o autor se mostra preocupado em defender o modelo de tomada de decisões baseado em regras, nesta outra obra analisada F. Schauer demonstra a importância de normas abertas e de discricionariedade para resolução de determinadas demandas.

Feita esta apresentação acerca dos elementos que serão utilizados da teoria de Frederick Schauer, passa-se a analisar a questão da segurança jurídica na aplicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, especialmente no que se refere à (in)capacidade do deficiente e ao instituto da curatela. Consoante será demonstrado nos tópicos seguintes, a novel legislação requer atuação particularista e discricionária do magistrado – o que desafia a previsibilidade e a coerência do sistema jurídico e incita o repensar dessas categorias.

#### **4. O REGIME DE (IN)CAPACIDADES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: Uma análise das justificações subjacentes**

Entende-se por justificação subjacente o motivo que move o legislador a generalizar determinada conduta – ou, em outras palavras, trata-se da finalidade que se busca atingir por intermédio da norma. Consoante se passa a demonstrar, a razão subjacente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência é de promover a inclusão dos deficientes e de garantir-lhes tratamento social e jurídico igualitário.

De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) referentes ao ano de 2013, 6,2% da população brasileira é formada por pessoas com deficiência intelectual, física, auditiva ou visual (IBGE, 2013), as quais sofrem exclusão em virtude das suas diferenças. Os deficientes intelectuais, além da segregação social, sofreram, até a promulgação do Estatuto, com a privação no exercício de seus direitos. Isso porque, de acordo com a redação original do Código Civil de 2002, em virtude da menoridade ou de condição mental, consideravam-se os indivíduos como absoluta ou relativamente incapazes. Como consequência da incapacidade relativa ou absoluta, seus atos jurídicos seriam realizados por meio de representantes, assistentes ou curadores.

O Código Civil, mantendo o intento da codificação anterior, definiu os indivíduos relativamente e absolutamente incapazes, impossibilitando ou limitando seus atos negociais, com o fito de proteger-lhes o patrimônio, “uma vez que submetê-lo à simples vontade do titular possibilitaria a ruína de seus próprios interesses.” (RODRIGUES, 2002, p. 14). Um dos principais objetivos do regime originário de incapacidades é o de resguardar a validade dos negócios jurídicos, garantindo a realização por pessoas habilitadas para tanto e, caso não o tenham sido, prevendo sanções<sup>7</sup>.

Reconstruindo historicamente o que levou ao entrenchamento das regras de capacidade, evidencia-se que elas consistiram na instanciamento de situações jurídicas que tinham por propósito o desenvolvimento de relações jurídicas de cunho patrimonial, sejam elas obrigacionais, contratuais, reais ou sucessórias. Para o exercício de cada uma dessas situações jurídicas, de acordo com o sistema tradicional, eram exigidos elementos comuns, como a maioridade e o pleno gozo das faculdades mentais. Tal sistemática mostrava-se adequada à justificação subjacente das regras, qual a seja, a de garantir aos demais sujeitos que se relacionavam com aqueles designados como *capazes* segurança quanto às manifestações de vontade emitidas por estes.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi definida como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, nos termos de seu artigo 1º, inciso III. Ao fazer esta opção, instituiu o texto constitucional que a prioridade do ordenamento jurídico passa a ser a pessoa e sua tutela<sup>8</sup>. Luiz Edson Fachin afirma que o texto constitucional determinou ao Direito Civil a ruptura quanto ao ideário patrimonialista herdado especialmente pelo *Code Napoléon*, a fim de conferir proteção privilegiada ao desenvolvimento humano e à dignidade da pessoa considerada de modo concreto (FACHIN, 2015, p. 59).

---

<sup>7</sup> Exemplar disso é a previsão do artigo 104 do Código Civil, que dispõe acerca dos requisitos de validade dos negócios jurídicos: “A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.” (BRASIL, 2001).

