



**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM PROCESSO E DIREITO AO DESENVOLVIMENTO
- ÁREA DE CONCENTRAÇÃO DIREITO, ACESSO À JUSTIÇA E AO
DESENVOLVIMENTO.**

JOSÉ NILO AVELINO FILHO

**ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA:
RECONHECIMENTO DA PLENA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA INTELECTUAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

**Fortaleza - Ceará
Fevereiro, 2019**

JOSÉ NILO AVELINO FILHO

**ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA:
RECONHECIMENTO DA PLENA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA INTELECTUAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus – Unichristus, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Processo e Direito ao Desenvolvimento, com área de concentração de acesso à justiça e ao desenvolvimento, sob a orientação do Prof. Dr. Alexander Perazo Nunes de Carvalho.

Fortaleza - Ceará
Fevereiro, 2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Centro Universitário Christus - Unichristus
Gerada automaticamente pelo Sistema de Elaboração de Ficha Catalográfica do
Centro Universitário Christus - Unichristus, com dados fornecidos pelo(a) autor(a)

A948e

Avelino Filho, José Nilo.

Estatuto da pessoa com deficiência e a (in)segurança jurídica :
reconhecimento da plena capacidade civil da pessoa com deficiência
intelectual nas relações privadas / José Nilo Avelino Filho. - 2019.
111 f.

Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário Christus - Unichristus,
Mestrado em Direito, Fortaleza, 2019.

Orientação: Prof. Dr. Alexander Perazo Nunes de Carvalho.

Área de concentração: Direito, acesso à justiça e ao desenvolvimento.

1. Deficiência intelectual. 2. Reconhecimento de plena capacidade civil.
3. Lei nº 13.146/2015. 4. Vulnerabilidade. 5. (In)segurança nas relações
jurídicas. I. Título.

CDD 340

JOSÉ NILO AVELINO FILHO

**ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA:
RECONHECIMENTO DA PLENA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA INTELECTUAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

BANCA EXAMINADORA:

Professor Dr. Alexander Perazo Nunes Carvalho

Professora Dr. Gerardo Clésio Maia Arruda

Professor Dr. Francisco Luciano Lima Rodrigues

Às pessoas com deficiência que lutam, com afinco, para que sejam, verdadeiramente, incluídas no meio da sociedade e possam ser reconhecidas simplesmente como pessoas, somente por seus atos e não por suas limitações.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, quero agradecer a Deus pela paciência amorosa e pela sabedoria em conduzir-me nesta empreitada. Pedi força, e Ele me deu obstáculos para transpô-los; pedi sabedoria e me deu problemas para resolver; pedi amor e me deu pessoas para ajudar.

Agradeço, em seguida, à minha esposa, Lorena de Paula Barroso Rocha Avelino, pelo incessante incentivo e companheirismo incansável, que ao meu lado, compreendendo a minha ausência, tentou preenchê-la junto aos nossos amados filhos, Antônio Henrique e à Maria Isabela, neste interminável biênio.

Ao professor Alexander Perazo Nunes de Carvalho, pela disponibilidade ao aceitar a orientação e pela leveza na condução dos trabalhos. Sua contribuição foi relevante para a conclusão desta obra.

Ao professor Gerardo Clésio Maia Arruda, que, com a singeleza e a delicadeza que lhe são peculiares, inverteu a ordem dos meus pensamentos e me fez atento ao próximo, com seus argumentos robustos, porém, precisos.

Às professoras Ana Beatriz Lima Pimentel e Suzy Anny Martins Carvalho, por me ouvirem, acolherem e instrumentalizarem conteúdo tão rico e precioso de pesquisa, compartilhando seus conhecimentos.

A todos os professores do Mestrado que tive a honra e o privilégio de ouvir e com quem tanto pude apreender com suas experiências, os quais, sem nenhum pudor, transmitiam todo o conhecimento disponível.

Não posso deixar de citar em agradecimento todo o carinho, a atenção e a presteza dedicados a mim pelas componentes da Secretaria do Curso, às quais agradeço em nome da professora Cláudia Mendes.

Ao professor externo da banca examinadora, Francisco Luciano Lima Rodrigues, muito obrigado pela atenção e disponibilidade em participar deste momento e pela contribuição no aprimoramento da presente pesquisa.

Aos amigos do meio acadêmico com quem tive a honra de compartilhar conhecimentos, angústias e conquistas, os quais foram responsáveis em tornar essa jornada leve e prazerosa, em especial, Mirna Maria Ramos Siebra e José Carneiro Rangel Junior, que foram meus confidentes e apoiadores, ombreando-me durante esta caminhada.

Jesus disse ao homem da mão seca: “Levante-se e venha para o meio”.

(BÍBLIA, 1999, Marcos, 3, 3)

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. OS MATIZES DE EXCLUSÃO E INCLUSÃO SOCIAL NA MODERNIDADE COMPLEXA	18
2.1 Definições de exclusão social	19
2.1.1 <i>Análise econômica da exclusão</i>	20
2.1.2 <i>Análise humanística da exclusão</i>	26
a) modelo da prescindência	28
b) modelo médico	29
c) modelo social	30
2.2 Definições da deficiência	33
2.2.1 <i>Da nomenclatura</i>	33
2.2.2 <i>Do retardo mental à deficiência intelectual</i>	37
3. AS TUTELAS NORMATIVAS DE PROTEÇÃO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA: (IN)EFICÁCIA	42
3.1 Uma Visão Geral da Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Particulares	42
3.1.1 <i>Direitos fundamentais. Eficácia vertical e horizontal</i>	45
3.2. Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência	54
3.3 O Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/15	58
3.4 Processo e procedimento	68
3.4.1 <i>análise burocrática: ausência de parâmetros: racionalidade, ambiente e adaptação</i>	68
3.4.2 <i>Procedimentos como concretude e estabilidade da cidadania para as pessoas com deficiência</i>	70
4. A AUTONOMIA VOLITIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E A SEGURANÇA JURÍDICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	72
4.1. A autonomia privada e o regime de incapacidade	74
4.2. Autonomia da vontade e os elementos de validade dos negócios jurídicos	79

4.3. Responsabilidade e desproteção contratual	87
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	96
REFERÊNCIAS	103

RESUMO

A presente pesquisa objetiva analisar as legislações existentes, com ênfase no Estatuto da Pessoa com Deficiência, com base nas diretrizes constitucionais de 1988 e os severos reflexos da concessão da capacidade civil plena às pessoas com deficiência intelectual nas relações obrigacionais, em especial, quando em estado de vulnerabilidade não declarado formalmente. A justificativa tem vez na contemplação dos direitos de personalidade da pessoa com deficiência intelectual em ressonância com a assunção de deveres obrigacionais advindos da emissão de vontade daquelas em suas pretensas esferas de existência, validade e eficácia. A problemática instala-se na existência de situações em que a pessoa com deficiência intelectual, mesmo decidindo sobre questões de cunho existencial, gera reflexos obrigacionais que não lhe eram sequer imaginados em face da ausência de um necessário discernimento. Utilizou-se uma metodologia de caráter analítico, haja vista a persecução de melhor entendimento das consequências jurídicas dessa nova capacidade civil, em especial, a assunção de responsabilidades, e a possível discussão de validade para o mundo jurídico. O resultado esperado é que se maximize o entendimento de que a emissão de vontade, como nascedouro do negócio jurídico, também seja ensejadora de deveres, mesmo em questões existenciais decididas pelas pessoas com deficiência intelectual, e que, ao invés de proteger e conceder dignidade pela liberdade, pode agravar-se a sua situação de vulnerabilidade.

Palavras-chave: Deficiência intelectual. Reconhecimento de plena capacidade civil. Lei nº 13.146/2015. Vulnerabilidade. (In)segurança nas relações jurídicas.

ABSTRACT

The present research aims at analyzing existing legislation, with emphasis on the Statute of the Person with Disabilities, based on the constitutional guidelines of 1988 and the severe reflexes of granting full civil capacity to people with intellectual disabilities in compulsory relationships, especially when in a state of formally declared vulnerability. The justification has instead for the contemplation of the personality rights of the person with intellectual disability in resonance with the assumption of obligatory obligations arising from the will of those in their purported spheres of existence, validity and effectiveness. The problematic is installed in the existence of situations in which the person with intellectual disability, even deciding on existential issues, generates obligatory reflexes that were not even imagined in the absence of a necessary discernment. An analytical methodology was used, in order to better understand the legal consequences of this new civil capacity, in particular, the assumption of responsibilities, and the possible discussion of validity for the legal world. The expected result is to maximize the understanding that the issuance of will, as the origin of the legal business, is also conducive to duties, even on existential issues decided by people with intellectual disabilities, and that, instead of protecting and granting dignity by the freedom, their situation of vulnerability

Keywords: Intellectual disability. Recognition of full civil capacity. Law No. 13,146 / 2015. Vulnerability. (In) security in legal relations.

1

1. INTRODUÇÃO

A fixação formal e legal da capacidade jurídica da pessoa natural seguiu uma evolução de acordo com a aceitação social da emissão da vontade, acompanhando o entendimento de que, cada vez mais cedo, reconhece-se a aptidão para manifestar, de forma convicta, a intenção concreta da vontade, capaz, pois, de exercer direitos a todos garantidos pela aquisição da personalidade jurídica, como exemplo, pactuar com outrem.

Expressão mais visível dessa evolução foi a redução da capacidade civil do Código Civil de 1916, que era de 21(vinte e um) anos, para o Código Civil de 2002, que a fixou em 18(dezoito) anos.

Não obstante o primeiro critério distintivo ou indicativo dessa capacidade ser o etário, outros, independentes deste, também sempre foram usados, máxime, atinentes à condição intelectual da pessoa e, como aquele, seguiram a evolução conceitual admitida no meio social respectivo, alterando-se suas perspectivas ao longo dos anos, mas sempre no esteio da medição da capacidade cognitiva, passando-se por conceituação como “loucos de todos os gêneros”, “surdos-mudos” etc.

A exclusão social das pessoas, não só aquelas com algum tipo de deficiência, já ostentou vários sentidos e conotações; entre eles, o fator econômico e o fator humanístico, que tiveram maior repercussão e geraram as mais verticais discussões; o primeiro caso passa pela análise econômica do direito, e o segundo caso considera o perfil de interação social.

Em ambas as situações de estudo, percebeu-se uma evolução na tratativa, passando-se de percepções mais orgânicas e teológicas a entendimentos mais integrativos e objetivos, com a remoção de obstáculos à inclusão permanente.

Não há como falar dos diversos dilemas jurídicos que se apresentam com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência sem fazer uma tela de fundo acerca dos problemas de privação que essas pessoas suportaram e suportam até hoje.

A discussão acerca da “capacidade cognitiva” enfrentou, ainda, referenciais sociais de gênero e de estado civil, quando elencava classificação como “mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal”.

O Código Civil, apesar de publicado já em 2002, trouxe, em seu texto, expressões que ainda indicavam uma destoante classificação, quanto à capacidade civil, da percepção social de determinados indivíduos, como “os excepcionais”, nomenclatura não mais aceita por ser considerada pejorativa.

Contudo, classificava as pessoas considerando a sua capacidade cognitiva, principalmente, as com sinais visíveis de deficiência, ou seja, na hipótese de identificação perfunctória de limitações intelectuais, a ideia era de presunção de incapacidade civil, seja absoluta seja relativa; não se adentrava no mérito da questão, apenas não se permitia ou considerava a manifestação de vontade daquele falante, salvo se intermediado por seu curador ou tutor que, muitas vezes, expressa uma vontade que entende ser a do curatelado ou tutelado, ou seja, putativa, como se depreendia do conteúdo dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, antes da revogação provocada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Seguindo essa discussão interpretativa da capacidade jurídica plena da pessoa natural e a sua atual classificação, depara-se com a temática do presente trabalho acadêmico, pois, com o advento da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), profunda mudança restou inserida em todos os âmbitos, jurídico, social, econômico e, sobretudo, humanístico.

Com a sua vigência, a classificação de incapacidade deve ser enfrentada de forma diametralmente oposta à do Código Civil, admitindo-se, até prova em contrário, a capacidade plena da pessoa, mesmo que, aprioristicamente, apresente características de doenças mentais ou déficit intelectual que possam interferir em seu discernimento. Assim, como dito, o reflexo dessa mudança será sentido em todos os aspectos do Direito, seja público ou privado.

Trazendo à luz o desenvolvimento dos direitos fundamentais e a irreversível necessidade de conceder liberdade de manifestação às pessoas, o entendimento, segundo almeja o Estatuto da Pessoa com Deficiência, é transmutar a ideia de entender a pessoa com deficiência como “vulnerável”, digna de proteção absoluta para a concepção de que sua dignidade humana passará pelo poder-liberdade de decidir e firmar suas vontades, passando da dignidade-vulnerabilidade à dignidade-liberdade.

Esse foi o mote desenvolvido e o resultado alcançado na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assinada em Nova Iorque, Estados

Unidos da América, em 30 de março de 2007. O Brasil, por sua vez, embora restasse signatário daquela, promulgou o Decreto nº 6.949/2009, que foi suplementado pela publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi consubstanciado na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que, ao ultrapassar o conteúdo material contido naquela, inovou os conceitos e procedimentos, principalmente, introduzindo normas processuais sobre os institutos da “interdição” e a “curatela”. Contudo, é mister a análise do contexto normativo da lei supra, que perpassa pela análise burocrática de sua criação, buscando-se entender, mormente porque trouxe vários elementos processuais, o procedimento e o processo pelo qual passou ou deveria ter passado para que entregasse eficácia social ao conteúdo normativo em análise.

Nesse jaez, enfrentam-se, também, possíveis e pretensos conflitos normativos entre o Novo Código de Processo Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, uma vez que destoam em vários aspectos, como na permanência ou não do termo “interdição” que, subtraído por este do ordenamento jurídico e substituído pela “tomada de decisão apoiada”, foi, por aquele, novamente conceituado como instituto processual próprio, inclusive, com direito à seção exclusiva.

Outrossim, como posto, as circunstâncias atuais não admitem mais analisar o direito privado, em especial, o Direito Civil, sem o inserir no contexto constitucional como diretriz axiológica, unificando o estudo de forma organicista, em detrimento do isolamento dos microssistemas, fazendo-se um paralelo, como mosaico, dos Direitos Fundamentais e a Constituição Federal, e os Direitos da Personalidade e o Código Civil.

Na esfera pública, em especial no âmbito do Direito Previdenciário, há recentes relatos de familiares acerca da imensa dificuldade enfrentada para que outrora parentes presumidamente incapazes tenham acesso a pensões ou a outros benefícios sociais, uma vez que, hodiernamente, devem ser tratados, até que se prove o contrário, como plenamente capazes, para todos os atos da vida civil.

No contexto privado, a dificuldade será analisar, entender e orientar como se processarão as relações contratuais em que umas das partes, aparentemente, apresente algum tipo de deficiência intelectual, evidenciando dificuldade de

discernimento; contudo, deverá ser tratado como plenamente capaz, sob a pena de incorrer em discriminação ou preconceito.

Por outro lado, como exigir um comportamento diferente daqueles que, valendo-se de nova presunção de capacidade civil, celebram pactos que possam vir a causar prejuízos ao contratante, sob o manto de que seguia a letra da Lei.

As inquietações do autor nasceram exatamente nessa insegurança jurídica em que a pessoa com deficiência intelectual pode-se inserir em uma relação contratual sem ter uma real noção dos limites e efeitos da emissão de sua vontade e, considerando o seu reconhecimento de plena capacidade, a invalidade desse negócio jurídico somente poderia ser alegada mediante o preenchimento de uma das hipóteses de nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico.

Nesse contexto, por exemplo, considerando os elementos indicadores do vício de erro, que são erro substancial e escusável ao “homem médio”, como poderíamos enquadrar ou fixar um parâmetro de “homem médio” à pessoa com deficiência? Pois, partindo da premissa de plena capacidade civil, essa seria a única forma de invalidar o negócio jurídico.

De outro modo, caso houvesse a ocorrência do vício de lesão, dever-se-ia configurar, novamente, a inexperiência do “homem médio”. Poder-se-ia fazer essas ilações à pessoa contratante que tem alguma deficiência intelectual? E a segurança jurídica do outro contratante? Como se dará essa bilateralidade e comutatividade exigida pelas normas civis?

O objetivo desta pesquisa será analisar os limites possíveis de validade que serão alcançados pela celebração de negócios jurídicos por pessoas com deficiência intelectual, com a finalidade de delimitá-los e identificar se, verdadeiramente, com a concessão da autonomia plena da vontade dessas pessoas, em pretensa forma de proteção à sua condição existencial, será conferida segurança jurídica a elas, bem como aos outros contratantes, como forma de incentivar essa tratativa.

Sendo assim, calham-se alguns questionamentos: a) Quais os impactos do imediato reconhecimento da plena capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual na emissão da vontade mediante celebração de negócios jurídicos? b) O EPD concedeu instrumentos eficazes para tutelar essa autonomia volitiva como inclusão da pessoa com deficiência intelectual? c) Na hipótese de verificação de

vícios de consentimentos, o tratamento deverá ser igual às pessoas com deficiência intelectual? d) Quais os critérios de que o julgador fará uso para equacionar as partes e diferenciar o que é ignorância, fraude ou mero equívoco contratual? e) Houve verdadeira proteção às pessoas com deficiência intelectual que não tenham o necessário discernimento quando lhes foi possibilitado decidir sobre questões existenciais sem nenhum tipo de auxílio legal?

Com o escopo de responder às indagações supra, realizou-se uma análise comparativa entre normas e princípios relacionados, expresso ou implicitamente, na Constituição Federal de 1988, na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, no Estatuto da Pessoa com Deficiência e nos Códigos Civil e de Processo Civil.

A análise ganhou relevância diante das discrepâncias apresentadas entre a magnitude do texto legal e a dureza da realidade da pessoa com deficiência intelectual, em especial, quando a questão é a celebração de negócios jurídicos que, por vezes, pode trazer-lhe mais prejuízos do que benefícios, seja pela própria inexperiência, seja pelo aproveitamento daqueles que veem, na equiparação volitiva, uma possível brecha de locupletamento indevido.

Abordar-se-á, ainda, o regime jurídico das incapacidades previsto no Código Civil Brasileiro com as modificações inseridas pelo EPD, considerando o contexto da pessoa com deficiência intelectual ou mental em um paralelo entre a teoria, com uma análise de suporte sociológico, e a prática da aplicação direta da plena capacidade civil nas relações jurídicas, em especial, nas de cunho existencial.

Quantos aos caracteres metodológicos, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental. Foram utilizadas não somente obras jurídicas, mas, sim, obras da área médica e da psicologia, entre outras afins, que abordaram a temática em discussão, bem como artigos de revistas especializadas nessas áreas, dissertações, teses e demais informações constantes em sítios eletrônicos.

A consulta documental procurou analisar a Constituição Federal de 1988, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, os Códigos Civil e de Processo Civil, além da jurisprudência pertinentes para se verificar o que tem sido abordado e como o tema está sendo discutido nos tribunais.

A pesquisa tem uma abordagem qualitativa, tendo em vista que se tentou otimizar a análise da validade das tratativas negociais sob o aspecto comportamental humano no contexto da emissão de vontade pelas pessoas com deficiência intelectual ou mental como nascedouro de obrigações advindas, inclusive, de ações de caráter existencial, detendo atenção com os reflexos interiores e sociais dessas ações no mundo jurídico.

Quanto aos fins, a pesquisa possui cunho exploratório, uma vez que teve o intuito de proporcionar maior familiaridade com o problema, aumentando o conhecimento do pesquisador acerca dos impactos da nova capacidade civil.

O trabalho, além da introdução, contém três capítulos temáticos, visando a uma compreensão organicista do tema abordado e proporcionando um aprofundamento material do assunto para um novel posicionamento sobre a dialética da plena capacidade civil, reconhecida às pessoas com deficiência intelectual e os efeitos jurídicos de seus atos.

No primeiro capítulo, abordou-se a evolução do tratamento dispensado às pessoas com deficiência no curso da história, analisando-se a exclusão daquelas que, sob o viés econômico, passam, passiva e ativamente, por suas condições e atuações no mundo socioeconômico. Fez-se, também, uma análise da exclusão sob o prisma humanístico, desde o modelo da prescindência ao momento social.

Ainda nesse capítulo, abordou-se a questão da nomenclatura e a definição de deficiência como forma de exclusão ou inclusão, transcendendo a unidade da palavra e indo até a multiplicidade dos sentidos a ela empregados.

No capítulo segundo, propôs-se discutir a (in)eficácia dos normativos que tutelam os direitos das pessoas com deficiência, em especial o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que é o cerne deste trabalho, abordando uma perfunctória dialética entre os direitos fundamentais e os direitos de personalidade, com o escopo de entender a amplitude e a direção dos efeitos dos normativos constitucionais sobre o tema da deficiência intelectual.

Analisaram-se, também, novéis institutos trazidos pelo EPD como a TDA e seus requisitos em reflexo aos contornos dados ao instituto da curatela trazidos pelo novo Código de Processo Civil. Por fim, sentiu-se a necessidade de tentar elucidar a ausência de parâmetros para a edição do EPD e o desfoque por ela

causado entre o texto legal e a realidade, além de possíveis alterações legislativas que visam ajustar o foco das imagens normativa e real.

Iluminou-se a existência do Projeto de Lei nº 757/15 que tenta remodelar os contornos da incapacidade civil e readequar a amplitude do instituto da curatela, de modo que possa abranger, além das decisões de cunho patrimonial, também as de caráter existencial que, a depender do caso, pode conferir mais proteção às pessoas com deficiência, uma vez que é inegável o reflexo econômico das decisões ditas meramente existenciais.

No terceiro e último capítulo, tratou-se de reforçar os conceitos de capacidade e os pressupostos de validade da emissão de vontade e os desafios de contextualizá-los nas relações privadas celebradas por pessoas com deficiência intelectual, ressaltando os possíveis benefícios e malefícios advindos do reconhecimento da autonomia da vontade, principalmente o reflexo dessa autonomia na responsabilidade civil em questões patrimoniais ou existenciais com suas consequências financeiras.

Finalizando o capítulo, foi realizada uma análise jurisprudencial, com o objetivo de apontar a dificuldade de aplicação do EPD como posto, e os arranjos jurídicos para adequação à realidade social e efetiva solução para o caso concreto.

Portanto, o EPD, ao conceder plena capacidade civil àquelas, indistintamente e como regra geral, mesmo com a intenção de protegê-las, expõe-nas a situações de vulnerabilidade, causando insegurança jurídica.

2. OS MATIZES DE EXCLUSÃO E DA INCLUSÃO SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA MODERNIDADE COMPLEXA

É notória a sensação de que a exclusão social, por várias razões, começa a se generalizar e a tomar uma proporção global, seja em países desenvolvidos ou não, transmitindo a impressão de que aumenta a cada dia. Não obstante ser um termo de largo uso e frequentemente disseminado, que influencia o discurso político, o termo exclusão social não tem, ainda, seu conceito definido.

No pós-guerra, à discussão, jogaram-se luzes e ganhou importância para o Direito Internacional Público, passando o homem, independentemente de seu vínculo nacional, a gozar de uma maior e mais robusta proteção aos direitos humanos.¹ (PIOVESAN, 2012)

Nessa esteira de entender a inclusão como reflexo direto dessa evolução dos direitos humanos, Heloisa Helena Barboza e Vitor de Azevedo Almeida Junior (BARBOZA, ALMEIDA, 2017) tecem descrição sobre a não linearidade e a interseção entre os estágios evolutivos dos direitos humanos:

Embora o caráter histórico dos direitos humanos os submeta a um processo de reconhecimento, reconstrução e autoafirmação constantes, a depender, inegavelmente, das condicionantes socioculturais de cada época, consolidou-se na teoria constitucional uma perspectiva de desenvolvimento gradativo, cumulativo de direitos, cronológico e linear, catalogado por diversas gerações ou dimensões, de modo a explicar a evolução histórica dos direitos humanos. É célebre a distinção entre os chamados direitos de primeira geração, que se baseiam nos clássicos direitos individuais de liberdade do século XIX; em seguida, os ditos direitos sociais, econômicos e culturais, que caracterizam com a ascensão do Estado Social a segunda geração; e, por conseguinte, os direitos ligados à fraternidade e à paz como direitos de terceira geração. Apesar da não linearidade e cumulatividade

¹ Flávia Piovesan explica que “essa concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que surge, no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Nas palavras de Thomas Buergenthal: “O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do Pós-Guerra”. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.” Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional”. (PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. Manual dos direitos da pessoa com deficiência. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S. e LEITE, Glauco S. (Coord). São Paulo: Saraiva, 2012, p.37-38).

dos estágios evolutivos dos direitos humanos, observa-se que o recurso às dimensões é extremamente didático para demonstrar o percurso de afirmação dos direitos humanos. A complexidade dos processos reivindicatórios e, por consequência, de reconhecimento dos direitos inerentes ao ser humano demonstram, no entanto, a insuficiência da classificação, a ensejar um movimento guiado pelos vetores socioculturais permeados pelo contexto local e temporal no qual se situam. (BARBOZA, ALMEIDA, 2017, p.3-4)

De certo, é que não se quer, em absoluto, principalmente em virtude do olhar feito sob os vários prismas, esgotar a devida conceituação com essa explanação; porém, apenas, realçar alguns tons pintados durante a história moderna, na qual se enaltece a ideia de proteção ao indivíduo.

2.1 Definições de Exclusão Social

O termo “exclusão social” tem sua origem, na acepção mais contemporânea, na obra do autor francês René Lenoir, intitulada *Les exclus: un français sur dix* ('Os excluídos: um em cada dez franceses'), publicado em 1974.

Embora o livro não contivesse uma elaboração teórica do conceito do termo, o autor se aproxima da utilização mais coetânea da noção de exclusão social, tratando-a como uma espécie de inadaptação social, seja por critérios biológicos (físicos ou mentais) seja etários (idosos), além de outras classes de inadaptados como os delinquentes, as prostitutas e os marginalizados em geral, inadaptação esta que é originada de uma disfunção social capaz de produzir segregações e distanciamento, catalisando as desigualdades. (DIDIER, 1996)

Fretigné (1999) cita, ainda, algumas obras anteriores à de Lenoir, como *Les dividendes du progrès*, de Pierre Massé, publicado em 1960 e *L'exclusion sociale*, de Jean Kanfler, publicado em 1965.

Porém, complementa que referidos trabalhos estavam mais próximos dos antigos paradigmas de marginalização social, como os advindos das más condições de vida provocadas por guerras ou epidemias que culminavam no estado de absoluto pauperismo e condição de precariedade irreversível, ou, ainda, por aqueles que não se dispunham a acompanhar o “progresso” e a “modernização” capazes de estimular o crescimento econômico e favorecer o desenvolvimento daquela sociedade em que estavam inseridos. (FRETIGNÉ, 1999)

O sociólogo francês tentou disseminar a ideia de que se deveria empreender uma reflexão crítica sobre os discursos sociais e as produções em geral, sociológicas ou normativas, relacionadas à exclusão, sendo necessário, pois, identificar as ideias implícitas do raciocínio, as armadilhas teóricas e as negações empíricas que conferem, nesse quadro, um poder explicativo limitado à exclusão, propondo uma abordagem em termos de “configurações excludentes” e “mundos de exclusão” como proposta para remover as subjetividades que permeiam a definição de exclusão, na tentativa de organizar um novo campo de investigação e estabilizar uma definição do referido termo que, apesar de usual, tem cores mais profundas. (FRETIGNÉ, 1999)

A terminologia exclusão hoje cristaliza todos os medos e se apresenta, indiscutivelmente, como o problema social a ser tratado que, outrora limitado a esse meio social, hoje o transcende.

Discursos políticos, ações militantes e produções acadêmicas nascem nesse terreno da questão social, mas, agora, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou severamente a capacidade civil das pessoas, finca profundas raízes no mundo jurídico.

A discussão sobre a exclusão social ainda aparece à retina em baixa saturação, como uma categoria de "é bom pensar", talvez porque resta que o discurso, em termos de exclusão, é, *prima facie*, sobrecarregado com imprecisões semânticas e transmite uma carga emocional imprópria para guiar a análise objetiva, o que encetou o desenvolvimento de alternativas conceituais para o paradigma da exclusão.

2.1.1 Análise econômica da exclusão social

Não se pode iniciar a análise conceitual do tópico ora proposto sem que não seja pela análise econômica como pano de fundo. Um pouco antes da metade do século XX, percebeu-se um aumento considerável no movimento da internacionalização da economia com o viés liberal do capitalismo contemporâneo, a que se nominou globalização.

Em verdade, nesse contexto multifacetado, em, pelo menos, quatro tipos de discurso, a noção de globalização influenciou, diretamente, o político, o cultural, o de responsabilidade social e o econômico. (SANTOS, 2001)

Não há dúvidas de que o principal deles é o econômico, não sendo, contudo, os demais irrelevantes; porém, foi o discurso econômico que definiu novos padrões de produção, comércio, empreendimento e investimento, tendo, como características, a absurda integração dos mercados financeiros mundiais em virtude do avanço da internet, e o crescimento exponencial do comércio internacional em função da derrubada massiva de barreiras protecionistas e o surgimento de empresas transnacionais, criando uma sociedade em rede. (CASTELLS, 2010)

Porém, já no início do século XX, coincidindo com a virada tecnológica, o fordismo inaugura uma sistemática de estruturação (linha de montagem), ao passo que diminui o tempo de artesanal de produção em até oito vezes, diminuindo, também, a necessidade do mesmo número de empregados nas fábricas. (GOUNET, 1999).

A discussão sobre exclusão social tomou corpo, principalmente na Europa, com o crescimento de uma geração de pobres, decorrente de um longo prazo de desemprego e falta de acesso a rendas, haja vista a precariedade dos empregos disponíveis e da dificuldade de se inserirem no mercado de trabalho, muitos pela primeira vez.

Do outro lado, destaca-se que surge a proposta de pensar na inclusão social como forma de transição do fordismo/taylorismo para o *toyotismo*, momento em que a produção é reestruturada com uma flexibilização na infraestrutura, na capacitação dos profissionais e na propositura de informações mais subjetivas na cadeia produtiva, incidindo diretamente nas relações sociais. (NASCIMENTO, 2009)

Não obstante os benefícios à eficiência da economia mundial trazidos pelo processo de privatização das estruturas públicas da globalização das economias, esses processos macroeconômicos geram, como subproduto, também, em nível mundial, um aumento descontrolado dos empregos informais, oriundo, em maior parte, da flexibilização da mão de obra.

O corolário desses processos foi a enorme pressão feita aos estados com o escopo de que fossem garantidos suportes sociais mínimos a essa massa ora desprezada, carente e crescente; contudo, considerando que os olhos dos governos

restam sempre voltados para frear os déficits públicos, as expectativas frustradas pelo não atendimento aos pleitos de amparo à subsistência alargaram os conectores entre a população e os estados, fazendo que estes destinassem consideráveis recursos à proteção social, com a intenção de arrefecer os ânimos e manter a governabilidade.

Necessitou-se que o Estado assumisse posições mais flexíveis a respeito do seu papel, uma vez que a crescente competitividade e a correlata insegurança no trabalho fizeram que os trabalhadores dependessem de mais estabilidade financeira, como seguro-desemprego, educação e treinamento nos próximos anos, com o objetivo de se inserir, novamente, no mercado e, na hipótese de ausência desses programas governamentais, que, na verdade, são os próprios princípios fundantes da social democracia, o respaldo político para manter a globalização era mitigado.

Dessa relação de ajuste entre a população e o Estado, o resultado é o “surgimento” de direitos civis, políticos e sociais a que Marshall² compilou em cidadania.

Não se pode perder o foco, contudo, de que, nessa dialética entre a tendência indesejável da globalização e o aumento insustentável da massa humana, que se empobrecia pelo inaccessos aos recursos, a exclusão desta era fato inevitável e inegável, ocorrente em todo o planeta, migrando dos países desenvolvidos para os menos desenvolvidos até chegar aos países periféricos ou mesmos a lugares antes inabitados.

“Nosso planeta está cheio.” (BAUMAN, 2005). O autor fazia referência não há um contexto geofísico, mas, sim, no tocante à forma de acesso aos meios de subsistência e à sua existência em si.

Nosso planeta está cheio.

Essa afirmação, permitam-me esclarecer, não vem da geografia física ou mesmo humana. Em termos de espaço físico e da amplitude da coabitação humana, o planeta está longe de estar cheio. Pelo contrário, o tamanho total das terras desabitadas ou esparsamente habitadas, consideradas

² Marshall divide a cidadania em três elementos: “Elemento civil: composto dos direitos necessários à liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, direito à propriedade, e de concluir contratos válidos e o direito à justiça: é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Elemento político: o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. Elemento social: se refere a tudo que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade” (MARSHALL, 1967, p. 63-64).

inabitáveis ou incapazes de sustentar a vida humana parece estar se expandindo, e não se encolhendo. À medida que o progresso tecnológico oferece (a um custo crescente, sem dúvida) novos meios de sobrevivência em habitats antes considerados inadequados para o povoamento, ele também corrói a capacidade de muitos habitats de sustentar as populações que antes acomodavam e alimentavam. Enquanto isso, o progresso econômico faz com que modos de existência efetivos se tornem inviáveis e impraticáveis, aumentando desse modo o tamanho das terras desertas que jazem ociosas e abandonadas.

“O planeta está cheio” é uma afirmação da sociologia e da ciência política. Não se refere à situação da Terra, mas às formas e meios de subsistência de seus habitantes. Sinaliza o desaparecimento das “terras de ninguém”, territórios adequados a serem definidos e/ou tratados como desprovidos de habitações humanas tanto quanto de uma administração soberana – e assim abertos a (e clamando por) colonização e povoamento. Tais territórios, agora amplamente inexistentes, desempenharam durante a maior parte da história moderna o papel crucial de depósitos de lixo para os dejetos humanos produzidos em volumes cada vez maiores nas partes do globo afetadas pelos processos da “modernização”. (BAUMAN, 2005, p.11-12)

A exclusão social subscrita por Bauman, apesar dos cenários apocalípticos por vez por ele pintados em preto e branco, serve para chamar a atenção ao substrato obtido da moenda econômica mundial que o autor intitula de refugio, refugio humano.

Mais uma vez, calha voltar os olhos à condição das pessoas com deficiência, tendo em vista que, se não é fácil imaginar a situação de exclusão sofrida por pessoas sem deficiência alguma, não é difícil a ilação da ordem e do grau de exclusão por que aquelas pessoas passam e ainda passarão diante da exposição às mesmas condições (ou à ausência delas) de subemprego e sobrevivência, pois não há solução de continuidade nesse processo vetorial da globalização à exclusão, sendo a modernidade uma condição da produção compulsiva e viciosa de projetos. (BAUMAN, 2005, p. 42)

O problema trazido por Bauman é que, em verdade, a exclusão desse refugio humano é tratada como se trata o lixo material produzido pelos seres humanos, ou seja, quando é visível aos olhos, incomoda e causa desconforto, de tal forma que o afastamento, a repulsão, é o ato instintivo primeiro a ser realizado.

Esse afastamento constante, porém, acumula esse resíduo humano em algum lugar *a priori* imperceptível até o dia em que ele não é “recolhido” ou, verdadeiramente, inexistente mais espaço para tal depósito.

Nessa esteira, não se consubstanciando em uma digressão ao assunto aqui tratado neste capítulo, surge um olhar sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e sua função social. Como será mais bem abordado no próximo capítulo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência é reprodução tupiniquim da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – CDPD estabelecida pela ONU, em 13 de dezembro de 2006 e, atualmente, subscrita por quase 180 países (ONU, 2018).

Sem adentrar o mérito e os ideais do normativo supra, que, frise-se, são de uma magnitude humanística sem precedentes, finalisticamente, o que o EPD proporcionou ou tenta proporcionar com o reconhecimento da plena capacidade civil às pessoas com deficiência, em especial às com deficiências intelectuais, foi uma (re)inserção dessas pessoas, direta ou indiretamente, ao mercado econômico e financeiro, seja passiva seja ativamente, mas, sem dúvidas, um incremento numérico considerável e por poucos identificado.

Quando a pessoa com deficiência migra do nicho (lixo segundo Bauman) das pessoas presumidamente incapazes para a esteira das reconhecidamente capazes, a elas é dado o poder de emitir vontade válida no mundo jurídico, gerando obrigações e direitos e produzindo efeitos. Sabe-se que o EPD restringiu a emissão de vontade válida às pessoas com deficiência nas situações e decisões existenciais, limitando, conforme o caso, as decisões de cunho patrimonial à validação do apoiador na chamada Tomada de Decisão Apoiada – TDA.

Contudo, não se pode olvidar de que mesmo as decisões de caráter existencial podem gerar consequências jurídicas obrigacionais com relevo econômico. É nesse momento em que se percebe o acréscimo ao número de pessoas com força motriz de gerar produtos econômicos, aumentando-se a massa populacional consumidora, havendo, pois, seguindo a metáfora introduzida por Bauman, uma verdadeira reciclagem humana desses ulteriores excluídos com a sua inserção ao contexto econômico ativo.

Por mais paradoxal que se apresente a ideia, acredita-se que essa tentativa de emancipação humanística promovida originalmente pela CDPD possa ser reflexo do gene mutante presente no capitalismo. Apesar das atrocidades praticadas e sofridas pelo sistema capitalista ao longo da história, principalmente quando descrito por seus críticos mais ferrenhos, não se pode, em absoluto, desconsiderar as benesses trazidas pelo sistema capitalista.

Entre elas, está a capacidade mutacional de criar mecanismos de libertação episódica para a humanidade, como verdadeira troca de pele que permite o crescimento e a evolução, sem as quais a civilização como hoje é conhecida poderia não existir.

Infante (2015), enaltecendo a importância de entender as fases as quais o capitalismo ultrapassou, escreveu que:

Transversalmente a todo ello Capitalismo mutante muestra la importancia que las mutaciones del capitalismo han tenido para las posibilidades y vías emancipatorias de la humanidad. Muy especialmente la de la actual mutación en curso. (INFANTE, 2015, p. 8)

Na relação da sociedade de consumo com o capitalismo moderno, é notório que este sempre busca novos mecanismos de induzir e aumentar o consumo, inclusive, com alteração/criação de normas-regras, como é o caso da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no âmbito mundial e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, considerando no âmbito nacional.

As relações de consumo, em amplo espectro, são definidas pela celebração de negócios jurídicos por pessoas detentoras de capacidade civil. Dessa forma, assim como o matiz do infravermelho, que existe, mas não é visível ao olho nu, admite-se, fortemente, que a “manipulação” de normativos em geral, como a redução da maioria civil no Código Civil de 2002 pelo EDP, tenha sido fomentada por forças econômicas “invisíveis” e, por vezes, não nominadas.

Essas forças econômicas tinham como escopo promover o incremento da economia com o aumento das relações de consumo ligado diretamente à concessão da autonomia da vontade nos pactos com aquelas pessoas que, por deficiência mental ou intelectual, não podiam exprimir sua vontade, reciclando a massa humana excluída que não consumia diretamente.

Seguindo esse raciocínio, a exemplo do Código Civil modificado com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que concedeu autonomia àqueles que, em regra, não faziam parte ativa dessa sociedade e não detinham, de alguma forma, o poder de decidir, ensejou alterações que favorecem o consumo mediante estratégias que redefinem as formas de acesso a uma gama crescente de produtos por meio de redes articuladas e constituídas em torno de centros de interesses que

ainda não tinham sido alcançados e podem fazer corpo dentro do mercado consumidor.

Essas alterações de cunho social, econômico e/ou cultural vão além de sua aparência funcional e objetiva para, indiretamente, identificar um novo nicho a ser explorado e contribuir para o sustento do formato desse capitalismo contemporâneo.

Essa metamorfose adaptativa e crescente é consagrada por um viés interpretativo que ressalta a compreensão de mudanças nas relações de consumo com a apropriação e o controle da subjetividade. A premissa é que as empresas que detêm o controle e a produção da subjetividade do consumo definem e promovem as diretrizes e as estratégias de ampliação do consumo banal por um número maior de pessoas, em um mercado cada vez mais controlado por corporações globais, mudando a lei.

Porém, considerado o contexto econômico macro, impulsionado pela incessante globalização, a discussão sobre a luz lançada no caminho entre a exclusão e a inclusão, não passou de um flash, sendo ofuscada pelas cores vivas dos aparatos tecnológicos que puxavam a carruagem do crescimento econômico e o acúmulo de capital pelos países desenvolvidos que, do outro lado, deixaram cinza o visual daqueles que o precediam na estrutura organizacional da economia global, tendo, ainda, passado, gradativamente, do cinza ao preto.

Ampliando-se a abordagem sobre a exclusão social, tem-se que sua essência é multifacetada, incluindo-se não só a dimensão econômica, mas também o acesso à cidadania, à justiça e à segurança que, com aquela faceta, relaciona-se, ensejando uma exclusão não apenas econômica, mas cultural e política. (ROGERS, 1995)

Nesse contexto mais amplo é que se enfrentará a hercúlea missão de tentar distinguir o sentimento de exclusão (verdadeiro objetivo que se almeja alcançar) da efetiva exclusão. É tarefa complexa, pois a noção de exclusão social é permeada de conceitos, pré-conceitos e desconceitos, quase ilimitando seu uso, já que exprime o sentimento interno mais subjetivo daquele que não pode obter aquilo que reivindica.

2.1.2 Análise humanística da exclusão social

Nesse contexto humanístico, a análise da exclusão social tem como contexto já a pessoa humana com deficiência, física ou intelectual, conceito que evoluiu das mais remotas práticas de infanticídio, sob o argumento de possíveis maldições ou punições, ao indicativo de inclusão pelos direitos humanos, atrelado aos conceitos constitucionais pertinentes.

Por isso, com o objetivo de melhor compreender essa evolução e situar o atual entendimento pelo qual se discutirá a eficácia do Estatuto da Pessoa com Deficiência em capítulo posterior, é mister que se construa essa escala na percepção social da deficiência e seus reflexos objetivos e subjetivos.

Uma das principais complicações na tentativa de entender a deficiência é a heterogeneidade dos termos que existem, produto da abordagem inter, trans e multidisciplinar que é realizado sobre esse assunto. A existência de diferentes termos e modelos de compreensão permite a proliferação e a coexistência de uma considerável variação verbal que impede a comunicação mais precisa acerca do tema.

A deficiência como área temática, abordada a partir de diferentes disciplinas e sobre todas elas, como eixo transversal da sociedade, permitiu o desenvolvimento de diferentes perspectivas, modelos e teorias de seu entendimento, cada um com vieses específicos de acordo com a disciplina da qual emergiu; no entanto, o ideal é que se apontasse para uma abordagem que estabelecesse uma classificação taxonômica única, o que, entre outras coisas, contribuiria para a compressão em visões históricas por onde a concepção de deficiência desapareceu, assim como as diferentes implicações práticas que experimentou.

A gradação do entendimento e da respectiva exclusão social das pessoas com deficiência tem muitos patamares ou fases que foram identificados durante a evolução histórica da humanidade.

Entre as gradações mais estudadas é a que divide a percepção da pessoa com deficiência em três modelos, sendo o primeiro o da prescindência, que teria como submodelos o da eugenia e o da marginalização, passando ainda pelo modelo médico ou reabilitador e, por último, o social, que estendeu às pessoas com deficiência, não somente garantias objetivas, mas, principalmente, garantias subjetivas, como os direitos civis, políticos e sociais.

a) Modelo da prescindência

O modelo da prescindência está localizado no período pré-renascentista, quando o homem se mergulha em valores espirituais e tem Deus como centro de sua vida, ou seja, momento em que os paradigmas da sociedade e os relacionamentos foram entendidos, fundamentalmente, no teológico e no naturalista.

O governo e os sistemas econômicos, durante esse período, começaram a própria comunidade primitiva e o uso do mutualismo como forma de assistência social, no qual os benefícios eram coletivos e baseados no trabalho conjunto, na cooperação, unidade, solidariedade, luta comum para superar e transformar o ambiente, entre outros, o que pode ser chamado de assistência social natural. (PALACIOS, 2008)

Dessa forma, Agustina Palacios (2008) identifica duas características essenciais desse modelo: a primeira era que a deficiência deveria ter uma justificção religiosa, admitindo-se que as origens da deficiência seriam religiosas, como verdadeira punição divina, em razão de um pecado, em regra, cometido pelos pais da criança nascida com deficiência, ou, ainda, como um aviso dos deuses de que a aliança com aquele povo está quebrada e uma catástrofe se avizinhava; a segunda consistia na constatação de que a pessoa com deficiência, como não conseguiria trabalhar e, portanto, seria incapaz de produzir algo e contribuir para a comunidade, para nada serviria na cadeia do mutualismo social da época, sendo, também um fardo que se deveria carregar pelos pais ou pelos membros da comunidade.

Nesse período da prescindência, que apontava a deficiência como uma desqualificação humana, também chamado de intolerância, em que a pessoa com deficiência não era aceita no seu meio social, seja porque era vista como impura, amaldiçoada e outras desnaturalizações da qualidade humana, a prática do infanticídio era comum, uma vez que essa pessoa era considerada nociva ao convívio social e, portanto, não merecia viver, intitulado-se de submodelo eugênico. (PALACIOS, 2008)

Além do submodelo eugênico, Agustina Palacios (2008) ainda diferenciou outro submodelo inserido no da prescindência, que é o da marginalização, caracterizado pelo uso de preceitos como compaixão, benevolência, vontade de

ajudar os outros, piedade, influenciado fortemente pelo Cristianismo. Assim, a pessoa com deficiência passou a ser tolerada, porém, longe dos olhos da sociedade, marginalizada e excluída do convívio social, condenada a viver em local isolado e apartado dos demais, em total invisibilidade social.³

No entanto, os responsáveis por diagnosticar a presença ou não de uma malformação, produto da natureza pecaminosa ou de um fato diabólico, eram os padres e depois o médico. A aniquilação de capacidades e valor humano estava presente durante esse submodelo, existindo, da mesma forma, um ser superior, um cidadão do primeiro e de altos níveis hierárquicos na sociedade, ou seja, o padre ou médico é que decidiam sobre a vida desse ser desprezível e infeliz, que apontava para a segregação e a exclusão total da sociedade.

Ao contrário do submodelo anterior, por medo de Deus e o cumprimento de seus mandamentos, a aniquilação física não era permitida, portanto, a resposta social foi a exclusão e a ocultação de pessoas com deficiência. (PALACIOS, 2008)

b) Modelo médico ou reabilitador

Esse modelo acontece já no início do período renascentista, quando a humanidade se redescobre como centro do mundo, isto é, no reconhecimento do homem como detentor de capacidade cognitiva e apto a tomar decisões.

Assim, a partir dessa premissa, é possível entender como se deu, com a chegada do Renascimento, um longo processo de mudança de compreensão do mundo, inclusive da deficiência como realidade social e da respectiva necessidade de voltar atenção às pessoas nessas condições.

A visão dos cientistas emerge, e o que antes era apenas explicado e podia ser entendido do religioso agora é concebido a partir do científico. Nesse caminho sem volta, é gerada a corrente positivista e, pouco a pouco, suas ramificações, tomadas como paradigmas. Um novo centro, então, é estabelecido na sociedade, a razão científica.

A rigidez com que eles desenvolveram as relações no mundo anterior, com estratégias dogmático-religiosas começa a perder a validade e a dar lugar ao

³ Flávia Piovesan (2012, p. 40) afirma que foi um período marcado pela invisibilidade das pessoas com deficiência.

dogma científico, pelo qual tudo é explicado e entendido a partir da ciência e da tecnologia; nada pode ser entendido fora disso. É aí que esses modelos científicos de compreensão se apresentam e vão tratar as pessoas com deficiência com outro viés.