<sup>8</sup> Aludida opção, no entanto, não representa desprestígio às situações patrimoniais. Ocorre, com efeito, que as questões patrimoniais são “redesenhadas pelo texto constitucional, o que importa serem dignas de tutela na medida em que respeitem o comando constitucional de promoção da pessoa humana.” (MEIRELES, 2009, p. 8). Também nesse sentido, afirma Gustavo Tepedino que “As relações patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa humana e a valores sociais insculpidos na Constituição de 1988. Fala-se, por isso mesmo, de uma despatrimonialização do direito privado, de modo a bem demarcar a diferença entre o atual sistema em relação àquele de 1916, patrimonialista e individualista.” (TEPEDINO, 1997, p. 17.) Eroulths Cortiano Júnior, pertinente mencionar que: “O direito brasileiro encontra na Constituição Federal de 1988 uma nova tábua valorativa, consistente na jurídica supremacia dos valores existenciais da pessoa humana sobre os aspectos patrimoniais de sua existência. Da codificação civil marcadamente proprietarista passou-se a um direito civil-constitucional evidentemente personalista. [...] Não se quer dizer, com isso, que ao patrimônio tenha sido relegada proteção. Ocorre, em verdade, que a tutela patrimonial é legítima enquanto forma de se proteger a pessoa humana.” (CORTIANO JÚNIOR, 2002. p. 155-156).

Em uma perspectiva constitucionalizada de Direito Civil, o foco deixa de estar no sujeito-proprietário abstrato e volta-se ao sujeito real, concreto e vulnerável. Assim, exige-se tutela aos interesses das mulheres, dos idosos, das crianças e dos adolescentes, dos deficientes físicos, dos portadores de doenças psiquiátricas, dos pacientes em estado de terminalidade<sup>9</sup>. Impõe-se seja garantida voz à totalidade das pessoas, resguardando seu direito ao livre desenvolvimento como modo de contornar as próprias vulnerabilidades.

Com o propósito de tutelar a pessoa de modo concreto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o regime de incapacidades do Código Civil, afastando a premissa de que o deficiente necessariamente não apresenta discernimento para o exercício de seus direitos, tornando-se necessária a análise particular da situação para que se defina a medida da limitação da pessoa e eventualmente seja estabelecida a curatela.

Deste modo, prevê o artigo 6º da legislação que "a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa" (BRASIL, 2015). Ainda, define o artigo 84 que "a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas." (BRASIL, 2015). É neste ponto que a lei opera grande mudança no regime das incapacidades, uma vez que os deficientes mentais, a partir desse marco, são considerados *a priori* como plenamente capazes. Os artigos 3º e 4º, do Código Civil, passam a contar, então, com a seguinte redação:

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

I - (Revogado);

II - (Revogado);

III - (Revogado).

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

[...]

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

[...]

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial (BRASIL, 2002).

Com isso, os portadores de deficiências mentais não são mais automaticamente considerados como relativa ou absolutamente incapazes. Mas, caso seja verificado que a

---

<sup>9</sup> Consoante afirma Diego Carvalho Machado, "O sujeito a quem o direito busca proteger não é mais aquele ente abstrato, o 'homem' ou 'cidadão' que mais se confundia com o burguês. Doravante, o destinatário da tutela jurídica é a pessoa humana, o homem e a mulher; as crianças, os adolescentes e os idosos; o portador de transtorno psíquico e o deficiente físico etc." (MACHADO, 2013. p. 65).

condição do deficiente limita sua possibilidade de participação social, a partir de análise por equipe multidisciplinar, poderá ele ser excepcionalmente submetido à curatela.

A partir disso, é possível concluir que, enquanto o regime originário de incapacidades do Código Civil de 2002 tinha como razão subjacente a proteção da segurança jurídica das relações patrimoniais – privando aqueles que padeciam de condição mental adversa do exercício de seus direitos –, o Estatuto da Pessoa com Deficiência visa à inclusão e à autonomia dos deficientes, garantindo-lhes o exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

## **5. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, OS REGIMES ASSISTENCIAIS DE TOMADA DE DECISÃO APOIADA E CURATELA E SEUS DESAFIOS**

Consoante visto, o intuito do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, é de afastar o rótulo da incapacidade daqueles que padecem de doenças mentais, mesmo que para isso o exercício das suas faculdades exija a adoção dos institutos assistenciais da tomada de decisão apoiada ou da curatela.