Uma vez iniciado o processo que emerge das ciências médicas, a reabilitação com base no diagnóstico médico, as pessoas com deficiência são consideradas indivíduos com direitos, e, especialmente, o direito de reabilitar.

Dessa forma, o tratamento da deficiência é encontrado com vista a obter a cura, ou uma melhor adaptação da pessoa, ou uma mudança em seu comportamento que seja capaz de transformá-la em alguém que poderia contribuir financeiramente, sendo um indivíduo útil para a sociedade, e a ciência estava, pois, a serviço desse fim.

Nesse modelo, a incapacidade torna-se um problema, uma limitação e um obstáculo, que precisa ser resolvido, para que o indivíduo seja cidadão e exerça seus direitos, ou seja, goze de direitos somente quando lhe forem úteis, e ele mesmo possa segurá-los. (PALACIOS, 2008)

c) Modelo Social

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a visão da humanidade para si mesma entra em um processo de mudança e transformação, não se admitindo um isolamento dos reflexos e efeitos das atitudes e omissões de um país, prova disso é a criação de organizações como a Organização das Nações Unidas (ONU)⁴ e os Estados Americanos (OEA)⁵.

⁴ Depois da II Guerra Mundial, que devastou dezenas de países e tomou a vida de milhões de seres humanos, existia na comunidade internacional um sentimento generalizado de que era necessário encontrar uma forma de manter a paz entre os países. Porém, a ideia de criar a ONU não surgiu de uma hora para outra. Foram necessários anos de planejamento e dezenas de horas de discussões antes do surgimento da Organização. O nome Nações Unidas foi concebido pelo presidente norte-americano Franklin Roosevelt e utilizado pela primeira vez na Declaração das Nações Unidas, de 1º de janeiro de 1942, quando os representantes de 26 países assumiram o compromisso de que seus governos continuariam lutando contra as potências do Eixo. A Carta das Nações Unidas foi elaborada pelos representantes de 50 países presentes à Conferência sobre Organização Internacional, que se reuniu em São Francisco de 25 de abril a 26 de junho de 1945. As Nações Unidas, entretanto, começaram a existir oficialmente em 24 de outubro de 1945, após a ratificação da Carta por China, Estados Unidos, França, Reino Unido e a ex-União Soviética, bem como pela maioria dos signatários. O 24 de outubro é comemorado em todo o mundo como o “Dia das Nações Unidas”. Durante a primeira reunião da Assembleia Geral que aconteceu na capital do Reino Unido, Londres, em 1946, ficou decidido que a sede permanente da Organização seria nos Estados Unidos. Em dezembro de

Essa mudança de paradigma tem seus efeitos sobre as relações intersubjetivas no nível planetário, e o caminho para o estabelecimento começa nas normas de convivência e preservação da espécie humana por meio do cumprimento de direitos que, como seres vivos, possuem indivíduos, independentemente de suas próprias características (ONU, 1948)⁶.

Pode-se dizer que a origem, o desenvolvimento e a articulação do modelo em análise foram gerados, basicamente, pela rejeição dos fundamentos dos anteriores modelos expostos acima.

1946, John D. Rockefeller Jr. ofereceu cerca de oito milhões de dólares para a compra de parte dos terrenos na margem do East River, na ilha de Manhattan, em Nova York. A cidade de NY ofereceu o restante dos terrenos para possibilitar a construção da sede da Organização. Hoje em dia, a estrutura central da ONU fica em Nova York, com sedes também em Genebra (Suíça), Viena (Áustria), Nairóbi (Quênia), Addis Abeba (Etiópia), Bangcoc (Tailândia), Beirute (Líbano) e Santiago (Chile), além de escritórios espalhados em grande parte do mundo.

<<https://nacoesunidas.org/conheca/historia>> Acesso em: 20 out.2016.

⁵ A Organização dos Estados Americanos é a organização regional mais antiga do mundo, que remonta à Primeira Conferência Internacional dos Estados Americanos, realizada em Washington, DC, de outubro de 1889 a abril de 1890. Essa reunião aprovou a criação da União Internacional das Repúblicas Americanas e o palco estava montado para a tecelagem de uma rede de provisões e instituições que veio a ser conhecida como sistema interamericano, o mais antigo sistema institucional internacional. A OEA surgiu em 1948, com a assinatura em Bogotá, Colômbia, da Carta da OEA, que entrou em vigor em dezembro de 1951. Foi posteriormente alterada pelo Protocolo de Buenos Aires, assinado em 1967, que entrou em vigor em 1948. Fevereiro de 1970; pelo Protocolo de Cartagena das Índias, assinado em 1985, que entrou em vigor em novembro de 1988; pelo Protocolo de Manágua, assinado em 1993, que entrou em vigor em janeiro de 1996; e pelo Protocolo de Washington, assinado em 1992, que entrou em vigor em setembro de 1997. A Organização foi criada para alcançar, entre seus Estados membros - conforme estipulado no Artigo 1 da Carta - "uma ordem de paz e justiça, para promover sua solidariedade, fortalecer sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial, e sua independência ". Hoje, a OEA reúne todos os 35 Estados independentes das Américas e constitui o principal fórum governamental político, jurídico e social do Hemisfério. Além disso, concedeu status de observador permanente a 69 estados, bem como à União Européia (UE). A Organização utiliza uma abordagem de quatro vertentes para implementar efetivamente seus propósitos essenciais, com base em seus principais pilares: democracia, direitos humanos, segurança e desenvolvimento. <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia>> Acesso em: 20 out.2016.

⁶ A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento marco na história dos direitos humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos. Desde sua adoção, em 1948, a DUDH foi traduzida em mais de 500 idiomas – o documento mais traduzido do mundo – e inspirou as constituições de muitos Estados e democracias recentes. A DUDH, em conjunto com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e seus dois Protocolos Opcionais (sobre procedimento de queixa e sobre pena de morte) e com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Protocolo Opcional, formam a chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos. Uma série de tratados internacionais de direitos humanos e outros instrumentos adotados desde 1945 expandiram o corpo do direito internacional dos direitos humanos. Eles incluem a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), entre outras.

<<https://nacoesunidas.org/conheca/historia>> Acesso em: 20 out.2016.

Os pressupostos fundamentais do modelo social são dois: primeiramente, descarta-se que as causas que originam a deficiência não são religiosas nem científicas, mas, sim, de cunho social ou, pelo menos, predominantemente social; segundo, existem, sim, limitações individuais, mas as raízes do problema são as limitações da própria sociedade. O foco não são as deficiências individuais em si, mas sociais, ou seja, como a própria sociedade projeta a imagem daquela pessoa com deficiência.

Assim, se for considerado que causas que originam a deficiência são sociais, as soluções não devem registrar-se individualmente com a pessoa afetada, mas, sim, identificadas e promovidas dentro da própria esfera da sociedade.

Dessa forma, o modelo anterior centra-se na reabilitação ou na normalização das pessoas com deficiência, enquanto o modelo em análise defende a reabilitação ou padronização de uma sociedade, desenhada e redesenhada para lidar com as necessidades de todas as pessoas.⁷

É nesse modelo que os laços se estreitam com os direitos humanos, agora não mais objetivando a integração da pessoa com deficiência em si, mas, sim, uma inclusão social pela eliminação das barreiras e dos obstáculos que dificultem ou impeçam o pleno exercício de seus direitos.

Joyceane Menezes (2015) esclarece:

As barreiras externas que agravam a deficiência são definidas como qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a sua participação social, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, a compreensão, à circulação com segurança, entre outros. (MENEZES, 2015, p.10)

A explanação feita neste trabalho, sobre os modelos de reconhecimento das pessoas com deficiência ao longo da história, não deteve, nesse tópico, atenção para identificar ou distinguir as espécies de deficiência, se é física ou intelectual; contudo, para uma melhor compreensão do que se almeja argumentar ao final, deve-se passar pelo estudo da nomenclatura e sua correlata evolução, tendo em

⁷ Nesses termos, Agustina Palacios (2008, p. 103-104): “Los presupuestos fundamentales del modelo social son dos. En primer lugar, se alega que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino sociales o al menos, preponderantemente sociales. Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social.”

vista que as palavras emitem sentidos nos dois caminhos, de quem fala e de quem ouve, razão pela qual o tratamento verbal dado às pessoas com deficiência também contribuiu para enaltecer o contexto em que estavam inseridas, ou, por vezes, como afirmado no início, para subjugar-las.

2.2 Definições da deficiência

Não há outra forma de se começar essa análise, senão pela nomenclatura, pela terminologia adotada àquelas pessoas com deficiência, visto que esse termo foi o último adotado e, para chegar até aqui, passou por um longo percurso de discriminação e agruras, não significando, contudo, que tenha cessado, mas vem sendo mitigado a cada ano.

2.2.1 Da nomenclatura

O aspecto fundamental que se atribui a essa evolução conceitual passa pelo aumento constante do reconhecimento e, indiscutivelmente, do sentimento de respeito às pessoas com deficiência.

Nessa esteira de raciocínio, o que se quer enfatizar é que não adianta editar uma gama fabulosa de leis normativas se, de fato, a ideia de inclusão pelo respeito às diferenças não estiver internalizado e fomentar a lei moral nos moldes pensados por Kant⁸. (KANT, 2004)

Menotti, ao abordar a consciência da lei moral como ensejadora do sentimento de respeito, expressou:

Segundo Kant, é a consciência da lei moral que ocasiona o sentimento do respeito, o qual, por sua vez, faz com que a necessidade de praticar uma ação por respeito à lei se torne um dever para o agente, i.e., que a lei

⁸ Segundo Kant: “Uma ação praticada por dever tem o seu valor moral, não no propósito que com ela se quer atingir, mas na máxima que a determina; não depende, portanto, da realidade do objeto da ação, mas somente do princípio do querer segundo o qual a ação, abstraindo de todos os objetos da faculdade de desejar, foi praticada. [...] Em que reside pois este valor, se ele se não encontra na vontade considerada em relação com o efeito esperado dessas ações? Não pode residir em mais parte alguma senão no princípio da vontade, abstraindo dos fins que possam ser realizados por uma tal ação; pois que a vontade está colocada entre o seu princípio a priori, que é formal, e o seu móbil a posteriori, que é material, por assim dizer numa encruzilhada; e, uma vez que ela tem de ser determinada por qualquer coisa, terá de ser determinada pelo princípio formal do querer em geral quando a ação seja praticada por dever, pois lhe foi tirado todo o princípio material”. (KANT, 2004, p. 30).

objetivamente necessária seja “sentida” pelo agente, também como subjetivamente obrigante. Assim, Kant visa a mostrar que a lei moral não determina a vontade por meio de um ato mecânico, pois há um processo pelo qual o agente tem de reconhecer a lei moral e decidir obedecer a essa lei. Por isso, há uma constante preocupação de Kant em estabelecer uma “força motora subjetiva” no processo da fundamentação do agir moral, porque, sem certa mediação pela consciência da lei e pelo sentimento do respeito, a lei moral simplesmente não poderia se tornar prática, uma vez que, no caso de sua determinação imediata, a ação do homem deixaria de ser vista como uma ação livre. Nessa perspectiva, observa-se que Kant exige que o homem tenha a capacidade de agir segundo a representação de leis, ou seja, que a capacidade de agir livremente seja usada não só para fins empíricos, mas para a fundamentação dos princípios da vontade. (MENOTTI, 2012, p. 44)

Mas antes de haver essa consciência e o respectivo respeito às diferenças, os termos, os conceitos e as nomenclaturas expressavam o tratamento excludente e pejorativo que era dado às pessoas com deficiência, seja física seja intelectual.

Ainda no tocante à nomenclatura, é oportuno aqui fazer a distinção conceitual entre as pessoas com deficiência física e as intelectuais, abordando-se, a princípio, o contexto no qual restaram inseridas aquelas e, em pós, discutir-se-á o destas, principalmente da migração da expressão de deficiência mental para deficiência intelectual.

Hoje é um pouco mais raro, mas, em um passado não tão remoto, ouvir expressões do tipo “aleijado”, “cego”, “moco”, “fanho”, “cegueta”, “maneta”, “perneta”, “coxo”, “manco”, “paralítico”, “inválido” entre outros comuns, quando se referiam a pessoas com algum tipo de deficiência física, por mais absurdo que pareça, era tido como expressões normais e socialmente aceitáveis.

Não raro, reconhecem-se personagens históricos e identificam-se suas realizações, por suas peculiaridades físicas, tais como o “Aleijadinho”⁹ e o “Cego Aderaldo”¹⁰.

⁹ Aleijadinho é considerado o mais importante artista brasileiro do período colonial. Entretanto, alguns pontos de sua vida são ainda obscuros, a começar por sua data de nascimento. A data de 29 de agosto de 1730, encontrada em uma certidão de óbito de Aleijadinho, conservada no arquivo da Paróquia de Antônio Dias de Ouro Preto. Baseado neste segundo documento, o artista teria falecido em 18 de novembro de 1814, com setenta e seis anos, e seu nascimento dataria, portanto, de 1738. Antônio Francisco Lisboa nasceu bastardo e escravo, uma vez que era “filho natural” do arquiteto português Manoel Francisco Lisboa e de uma de suas escravas africanas. “A lepra nervosa é a única afecção capaz de explicar a mutilação (perda dos dedos dos pés e alguns das mãos), a deformidade (atrofia e curvamento das mãos) e a desfiguração facial, as quais lhe valeram a alcunha de Aleijadinho. <<https://www.escriitoridearte.com/artista/aleijadinho>> (Acesso em 10 out 2018)

¹⁰ Nascido Aderaldo Ferreira de Araújo, em junho de 1878, o poeta repentista Cego Aderaldo foi não apenas o maior nome da poesia cantada e improvisada no Brasil, mas um mito. Sua obra influenciou

Porém, hodiernamente, nenhuma daquelas nomenclaturas é mais aceita no meio social, inclusive, tendo a legislação seguido, mesmo que tardiamente, essa evolução de termos. Ao se analisar o Código Civil de 1916¹¹, encontram-se expressões como “surdo-mudo”, inseridas no rol dos absolutamente incapazes, pois não eram, em regra, capazes de exprimir a sua vontade, seja porque não tinham acesso a alternativas de linguagem, seja pela incompreensão dos interlocutores também decorrentes da falta de instrução, ou ainda, “loucos de todo gênero”, fazendo referência a todo e qualquer deficiência intelectual.

Ouvem-se, ainda, durante esse período evolucionar, expressões como “mongoloide” ou “mongol”, “débil mental”, “doente mental”, “retardado”, “anormal”. O próprio Código Civil de 2002 utilizava a expressão “os excepcionais” até o advento do EPD, em 2015, o que mostra, mais uma vez, que o Direito vai em busca dos fatos, sem, contudo, alcançá-los, haja vista o dinamismo das mudanças sociais.¹²

É da origem do Direito o estudo da valoração dos fatos como ensejador da norma, representando esta a integração deles segundo seus valores, ou seja, é a expressão de valores que se concretizam na condicionalidade dos fatos histórico-sociais. Miguel Reale arremata:

Fato, valor e norma devem, em suma, estar sempre presentes em qualquer indagação sobre o Direito, respectivamente como momento dos outros dois fatores. Desse modo, a Sociologia Jurídica, que cuida das condições empíricas da eficácia do Direito, não pode deixar de apreciar a atualização normativa dos valores no meio social. Poder-se-ia dizer que o sociólogo do Direito, recebendo os valores e as normas como experiência social concreta, tem como meta de sua indagação o fato da efetividade dos valores consagrados em normas positivas, ao passo que o jurista, enquanto

a música popular e as artes brasileiras nas décadas de 50 e 60. Cego Aderaldo descobriu as rimas em Quixadá, no sertão do Ceará, pouco depois de perder a visão em um acidente. Quando a mãe faleceu, Aderaldo decidiu viajar pelo sertão nordestino e disseminar sua poesia. Em 1914, disputou um duelo de rimas com Zé Pretinho, conhecido repentista do Piauí. A famosa vitória lhe renderia prestígio pelo resto da vida. Apesar de nunca ter se casado, Cego Aderaldo adotou e criou 26 crianças. A todos deu estudo e profissão. Inovador e criativo, foi exibidor de cinema na década de 30 e levou a cantoria para as grandes capitais, onde era saudado como personagem do nível de Padre Cícero e Lampião. <<http://tvbrasil.ebc.com.br/cine-nacional/2018/09/cego-aderaldo-o-cantador-e-o-mito>> (Acesso em 10 out 2018)

¹¹ Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I. Os menores de dezesseis anos.

II. Os **loucos de todo o gênero**.

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

IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz. (grifou-se)

¹² Seria uma variação de interpretação do ditado árabe “*os cães ladram e a caravana passa*” atribuindo à carruagem a figuração dos fatos sociais e aos cães a tentativa em vão de alcançá-la, pois os cavalos que a conduzem são sempre mais rápidos. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm> (Aceso em 20 jul 2018)

tal, considera valor e fato em razão da normatividade, a qual é o seu objetivo específico. O filósofo do Direito, por outro lado, indaga das condições transcendental-axiológicas do processo empírico da vigência e da eficácia. (REALE, 1994, p. 614)

Jonh Langshaw Austin (1990)¹³, ao elaborar um método de interpretação do vernáculo e da linguagem, o qual se denomina análise filosófica da linguagem ordinária, traduz muito do que se propôs o Estatuto da Pessoa com Deficiência, quando defende a expressão “dizer é fazer”, sendo esse, inclusive, o título de uma de suas obras mais lidas.

Ainda citando a obra de Austin, percebem-se as relações contextuais imbricadas dos mais variados elementos culturais, sociais, políticos e racionais, sendo, pois, uma amálgama indissociável:

Podemos afirmar, então, que quando analisamos a linguagem nossa finalidade não é apenas analisar a linguagem enquanto tal, mas investigar o contexto social e cultural no qual é usada, as práticas sociais, os paradigmas e valores, a "racionalidade", enfim, desta comunidade, elementos estes dos quais a linguagem é indissociável. A linguagem é uma prática social concreta e como tal deve ser analisada. Não há mais uma separação radical entre "linguagem" e "mundo", porque o que consideramos a "realidade" é constituído exatamente pela linguagem que adquirimos e empregamos. Duas são as consequências básicas desta nova visão proposta por Austin. Surge um novo paradigma teórico que considera a linguagem como ação, como forma de atuação sobre o real, e portanto de constituição do real, e não meramente de representação ou correspondência com a realidade. Em decorrência, dá-se a passagem para um segundo plano do conceito de verdade, conceito central da semântica clássica, já que corresponde precisamente à garantia de adequação entre linguagem e realidade, em seu aspecto tanto lógico como epistemológico. A verdade é substituída agora pelo conceito de eficácia do ato, de sua "felicidade", de suas condições de sucesso, e também pela dimensão moral do compromisso assumido na interação comunicativa, sempre enfatizado por Austin. (AUSTIN, 1990, P.10)

¹³ Entendimento retirado do prefácio: Para ilustrar o método de análise austiano bastaria aqui reconstruirmos sua elucidação de um problema dos mais importantes da ética, a questão da responsabilidade que decorre de uma ação. Esta análise encontra-se no que é talvez seu trabalho mais elaborado no gênero, *A Pleafor Excuses*. Pelo procedimento que Austin estabelece, em lugar de partir de noções abstratas oriundas de uma teoria ética ou de conceitos muito amplos como responsabilidade, ação, vontade, etc., toma como ponto de partida a análise de advérbios como "voluntariamente", "deliberadamente", "acidentalmente", "inadvertidamente" e outros congêneres, exatamente por serem, enquanto advérbios, palavras que qualificam ou determinam o termo "ação". E a razão de assim proceder radica-se no fato de as condições de possibilidade de emprego destes termos revelarem as circunstâncias que permitem ao falante usá-los para justificar, desculpar ou eximir-se da responsabilidade de seu ato. Neste tipo de análise encontramos o germe de uma de suas concepções mais originais, desenvolvida no presente livro, segundo a qual. "minha palavra é meu penhor" o que faz com que se considere o ato de fala, a interação comunicativa propriamente dita, como tendo um caráter contratual ou de compromisso entre partes. (AUSTIN, 1990, p. 9)

Somado a esse reconhecimento inegável da importância inclusiva no novo formato de exclusão de barreiras e obstáculos, formalmente, faz-se necessário que essa evolução também seja objeto de interesse e tratativa de políticas públicas, ao estruturar os mecanismos e favorecer a inclusão dessas pessoas, ultrapassando, assim, as nomenclaturas e chegando às pessoas:

A adoção de nomenclaturas propostas deve vir acompanhada de mudanças conceituais, estruturais, políticas e sociais. E, no caso brasileiro, um caminho para evitar os descompassos propostos entre tendências internacionais, legislação e práticas dos profissionais seria o desenvolvimento de uma melhor articulação entre as decisões do poder público e participação das comunidades escolares nestas decisões. As mudanças não podem simplesmente ser impostas de cima para baixo, sem considerar a realidade dos professores que diretamente vão lidar com elas. No caso específico da definição da deficiência intelectual este fato é ainda mais agravante, levando em consideração que o olhar que temos sobre ela é influenciado pelo contexto social, econômico, político, cultural do qual fazemos parte (VELTRONE; MENDES, 2011, p. 420).

Resta indiscutível, por óbvio, que a evolução conceitual ou terminológica deve ser acompanhada de mudanças estruturais e, sobretudo, de atitudes diante do novel conceito da deficiência intelectual. Há de se considerar, ainda, uma hercúlea necessidade de que a sociedade organizada esteja com os olhos abertos a enxergar qualquer tipo de deficiência com todas as suas cores, inclusive, misturando-as às demais e desenvolvendo novos matizes.

2.2.2 Do retardo mental à deficiência intelectual

A nomenclatura de “deficiência intelectual”, como conhecida atualmente, assumiu outras formas ao longo dos anos, sempre na contínua necessidade de pensar e repensar por qual grupo esse termo seria definido. Contudo, o que salta aos olhos é que, por outro lado, sempre se buscou, pelo menos na teoria, a melhor e menos traumática forma de definir essas pessoas.¹⁴

Dentro de um contexto histórico, a relevância dessa discussão tomou corpo quando uma das mais importantes organizações mundiais que tratam de deficiência intelectual, a outrora *American Association on Mental Retardation*

¹⁴ (Chantal Belo et al (2017, online)): “Quanto à designação ‘intelectual’ em vez de ‘mental’, há muito que esta questão se aborda, uma vez que a avaliação realizada é, de facto, sobre factores intelectuais, ou seja, factores verbal, numérico, espacial, etc., subjacentes ao constructo do funcionamento da inteligência que é mais analítico que o da mente ou mental, que é mais global.”

(AAMR), adotando a nomenclatura deficiência intelectual em detrimento da anterior retardo mental, alterou o seu próprio nome, passando a se chamar *American Association on Intellectual and Developmental Disabilities (AAIDD)*¹⁵, definindo, ainda, a deficiência intelectual como a “incapacidade caracterizada por limitações significativas tanto no funcionamento intelectual quanto no comportamento adaptativo expresso em habilidades conceituais, sociais e práticas. Esta inabilidade se origina antes da idade dos 18 anos.” (AAIDD, 2018)

Suas publicações influenciam e estimulam políticas públicas em todo o mundo, inclusive aqui no Brasil que, em seus documentos oficiais, vem adotando essa “nova” terminologia, não obstante a alteração ter sido promovida pela AAIDD em 2004.

O próprio Código Civil de 2002, até o advento do EPD em 2015, utilizava expressões como os “excepcionais sem desenvolvimento mental completo” e “os que, por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento”.

A questão se tornava mais complexa quando, apesar de os termos acima serem tidos como sinônimos, o Código Civil elencava-os em categorias distintas, ou seja, como hipótese de incapacidade relativa e incapacidade absoluta, respectivamente.

Este sempre foi o complicador que se repetia por toda a legislação: estabelecia-se uma categoria, uma terminologia, sem, contudo, efetiva e didaticamente, conceituar suas definições ou distinções, por exemplo, a distinção das pessoas que tinham um “discernimento reduzido” daquelas que não tinham o “necessário discernimento”, criando, por vezes, obstáculos robustos à proteção real dos direitos dessas pessoas.

¹⁵ Desde 1876, a Associação Americana de Deficiências Intelectuais e do Desenvolvimento (AAIDD) fornece liderança mundial no campo das deficiências intelectuais e de desenvolvimento, sendo uma poderosa comunidade de líderes com voz forte e missão importante. AAIDD, (anteriormente AAMR - American Association on Mental Retardation) é a mais antiga e maior organização interdisciplinar de profissionais e cidadãos preocupados com deficiências intelectuais e de desenvolvimento. Somos incansáveis promotores de políticas progressistas, pesquisas sólidas, práticas eficazes e direitos humanos universais para pessoas com deficiências intelectuais e de desenvolvimento. Com mais de 5.000 membros nos Estados Unidos e em 55 países em todo o mundo, a AAIDD é líder em defesa da qualidade de vida e direitos para pessoas com deficiências intelectuais. Nossos benefícios para membros de primeira linha, como treinamento profissional, publicações e apoios, são criados por e para profissionais que apoiam pessoas com deficiências intelectuais e de desenvolvimento. Os membros da AAIDD são um grupo impressionante de profissionais dedicados, com diplomas avançados e ampla experiência de campo. (AAIDD, 2018)

Esses obstáculos eram presentes em uma ou outra categoria, uma vez que nem mesmo entre os profissionais da saúde ligados à detecção e ao diagnóstico conseguiram criar critérios precisos, ou, no mínimo, dissociáveis, para uma correlata identificação de pessoas com deficiência intelectual, capaz de ensejar o enquadramento nas categorias de absoluta ou relativa incapacidade.

Apesar da mudança da nomenclatura, segundo a própria AAIDD, em Manual de Definição, Classificação e Sistemas de Suportes (AAIDD, 2010), o termo “deficiência intelectual” abrange, igualmente, as pessoas identificadas com o diagnóstico do retardo mental, sendo, pois, relevante, também segundo o próprio manual, a consideração dos dois termos como sinônimos, referenciando-os na definição do sistema de classificação.

Todavia, mesmo considerando que a definição da deficiência intelectual abranja a mesma definição para o retardo mental, como rotulado em 2002, essa nova nomenclatura é considerada, indiscutivelmente, mais adequada, já que resulta das mudanças de concepção de deficiência intelectual descritas pela própria AAIDD, traduzindo uma postura menos ofensiva, inclusive de forma audível, refletindo, por fim, uma condição de mais dignidade e respeito.

Não obstante a discussão sobre a mudança da terminologia, a dificuldade ainda persiste quanto à compreensão e à conceituação, ao passo que precisa ser específica para permitir, no caso concreto, perante a individualidade da pessoa com deficiência, a diferenciação de outras situações análogas, aprimorando, assim, a comunicação entre as entidades. De outro modo, deve ser uma expressão geral que permita ser utilizada em diferentes grupos, como escolas, clínicas médicas, entidades de pesquisa e administração pública, inclusive, as identificadas pelo próprio indivíduo.

Considerando, também, que as atuais definições propostas possam ser consideradas atemporais, é necessário compreender que, na prática, as conceituações podem ser conduzidas por variadas abordagens, não incorporando a desejada definição a partir de uma perspectiva de multideterminação da definição. Ademais, deve-se ficar atento como se vem estruturando as formas e os métodos de identificação da deficiência intelectual.

Dessa forma, a mudança da terminologia não pode resumir-se à semântica, mas, sim, representar mudanças também funcionais e ser capaz de

refletir o conceito atual e, ainda, estar apta a incorporar novos conhecimentos e componentes, inclusive, considerando o indissociável contexto político, social e cultural¹⁶. (CIRILO, 2008, p. 30)

Outro fato ordinário e notório, seja qual for das inúmeras terminologias ou definições da deficiência intelectual, é que essa condição sempre será identificada, *prima facie*, como um déficit do indivíduo em relação a uma norma, seja esse déficit comportamental, funcional, intelectual ou social, e o que é pior, sempre em comparação com a forma conduzida pelas demais pessoas com quem interage.

Porém, a mudança da terminologia “deficiente mental” para “deficiente intelectual” é, inegavelmente, uma estratégia que agradou a todos e, pelo menos, em tese, garante às pessoas com deficiência um tratamento mais humanizado, rompendo os paradigmas nominativos pejorativos que os acompanhavam desde há muito, igualando-as, visto que não há o mesmo grau de inteligência, inclusive, os ditos sem nenhuma deficiência intelectual.

Para se identificar, porém, se essa dita humanização é sentida pelas próprias pessoas com deficiência, é mister averiguar com aqueles que tratam diretamente com elas, mensurando até que ponto essa mudança de nomenclatura gerou consequências práticas na esfera pessoal e/ou profissional, sempre considerando, por lógico, o contexto social e cultural de definição da condição da deficiência intelectual.

Atualmente, têm-se vivenciado políticas fundamentadas nos princípios da democracia, respeitando-se as potencialidades e as especificidades de cada um, em um esforço de criar um novo paradigma inclusivo, de escolhas sexuais, religiosas, educacionais etc.

Reconhecer, pois, que a pessoa com deficiência precisa estar inserida em um ambiente social macro no qual a deficiência, seja física ou intelectual, deixa de ser o ponto central e mira-se apenas na condição da pessoa humana; não se está negando ou ocultando a existência da deficiência ou da limitação provocada por ela, mas, abraçando, definitivamente, o modelo social de preparar os caminhos para que todos tenham acesso aos direitos fundamentais com a eliminação das barreiras

¹⁶ Maria Assunção Cirilo discute ainda que, no campo de conhecimento e também na prática, não é possível estabelecer uma unanimidade do que seja a deficiência intelectual, e isso ocorre nos campos da medicina, psicologia e pedagogia. É sempre importante desenvolver estudos sobre a temática com o intuito de compreender como estas mudanças vêm sendo interpretadas para que possamos avançar nas discussões e compreensões sobre a deficiência intelectual. (CIRILLO, 2008, p.89)

sociais que são impostas a todas as pessoas em geral, com mais veemência, às pessoas com deficiência.

Por essa razão, essa discussão deve ser acolhida na sociedade de forma que, por ela, se produza conhecimento suficiente para conceder eficácia aos normativos existentes e aos vindouros, para que, uma vez inseridos no ordenamento jurídico, não sejam obnubilados, com a ofuscação dos teóricos com suas mentes brilhantes em busca da teoria mais iluminada, nem tampouco com a escuridão provocada pela turva luz que emana da estrutura jurisdicional brasileira arcaica e acorrentada ao calabouço do patrimonialismo.

A premissa é que alteração no regime de (in)capacidade promovida pelo EPD tem como gloriosa intenção favorecer a igualdade e fortalecer a dignidade da pessoa humana com a concessão da autonomia da vontade, sendo o caminho mais concreto para uma inclusão que possa ser vista e sentida por todos.

3 AS TUTELAS NORMATIVAS DE PROTEÇÃO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA: (IN)EFICÁCIA

Neste capítulo, a proposta é circunstanciar os normativos, estrangeiros e nacionais, analisando origem, proposta e, principalmente, o âmbito de sua correlata eficácia, tomando contornos mais relevantes, dada a imbricada relação com os direitos fundamentais que os normativos que tratam das pessoas com deficiência carregam, sendo tarefa árdua a mera tentativa de separar os elementos que formam esse amálgama de direitos.

Não se pode olvidar que, via de regra, a origem e os objetivos desses normativos foram fomentados, desde a discussão original até o respectivo vigor, pelas mais sublimes intenções de se buscar a inclusão das pessoas com deficiência, garantindo-lhes igualdades de acesso aos direitos fundamentais com o afastamento das mais variadas barreiras sociais, como defendido no modelo social.

3.1. Uma visão geral da eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares

A partir do século XX, surge o debate sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, uma vez que se partia da premissa que tais direitos não teriam essa eficácia horizontal, admitindo-se, tão somente, a teoria que indica uma verticalização dessa eficácia, ou seja, quando na relação presente o Estado e o particular.

Concebida nos Estados Unidos e difundida como *state action doctrine*¹⁷ (UBILLOS, 2008), tal teoria defendia que a amplitude dos direitos fundamentais

¹⁷ Conforme podemos observar no posicionamento de Juan Ubillos, quando a qual: “ São cada vez menos os autores que negam a relevância dos direitos fundamentais na esfera do Direito privado. Todavia há quem considere que essa extensão, anti-natural, do âmbito tradicional de aplicação dos direitos constitucionais é desnecessária. As ameaças procedentes dos particulares se contemplam nas leis civis e penais e não na Constituição, que somente traça os limites que o poder público não pode franquear. Esta é a posição de autores ancorada no pensamento paleoliberal, como Forsthoff, ou de alguns civilistas receosos pela autonomia de sua disciplina, que crêem que a Constituição não tem nenhum papel além de expor a regulação das relações público-privadas. Para este setor, a fórmula da *Drittwirkung* é inútil, porque poderia-se alcançar os mesmos resultados mediante os tradicionais instrumentos do Direito civil. Quem rechaça a eficácia dos direitos fundamentais em face aos particulares empunham como principal argumento a irremissível degradação que sofreria o princípio da autonomia privada, critério de referência exclusivo e excludente na hora de processar a licitude dos atos privados. Estes autores chamam a atenção sobre a lógica de liberdade que

somente abarcava as relações nas quais, obrigatoriamente, o Poder Público era partícipe, ou seja, nas relações entre o Estado e o particular, com o escopo específico de salvaguardar a liberdade individual em dinâmica com a liberdade social, em possível afronta a essas liberdades autoradas sempre pelo Estado.

Na Alemanha, em contraposição à *state action doctrine*, surge entendimento, diametralmente, oposto, de que os direitos fundamentais não se aplicariam somente às relações em que figurassem entes privados e um ente representativo do Estado, mas, inclusive, nas relações interparticulares que pudessem reverberar os ditames de qualquer direito fundamental, ao que a doutrina alemã chama *drittwirkung*¹⁸.

Apesar de a teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais desenvolvida por Günter Dürig (DÜRIG, 2000) ser a teoria dominante e, portanto, adotada e defendida pela maioria dos juristas germânicos, inclusive, pela Corte Constitucional daquele país, a teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, não obstante minoritária na Alemanha, tem indiscutível respaldo na doutrina de outros Estados europeus.

No Brasil, essa corrente teórica encontrou terreno fértil, uma vez que, com o neoconstitucionalismo, a ideia de irradiação dos direitos fundamentais a todas as esferas, pública e privada, assumiu, rapidamente, larga proporção, defendendo-se a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, não só as relações com o Poder Público, mas também entre os particulares.

atravessa o Direito privado. Suas normas se apresentam como um modelo de equilíbrio na defesa das liberdades individuais, de modo que a irrupção dos direitos garantidos diretamente pela Constituição neste marco de paz social e liberdade seria perturbadora. Esta é a base das posturas para as quais a *Drittwirkung* pode ser uma espécie de "cavalo de troia" que poderá destruir o sistema construído sobre a base da autonomia privada." (UBILLOS, 2008)

¹⁸*Drittwirkung der Grundrechte* – “A expressão *Drittwirkung der Grundrechte* (eficácia frente a terceiros dos direitos fundamentais) foi cunhada por H. C. Nipperdey em trabalho doutrinário publicado em 1954 (“Die Würde des Menschen”, inserido na obra coletiva *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, organizada pelo próprio Nipperdey, juntamente com Neumann e Scheuner), na qual Nipperdey salienta que na sociedade contemporânea determinadas entidades privadas dispõem de enorme poder econômico e social, capaz de afetar um grande número de indivíduos em vários aspectos de suas vidas privadas – tanto quanto o Estado. Daí por que se entende que se é certo que determinados direitos fundamentais buscam proteger o indivíduo contra atuações estatais (que ele exemplifica com o direito de asilo, liberdade de reunião, liberdade de circulação, entre outros), outros direitos fundamentais existem que podem ser invocados pelos indivíduos contra a atuação de outros entes privados cujo poder econômico e social (*Sozialmacht*) os equipara ao próprio Estado. Dentre tais direitos encontrar-se-iam a dignidade humana, o livre desenvolvimento da personalidade, o princípio da isonomia entre homens e mulheres, a proibição de discriminação, etc. (NETO, 2006),

A eficácia dos direitos fundamentais ampla, que esborda a esfera pública, tomou vários nomes, como eficácia horizontal, eficácia externa ou eficácia privada, expressões que traduzem a aplicação direta das garantias individuais e dos direitos fundamentais nas relações dialéticas entre entes privados, sem a presença do ente estatal, entendendo que o particular também deve respeitá-los quando do trato com outro particular. (SARLET, 2011)

Conforme anunciado, a teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais é majoritária na doutrina tupiniquim, sendo sustentada por autores como Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2011) e Jane Reis Gonçalves Pereira (PEREIRA, 2003).

Francisco Luciano Lima Rodrigues, em lúcida anúnciação textual, traça direcionamento quanto à força imediata das normas constitucionais aplicáveis às relações privadas, com ênfase nos negócios jurídicos:

A inclusão dos direitos fundamentais na interpretação das relações privadas, pode ser definida a partir da ideia de que, na qualidade de princípio constitucional, deve reger ou espalhar-se por toda a ordem constitucional de modo a avaliar a interpretação das regras de direito entre particulares e o Estado como também com relação aos particulares entre si. Esta ideia, de certa forma, refuga o entendimento inicial de que os direitos fundamentais estariam apenas numa posição que permitia ao particular se contrapor às ofensas do Estado. Com ampliação do entendimento, é possível defender que as relações entre os particulares, especialmente as relações contratuais possam ser pautadas, para efeito de interpretação, pela observação do atendimento aos direitos fundamentais especialmente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Na ordem constitucional brasileira se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais quando da relação entre si, assim como, por natural, na sua relação com o Estado. (RODRIGUES, 2014, p. 555-556)

Esse assunto transpassa por todos os outros do Direito Privado, sempre em consonância com os direitos de personalidade, buscando o caráter sinalagmático entre estes e os direitos fundamentais.

Alexander Perazo Nunes de Carvalho e Renata Albuquerque Lima (2015) arrematam essa discussão defendendo a utilização da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

Assim, incontestemente que se a compreensão de que o fundamento da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica que, por sua vez, legitima e condiciona todo o direito positivado, a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas é medida que se impõe, uma vez que não reconhecê-la ou

condicioná-la à vontade do legislador ou, por último, limitar o seu alcance à interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do direito privado, significa, simplesmente, retirar a dignidade da pessoa humana do epicentro axiológico da ordem constitucional brasileira. (CARVALHO; LIMA, 2015, p.19)

Nessa linha de interpenetração de relações público-privado e privado-privado, cabe a análise da Convenção Internacional de Nova York em que o Brasil, não satisfeito de ser signatário somente, adotou-a como norma constitucional, por ter sido aprovada nas duas casas legislativas com o quórum fixado na Constituição Federal de 1988.

Calha, também, a análise do novel Estatuto da Pessoa com Deficiência quanto expressão material de direitos fundamentais trazidos na Constituição Federal de 1988 e sua função formal no ordenamento jurídico brasileiro como garante de instituidor de uma nova perspectiva dos direitos de personalidade inerentes àqueles tutelados no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

3.1.1 Direitos fundamentais: eficácia vertical e horizontal no Brasil

Muito se discute sobre a amplitude da eficácia dos direitos fundamentais em um ordenamento jurídico, em especial, quanto ao sentido vertical (Poder Público – relações privadas) e horizontal (relações privadas – relações privadas).

Em verdade, o entendimento dessa vetorização e da respectiva abrangência dos direitos fundamentais passa por identificar seus agentes, ativo e passivo, destinatário e beneficiário, para, então, identificar quais são, e em que grau os efeitos de proteção daqueles direitos perfectibilizam-se na dimensão social em análise.

Como já salientado, não há muita discussão quanto à eficácia dos direitos fundamentais nas relações em que o Poder Público figura como parte. Essa discussão toma corpo, principalmente, quando a temática envolve atos que visem coibir abusos por parte do Estado em desfavor de direitos ou liberdades individuais. Nesse sentido, é fixa a tradução da ideia de que somente o Estado poderia ser o destinatário e o particular beneficiário.

A teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais fora desenvolvida pelo jurista alemão Günter Dürig (1956), tornando-se doutrina dominante naquele país, inclusive, na sua Corte Constitucional.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao reconhecer, aprioristicamente, a todos como plenamente capazes, como alcance a um direito fundamental, garantiu um poder decisório em áreas antes inalcançáveis e, para alguns, inimagináveis, devendo o Estado reconhecer e, sobretudo, fomentar as condições necessárias ao pleno exercício dos direitos fundamentais inerentes às pessoas com deficiência.

O referido normativo estabelece, em seu artigo sexto, que as condutas e as decisões ali enunciadas não serão afetadas pela deficiência:

Art. 6º - A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
 I - casar-se e constituir união estável;
 II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
 III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
 IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
 V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
 VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.¹⁹

Em verdade, não se trata de um procedimento inclusivo com um aumento de possibilidades de subjetivação do exercício de direitos, mas, sim, um movimento reconstrutivo do conceito finalístico de sujeito de direito, do qual se extrai a magnitude da mudança introduzida no cotidiano dessas pessoas ora reconceituadas e os respectivos quebramentos de paradigmas, com especial atenção do Estado à consecução dos seus anseios e das necessidades das pessoas com deficiência.

Ana Luiza Maia Nevares e Anderson Schreiber (NEVARES; SCHREIBER, 2016), em análise da transação entre os conceitos de sujeito de direito e de pessoa, fizeram a seguinte abordagem:

Significa dizer que a noção abstrata de sujeito de direito, construída pela Modernidade como categoria unitária e generalista, na qual todos se encaixariam indistintamente, vem sendo gradativamente substituída pela tutela da pessoa, compreendida em caráter concreto, acompanhada de sua inevitável multiplicidade. Na própria produção legislativa, a proteção ao

¹⁹ BRASIL. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

sujeito de direito – proteção abstrata, geral e formalmente isonômica – cede passagem à proteção do idoso, da criança e do adolescente, do consumidor e assim por diante, revelando crescente atenção aos diferentes personagens em que se fragmenta, na realidade concreta, o outrora monolítico sujeito de direito. Essa mudança de abordagem, que, de fato, tem marcado a experiência jurídica mais recente, não se explica tanto pelo significado jurídico das expressões empregadas – sujeito e pessoa são, de resto, termos que não só podem, mas já foram historicamente utilizados em sentido intercambiável, tendo sido ambos invocados em caráter geral e abstrato, quer em textos doutrinários, quer em tratados internacionais, leis nacionais e decisões judiciais de diferentes países (RODOTÀ, 2007, item 2). O cerne da aludida transformação encontra-se, isso sim, no reconhecimento da insuficiência de uma tutela jurídica dirigida a um destinatário inteiramente abstrato, à luz de valores como a igualdade material e a solidariedade social – valores que as experiências jurídicas contemporâneas elegem como diretrizes fundamentais e se comprometem a realizar (TEPEDINO, 2004, pp.1-22). A mudança paradigmática, portanto, não é tanto daquele a quem se atribui direitos (sujeito ou pessoa), mas sim da razão (ratio) pela qual esses direitos lhe são atribuídos. (NEVARES; SCHREIBER. 2016, p. 39-40).

Inevitável, nesse aspecto, não fazer conexão com os desafios lançados por Luiz Edson Fachin para que se reconhecesse, à luz da Constituição da República de 1988, a vulnerabilidade da pessoa humana em suas mais variadas configurações, conduzindo a dignidade humana ao ápice do ordenamento jurídico, afastando-se das conceituações abstratas e generalistas em favor de uma interpretação emancipatória da pessoa. (FACHIN, 2006)

O giro repersonalizante, intitulado por Fachin, configura-se pela preocupação constitucional com a pessoa considerada em concreto, estimulando agora uma proteção emancipatória e não somente protetiva, atento aos princípios da isonomia substancial e da solidariedade social. (FACHIN, 2006)

Fachin (2006) assevera quanto ao papel do Direito:

Poderia ser demasiadamente prosaico asseverar que o Direito tem muito a dizer sobre a felicidade individual e o bem-estar coletivo. Não o é. E a aspiração à felicidade também tem muito a informar o Direito, com, por exemplo, reclamando mecanismos que garantam um mínimo possível de vida digna. (FACHIN, 2006, p. 243)

No caso do Direito Civil, Orlando de Carvalho é mais enfático:

A noção chave da disciplina civilística é ... o poder dos homens de esponeamente estabelecerem a disciplina da sua quotidiana convivência ... Um direito civil que não arranque da pessoa - que não arranque do homem e do seu poder de autogestão - é um direito civil sem sentido. (CARVALHO, 1981, p. 31)

Como se verá adiante, a necessidade de se complementar o ordenamento jurídico com uma norma específica sobre a condição das pessoas com deficiência veio à tona para suprir as carências normativas do texto genérico e abstrato da Carta Magna.

O legislador infraconstitucional, vislumbrando as necessidades práticas de atender à demanda de uma minoria da população que sofre com a acessibilidade e o preconceito, tomou a iniciativa de complementar o ordenamento com um documento legal com destinatários específicos, mesmo que permanecendo genérico e abstrato, mas com as demandas específicas para concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana no quesito de inclusão social – como se vê, atendendo, também, à determinação explícita contida no art. 3º da Constituição Federal.

Essa temática, portanto, não se esgota somente nos objetivos político-jurídicos contidos na Carta Magna, mas em ações concretas, emanadas pelo Congresso Nacional e direcionadas não apenas para o Estado, mas, também, para os membros da sociedade.

Dessa maneira, em contratações de funcionários públicos e de empregados de empresas particulares, por exemplo, existe percentual de vagas que são disponibilizadas para pessoas com as deficiências reconhecidas pela legislação, mas, na prática, a efetivação da inclusão não é cumprida.

Alexandre Antonio Bruno da Silva, André Studart Leitão e Eduardo Rocha Dias (2016), expõem essa problemática afirmando que apesar dos avanços legislativos, há muito ainda a se implementar de concreto:

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, definida como O Estatuto da Pessoa com Deficiência, vem dar prosseguimento aos esforços brasileiros pela inclusão social destes indivíduos. A tônica do seu texto é a criação de condições trabalho, de forma competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e de forma a serem atendidas as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e adaptação razoável no ambiente do trabalho. Certamente, apesar de sua importância, a legislação não teve ainda o poder de transformar a sociedade.

As leis que exigem complemento de cotas de deficientes para empresas privadas e aquela que a reserva de vagas para pessoas com deficiência já estão completando 25 (vinte e cinco) anos. Essas leis apresentam requisitos meramente quantitativos, mesmo assim, apesar de todo o esforço, são a todo momento olvidadas pelos entes privados e estatais. O processo de inclusão social é lento. (SILVA; LEITÃO; DIAS, 2016, p. 34-35)

Em face dessas observações, surge a necessidade de se especificar o impacto e os efeitos da legislação constitucional e infraconstitucional na composição das relações privadas, diante da observação acima descrita, e de verificar de que maneira essas regras e princípios jurídicos afetam o comportamento nas relações diretas entre os privados – que serão consideradas como o efeito horizontal da intervenção jurídico-política do Estado nas relações entre os particulares.