A partir do EPD, o instituto da curatela recebeu novos contornos. Fundamentado na necessidade de proteção do patrimônio e das escolhas existenciais do deficiente mental, a aplicação da curatela – decretada por meio de processo de interdição – era a regra na lógica do regime de incapacidades do Código Civil de 2002. Com a definição de um curador, a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual era privada do exercício de seus direitos. Se antes a curatela era a regra, com o Estatuto ela se torna uma possibilidade.

Nesse sentido, a legislação operou alteração do regime da curatela disposto no Código Civil, levando à revogação dos incisos I, II e IV, do artigo 1.767. Definia o dispositivo que os deficientes mentais se submetiam à curatela. Com a mudança legislativa, o instituto deixa de ser regra e se torna aplicável apenas quando necessária. É o que define o parágrafo 1º do artigo 84 do Estatuto, o qual dispõe que "*quando necessário*, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei." (BRASIL, 2015).

O caráter excepcional e proporcional da curatela é afirmado no parágrafo 3º do mencionado dispositivo, cujo texto determina que: "A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível." (BRASIL, 2015). Relevante ponto da alteração legislativa foi definir, no artigo 85, que a curatela afeta apenas os atos de natureza patrimonial, não alcançando, nos termos do parágrafo 1º, "o direito ao próprio corpo,

à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto." (BRASIL, 2015).

Sendo a curatela medida excepcional e restrita às limitações da pessoa com deficiência, altera-se o modo como as decisões judiciais sobre o tema devem ser tomadas. Torna-se obrigatória a aplicação de *tailored measures*, “que levem em conta as circunstâncias de cada caso concreto, afastando a tão comum saída, utilizada até então de forma quase total, de simples decretação da incapacidade absoluta com a limitação integral da capacidade do sujeito.” (REQUIÃO, 2014, p. 31).

Define o EPD que, no procedimento de curatela, deve haver a atuação de equipe multidisciplinar, a qual facilita o trabalho do magistrado ao proceder à análise das limitações e das potencialidades do deficiente. Conforme afirmam Luiz Alberto Araujo e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk,

A entrevista, agora com a obrigatoriedade da presença de equipe multidisciplinar, tem o condão de repartir responsabilidades, tirando do juiz a tarefa de, sozinho e de forma isolada, detectar possíveis problemas que serão posteriormente corroborados por perícia. [...] É necessário entender o tema à luz das barreiras, do ambiente da pessoa, tudo diante da análise das várias facetas do problema. E, por isso, a equipe multidisciplinar. O assistente social, o médico, o terapeuta ocupacional. Todos esses devem estar presentes quando da entrevista (ARAUJO; RUZYK, 2017. p. 233).

Mais que uma facilitação ao trabalho do juiz – que não tem o conhecimento técnico necessário para analisar a situação psicossocial do indivíduo – a exigência da atuação de equipe multidisciplinar é um direito da pessoa deficiente, que faz jus à análise integral de sua condição para que eventualmente sofra uma limitação no exercício de seus direitos.

Ainda, o Estatuto promoveu a inclusão do artigo 1.783-A ao Código Civil, o qual institui a tomada de decisão apoiada. Por meio deste instituto, por iniciativa da pessoa com deficiência, são eleitas pelo menos duas pessoas idôneas com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, “para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.” (BRASIL, 2002).

Por meio da tomada de decisão apoiada, busca-se formar uma rede de apoio em prol do deficiente, para que este esteja apto a exercer de modo autônomo as situações jurídicas de que é titular, com o alargamento da compreensão acerca das suas escolhas. O tipo do apoio a ser procedido é variado de acordo com as necessidades de cada caso. Segundo Joyceanne Bezerra de Menezes, o apoio “pode consistir na facilitação da comunicação, na prestação de

informação e esclarecimentos, no auxílio à análise dos fatores favoráveis e desfavoráveis que circundam certa decisão.” (MENEZES, 2016, p. 47).

Ambos os institutos assistenciais previstos no EDP desafiam a atuação do magistrado que, não mais distante das partes, deve ouvir a pessoa deficiente para analisar de modo específico suas vulnerabilidades e potencialidades e, não mais isolado, deve apoiar-se em profissionais de outras áreas para dar a melhor decisão no caso concreto.