Essa abordagem é necessária, perante as concepções que se encontram já sedimentadas na doutrina e difundidas entre os juristas sobre uma falsa dicotomia, já revelada por H. Kelsen, citado por Bobbio, como formas ideológicas de limitar a tarefa científica da jurisprudência e da Ciência do Direito, limitando a própria forma de como se aplicam as diversas interpretações sobre as normas jurídicas:

Ideológicos são os conceitos de direito subjetivo e sujeito jurídico, as clássicas distinções entre direitos reais e direitos de obrigação, entre direito privado e público, e o dualismo entre direito e Estado. Que o juiz declare e não crie o direito não é uma teoria, mas uma ideologia (é a ideologia que deseja manter a ilusão de uma certeza do direito); assim é uma ideologia e não uma teoria a afirmação de que existem lacunas na lei (é a ideologia que permite ao legislador limitar com regras *ad hoc* a liberdade do juiz). (KELSEN, 1993 apud BOBBIO, 2008, p. 104)

Como se pode ver, existe um constante embate entre a necessidade ou desnecessidade de se reconhecer o caráter imperativo de certos princípios e objetivos políticos consagrados no Texto Constitucional que, muitas vezes, estão ligados a problemas de jaez político e, minimamente, sob a responsabilidade da Ciência do Direito e da jurisprudência, campo em que, verdadeiramente, deveriam ser analisados.

Essas questões trazem à tona a discussão sobre a eficácia plena, limitada ou programática das normas-regra e normas-princípio, mas, ainda, colocam o jurista diante da problemática da adesão dos jurisdicionados e cidadãos ao cumprimento das normas jurídicas e da própria imperatividade do Direito.

Reconhece-se corrente, do outro lado, que fomenta a discussão e o firmamento sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, no sentido de que essas normas-regras deveriam ser respeitadas tanto pelo Estado e suas instituições – no plano das relações verticais, que decorrem do poder-dever do Estado de tutelar os comportamentos humanos a partir dos direitos fundamentais, quanto nas

relações dos indivíduos entre si – desta vez, no sentido horizontal, implicando igualdade de direitos e deveres entre os membros da Sociedade.

Essa teoria vem pela simples razão de que a obrigatoriedade de essa classe de normas-regras derivar diretamente da estabilidade sociopolítica da República, integrando o conjunto de direitos essenciais para a existência harmônica e pacífica no seio social.

Indubitavelmente, existe uma incidência de normas de Direito Público e, portanto, derivadas do *jus imperii* nas relações privadas, no que se convencionou chamar de intervenção pública nos assuntos que antes estavam voltados, exclusivamente, à vontade das partes.

A tradição jurídica herdada dos primórdios do positivismo jurídico baseava-se em uma relação de exclusão entre os âmbitos público e privado, de sorte que havia um espaço de não interferência entre ambos, devido à tradição liberal que fomentava, ideologicamente, o afastamento entre vida pública e vida particular.

À sombra dessa dinâmica, estava o período imediatamente anterior às revoluções políticas ocorridas no continente europeu, na substituição do Estado Absolutista pelo Estado de Direito, que propugnou uma quase absoluta intervenção do Estado nos assuntos particulares – como apregoou Ludvig von Mises, citado por Bobbio (MISES, 2007 apud BOBBIO, 2010), o Estado liberal deveria proteger apenas a liberdade individual, a propriedade e manter a paz.

Esse restrito conjunto de atribuições impedia qualquer tipo de ação estatal nos assuntos estritamente privados, como educação dos filhos, relações matrimoniais e relações de trabalho para citar alguns exemplos.

Essa relação jurídica política entre o Estado e o cidadão perdurou até o momento em que a própria população começou a demandar determinadas soluções jurídicas para os casos em que os conflitos e os danos causados nas relações privadas não puderam ser resolvidos no âmbito destas, exigindo uma nova atuação política do Estado na vida privada.

Antes disso, o surgimento de regulamentações das relações sociais do trabalho minou a noção de separação entre os campos do público e do privado, fazendo surgir a doutrina do Direito Social.

Além do mais, se analisado corretamente, pode-se afirmar que a limitação da liberdade contratual, que impede que os contratos tenham objeto ilícito, impulsiona o jurista à percepção de que nem mesmo a liberdade contratual é algo tão amplo que possa desobrigar os particulares ao cumprimento das leis emanadas pelo Estado.

Essa discussão, que foge ao objetivo central do trabalho, surge apenas para que se possam compreender as bases da liberdade de ação que existem entre os particulares: ela não é total, mas mediada por normas jurídicas e, talvez, a grande confusão que se faça em torno do termo liberdade derive, antes de tudo, de uma confusão entre as expressões *freedom* e *liberty* que, na língua anglo-saxã, indicam campo da licitude e permissividade, respectivamente, na qual a primeira é a capacidade de atuar em razão da ausência de normas, e a segunda uma permissão normativa para agir. (SARLET, 2001)

Isso tudo indica que, na realidade, o tema sobre a eficácia horizontal das normas jurídicas em geral deriva, necessariamente, do conjunto de normas que integram um ordenamento jurídico e que garantem, indiretamente, a aplicabilidade das normas jurídicas em geral; a eficácia das normas jurídicas não deriva das normas individualmente consideradas, mas do sistema normativo em si, que lhes reforçam a eficácia. (BOBBIO, 2010)

Assim, da mesma maneira que se pergunta sobre a eficácia das normas jurídicas em geral, quer dizer, se elas cumprem a função regulatória para as quais foram criadas – sendo obedecida pela população e fiscalizada, aplicada e controlada pelas autoridades públicas –, também atinge a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Isso quer dizer que, em nível de eficácia normativa, ou existe a adesão espontânea às normas, ou existe o cumprimento forçado e a aplicação de sanção, em caso de descumprimento. (BOBBIO, 2010)

Faz-se preciso, pois, compreender que não apenas a adesão espontânea, quanto à aplicação forçada das normas, dependerá sempre de uma atuação humana, uma vontade política de agir, que deriva da legitimidade. (SCHMITT, 2007)

Não por outro motivo, Arnaldo Vasconcelos (VASCONCELOS, 2007), em sua teoria do Direito, já assinalava que o Direito é o somatório entre fatos, valores, normas, legitimidade e eficácia, o que induz a se pensar que o princípio da

eficiência, defendido por Kelsen, dependerá sempre da ação humana consciente e ideologicamente orientada para que as normas jurídicas possam produzir efeitos, em face da constatação fenomenológica da cultura jurídica, o âmbito axiológico dos valores sociais, o aspecto ontológico da produção normativa e o reconhecimento da autoridade pública sobre a autonomia dos entes privados.

Então, de fato, pouco importa se as normas jurídicas analisadas são ou não constitucionais: o grande tema a ser discutido é, antes de tudo, a aptidão social para uma vida democrática e fundada em valores que são efetivamente compartilhados entre os membros de uma sociedade.

No caso brasileiro, existem vários aspectos que devem ser observados para que se possa partir para uma discussão sobre a efetividade dos direitos fundamentais na vida dos particulares. Se bem analisadas as questões socioeconômicas e culturais, levantam-se questões bem complexas: a eficácia da norma de igualdade entre homens e mulheres que, segundo dados concretos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), existe apenas no mundo das normas escritas, pois, na prática, os salários pagos às mulheres que exercem as mesmas funções e com o mesmo valor final do serviço alcançam apenas 70% dos salários dos homens. (FONTOURA, 2009)

Essas não são questões especificamente jurídicas, senão problemas concretos que derivam das relações sociais e da cultura brasileira, para as quais o Direito é chamado como uma solução externa e que, se não contarem com um aparato mais sofisticado de apoio e conscientização social, podem-se tornar letra morta.

Em outras palavras, a problemática está mais ligada à formação social e não diretamente dependente de novas legislações e maior repressão. O interessante seria fazer que a população aderisse, espontaneamente, às normas-regras e às normas-princípios positivadas na Constituição Cidadã.

A abordagem deveria ser em desenvolver, de maneira realista, a cidadania em si, concretizando-a em seus mais amplos aspectos, ao contrário de criar soluções normativas que, simplesmente, estão aquém da realidade social, quer por serem desconhecidas – e daí surge não só o problema da conscientização, mas o da educação para os direitos fundamentais - quer por carecerem de mecanismos de controle e fiscalização eficientes a serem ofertados pelo Estado (SARLET, 2011)

– porém, adicionando uma perspectiva ao pensamento de Ingo W. Sarlet, esses mecanismos estatais deveriam ser implementados em parceria com a sociedade civil organizada – organizações não governamentais, serviços comunitários, associações de bairro, movimentos sociais e tantas outras categorias de proteção de direitos individuais e coletivos.

De fato, como se tem observado, a não aplicabilidade do texto constitucional se deve, grandemente, a questões de natureza político-ideológica, como ressaltou Hans Kelsen, afirmando que o princípio da efetividade das normas de um ordenamento jurídico está sempre ligado à vontade dos órgãos decisores, mais do que à aptidão ou inaptidão semântica do conteúdo dos textos normativos. (KELSEN, 1998)

A tarefa do jurista é de interpretar o ordenamento jurídico e, depois, pleitear que sua interpretação atinja os efeitos jurídicos necessários, seguindo, não a lógica do Ser (*Sein*, que é comum às leis da natureza), mas a do Dever Ser (*Sollen*, aplicável à Sociedade e às Ciências do Espírito) como afirmava Kelsen. (BOBBIO, 2008)

Diante do exposto, é preciso que se reconheça que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais relativos às pessoas com deficiência – que é o objeto direito desta investigação – depende, antes de tudo, da adesão espontânea (conseguida por meio de campanhas ativas de conscientização, com a participação da sociedade e de instituições públicas e privadas) e da fiscalização e do controle efetuados pelas autoridades públicas (quer em nível de auditorias nas empresas públicas e privadas, órgãos, departamentos e setores públicos e locais de visitação pública e afins) para se verificar o real e o efetivo cumprimento das normas.

E no caso de inobservância aos preceitos normativos, devem-se aplicar as sanções de caráter educativo e punitivo, conforme o grau de complexidade das situações com que se deparam essas autoridades.

A inclusão social das pessoas com deficiência é um problema ligado diretamente à cidadania. Essa discussão poderia levar a objeções de natureza ideológica – levantando questões sobre liberdade ou igualdade que se desviam dos métodos científicos e do formalismo jurídico que embasa a aplicação das regras jurídicas.

Por isso, é correto dizer que penetrar nessa seara é perder-se em discussões sobre direitos naturais (homem como um fim em si mesmo, ou uma dignidade inerente a todas as pessoas, ao fim e ao cabo) ou sobre a cultura propriamente dita da população brasileira.

O que se deve destacar, neste momento, é a obrigatoriedade e o cumprimento das normas jurídicas que integram a legislação que positivou os direitos das pessoas com deficiência, sem tergiversar sobre quais seriam os substratos políticos e filosóficos que dão azo à necessidade ou utilidade dessas normas.

Isso porque, em tese, as regras para solucionar a situação de desconforto e de exclusão social das pessoas com deficiência já estão traçadas no Estatuto da Pessoa com Deficiência, sendo desnecessário, e até inconveniente do ponto de vista da Ciência do Direito, embutir nessas discussões quais seriam as razões para um tratamento inclusivo dessas pessoas na sociedade do século XXI.

Percebe-se, com isso, que, a exemplo do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a eficácia dos direitos fundamentais no Brasil precisa ser mediada por leis infraconstitucionais que inculcam a obrigatoriedade de respeito àqueles direitos pela sociedade, sendo, assim, indiretos os seus efeitos.

3.2 A convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: (In)eficácia

A convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD, feita em Nova York pela ONU, em 13 de dezembro de 2006, foi fruto de conquistas e lutas desempenhadas pelas pessoas com deficiência e organizações que buscavam o reconhecimento de seus direitos.

No Brasil, ela ingressou por meio do Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009, conforme estabelece o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, inserido pela Emenda Constitucional nº 45, sendo assim considerada equivalente a Emenda Constitucional.

Surgiu com o pensamento ditado pelo modelo social de tratamento²⁰ e com um enfoque nos direitos humanos, pois procura justificar e orientar políticas públicas, articulação de normas e princípios pautados nos direitos humanos e capacitar a pessoa com deficiência a cumprir suas obrigações e reclamar seus direitos, isto é, reforçar sua independência. (ROIG; AVILÉS, 2010)

Na realidade, a convenção não veio com o intuito de criar novos direitos humanos para as pessoas com deficiência, pois todos eles já existem e são praticados em relação às demais pessoas ditas sem deficiência; seu propósito é reforçar e assegurar que esses direitos se estendam para todos, independentemente de com ou sem deficiência.

A convenção vem com o propósito de mudar o conceito de deficiência e garantir a sua igualdade e independência.

En este sentido, hito normativo (y, añadiríamos, sociocultural) de enorme repercusión que, a nuestro juicio, supone un punto de inflexión al marcar un antes y un después, lo es la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (y su Protocolo Facultativo), la cual ha venido a cambiar radicalmente el panorama jurídico en esta materia, no por establecer nuevos derechos humanos a los ya proclamados en otros Acuerdos Internacionales, que no los establece, pues, por su condición, sino por introducir un nuevo concepto de discapacidad y contemplar medidas de no discriminación y de acción positiva para lograr la efectiva tutela de las personas con discapacidad. (VIVAS-TESON, 2016, p.35)

Este documento procurou atribuir independência para a pessoa com deficiência, aumentando sua autonomia e primando pela intervenção mínima, não só de forma pública, mas também privada. Um dos mecanismos encontrados por ela foi regulando a capacidade jurídica a fim de proporcionar o respeito à autonomia da vontade de forma que a pessoa com deficiência possa tomar decisões conforme a sua vontade e preferências.

A convenção teve como principal objetivo a inclusão das pessoas com deficiência, promovendo uma participação social paritária e sem distinções. Para tanto, criou mecanismos legais que deveriam ser fomentados e instrumentalizados

²⁰ “Uno de los presupuestos fundamentales del modelo social radica en que las causas que originan la discapacidad no son individuales, como se afirma desde el modelo que le antecede (denominado médico o rehabilitador), sino que son preponderantemente sociales. La discapacidad no es la consecuencia directa de *limitaciones* individuales, sino más bien de las limitaciones de la sociedad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. (ROIG; AVILÉS, 2010, p. 13)

pelos respectivos Estados signatários que reconhecessem, como regra, a plena capacidade civil daquelas pessoas, permitindo o exercício de seus direitos, por si.

Vislumbrou-se essa possibilidade não com o amparo de “muletas” individuais, mas, sim, com a remoção de obstáculos gerais, barreiras sociais e entraves institucionais que potencializavam as limitações naturais já existentes.

O principal obstáculo limitante removido pela convenção ocorreu com a indistinta concessão da capacidade plena às pessoas com deficiência, garantindo-lhes autonomia individual em suas decisões, em especial, às de cunho existencial. A autonomia ora concedida é reflexo direto do atendimento ao princípio norteador da convenção, que é o da dignidade da pessoa humana.

Augustina Palacios expressa bem o sentimento sobre os princípios ali tratados:

Como se ha mencionado, el artículo 3 define los principios generales que deberá informar el resto del articulado, y a partir de los cuales deberá Plasmación del modelo social en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad interpretarse y aplicarse la Convención. 594 El inciso a) se refiere a tres principios o valores que se encuentran íntimamente relacionados — dignidad, autonomía e independencia —, y que podrían resumirse en el primero; esto es, la dignidad. (PALACIOS, 2008, p.274-275)

A *ratio legis* da convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência é proporcionar uma ampla proteção jurídico-social, assegurando igualdade de condições da pessoa com deficiência, definida como a que detém impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que, em interação com diversas barreiras, podem obstruir a sua participação plena e efetiva na sociedade.

A CDPD impôs aos Estados signatários obrigações gerais compreendidas, principalmente, pela garantia das liberdades individuais e pela promoção dos direitos humanos, de forma indistinta, ou seja, sem nenhuma carga axiológica de discriminação. Segundo Antonio Fernández de Buján:

En virtud del artículo 4 de la Convención, los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para asegurar el pleno ejercicio de todos

los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.²¹

O escopo mor da CDPD é o de assegurar autonomia à pessoa com deficiência, admitindo-lhe discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil, sejam patrimoniais (conhecimento técnico e jurídico, relacionados aos direitos disponíveis dos sujeitos de direito) ou existenciais (escolhas individuais abrangentes à personalidade, relacionados aos direitos indisponíveis).

A convenção nasce, portanto, rompendo paradigmas, pois emerge da participação ativa da sociedade civil, das lutas sociais e políticas travadas ao longo da história, configurando um texto normativo inovador e com uma forte tendência de nortear o ordenamento jurídico internacional.

Conforme Vivas-tension (2016), a CDPD nasceu como um instrumento jurídico de caráter obrigatório e vinculante, devendo, dessa forma, todo o ordenamento jurídico a ela se adaptar, reconhecendo e garantindo os direitos da pessoa com deficiência, principalmente os relativos à igualdade.

Trazendo à luz o desenvolvimento dos direitos fundamentais e a irreversível necessidade de conceder liberdade de manifestação às pessoas, o entendimento, segundo almeja o Estatuto da Pessoa com Deficiência, é transmutar a ideia de entender a pessoa com deficiência como um ser vulnerável, digno de proteção absoluta para a concepção de que o seu status de pessoa passará pelo poder-liberdade de decidir e firmar suas próprias vontades, e, conseqüentemente, a sua dignidade como pessoa humana passará da dignidade-vulnerabilidade à dignidade-liberdade.

Esse foi o mote desenvolvido e o resultado alcançado na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assinada em Nova Iorque, Estados Unidos da América, em 30 de março de 2007, da qual o Brasil restou signatário, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009 e suplementarizada pela publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, consubstanciado na Lei 13.146 de 6 de julho de 2015 que, ultrapassando o conteúdo material contido naquela, inovou nos

²¹ Nos termos do artigo 4º da Convenção, os Estados Partes comprometem-se a adotar todas as medidas legislativas, administrativas e outras relevantes para assegurar o pleno exercício de todos os direitos humanos e libertades fundamentais das pessoas com deficiência sem discriminação. alguns por razões de deficiência. (tradução livre) (BUJÁN, A. Fernández de. Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad. RJUAM, Madrid, nº 23, p. 53-81, 2011-I, Disponível em: <<https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5992>>. Acesso em 8 jan. 2019, p. 77.)

conceitos e procedimentos, principalmente, introduzindo normas processuais sobre os institutos da “interdição” e da “curatela”.

3.3 O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15): (In)eficácia

No mesmo fecho de luz da CDPD, a Lei 13.146/2015, nominada como o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, altera, profundamente, o regime das incapacidades estabelecido pelo Código Civil, ao entender que a deficiência em si não afeta a capacidade civil ou com esta se confunde.

Estabelece que a capacidade civil deva ser definida, mensurando-se o grau de discernimento de cada indivíduo, analisando-se a percepção de suas escolhas e as consequências de seus atos.

Nesse atual contexto, a pessoa com deficiência, física ou intelectual, é inçada ao patamar de pessoa detentora de plena capacidade civil, reconhecendo-se sua autonomia volitiva e garantindo-lhe mais dignidade pela liberdade de fazer suas escolhas.

Não obstante as diversas alterações introduzidas no ordenamento jurídico nacional pela Lei Brasileira de Inclusão, indiscutivelmente, a mais aguda foi a revogação dos incisos I, II e III do artigo 3º e de parte do inciso II e integral do inciso III do artigo 4º do Código Civil de 2002, excluindo-se do rol dos absoluta e relativamente incapazes qualquer menção ou remessa ao conceito de deficiência, física ou intelectual²².

²² ~~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. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

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

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

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;~~

Não há dúvidas de que a Lei Brasileira de Inclusão, pelo conteúdo expresso em seu artigo sexto, quis conferir novo paradigma para a tratativa das pessoas com deficiência, promovendo um tratamento mais humanístico e inclusivo, alimentando a simbiose entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade atinentes às pessoas com deficiência:

[...] a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa que poderá, inclusive, casar e constituir união estável; exercer os direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos; ter acesso às informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar a sua fertilidade; exercer o direito à família e à convivência comunitária; e, exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.²³

O Estatuto, corroborando a convenção, estabeleceu a capacidade civil plena como regra geral. Porém, o EPD apenas desenvolveu o mote contido na convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assinada em Nova Iorque, Estados Unidos da América, em 30 de março de 2007, da qual o Brasil restou signatário, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, trazendo, portanto, um novo paradigma e representando o primeiro tratado internacional de direitos humanos do século XXI.

Provocou, indiscutivelmente, profundas alterações no regime das incapacidades do Código Civil, enaltecendo o princípio da intervenção mínima, pelo qual os mecanismos de apoio às pessoas com deficiência somente deveriam ser utilizados em casos específicos e indispensáveis.

Suplementarizando e ombreando o juízo exposto por aquela norma internacional, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, consubstanciado na Lei 13.146 de 6 de julho de 2015, ultrapassa o conteúdo material contido naquela e redimensiona o regime das incapacidades civis ao estabelecer que a deficiência, por si só, não afeta a capacidade civil, devendo esta ser definida conforme o

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - os pródigos.

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm > (acesso em 12 out. 2018)

²³ BRASIL. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Presidência da República**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

discernimento do indivíduo, isto é, a compreensão acerca de seus atos e de suas escolhas. Esse novo contexto insere a pessoa com deficiência na condição de sujeito de direitos, não obstante serem detentoras de limitações físicas ou intelectuais.

O EPD objetiva ratificar as disposições do CDPD, de modo a complementá-las e adaptá-las ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo como base a promoção da autonomia e da igualdade de direitos da pessoa com deficiência.

Entre as várias alterações normativas trazidas pelo EPD, seguindo essa discussão interpretativa da alteração da capacidade jurídica plena da pessoa natural e a sua atual classificação, depara-se com a temática do presente artigo, que é a (in)segurança jurídica nas relações privadas quando celebradas por pessoas com deficiência intelectual.

A Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) trouxe profunda mudança que se ramificou em todos os âmbitos, jurídico, social, econômico e, principalmente, humanístico.

Com a sua vigência, a classificação de incapacidade deve ser enfrentada de forma diametralmente oposta à do Código Civil, admitindo-se, até prova em contrário, a capacidade plena da pessoa com deficiência ou de todas as pessoas maiores de 18 anos, mesmo que, aprioristicamente, apresente características de doenças mentais ou alguma outra síndrome que possa interferir em seu discernimento, como exemplo da Síndrome de Down, desvinculando-se da capacidade da deficiência.

Assim, como dito, o reflexo dessa mudança será sentido em todos os aspectos do Direito, seja público seja privado.

Como já salientado, a intenção do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao reconhecer, aprioristicamente, a todos como plenamente capazes, como alcance a um direito fundamental, garantiu um poder decisório em áreas antes inalcançáveis e, para alguns, inimagináveis.

Pessoas com deficiência intelectual terem liberdade de escolher se “querem” casar, ter filhos e qual o tamanho da prole, adotar, escolher se fazem tatuagens etc., tudo era impensável na ótica do regime de incapacidade adotado até então pelo Código Civil; porém, essa é a nova realidade trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Não se trata, como dito, de um procedimento inclusivo com acréscimo de possibilidades subjetivas do exercício de direitos, mas de um movimento para reconceituar o “sujeito de direito”, entendendo-se a grandeza da alteração trazida e os respectivos quebramentos de paradigmas.

Precisa-se, pois, fazer uma novação do(na) pacto social, pois expectativas foram geradas, leis foram criadas e posturas sociais devem ser analisadas para se entender a regra de reconhecimento dessa hodierna norma. (HART, 2007)

A questão aparece controvertida desde a origem, no Legislativo, tendo em vista que, em paralelo, trombetam as regras trazidas pelo novo Código de Processo Civil que, do mesmo ano de 2015, divergem, por vezes diametralmente, de pontos cruciais que objetivam a tutela dessa garantia de direito fundamental.

Não obstante as dificuldades interpretativas ora identificadas no Direito Material, a questão é muito mais complexa e ramificada, pois, sob o manto do tratamento mais humanista, que favoreceria o desenvolvimento socioeconômico das pessoas com deficiência e a correlata respeitabilidade aos seus direitos fundamentais, em especial, nas relações privadas, enquanto o Estatuto da Pessoa com Deficiência prega a extinção do instituto da “interdição”, a redação do Novo Código de Processo Civil tornou esse procedimento mais dinâmico e criterioso.

Constituindo mecanismos de identificação mais pormenorizada da incapacidade alegada, o Código de Processo Civil exigiu, por exemplo, que a verificação da condição do interditando fosse feita por equipe multidisciplinar capaz de diagnosticar, com mais precisão e especificação, para quais atos da vida civil aquele estaria inapto.

Essa nova formatação probatória no processo de interdição ganha relevância quando considerado que ninguém mais poderá ser considerado, nos termos da lei, absolutamente incapaz, uma vez que esse status tomou critério objetivo trazido no artigo 3º do Código Civil que compreende como tal, tão somente, o menor de 16(dezesseis) anos de idade além de, expressamente, enunciar no artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

DO RECONHECIMENTO IGUAL PERANTE A LEI

Art. 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.

Destarte, considerando que nem todas as pessoas têm as mesmas condições de discernir quanto a seus atos da vida civil, a identificação da incapacidade civil e sua respectiva gradação deverão ser feitas por essa equipe composta dos mais variados experts em áreas distintas que se permearão para, minuciosamente, assinalar em quais aspectos da vida civil, aquela pessoa terá sua expressão da vontade considerada como perfeita e acabada.

A capacidade significa a manifestação da personalidade em sua individualidade e divide-se em capacidade de direito e capacidade de fato, entendendo-se a primeira como capacidade intrínseca ao ser humano, pela mera razão de existir. Já a segunda consiste na capacidade de exercitar, pessoalmente, os objetos de sua vontade. Considerando-se que a capacidade de fato não é, intrinsecamente, vinculada à pessoa humana, por necessitar de discernimento, tem-se que nem todas as pessoas apresentam aptidão para possuí-la.

Destarte, as pessoas que não apresentarem discernimento necessário ficam privadas de exercerem todos os seus direitos civis, oportunidade em que serão designadas outras pessoas que possam praticar tais atos em substituição àquelas, como forma de proteção, atribuindo essa função ao instituto da curatela²⁴. (CARVALHO, 2017)

Dessa forma, a curatela terá conteúdo eminentemente patrimonial, não se aplicando às decisões existenciais da pessoa com deficiência, nos termos do artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Art. 85. A curatela afetarã tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º - A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

²⁴ Conforme Joyceane Bezerra de Menezes e Jáder de Figueiredo Correia Neto, "Em linhas gerais, a curatela consiste em um encargo suportado por alguém que deverá administrar a pessoa e os bens de um sujeito que incapaz de fazê-lo por si mesmo". (2017, versão on line),

Mas o foco da pesquisa é, ao analisar o texto normativo, não obstante as inúmeras benesses implementadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, identificar as desvantagens trazidas por sua edição.

Na esfera pública, em especial no âmbito do Direito Previdenciário, surge imensa dificuldade para que, outrora, pessoas presumidamente incapazes tenham acesso a pensões e a outros benefícios sociais ou assistenciais, uma vez que, como visto, devem ser tratados, até que se prove o contrário, como plenamente capazes, para todos os atos da vida civil.

Já no contexto privado, a dificuldade será analisar, entender e orientar como se processarão as relações contratuais em que umas das partes, aparentemente, apresente algum tipo de deficiência intelectual, apresentando dificuldade de discernimento, mas deverá ser tratada como plenamente capaz, sob a pena de incorrer em discriminação ou preconceito.

Por outro lado, como exigir um comportamento diferente daqueles que, valendo-se de nova presunção de capacidade civil, celebrar pactos ou deixar de cumprir a lei, possam vir a causar prejuízos àquele tutelado, sob o manto de que seguia, agora, a letra da Lei. Esse conflito, por lógico, não se reduz ao texto das normas aqui postas, mas, com inegável propriedade, amplia a discussão ao nível constitucional.

Não obstante a vasta fundamentação principiológica e a preciosa classificação de conceitos de ordem material e substancial, o Estatuto da Pessoa com Deficiência inovou, também, quando apresentou novos mecanismos processuais, com o escopo de garantir a efetividade das decisões tomadas pelas pessoas com deficiência, igualando-as em suas autonomias volitivas jurídico-legais; entre eles, temos a “tomada de decisão apoiada”, introduzida pelo art. 116 do EPD e instrumentalizada no art. 1.783-A do Código Civil.²⁵

²⁵ “TÍTULO IV - Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada”

Art. 116. O Título IV do Livro IV da Parte Especial da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo III:

“CAPÍTULO III - Da Tomada de Decisão Apoiada

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

Partindo da premissa de que, mesmo que em reduzidas situações, as pessoas com deficiência mental, intelectual ou sensorial podem fazer um juízo de valor e, efetivamente, decidir sobre gostos (chocolate a morango; salgado a doce) e preferências (praia a piscina; futebol a cinema), o Estatuto da Pessoa com Deficiência, no momento em que reconheceu a capacidade legal daquelas pessoas, reconheceu, também, que, em determinadas situações, precisará de auxílio para tomar decisões complexas ou que tenham um reflexo financeiro mais agudo, inadmitindo, porém, a interdição ou a substituição absoluta dessas manifestações volitivas, nunca os entendendo, nos termos da Lei, como absolutamente incapazes.

Contudo, com o escopo de precisar, identificar e fazer uma correta avaliação sobre qual o *personal challenge*²⁶ que acometeria a pessoa ora tutelada pelo EPD, este, logo em seu artigo 2º, que conceitua o termo deficiência, alerta para a necessidade de submeter aquela pessoa a uma avaliação minuciosa e com vários aspectos, ou seja, uma avaliação biopsicossocial a ser realizada por uma equipe multiprofissional e interdisciplinar:

Art. 2º - Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação

§ 2o O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo.

§ 3o Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

§ 4o A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

§ 5o Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

§ 6o Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

§ 7o Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§ 8o Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

§ 9o A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.

§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.

§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.”

²⁶ Termo utilizado para por Bruno Sena Martins e Fernando Bruno (2017) para expressar que, em verdade, as pessoas tem desafios, sejam pessoas normais ou com alguma deficiência, física ou psíquica.

plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1o A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

A referida avaliação teria o condão de estabelecer uma gradação da deficiência a indicar, por exemplo, se aquela pessoa deveria ser representada ou assistida e, se assistida, em quais atos e suas respectivas naturezas deveria fazer uso dessa assistência.

Assim, complementando e sequenciando a referida avaliação, definido o grau da deficiência, o EPD normatiza, em capítulo intitulado “*Do Reconhecimento Igual perante a Lei*”, a igualdade entre as pessoas com e sem deficiência, facultando àquelas fazer uso do processo de “tomada de decisão apoiada”, instituto processual inserido pelo novel art. 1.783-A do CPC²⁷, limitando esse suporte intelectual, tão somente às decisões de cunho patrimonial²⁸.

Trata-se de uma curatela especial, é o que entende Nelson Rosenvald (2015) que preconiza:

“Na tomada de decisão apoiada, o beneficiário conservará a capacidade de fato. Mesmo nos específicos atos em que seja coadjuvado pelos apoiadores, a pessoa com deficiência não sofrerá restrição em seu estado de plena capacidade, apenas será privada de legitimidade para praticar episódicos atos da vida civil. Assim, esse modelo poderá beneficiar pessoas deficientes com capacidade psíquica plena, porém com impossibilidade física ou sensorial (v.g. tetraplégicos, obesos mórbidos, cegos, sequelados de AVC e portadores de outras enfermidades que as privem da deambulação para a prática de negócios e atos jurídicos de cunho econômico.” (ROSENVALD, 2015)

²⁷ CAPÍTULO II

DO RECONHECIMENTO IGUAL PERANTE A LEI

Art. 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.

²⁸ Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1o A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Art. 1.783-A(...)

§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.”

Todavia, a melhor intenção contida nesses mecanismos trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a sua inserção no mundo jurídico, máxime, tendo como pano de fundo a esfera processual em que se pintarão/desenharão os contornos do apoio a ser dado às decisões da pessoa com deficiência, não observou critérios suficientes para sua eficiência e eficácia, por vezes, restando inacessível.

Nesse jaez, enfrentam-se, também, possíveis e pretensos conflitos normativos entre o Novo Código de Processo Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, uma vez que destoam em vários aspectos, como na permanência ou não do termo “interdição” que, subtraído pela redação do Estatuto do ordenamento jurídico e substituído pela “tomada de decisão apoiada”, foi, pelo Novo Código de Processo Civil, novamente conceituado como instituto processual próprio, inclusive, com direito à seção exclusiva. Mas a discussão sobre essa pretensa antinomia legislativa, apesar de afeita ao tema tratado nessa dissertação, esborda-o, não sendo intenção tratá-la aqui.

Entretanto, indiscutivelmente, para se construir uma hercúlea abordagem ao tema da antinomia citada, deverá o pesquisador fazer uso de ferramentas mais recentes e ainda pouco utilizadas, como o *controle de convencionalidade* inaugurado por Mazzuoli (2011).

O autor construiu uma teoria de que as leis no Brasil devem-se submeter a um controle jurisdicional dos tratados e das convenções internacionais introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional. Mazzuoli afirma em sua obra:

A Carta de 1988, com a disposição do § 2.º do seu art. 5.º, de forma inédita, passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela advinda do direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, estes últimos subentendidos nas regras de garantias ou decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), e; b) aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte).

De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de fontes do sistema constitucional de proteção de direitos. É dizer, tais tratados passaram a ser fontes do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o status de norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

E esta dualidade de fontes que alimenta a completude do sistema significa que, em caso de conflito, deve o intérprete optar preferencialmente pela

fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida (princípio internacional pro homine), pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais. Poderá, inclusive, o intérprete, aplicar ambas as normas aparentemente antinômicas conjuntamente, cada qual naquilo que tem de melhor à proteção do direito da pessoa, sem que precise recorrer aos conhecidos (e, no âmbito dos direitos humanos, ultrapassados) métodos tradicionais de solução de antinomias (o hierárquico, o da especialidade e o cronológico). (MAZZUOLI, 2011, p. 29-30)

Com base nessa senda em torno dessas questões, tramita no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 757/2015, que pretende modificar os textos normativos (EPD, CC e CPC) já vigentes, harmonizando-os entre si e, principalmente, com os dispositivos da CDPD, promovendo alterações, sobretudo no regime de incapacidade e na possibilidade de o instituto da curatela ultrapassar os limites das questões meramente patrimoniais e alcançar as questões existenciais também.

Em vista de serem considerados díspares (PLS e CDPD) e, portanto, passíveis de declaração de incompatibilidade com a Constituição Federal, quando o PLS se propõe a, também, tutelar as situações jurídicas existenciais das pessoas com deficiência intelectual, estaria a garantir dignidade humana, preservando valores, aspirações e livre desenvolvimento da personalidade, sendo incompatível com a intervenção do Estado (TEIXEIRA, 2010).

Pietro Perlingieri, ao tratar da pessoa humana, expõe que sua proteção não poderá ser fracionada, mas protegida como um todo, de forma una e integral. Portanto, nessa linha de raciocínio, não faria sentido entender a proteção da pessoa com deficiência apenas no tocante a seu patrimônio, enquanto o ser humano em si estaria em estado de vulnerabilidade. Assim, afirma o autor:

Quando o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar: torna-se uma necessidade lógica reconhecer, em razão da natureza especial do interesse protegido, que é exatamente a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação. A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em hipóteses autônomas não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em situações isoladas, como nas teorias atomistas (PERLINGIERI, 2008, p. 764).

Partindo dessa premissa de proteção universal, narrado o substrato do Estatuto da Pessoa com Deficiência, cabe perscrutar a abrangência de sua reformulação conceitual e sua eficácia nas relações privadas como expressão de

direitos fundamentais e sua respectiva garantia às pessoas com deficiência intelectual.

3.4 Processo e procedimento

3.4.1 análise burocrática: ausência de parâmetros: racionalidade, ambiente e adaptação

É indiscutível que a intenção que esborda do EPD é a de que se deve *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.*²⁹

Contudo, os normativos ali contidos dispõem regras que ostentam indicadores de conduta com eficácia limitada, seja temporal seja instrumental, não estabelecendo parâmetros concretos de como proceder para alcançar os objetivos da lei, facultando a adoção de “processo” (tomada de decisão apoiada) sem criar uma padronização ou “procedimento”.

Impôs ao Estado obrigações de criação de instrumentos³⁰, sem, contudo, pautar, no mínimo, um modelo standard a ser alcançado e possibilitar efetividade à norma. A elaboração de leis encerra uma manifestação político-jurídica que requer a definição de bases organizacionais originais, sem descuidar, no entanto, do argumento da teoria contingencial, do qual se falará mais adiante.

Apesar de seus estudos estarem mais fortemente ligados à estruturação das organizações, a burocracia, na acepção científica da palavra, deveria ter sido considerada quando se exigiu a criação de instrumentos que visassem à identificação/avaliação da deficiência, máxime, quando essa tarefa é imposta ao Estado, sujeito responsável pela regulação das interações pessoais e sua consequente validade pelo estabelecimento de capacidade legal para a sua perfectibilização.

²⁹ (Lei nº 13.146/2015) 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.

³⁰ (Lei nº 13.146/2015) Art. 2º (...)

§ 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência.

A definição de burocracia seria como um tipo de organização social que contém determinadas características estruturais básicas (HEADY, 1970). Existe, ainda, segundo este autor, uma definição como sendo as características comportamentais relacionadas às estruturais, conseguindo, como resultado, a suposição de que um padrão ou vários padrões relacionados de comportamento são burocráticos. Por fim, uma terceira interpretação do termo burocracia seria caracterizá-la quanto ao alcance de metas, destacando-se que:

[...]isso parecia tornar variáveis tanto as características estruturais quanto as características comportamentais da burocracia, uma vez que a prova de que uma organização é ou não uma burocracia é obtida descobrindo-se se ela está ou não atingindo seus objetivos [...] (HEADY, 1970, p. 39).

É nessa terceira perspectiva que se concentra a análise, que é o atingimento dos objetivos. *Mutatis mutandis*, assim como a burocracia é indispensável na organização da estrutura social, uma vez que estabelece uma divisão de tarefas fixas e hierárquicas, com regras detalhadas que possibilitam atingir a precisão, a rapidez, a clareza, a regularidade, a confiabilidade e a eficiência das condutas MORGAN (2010).

Não obstante as regras de racionalidade para fixação dos mecanismos contidos no EPD, a sua elaboração como reprodução da Convenção de Nova York, sem considerar critérios como o ambiente a adaptação, ensejou imprevisibilidade e, portanto, insegurança jurídica, pois não se sabe ao certo quem produzirá esses instrumentos e qual será a sua abrangência, citados no art.2º do EPD.

Introduzindo as noções de ambiente e adaptação — o argumento contingencial – a análise e a elaboração do EPD deveriam ter sido pautadas pelas características nacionais, e não apenas como modelo “importado” da convenção, imposto, forçadamente, na sociedade brasileira.

O objetivo era estabelecer equilíbrio dinâmico entre a Convenção e o EPD de forma que, diferenciando e integrando, adaptar-se-ia as intenções daquela às condições ambientais nacionais, garantindo, a priori, maior eficiência à aplicação da lei, evitando tantas interpretações e omissões da norma posta

Não existe uma maneira ótima de estruturar organizações complexas. Cada tipo de ambiente impõe restrições (constraints) diferentes que condicionam organizações de formatos distintos. Assim, não se podia conceber que a

complexidade do tema fosse assimilada de forma idêntica, por exemplo, entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento.

As organizações, no caso a ONU, tentam diminuir a amplitude e o impacto das variações dos recursos interativos. Caso essas variações possam ser isoladas, as organizações submetidas às normas de racionalidade estabelecem procedimentos para aumentar a eficiência de suas resoluções. Adaptando-se às restrições ambientais, as estruturas formais seriam moldadas ao ambiente (sociedade brasileira), assim como seus processos, atingindo-se a almejada eficiência.

3.4.2 Procedimentos como concretude e estabilidade da cidadania para as pessoas com deficiência.

Em uma abordagem maior do reflexo do EPD como fixador do direito às pessoas com deficiência, não se pode olvidar que um dos seus principais objetivos é, ao conceder igualdade de tratamento àquelas pessoas, patrocinar a fortificação da cidadania destas, estabilizando-a no meio social.

Nessa abordagem mais abrangente do direito que visa garantir às pessoas com deficiência, é importante destacar a procedimentalização como uma de suas vertentes, não se devendo confundir processo com procedimentalização, sendo esta mais afeita ao termo burocracia.

É importante destacar que não se tratará do conceito pejorativo que, comumente, atribui-se à “burocracia”, mas, sim, à sua função precípua, que é garantir padrões de conduta do Estado e conceder segurança jurídica.

Em contrapartida, o sentimento de segurança que um procedimento confere quanto ao atendimento de sequência ordenada e lógica de determinadas ações, poderia limitar-se à liberdade de cada ação desse procedimento. Acerca dessa dialética entre a segurança e a liberdade, Niklas Luhmann (1980) expressou seu entendimento:

Do ponto de vista histórico, os procedimentos de decisão resultam da combinação de procedimentos arcaicos de arbitragem, sem decisões obrigatórias, e rituais coatores para obtenção de uma decisão sobrenatural: essa combinação que termina nos procedimentos, começa com francas possibilidades e, apesar disso, leva a decisões obrigatórias dentro do

próprio procedimento – uma conquista revolucionária, que marca, simultaneamente, a transição do direito arcaico para o direito das grandes civilizações pré-contemporâneas. Em contraste com o decurso inevitável do ritual, é característico para o processo legal, que a incerteza do resultado e suas consequências e a sinceridade das alternativas de comportamento no contexto da atuação e da sua estrutura de motivações, entrem em consideração e sejam aí elaboradas. Mas não são a forma concreta já definida, ou o gesto, ou a palavra exta, que impelem o procedimento para diante, mas sim as decisões seletivas dos participantes, que eliminam as alternativas, reduzem a complexidade, absorvem a incerteza ou transformam a complexidade indeterminada de todas as probabilidades numa problemática determinável e compreensível. É-lhes atribuída a seletividade de uma comunicação. (LUHMANN, 1980, p. 56)

Como já citado anteriormente, a mudança do paradigma de dignidade-vulnerabilidade para dignidade-liberdade, ao mesmo em que concedeu plena capacidade às pessoas com deficiência, colocou-as, na teoria, em concorrência com as demais; porém, não criando instrumentos aptos a, na prática, igualar as disparidades, prejudicando, assim, a efetividade e a concretude da cidadania prometida no normativo.

Quando a lei (EPD) determinou que o Estado, na figura do Poder Executivo, “criará instrumentos para avaliação da deficiência”, sem, contudo, estabelecer quais os critérios, as ações e os sujeitos, fragiliza a segurança de que a suposta deficiência será, efetivamente, medida ou medida da melhor forma, no padrão ótimo de procedimento.

Em absoluto, não é uma tarefa simples proceduralizar, máxime, quando considerada a complexidade da temática envolvida. Ao contrário, hercúlea é a tarefa de sistematizar, de forma utilitarista, em face da diversidade de subjetividades que se apresentam à realidade.

4. A AUTONOMIA VOLITIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E A SEGURANÇA JURÍDICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Pela exposição dos capítulos anteriores, direta ou indiretamente, o tema central do trabalho tem palco a discussão acerca das hipóteses de aquisição/concessão da autonomia às pessoas naturais, em especial, àquelas com algum tipo de deficiência intelectual.

A discussão incluiu a tutela de direitos fundamentais com a igualdade e a dignidade da pessoa humana, como vetores para o atingimento da democracia social plena e a dificuldade de se visualizar a eficácia dos normativos ditos protetivos desses direitos vinculados às pessoas com deficiência intelectual.

A autonomia volitiva dos sujeitos de direito, contudo, tem projeções mais concretas na esfera privada do Direito Civil, por ser considerada uma realidade normativa construída sobre uma individualidade diversa. Maria de Fátima Freira de Sá e Diogo Luna Moureira caracterizam essas reflexões:

As reflexões normativas que se desenvolvem na atualidade perpassam a autonomia privada, projetada como fruto da autodeterminação, agregada a um vínculo de interdependência social, em que individualidades se constituem e se reconstituem. Não se trata de uma autonomia individual caracterizada isolacionismo dos séculos XVIII e XIX, quando o indivíduo acreditava construir a si mesmo negando qualquer rede de interlocução. Tampouco, se trata de compreender a autonomia individual subjugada à autonomia pública, caracterizada pelo coletivismo do final do século XIX e início do século XX. O que a democracia está a exigir do Direito Civil, na atualidade, é que as reflexões sobre a autonomia privada perpassem, tanto a ação do indivíduo na determinação daquilo que é individual (construção da personalidade), quanto a legitimidade do ordenamento normativo, decorrente do reconhecimento e efetivação da liberdade na convivência com os outros. Essa exigência nos faz compreender o Direito Civil como um conjunto de regras e princípios ordenadores de liberdades e de não-liberdades individuais, através de processo dialógico caracterizado pela busca por reconhecimento. No marco democrático, o Direito Civil se apresenta como uma realidade normativa construída argumentativamente a partir de problemáticas que se descortinam em uma sociedade marcada pela diversidade. É por tal razão que o método que o civilista deve se valer para compreender o Direito Civil pressupõe, necessariamente, a percepção de uma sociedade que se constitui a partir de ações e interações normativamente integradas, sem um modelo fixo e determinado. (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 1-2).

Essa diversidade de manifestações volitivas exige do ordenamento civil normas mais plurais, com a intenção de aumentar seu espectro de abrangência, buscando, ao máximo, uma dialética universal entre os que são tutelados por aquela

norma. Ainda Maria de Fátima Freira de Sá e Diogo Luna Moureira firmam essa necessidade do Direito Civil:

Isso porque os projetos de vida que se descortinam no seio social e demandam do Direito Civil reconhecimento, devem encontrar respaldo em orientações normativas mais abrangentes e gerais, possibilitando acolhimento, na maior medida possível. (SÁ; MOUREIRA, 2017, p. 2).

Dessa forma, considerando o atual e universal cenário nacional de reconhecimento da plena capacidade civil a todas as pessoas maiores de dezoito anos, incluindo aquelas com qualquer tipo de deficiência intelectual, e, portanto, concessão de autonomia volitiva, a “regra geral” tomou uma amplitude de tal modo que abrange o mais específico e restrito dos casos de deficiência.

No entanto, a ratio do EPD, ao promover a igualdade entre as pessoas com ou sem algum tipo de deficiência, sem, contudo, garantir a elas mecanismos eficazes que possam equipará-las e superar suas condições limitantes, em vez de protegê-las, estaria expondo-as; na medida em que, nas negociações privadas, por exemplo, não teriam todas as possibilidades de formar o discernimento de uma pessoa sem deficiência alguma.

Em uma comparação com o “Estado de Exceção” de Giorgio Agamben, a fixação da regra geral pela exceção pode ocasionar a fragilidade da vida humana, e essa fragilidade possibilita o controle social da vida. (AGAMBEN, 2004)

Ainda concernente a generalizar a regra pela exceção, Agamben argumenta que, na exceção, exclui-se a dignidade humana pela inclusão em uma área de anomia na qual a “suspensão” (entenda-se a ausência de mecanismos protetivos equivalentes) do direito coloca a vida sob a total vulnerabilidade. Arremata, ainda, afirmando que a generalização da exceção, por mais paradoxal que pareça, exclui-se dos direitos fundamentais e inclui-se em outra condição, a do *homo sacer*³¹, a vida abandonada à violência sem delito. (AGAMBEN, 2010)

O sentimento que se extrai dessa açodada generalização da capacidade civil das pessoas naturais é o de que, em verdade, a legislação abandonou as

³¹ Este conceito representa a vida indigna de ser vivida, o limiar além do qual a vida cessa de ser politicamente relevante para o Estado e então pode ser eliminada. Agamben se pergunta se “[...] existem vidas humanas que perdem a tal ponto a qualidade de bem jurídico, que a sua continuidade, tanto para o portador da vida como para a sociedade, perdeu permanentemente todo o valor” (AGAMBEN, 2010, p. 133). (Martins, Aline Souza. Dissertação de Mestrado: Por que a guerra? Política e subjetividade de jovens envolvidos com o tráfico: um ensaio sem resposta, Instituto de Psicologia da USP, orientadora Miriam Debieux Rosa, 2014)

peças com deficiência, inçando-as a disputas fático-jurídicas em que, apesar da vulnerabilidade, terá que concorrer com peças sem deficiência, como se estivessem em igualdade de condições, o que acarretará indiscutíveis prejuízos, seja patrimonial seja moral. É como se as abandonasse em ruas desertas ao eminente crime.