## **5. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, O MODELO PARTICULARISTA DE TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL E A REVISÃO DO CONCEITO DE SEGURANÇA JURÍDICA**

Se, anteriormente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, o tratamento jurídico das pessoas com deficiência obedecia à lógica do “tudo ou nada”, a partir da novel legislação torna-se necessário ao magistrado atentar-se ao específico grau de limitação sofrido pelo indivíduo. Nesse sentido, o EPD, mediante o uso de standards<sup>10</sup>, privilegia o modelo de tomada de decisão tendente ao particularismo em detrimento do modelo pautado em regras.

Uma das questões que se coloca em relação ao novo sistema de proteção dos deficientes intelectuais é quanto à segurança jurídica e à garantia da isonomia através das decisões judiciais, tendo em vista a atuação discricionária do magistrado que, num sistema carente de regras, deve pautar sua decisão na situação concreta do deficiente. O desafio à previsibilidade e à coerência do sistema jurídico exige o repensar dessas categorias, relacionando-as ao dever de fundamentação do juiz.

Na sistemática anterior, a segurança jurídica era garantida por meio de regras que definiam na totalidade dos casos o deficiente intelectual como relativa ou absolutamente incapaz, as quais tinham forte caráter sub e sobre-includente. Na sistemática presente, por outro lado, a garantia da segurança jurídica decorre da carga argumentativa que recai ao magistrado, a quem incumbe justificar os motivos da eventual limitação da autonomia da pessoa com deficiência.

Abolida a subsunção, evidencia-se o caráter argumentativo das decisões judiciais. Sobre essa questão, Gustavo Tepedino afirma que:

---

<sup>10</sup> “Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei”; “A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, *proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso*”.



A subsunção propicia a falsa impressão de garantia de igualdade na aplicação da lei. Entretanto, não há respeito à isonomia quando o magistrado deixa de perceber a singularidade de cada caso concreto e, mediante procedimento mecânico, faz prevalecer o texto abstrato da regra. [...] Segurança jurídica deve ser alcançada pela compatibilidade das decisões judiciais com os princípios e valores constitucionais, que traduzem a identidade cultural da sociedade (TEPEDINO, 2016, p. 28-29).

Nesse sentido, haverá abuso na discricionariedade quando o magistrado se furtar do seu dever de fundamentação que, na sistemática do EPD, não poderá ser genérica e afastada das condições particulares do sujeito. Análises particularistas, em tais contextos, tendem a se revelar vantajosas – ainda que complexas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em que pese o uso de regras seja preferível na maioria das situações, em tantas outras se mostra recomendável a aproximação do magistrado às particularidades da situação concreta. Esta é uma das conclusões de Schauer na obra *Thinking Like a Lawyer*. De acordo com o autor, o uso de *standards* reflete julgamentos individualizados, nos quais há menos riscos de se ter decisões sobre ou subincludentes. O afastamento das regras, com a utilização de *standards*, abre a possibilidade de o julgador proferir a decisão mais adequada ao caso concreto.

Verificou-se, neste estudo, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o modo de proteção dos deficientes ao garantir-lhes autonomia e minimizar as hipóteses de interferência de terceiros em suas decisões. Nesse sentido, reduziu o alcance da curatela, tornando-a medida excepcional e específica às limitações sofridas pelo indivíduo.

Aludidas alterações desafiam a atuação do Poder Judiciário, uma vez que tornam necessária a análise específica da condição psicossocial do deficiente intelectual e afastam as generalizações inerentes à redação originária do Código Civil de 2002. Além disso, o EPD indica a multidisciplinariedade como modo de garantir decisões compatíveis com a situação individual do deficiente, levando o magistrado a trabalhar em conjunto com médicos, psicólogos, terapeutas ocupacionais e assistentes sociais.

Nesse contexto tendente ao particularismo e afastado do método da subsunção, o dever do magistrado de fundamentar suas decisões é o modo de garantir a segurança jurídica e de controlar a discricionariedade abusiva.