Feita a crítica à concessão da autonomia volitiva plena às peças com deficiência, é fulcral entender suas características, os normativos aplicáveis e os efeitos que essa mudança no regime de incapacidades gerou nas relações entre os particulares e como será tratamento jurídico na possibilidade de identificação de hipóteses de causas de invalidade dos negócios celebrados por peças com deficiência intelectual, sejam esses pactos de cunho patrimonial ou existencial.

4.1 A autonomia privada e o regime de incapacidade

No mundo ocidental contemporâneo, a garantia da autonomia volitiva é uma necessidade primordial (GUSTIN, 2009) que se consubstancia no direito da pessoa humana de fazer suas próprias escolhas, seja na esfera patrimonial, seja na esfera existencial, e de suportar suas respectivas consequências.

A autonomia é a representação do poder do sujeito de direito de autorregulamentar seus interesses e se pautar por suas próprias escolhas, decidindo e delimitando o que lhe convém ou não, “desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade” (SARMENTO, 2006, p. 154).

A definição de autonomia privada trazida por Francisco Amaral (1989, p. 210) traduz-se no “poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, designando-lhes a respectiva disciplina jurídica”.

Ao exercício da liberdade de escolha (autonomia da pessoa humana), embora faça referência aos atos de autodeterminação da própria vida, existência e identidade, em certas e determinadas situações fático-jurídicas, a tutela estatal pode impor-lhe limites. É exatamente a extensão e a função desses limites que se discutem nesse trabalho.

Qual seria, então, a função desse novo regime de incapacidade trazido pelo EPD que estendeu a autonomia volitiva às pessoas com deficiência de forma indistinta? Qual o impacto dessas decisões em relação a terceiros? Seria possível exercê-los plenamente?

Não se discute, porém, a garantia da dignidade humana às pessoas com deficiência, mas, sim, como efetivá-la diante da omissão do Estado em garantir mecanismos de equiparação às pessoas sem nenhuma deficiência.

Ingo Wolfgang Sarlet (2001), ao tratar de dignidade humana, conceitua-a como:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p.60).

Maria Celina Bodin de Moraes (2010) apregoa que o conteúdo da dignidade humana inclui a condição de a pessoa ser o “sujeito” de suas escolhas e do seu respectivo destino, não podendo, jamais, ser instrumentalizado ou considerado “objeto” de intervenções de terceiro, em especial o Estado. Para a autora, o substrato material da dignidade da pessoa humana é constituído por quatro postulados: igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade.

Sobremaneira, os substratos da liberdade e da integridade psicofísica interessam ao tema em análise. Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 108) afirma que “liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais – mais: o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor conviver”. E integridade psicofísica contempla não apenas o direito de não ser torturado e ser titular de determinadas garantias penais como “vem servindo para garantir numerosos direitos da personalidade: vida, nome imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal, instituindo, hoje, o que se poderia entender como um amplíssimo ‘direito à saúde’” (MORAES, 2010, p. 96).

Joyceane Bezerra de Menezes (2016), em trabalho publicado tratando sobre a autonomia ético-existencial do adolescente, que, por semelhança conceitual,

é correlato à situação em análise, discute o limite da interferência dos pais, principalmente quando o interesse deles não coincide com o interesse de seus filhos – no que pertine ao respeito de sua liberdade e autonomia, afirmando que:

Em linhas gerais, é preciso considerar a inafastabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto medida de ponderação aplicável à aferição do que seja o conteúdo do melhor interesse da criança, em cada situação concreta. Isso porque, a despeito do conteúdo abstrato, o melhor interesse está inteiramente imbricado à garantir do desenvolvimento da pessoa e, conseqüentemente, ao respeito da sua dignidade e autonomia. Assim, o conteúdo do melhor interesse não coincidirá, necessariamente, com a vontade imperativa dos pais, do Estado ou mesmo da própria criança/adolescente. (MENEZES, 2016, p. 189)

Dessarte, afirmar que a limitação à autonomia privada das pessoas com deficiência intelectual é forma de proteção e efetiva garantia de dignidade humana por sua reconhecida vulnerabilidade é fático e juridicamente admissível.

A dignidade da pessoa humana, conforme disposto, é o pilar jurídico da nossa Carta Magna e reconhece o ser humano como “centro e fim do direito” (LORA ALARCÓN, 2004, p. 244), objetivando assegurar “a efetividade do desenvolvimento do ser e a possibilidade da plena concretização de suas potencialidades e aptidões, em harmonia com o todo social” (LORA ALARCÓN, 2004, p. 242).

O que se busca, pois, é encontrar uma melhor lente (legal) para enxergar as pessoas, com suas deficiências, com nitidez suficiente para perceber que existem claras e inegáveis distinções e gradações e que não se podem tratá-las indistintamente na mesma óptica, sob a pena de agravar, por vezes, o problema que se visava sanar.

Giuseppe Cricenti (2013, p. 51), direcionando entendimento nessa possibilidade de limitações à autonomia privada, afirma que “*la dignità viene oggi vista come un diritto, oppure come un limite all'autonomia privata*”.

Portanto, o indistinto estabelecimento do pleno exercício da autonomia privada às pessoas com deficiência intelectual, notadamente quanto às decisões de cunho existencial com reflexo patrimonial, pode, em menor ou maior grau, macular a intenção de garantia da dignidade humana das pessoas com deficiência, almejada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência quando alterou o regime de incapacidade do Código Civil.

Outro ponto nodal que se deve considerar é que o EPD, ao conceder ampla e irrestrita presunção de plena capacidade civil às pessoas com deficiência, transmite a ideia de não intervenção do Estado na liberdade do indivíduo, o que Vitor Almeida (2019) afirma não ser suficiente citando Joseph Raz³²:

Segundo Joseph Raz, não basta uma visão negativa da liberdade, fundada somente numa ideia de não intervenção no âmbito de escolha do indivíduo. Por isso, sua doutrina da liberdade se baseia na promoção e proteção da “liberdade positiva”, compreendida como a capacidade para a autonomia e no dever do Estado de impedir a negação da liberdade e também de promover a autonomia das pessoas através da criação de condições necessárias para tanto, bem como a restrição à autonomia das pessoas somente se justifica para proteger ou promover a autonomia das próprias pessoas ou de outras. (ALMEIDA, 2019, p. 148-149)

Também é indiscutível que o regime de incapacidade priva do livre consentimento o sujeito de direito tido como incapaz, quando lhe exige, para a validade de seus atos, um “assistente” ou “representante”.

Historicamente, sempre se adotou um modelo abstrato e geral de incapacidade, na intenção de “proteger” os incapazes, culminando por transmitir um sentimento negativo de exclusão ao invés de proteção. (NEVARES; SCHREIBER, 2016)

Ana Luiza Nevares e Anderson Schreiber, ao tratar dessa generalização do conceito de incapacidade, aborda a necessidade de soluções diferenciadas para casos distintos, explicando a lógica do *all-or-nothing* do regime de incapacidade do nosso sistema jurídico:

O rótulo generaliza situações inteiramente distintas, que mereceriam da ordem jurídica remédios diferenciados. Nosso Código Civil de 2002, ao contrário, reproduziu com impressionante dose de desatualidade, o regime único de incapacidade contido na codificação de 1916. Em quase um século de distância, nada se alterou para os incapazes. Manteve-se um regime unitário que reúne todas as incapacidades sob o mesmo rótulo e as trata com pouquíssimas diferenciações, sempre sob a lógica do “tudo-ou-nada”. Quem é incapaz, o é para todos os “atos da vida civil”, expressão que abrange desde a doação de um imóvel à compra de um refrigerante. (NEVARES; SCHREIBER, 2016, p. 42)

³² Diz Joseph Raz que “(...) a doutrina da liberdade baseada na autonomia apoia-se fundamentalmente na importância da autonomia e do pluralismo de valor. Autonomia significa que uma boa vida é uma vida de livre criação. Pluralismo de valor significa que haverá uma multiplicidade de opções de valor para se escolher, e condições favoráveis de escolha, O resultado da doutrina da liberdade fornece e protege tais opções e condições”(RAZ, Joseph. A moralidade da liberdade. Tradução de Carlos Henrique de Oliveira Blecher e Leandro Mafei Rabelo Queiroz. São Paulo. Elsevier Editora, 2011, p. 412)

Os autores propõem, ainda, uma autêntica e progressiva personalização do regime de incapacidades – ideia defendida neste trabalho – de modo que se permita uma gradação, uma modulação de efeitos, intensidade e amplitude:

Na prática, vê-se que o regime de incapacidade jurídica, desenhado de modo geral e abstrato para proteger o incapaz, acaba por mutilar sua autonomia e, conseqüentemente, sua dignidade. Impõe-se uma autêntica personalização do regime de incapacidades, de modo a permitir a modulação dos seus efeitos, seja no tocante à sua intensidade, seja no tocante à sua amplitude. (NEVARES; SCHREIBER, 2016, p. 43)

Nessa linha de intelecção, acredita-se que o aspecto mais relevante para se definir essa gradativa personalização é mensurar o discernimento, sendo este entendido como a “capacidade de entender e querer”. (MORAES, 2010, p. 192)

Por essa razão, houve uma mudança de interpretação da norma. Não se concebe mais aquele conceito geral e abstrato de incapacidade, passando da neutralidade da norma para a subjetivação individual do direito. Vitor Almeida (2019) clarifica essa mudança de prisma:

A preocupação com a pessoa concretamente considerada, ao invés do sujeito abstrato e neutro, representa a modificação em sentido subjetivo da autonomia privada. Sob o aspecto objetivo, reconhece-se que as situações subjetivas existenciais são proeminentes sobre as patrimoniais por força do princípio da dignidade da pessoa humana. E, sob a ótica formal, a estrutura dos atos jurídicos, ao invés de proteger exclusivamente a segurança patrimonial, passa a exercer papel limitador da autonomia privada em favor de interesses socialmente relevantes e das pessoas em situação de vulnerabilidade. (ALMEIDA, 2019, p. 154)

Dessa forma, sobretudo na esfera das decisões existenciais, a medição do discernimento deve ocorrer considerando a maturidade e o grau de compreensão no tocante à realização do ato existencial que deseja, com fundamento na sua autodeterminação, exercer, todavia, somente e sempre nas situações em se revelar indispensável à proteção da pessoa em sua dignidade. (ALMEIDA, 2019)

É o que se almeja destacar que, a despeito de ter o Estatuto da Pessoa com Deficiência promovido uma condição formal de igualdade às pessoas com deficiência, em especial as com deficiência intelectual que apresentam algum tipo de déficit cognitivo, aboliu, abruptamente, critério relevante e consagrado por todas as

dogmáticas disciplinares (jurídica, médica, social, psíquica etc.) para a emissão volitiva e tomada de decisão em relação aos atos da vida civil, favorecendo a proteção ao livre desenvolvimento da personalidade – que é o conceito de discernimento.

Com essa adoção genérica e abstrata do regime de incapacidade, ao contrário do que desejado pelo EPD, ocorreu indiscutível insegurança jurídica. Deve-se iluminar essa lacuna normativa que, caso não seja estudada, sopesada e corrigida pela interpretação pertinente às cortes judiciais, permitirá uma interpretação desforme em relação às demais situações de vulnerabilidade protegidas por estatutos específicos (idoso, criança e adolescentes, consumidor), quando, em verdade, a dignidade humana é subjetiva e não objetiva.

4.2. Autonomia da vontade e os elementos de validade do negócio jurídico

Como feito durante todo o trabalho, voltamos a atenção à nomenclatura. Assim, quanto à origem do vernáculo *vontade*, Cabral diz que o termo significa desejo, o ato de querer, sendo a faculdade inerente ao ser humano de querer, escolher, de livremente praticar ou deixar de praticar determinados atos. (CABRAL, 2004, p. 90)

Complementando, o autor expõe o conceito de autonomia:

Autonomia significa o poder de se autogovernar. É a faculdade de traçar suas próprias normas de conduta, sem que se seja submetido a imposições de ordem estranha. Direito de tomar decisões livremente, com liberdade, independência moral ou intelectual. É o contrário de heteronomia, que significa a sujeição a uma lei exterior ou à vontade de outrem, com ausência de autonomia. (CABRAL, 2004, p. 90-91)

Ainda no esteio do conceito do princípio da autonomia da vontade, trata-se do arbítrio de disciplinar, como melhor lhe convier, mediante acordo de vontade, seus interesses, provocando e suscitando efeitos a serem tutelados pela pertinente ordem jurídica.

A subjetividade formal e material do conceito em destaque mostra que a vontade é um dos sentimentos mais íntimos e internos, de aceção psicológica intangível, de aspiração genuína (FERRI, 1969) que, não obstante seu caráter

etéreo, uma vez pronunciada, produz feitos externos concretos e jurídicos exigíveis de terceiros, sem necessariamente a presença ou a intervenção do Estado.

Completa o autor:

Tutto questo spiega l'imprecisione e il promiscuo uso delle espressioni 'autonomia privata', 'autonomia della volontà', 'libertà contrattuale', ecc., che ho ora rilevato; ma spiega soprattutto la nessuna utilità costruttiva del concetto di autonomia privata così configurato. (...) Ed infatti non vi sarebbe attività umana volontaria che non possa essere fatta rientrare in una tal concezione dell'autonomia privata (ad esclusione dell'attività attribuite allo Stato ed agli enti pubblici in generali). (FERRI, 1959, p. 4-5)

De maneira bastante límpida, Kelsen (1995) disserta que o entendimento do princípio da autonomia privada pode ser assim compreendido:

Uma norma criada contratualmente poderá instituir direitos e obrigações só e exclusivamente para as partes que a formaram (ressalvados casos excepcionais, como os contratos a cargo ou em favor de terceiro, previamente admitidos por lei). Kelsen (1995, p. 288)

Partindo dessa premissa de que, pela autonomia volitiva concedida à pessoa, esta pode fixar regras que lhe sejam favoráveis (direitos), por outro lado, sinalagmaticamente, nascem responsabilidades correspondentes (obrigações). Reside, nessa dualidade de efeitos, a preocupação trazida nesta pesquisa, uma vez que a pessoa com deficiência até poderá, sim, interpretar seus estímulos mais íntimos, oriundos de sua mente, como preferir chocolate a morango; todavia, provavelmente, não conseguirá entender, em todo a sua complexidade negocial, a compra de um título de sócio para uso e gozo de um clube de férias no qual pretendia usar suas piscinas porque gosta de piscinas grandes.

Faz-se oportuno nesse tópico trazer aspectos distintivos entre a autonomia privada e a autonomia da vontade. Entende-se que o EPD, como forma de garantir o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, tenha querido garantir, em especial, às pessoas com deficiência intelectual, a autonomia privada que deve ser inerente à pessoa humana. Todavia, a concessão indistinta da autonomia da vontade como em concreto se depreende do texto legal em foco, não poderia ocorrer sem uma gradação e os seus correlatos apoios, proporcionais a cada necessidade.

Apesar da similitude dos conceitos, há distinções entre o que se entende por autonomia privada e autonomia da vontade. Para uma primeira compreensão dessa distinção conceitual, Cabral (2004), de maneira simples, destaca:

[...] numa visão simplista dos institutos, pode-se resumir a diferença afirmando que a autonomia da vontade relaciona-se com a liberdade de autodeterminação (manifestação da vontade livre) e a autonomia privada ao poder de autorregulamentação (normas estabelecidas no interesse próprio). Cabral (2004, p. 111):

Considerando ainda os conceitos de “autodeterminação” e de “autorregulamentação”, distinguir-se-ia a autonomia privada, então, com gênero, enquanto a autonomia da vontade constituir-se-ia espécie, percebendo-se a autonomia da vontade ligada à vontade interna, à liberdade da prática de atos, com a escolha do tipo de obrigação que se pretende assumir. Por sua vez, a autonomia privada se relacionaria diretamente com a liberdade ampla de contratação.

Todavia, alguns autores, como Carlos Alberto Mota Pinto (2005), não fazem essa distinção entre os conceitos de autonomia:

O negócio jurídico é uma manifestação do princípio da autonomia privada ou da autonomia da vontade, subjacente a todo o direito privado. A autonomia da vontade ou autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica. Significa tal princípio que os particulares podem, no domínio da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas. Esta ordenação das suas relações jurídicas, este autogoverno da sua esfera jurídica, manifesta-se, desde logo, na realização de negócios jurídicos, de actos pelos quais os particulares ditam a regulamentação das suas relações, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as e determinando o seu conteúdo. (PINTO, 2005, p. 102)

Modernamente, porém, não se fala tão somente de uma sinonímia dos conceitos, mas, sim, de uma confluência conceitual, ou seja, enquanto a autonomia privada é expressão da autonomia da vontade, esta, por sua vez, reflete o reconhecimento jurídico daquela. Luiz Edson Fachin (1988) explica nitidamente:

É significativo o fato de que a autonomia privada é tida como sendo pedra angular do sistema civilístico inserido em contexto econômico-político próprio. A análise da autonomia privada, cuja expressão é autonomia da vontade, está diretamente vinculada ao espaço que o universo jurídico reserva aos particulares para disporem sobre seus interesses. Em verdade, a autonomia privada tem um reconhecimento da ordem jurídica, na medida

em que a própria lei confere explicitamente o espaço em branco para que os particulares o preencham. Esse reconhecimento decorre da aplicação de um critério de exclusão, pois os particulares atuam nos espaços permitidos, isto é, não vedados pela ordem jurídica. (FACHIN, 1988, p. 54),

Seguindo essa correlação, tem-se que a autonomia privada é considerada um dos princípios fundamentais do Direito Civil e se materializa na celebração do negócio jurídico. Este, por sua vez, é o meio posto, disponível pelo ordenamento jurídico aos particulares para moldar seus interesses, sempre no âmbito e na forma previstas pelo mesmo ordenamento.

Resta claro que as regras e os limites desses pactos subjetivos devem ser coincidentes com o ordenamento jurídico no qual resta inserido, seguindo, pois, na sua regulamentação, os mesmos critérios de validade. Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005) disciplina que a autorregulação dos interesses do sujeito devem coincidir com os interesses do ordenamento jurídico que os abarca:

No exercício de sua autonomia privada e, portanto, na realização de negócios jurídicos, as pessoas tem, do ordenamento jurídico, o poder criador, modificativo e extintivo de situações e relações jurídicas, que concede este poder. Ao regulamentar, de forma direta e individual, seus próprios interesses pessoais, o sujeito faz coincidir sua autonomia privada com os interesses que o ordenamento escolhe proteger. A competência pessoal e jurídica que o sujeito tem para autorregular certos interesses encontra sua fonte no ordenamento jurídico. (BORGES, 2005, p. 70)

Por seu turno, o negócio jurídico, fonte principal das obrigações assumidas pelos particulares, deve, para tanto, atender a critérios de existência, validade e eficácia previstos pelo ordenamento jurídico. O negócio jurídico resta caracterizado pela manifestação consciente da vontade humana (sendo este seu elemento nuclear do suporte fático), fundada na autonomia privada das partes que constitui instrumento jurídico próprio com o objetivo de produzir os efeitos jurídicos inicialmente desejados pelos envolvidos.

Seguindo o corte temático aqui proposto, que é de tratar apenas do aspecto de validade do negócio jurídico – aproveitando o trabalho primoroso de Pontes de Miranda ao tripartir a análise do negócio jurídico – é mister que se abordem os seus elementos, os quais são vontade, agente emissor, objeto e forma.

No plano de validade do negócio jurídico, verifica-se a qualificação desses elementos: que são, para que um negócio jurídico seja válido, agentes (partes)

capazes e legítimos; vontade livre e de boa-fé; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita e não defesa em lei. Assim, na hipótese de ausência de qualquer um desses elementos de validade, o negócio jurídico é inválido (nulo ou anulável).

Entre os elementos enumerados, a análise que interessa ao debate fomentado sobre a validade dos negócios jurídicos celebrados pelas pessoas com deficiência intelectual reside, justamente, na emissão da vontade “livre” (sem vícios) e de boa-fé.

Considerando, ainda, que o novo regime de incapacidade reformulado pelo EPD expressa que, quanto ao discernimento, a única hipótese de nulidade do negócio jurídico seria aquela em que ele tenha sido celebrado por absolutamente incapaz, e esse, por sua vez, atualmente, resume-se às pessoas menores de 16 anos; por lógico, a discussão girará sobre a anulabilidade do negócio jurídico, na medida em que, como identificado no artigo 171 do Código Civil, são as seguintes as hipóteses de anulabilidade:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:
I - por incapacidade relativa do agente;
II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Partindo mais uma vez da premissa do reconhecimento indistinto da plena capacidade civil às pessoas com deficiência, condição que só reverterá com declaração judicial em sentido contrário, a pecha de anulabilidade dos negócios jurídicos celebrados por pessoa com deficiência intelectual não declarada judicialmente, somente poderá ser combatida se se enquadrar nas demais hipóteses do inciso II.

Ainda na procura do ponto central da discussão, há de se separar as hipóteses do inciso II em vícios de consentimento (erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo) e vícios sociais (fraude contra credores e simulação). Aqueles, como já indica a denominação, fazem referência a vícios internos que maculam o discernimento no momento da emissão do consentimento, já estes fazem referência a vícios externos, sempre correlacionados com terceiros.

Deter-se-á luz, contudo, para fins da discussão sobre emissão da vontade, sobre os negócios jurídicos eivados dos vícios de erro, dolo e lesão, posto pertinentes à validade da vontade manifestada, exteriorizada, podendo, em concreto, argui-los as pessoas com deficiência intelectual, como mecanismos de defesa de seu patrimônio nas hipóteses de negócio que lhe for prejudicial.

Cumpra salientar que, a priori, todas as pessoas com deficiência intelectual poderão realizar, pessoalmente, os atos existenciais (direitos referentes ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto) e atos patrimoniais (compra e venda, locação, doação etc.), estando autorizados a agir sozinhos e em seus próprios nomes, realizando, a seu critério, os negócios jurídicos que desejarem.

Dessa forma, a pessoa com algum tipo de deficiência intelectual, que não tiver contra si sentença que lhe submeta à curatela ou que tenha optado por ser apoiado, poderá exercer, per si, todos os atos da vida civil, pois, legalmente, detém o status de plenamente capaz.

Com essa presunção de capacidade plena, as pessoas com deficiência intelectual igualam-se às que não têm nenhum tipo de deficiência, ou seja, não poderá alegar sua limitação cognitiva oriunda da deficiência, por menor que seja, como possibilidade ensejadora de invalidade do negócio jurídico configurada por vício que macule a vontade outrora exteriorizada.

Na hipótese de se identificar um negócio jurídico maléfico, dever-se-ão aquelas utilizar os vícios de consentimento erro, dolo e lesão, devendo, para tanto, preencher todos os requisitos exigidos, como qualquer outra pessoa de discernimento pleno, detentora de conhecimentos amplos e gerais, nominado "homem médio"³³.