Muitas são as críticas e os questionamentos acerca do EPD<sup>11</sup>. De todo modo, deve ser reconhecida a alteração legislativa como um avanço no que se refere à efetiva tutela das pessoas pelo Direito. A relevância do Estatuto, nesse sentido, está em afastar a premissa de que a pessoa com deficiência necessariamente não apresenta discernimento para suas decisões.

Ao se questionar o regime das incapacidades e suas abstrações, questiona-se, em verdade, o tratamento conferido pelo ordenamento jurídico à pessoa. Consoante afirma Luiz Edson Fachin, “a incapacidade, ao contrário do que possa parecer, não é apenas um conceito técnico, mas também ideológico, que tem um valor situado no momento anterior à definição jurídica.” (FACHIN, 2012, p. 200). Simbolicamente, a capacidade de fato representa uma chave que permite ao indivíduo o acesso à autonomia e à autorrealização. Na égide da subordinação do Direito Civil aos valores constitucionais, o porvir requer que cada vez mais indivíduos se tornem possuidores desta chave, de modo a efetivar um regime verdadeiramente inclusivista.

Conforme afirma José de Oliveira Ascensão, “a pessoa é uma categoria incômoda.” (ASCENSÃO, 2006, p. 10). Justifica-se essa afirmação a partir da compreensão de que, para além da ficção jurídica, os indivíduos se apresentam como seres dotados de interesses patrimoniais e existenciais, de vulnerabilidades e de desejos. Com sucesso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência esclareceu que a dimensão da pessoa não se confina aos lindes estabelecidos pelo Direito<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Inegavelmente, as alterações por ele promovidas são complexas e geram diversas dúvidas e perplexidades. Pode-se citar, a título de exemplificação, a ausência de um regime de transição. Nesse sentido, questiona-se se um deficiente mental que se encontrava até dezembro de 2015 em interdição por incapacidade absoluta se tornou, com a passagem para 2016 e vigência da lei, como absolutamente capaz. Outra questão, ainda, é a insuficiência do Sistema Único de Saúde para análise especializada dos portadores de deficiências.

<sup>12</sup> É o que afirma Luiz Edson Fachin: “O sujeito extrapola e precede a previsão normativa.” (FACHIN, 2012, p. 119).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o estatuto da pessoa com deficiência e o código de processo civil: reflexões metodológicas à luz da teoria geral do direito. In: **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, vol. 18, n. 1, jan./abr. 2017. p. 233. Disponível em: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/867>>.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Prefácio. In: EBERLE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2001.

BRASIL. Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 2015.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In: BARBOZA, H. H. et. al. (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

\_\_\_\_\_, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Nacional de Saúde 2013: ciclos de vida**, vol. 3. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94522.pdf>>.

MACHADO, Diego Carvalho. **Capacidade de agir e pessoa humana: situações subjetivas existenciais sob a ótica civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2013.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão

(lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, vol. 9, p. 31-57, jul./set. 2016.

NEVARES; Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. **Revista Quaestio Iuris**, v. 09, n. 3; p. 1545 – 1558, 2016, Rio de Janeiro.

REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba: Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 9. Região, v. 5, n. 46, nov. 2014.

SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada em reglas en el derecho y en la vida cotidiana**. Trad. por Claudina Orunesu e Jorge L. Rodríguez. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

\_\_\_\_\_, Frederick. **Profiles, Probabilities, and Stereotypes**. Harvard University Press, 2006.

\_\_\_\_\_, Frederick. **Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning**, Harvard University Press, 2012.

STRUNCHINER, Noel. O “aparente” paradoxo das regras. **Revista Internacional de Filosofia e Moral**, v. 8, n. 3, p. 63 – 71, Maio 2009, Florianópolis.

\_\_\_\_\_, Noel; CHRISMANN, Pedro H. V. Aspectos filosóficos e psicológicos das punições: reunindo algumas peças do quebra-cabeça. **Caderno CRH**, v. 25, n. 2, p. 133-150, 2012, Salvador.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o sujeito e a pessoa, IN: \_\_\_\_\_, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, ALMEIDA, Vitor (coords). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 17-35.