A primeira ideia do conceito de homem médio surgiu com o matemático, astrônomo e físico social belga Adolphe Jacques Quételet³⁴, apresentada em seu

³³ "Construir uma categoria jurídica que avalia o comportamento do sujeito contratante empregando como parâmetro de julgamento a figura abstrata do bonus pater familias é atribuir ao juiz, o qual muito raramente fará parte do mesmo extrato social do enigmático homem médio brasileiro, o desafiador papel de dizer qual seria o desenho objetivo da boa-fé, a partir de sua fonação sócio-cultural que certamente não se encaixará no perfil do (pobre) operador do direito. Daí se afirmar: a boa-fé objetiva tem uma aplicação subjetiva, fruto da experiência social do juiz". (NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno. Curitiba. Juruá, 2001, p. 131).

³⁴ Adolphe Quetelet nasceu em 1796, em Ghent, cidade então situada nos Países Baixos e hoje pertencente ao território da Bélgica. Após o ensino médio, o jovem Quetelet dedicou-se a lecionar matemática por quatro anos, um em Audenarde e três em Ghent. Em 1917 ingressa na Universidade

livro *Sur l'homme* (1835, em inglês, *A treatise on man and the development of his faculties*, 1842). Quételet imaginou um indivíduo médio hipotético, possuidor de todas as qualidades possíveis do homem, mesmo que, em estado de latência, e que representasse ao entendimento médio daquele determinado grupo social, desenvolvendo sua tese consubstanciada em uma grande quantidade de tabelas de características físicas e comportamentos observáveis. (PICH, 2013)

No Direito Civil, resumidamente, o objetivo é a liberdade de construir o conteúdo e as regras do contrato. Para tanto, devem-se bem conhecer os seus “detalhes”, sob pena de pactuar termos que lhe são desfavoráveis.

Nesse raciocínio, os olhos se voltam para o indivíduo que poderá não ter captado todas as implicações de celebrar um contrato, haja vista a ausência de pleno discernimento, como no caso das pessoas com deficiência.

de Ghent, obtendo seu doutoramento em ciências em 1919 (Eknoyan, 2008; Desrosières, 2002). Em 1820 ingressa no Ateneu de Bruxelas para lecionar matemática e, posteriormente, convence o governo de seu país da importância de implantar um observatório astronômico e da consequente necessidade de ser enviado a Paris para desenvolver sua formação nessa área de conhecimento a fim de implementar esse projeto. Em 1823 Quetelet passa alguns meses na capital francesa, durante os quais teve contato com astrônomos e matemáticos franceses da extrema relevância como Pierre Laplace, Siméone Poisson e Joseph Fourier. Esse período foi fundamental na formação intelectual do polímata belga, em particular pelo confronto com o campo de estudos das probabilidades. Por outro lado, sua formação como astrônomo vai produzir duas consequências: o confronto com a finitude do ser humano diante do cosmo e a apropriação de uma visão mecanicista do mundo, que é por ele concebido como sendo regido por leis exatas e universais (Desrosières, 2004). Contudo, não será precisamente a astronomia o campo de conhecimentos do qual Quetelet receberá a maior influência para a constituição da ciência do homem, mas a meteorologia. Esta última e o estudo do ser humano compartilham o fato de lidar com objetos complexos que não permitem realizar projeções em termos de relações causais exatas representadas por leis simples, mas apenas em termos de probabilidades (Desrosières, 2002). Esse movimento será fundamental para a incorporação do cálculo de probabilidades no estudo do homem no contexto da estatística das populações. Destaque-se, ainda, que a estada parisiense do cientista belga lhe permitiu realizar uma transferência de modelos explicativos da astronomia para a antropometria, considerada pelo cientista belga 'a ciência do homem', qual seja a mudança do estatuto epistemológico da distribuição normal. Na astronomia a distribuição normal representava os erros de medição originados de diferentes medições de um mesmo corpo celeste; por sua vez, Quetelet transferiu e inverteu essa noção para o campo dos estudos do homem, propondo que um grande número de medições de casos representativos de uma população permitiria descobrir o 'homem médio' da população investigada em suas dimensões física, intelectual e moral. Ainda, a descoberta do homem médio sinalizava a existência de uma 'causa constante' de origem divina que determinava a ação do homem enquanto espécie e que poderia ser conhecida pela investigação científica e deveria ser expressa em linguagem matemática (Desrosières, 2002; 2004). Esse fato se vê corroborado no primeiro projeto desenvolvido pelo polímata belga em seu país, no retorno da estada parisiense, cujo objeto era a mensuração das dimensões dos diferentes segmentos corporais ao longo do processo de crescimento. PICH, Santiago. **Adolphe Quetelet e a biopolítica como teologia secularizada**. Hist. Cienc. Saúde – Manguinhos, vol. 20, nº 3, Rio de Janeiro, July/Sept. 2013 Epub Aug 14, 2013. <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702013000300849> (acesso em 26 jan. 2019).

Ao se considerar o plano real da sociedade, o entendimento e a interpretação das informações e nuances contratuais nem sempre são filtradas e identificadas para que, em breve atividade mental, possam ser compreendidas pelo chamado homem médio.

Seguindo esse pensamento de que a vontade manifestada nos negócios jurídicos deve ser expressão de uma atividade intelectual que identifique se o que se apresenta como condições contratuais são prejudiciais ou não, a mera análise da boa fé, por vezes, é insuficiente. Assim, Bruno Lewicki (2000) pontifica que:

a concepção de boa fé (subjetiva), ligada ao voluntarismo e ao individualismo que informam o nosso Código Civil, é insuficiente perante as novas exigências criadas pela sociedade moderna. Para além de uma análise de uma possível má fé subjetiva no agir, investigação eivada de dificuldades e incertezas, faz-se necessária a consideração de um patamar geral de atuação, atribuível ao homem médio, que pode ser resumido no seguinte questionamento: de que maneira agiria o 'bonus pater familiae', ao deparar-se com a situação em apreço? Quais seriam as suas expectativas e as suas atitudes, tendo em vista a valoração jurídica, histórica e cultural do seu tempo e de sua comunidade? (LEWICKI, 2000, p. 56.)

Ainda quanto à validade do negócio jurídico está condicionada a uma manifestação de vontade livre e de boa-fé, Antonio Junqueira de Azevedo é firme em sua doutrina ao afirmar que, “do ponto de vista jurídico, para a formação do negócio jurídico, é necessário um ato volitivo, consciente e livre, do qual o discernimento é elemento intrínseco da manifestação de vontade. (AZEVEDO, 2002, p; 41)

Dessa forma, chegar-se-ia a dois pontos distintos: ou os negócios jurídicos celebrados com pessoa com deficiência intelectual seriam sempre carregados de potencialidade de invalidação pela ausência do pleno discernimento, o que causaria insegurança jurídica ao outro contratante; ou admitir-se-ia esse reconhecimento da plena capacidade civil, indistinto e geral, das pessoas com deficiência, e, por consequência, seriam tidas como pessoas de diligência normal, e nenhuma proteção contratual lhe seria garantida que não as disponíveis às pessoas sem deficiência intelectual, colocando-as em condições páreas, quando, na maioria das vezes, seriam necessários aparatos jurídicos que compensassem suas condições limitantes e, verdadeiramente, colocassem-nas em pé de igualdade.

4.3. Responsabilidade e Desproteção contratual

Quando se assume uma obrigação, em especial advinda da manifestação de vontade válida em um contrato, na hipótese de inadimplemento (em sua acepção ampla), nasce ao inadimplente a responsabilidade. Essa relação bilateral de causa-consequência é indispensável à segurança da ordem civil.

Rodrigo da Guia Silva e Eduardo Nunes de Souza são enfáticos ao lembrar a íntima relação entre autonomia e responsabilidade: “Repita-se: não há liberdade juridicamente tutelada sem responsabilidade. (...), se o agente, por falta de discernimento, não for responsável, não poderá praticar atos juridicamente relevantes com liberdade plena” (SILVA; SOUZA, 2017, p. 109)

Maria Celina Bodin de Moraes, em conclusão nítida sobre o binômio capacidade-imputabilidade, prescreveu:

A consequência da capacidade é, como se sabe, a imputação de responsabilidade. A imputabilidade é a possibilidade de ser considerado, pelo direito, como o autor de seus próprios atos, devendo em consequência por eles responder. Quem não tem discernimento tampouco tem responsabilidade, e as sanções jurídicas são diferenciadas justamente com base nesta distinção. Ter discernimento é ter capacidade de entender e querer. Se o indivíduo for dotado desta capacidade, dela decorrem a autodeterminação e a imputabilidade (isto é, a responsabilidade) (BODIN DE MORAES, 2010, p. 192).

Ombreando essa reflexão, Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues esbanjam razão em afirmar que:

[...]a noção jurídica de capacidade deve estar atrelada ao discernimento e à responsabilidade que dele advém, mas não necessariamente à idade, pois, maturidade pode ser alcançada independentemente da faixa etária, porque é adquirida a partir de experiências, vivências e estímulos que o indivíduo recebe durante a vida (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 224)

Depreende-se que outra questão que deverá se conduzir no ordenamento jurídico é o formato em que se aplicará a responsabilidade civil às pessoas com deficiência intelectual, haja vista que, por força de o EPD ter-lhes concedido plena capacidade civil, presumindo-se o discernimento, a priori, não há como afastar a

responsabilidade advinda do cometimento de um inadimplemento contratual ou mesmo de um ato ilícito.

Com a concessão da plena capacidade civil à pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, o EPD buscou atribuir autonomia àquele sujeito de direito que antes sequer era considerado como de vontade válida, não opinando nem em seus relacionamentos. Portanto, na esfera das decisões de cunho existencial, o EPD ampliou a autonomia da pessoa com deficiência, promovendo o princípio da igualdade e garantindo uma almejada dignidade social.

De outro modo, na esfera das decisões de interesses patrimoniais, o EPD, não intencional, mas reflexivamente, patrocinou verdadeira desproteção àquela, tornando, paradoxalmente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência em um instrumento capenga.

Essa debilidade do EPD é mais sensível quando em análise comparativa com o modelo da responsabilidade civil tratado no ordenamento, ou seja, a premissa da atribuição de plena capacidade civil e, com ela, a concessão da autonomia privada, tem como corolário a imediata e consequente imputação da obrigação de indenizar/responder por seus atos e omissões. A atribuição de liberdade representa reflexo diretamente proporcional na assunção de responsabilidade.

É impulsivo o sentimento de punir o causador do dano com o objetivo de realizar uma compensação ou reparação ao ofendido em uma busca de se atingir o ideal de justiça, não se pensando, ou pensando em último plano, em uma tutela capaz de moralizar e direcionar a conduta individual do ofensor. Busca-se mais reparar a vítima do que fomentar uma justiça distributiva em atendimento ao princípio da solidariedade social. (DURKHEIM, 2010)

Porém, acredita-se que o EPD, ao conceder plena capacidade civil às pessoas com deficiência intelectual, não tenha considerado, em todos os seus aspectos, o reflexo dessa autonomia no mundo da responsabilidade civil.

Parece que houve uma louvável tentativa de se fomentar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana com a equiparação indistinta da autonomia privada, sem, contudo, mensurar as consequências legais dessa autonomia na celebração de negócios jurídicos, mesmo naqueles que envolvam tão somente decisões meramente existenciais, mas com reflexos patrimoniais.

Talvez se tenha imaginado essa igualdade entre os sujeitos emissores da vontade (com ou sem deficiência intelectual) pautada em uma consciência de uma coexistência humana solidária, como pensado por Maria Celina Bodin de Moraes:

Fazendo uma valoração da solidariedade fática que decorre da imprescindível coexistência humana, e a solidariedade como valor que é produto da consciência racional dos interesses em comum, sendo a obrigação moral dos membros da sociedade “não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito, conceito dialético que se traduz no reconhecimento pelo outro. Assim justifica-se o princípio de igualdade fundado em valores sociais, o qual está influído pela solidariedade social que à vez serve de base à igualdade substancial e à justiça social. O princípio constitucional da solidariedade identifica-se com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados. (BODIN DE MORAES, 2003, p. 111-114)

Contudo, considerando a presunção de plena capacidade civil para expressar vontade, de igual tratamento, pela lógica legal, será a imputação de responsabilidade às pessoas com deficiência, inclusive com a análise do elemento culpa do agente causado do dano.

A ideia de responsabilidade civil está relacionada à noção de não causar dano ao outro, podendo ser definida como a aplicação de medidas que imponham ao causador do dano a obrigação de reparar. Na lição de Rui Stoco:

“A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana” (STOCO, 2007, p.114).

Portanto, girando a discussão nos efeitos legais e os reflexos da concessão da plena capacidade civil às pessoas com deficiência, para que uma pessoa venha a responder por uma conduta ilícita, necessário se faz identificar dois elementos, que são imputabilidade e culpabilidade, devendo, ainda, o agente ter a capacidade de discernir e de reconhecer a ilicitude de seu ato, ou seja, a sua culpa.

Alvino Lima (1999), em expressão perfeitamente aplicável à discussão, considerando os elementos discernimento e igualdade fática, conceitua culpa como

“um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato”. (LIMA, 1999, p. 69)

Dessa análise do conceito de culpa, percebe-se que a imputabilidade e a culpabilidade estão, intrinsecamente, relacionadas com o significado de responsabilidade, e mais, dela são verdadeiros pressupostos, quando se tratar, por lógico, da modalidade de responsabilidade subjetiva.

Assim, qualquer pessoa civilmente capaz, agora incluídas as pessoas com qualquer tipo de deficiência psíquica ou intelectual, em tese, responderá pelos danos que lhes sejam imputados ligados por um liame de causalidade a uma conduta inconsequente pautada, no mínimo, na negligência, na imprudência ou na imperícia, sempre no sentido de reconhecer a ilicitude de seu ato.

Justifica, assim, Maria Celina Bodin de Moraes (2003), que, na era do liberalismo e do individualismo,

o conceito de culpa então dominante, a chamada culpa psicológica, era visto unicamente como proveniente da manifestação da vontade (autonomia) do agente, como o nexó psíquico, abstrato, fixo e igual em todos os casos, do qual derivava o juízo moral de condenação ao ofensor. (MORAES, 2003. p. 208)

Por muito tempo, a análise da ocorrência da culpa restou feita, tendo como parâmetro um modelo abstrato de conduta ideal, comportamento esperado de uma pessoa com diligência mediana, o já citado homem médio. Porém, esse parâmetro tem uma alta carga de subjetividade, permitindo ao julgador decidir com base em caracteres individuais e de acordo com sua formação sociocultural.

Dessa forma, considerados, acima anunciados, os elementos formadores da convicção do juiz, não se imagina que o conceito do “homem médio” se conserve inalterado. Pelo contrário; agora, com muito mais razão, deverá ser, constantemente, visitado e, por vezes, desconsiderado.

O reexame pelos julgadores do conceito do homem médio vai ao encontro do atual prisma de análise da culpa, feita pela chamada “fragmentação do modelo de conduta”³⁵, considerando-se os parâmetros distintos a cada conduta, criando-se padrões básicos e específicos para cada caso a ser analisado.

³⁵ “A definição de um padrão único de diligência e razoabilidade parece, de todo, incompatível com uma realidade complexa e plural, como a que caracteriza as sociedades contemporâneas. Daí

Assim, por exemplo, na hipótese de uma pessoa com deficiência cometer um ilícito reparável, sua conduta deverá ser avaliada não conforme o parâmetro abstrato de conduta danoso, mas, sim, de acordo com o parâmetro básico e específico esperado de condutas adequadas àquele perfil do agente (pessoas com deficiência intelectual), no qual se analisariam quais os procedimentos esperados naquela situação específica.

O conceito de culpa passa a ser modelado a partir de critérios mais objetivos, possibilitando ao magistrado afastar-se do apontamento cartesiano da existência de uma culpa concretamente considerada em um modelo padrão único, e guiar-se por critérios mais específicos à realidade do caso em espécie. (MULHOLLAND, 2017)

Essa nova estrutura da concepção da culpa impõe concluir que, na análise da conduta danosa praticada pela pessoa com deficiência intelectual, haverá uma maior facilidade na identificação e na delimitação da culpa, ao passo que será considerada muito mais a contrariedade ao direito e a ruptura aos standards abstratos de conduta, do que uma análise psicológica da culpa.

A investigação psíquica da culpa, por seu turno, conduz, necessariamente, a uma análise do discernimento, ou seja, da capacidade de reconhecimento do agente (pessoa com deficiência) do potencial danoso de sua conduta.

Assim, a objetivação do conceito da culpa possibilita que se faça uma análise da conduta culposa da pessoa com deficiência independentemente dos clássicos parâmetros de culpabilidade e imputabilidade, que, por consequência lógica, afastaria a análise da capacidade de discernimento em concreto do agente, o que era até então indispensável à fixação ou à exclusão da culpa pelo magistrado.

Entende-se, pois, que, com a concessão de plena autonomia volitiva às pessoas com deficiência, quis o EPD promover o princípio constitucional da igualdade e dignidade da pessoa humana, igual tratamento deve ter aquelas

fomentar-se, por toda parte, um fenômeno que se poderia designar como fragmentação dos modelos de conduta, ou seja, a utilização

de parâmetros de comportamento específicos e diferenciados para as mais diversas situações” (SCHREIBER, 2009, p. 41). Em igual sentido: “A tendência, portanto, é a análise da culpa através da chamada ‘fragmentação dos modelos de conduta’, levando-se em conta parâmetros diferenciados para a conduta individualizada, isto é, standards específicos para cada caso concreto analisado. [...] A culpa passa a ser investigada a partir de critérios mais objetivos, livrando o magistrado da árdua tarefa de apontar a existência de uma culpa abstratamente considerada” (MULHOLLAND, 2010, p. 45).

peças na fixação da responsabilidade que é intrínseca à prática dos atos da vida civil, em especial, quando na celebração de negócios jurídicos, não se devendo, contudo, analisar tão somente o discernimento geral, mas os casos específicos em suas subjetividades de agentes como posto acima.

Essa é a crítica nodal que se faz ao Estatuto da Pessoa com Deficiência quando não estipulou parâmetros ou uma gradação na concessão da autonomia às pessoas com deficiência intelectual, colocando-as e expondo-as a um modelo padrão existente, sem, contudo, ressaltar tutelas protetivas reais e eficazes de equiparação social.

Pelo contrário, não raramente, ficaram expostas às malícias e às armadilhas comerciais, retornando ao Judiciário o papel de dizer quem é ou não capaz (relativa ou absolutamente) de fazer ou deixar de fazer algo de forma livre e de boa-fé.

É certo que a jurisprudência se tem formado no sentido de que a pessoa com deficiência intelectual deva ser tratada como relativamente incapaz apenas para o exercício de direitos de cunho patrimonial e negocial, conforme disposto no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Contudo, devem-se, precisamente, identificar os limites de seus atos que deverá praticá-los sempre com a assistência de um curador, vedando-se, assim, a supressão de sua autonomia para todos os atos da vida civil. E isso o EPD não fez. Não criou uma gradação, por exemplo, para a celebração de negócios jurídicos, deixando as pessoas com deficiência intelectual à mercê de toda a sorte do mundo real, sem, porém, salvaguardar as suas limitações de inteligência. (TOMASEVICIUS FILHO, 2017)

Todavia, um maior rigor conferido aos processos de interdição, ao Judiciário, por sua vez, só lhe restou interditar, com maior ou menor severidade; mas é interdição e não tutela de plena autonomia autopromovida pela pessoa com deficiência como na Tomada de Decisão Apoiada trazida pelo EPD.

Exemplo dessa interdição – e não TDA – é o caso em que uma pessoa com esquizofrenia restou interdita como relativamente incapaz tão somente para a

administração de seus bens, estabelecendo-se, porém, que se deveria incentivar o labor como forma de inclusão social, e não seria, pois, apta a aposentar-se.³⁶

Entretanto, quando se trata de pessoas absolutamente incapacitadas de manifestar vontade válida, a situação é bem mais delicada, notadamente, quanto à segurança jurídica dos negócios jurídicos, seja para a pessoa com deficiência, seja para o outro contratante, que ficará sempre com a espada de justiça apontada para si, sob a expectativa de ter ou não aquele negócio celebrado com pessoa com deficiência declarado inválido ou mesmo inexistente pelo Judiciário.

Esse é o caso que envolvia uma senhora de 95 anos, que teve seu discernimento completamente afetado pelo mal de Alzheimer, e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que ela fosse representada, e não assistida, em virtude da impossibilidade de praticar atos da vida civil em conjunto com a filha e curadora.³⁷

Já o Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso envolvendo um jovem 20 anos, portador da síndrome de Down, porém diagnosticado com uma idade mental de 10 anos, confirmou sentença de primeira instância que reconhecia a inconstitucionalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência, sob os argumentos de que as alterações realizadas nos artigos 3º e 4º do Código Civil, em vez de tutelar, desamparavam quem necessitava de proteção, mantendo o jovem na condição de absolutamente incapaz.³⁸

De outro modo, a decisão proferida em primeira instância, que também reconheceu a inconstitucionalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência, considerando uma senhora de 91 anos, acometida pelo mal de Alzheimer, como absolutamente incapaz, restou reformada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

No referido acórdão, decidiu-se pelo reconhecimento de que os negócios jurídicos celebrados por pessoas impedidas de manifestar sua vontade serão considerados inexistentes. Assim, nos termos do Estatuto da Pessoa com

³⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 0000562-45.2010.8.19.0069. Rel. des. Peterson Barroso Simão. 3ª Câmara Cível. Julgamento em 26 de julho de 2017. <<http://www.tjrj.jus.br/consultas>> (acesso em 10 de jan. 2019)

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 0004362-34.2014.8.19.0007. Terceira Câmara Cível. Rel. des. Peterson Barroso Simão. Julgamento em 20 de setembro de 2017. <<http://www.tjrj.jus.br/consultas>> (acesso em 10 de jan. 2019)

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 1007607-79.2015.8.26.0565. Relator des. Fábio Podestá. 5ª Câmara de Direito Privado. Julgamento em 27 de junho de 2017. <<http://www.tjsp.jus.br/consultas>> (acesso em 10 de jan. 2019)

Deficiência, a decisão foi no sentido de que a interditada deveria ser considerada relativamente incapaz.³⁹

Assim, imagina-se a situação hipotética (mas perfeitamente factível, notadamente em virtude da plena autonomia concedida pelo EPD) de uma pessoa com deficiência intelectual – exemplo de uma pessoa portadora com síndrome de Down, por ter características externas visíveis – chegando a uma instituição bancária e pedindo para abrir uma conta corrente ou uma conta poupança.

Partindo da premissa de que o gerente do banco que a atendeu tenha conhecimento de que há o reconhecimento da plena capacidade civil a esta, concedido pelo EPD, aquele não se negará a abrir a referida conta, sob pena de poder ser processado por ato discriminatório.

Dessa forma, porém, nada impede ao citado gerente de oferecer ao novo cliente, como faz com todos os outros, aderir a um limite de cheque especial, adquirir um título de capitalização, fazer seguros variados etc., tudo permitido e lícito, todavia, nem sempre oportuno.

Nessa situação hipotética apresentada, apesar de o gerente ter agido de forma lícita e o cliente com síndrome de Down ter aceitado e firmado todos os contratos narrados, qual seria a condição para um possível desfazimento desses pactos? Será que a pessoa com deficiência intelectual poderá alegar essa condição como fator invalidante?

A instituição bancária, certamente, alegaria que, por se tratar de pessoa plenamente capaz perante ordenamento jurídico, até sentença declaratória em contrário, esta seria responsável por seus atos da vida civil e, como teria liberdade para contratar, teria, reflexamente, responsabilidade por suas escolhas.

Certamente, isso não é proteção à pessoa com deficiência intelectual, no momento que expõe sua vulnerabilidade, sem, contudo, garantir-lhe mecanismos de efetiva equiparação social. A crítica reside, pois, no alargamento desparametrizado e descriterioso da capacidade civil trazido pelo EPD que, não raramente, causará verdadeira exposição jurídica das pessoas com deficiência, quando, em verdade, deveria protegê-las.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 1003765-94.2015.8.26.0564. Relator des. Alexandre Lazzarini. 9ª Câmara de Direito Privado. Julgamento em 14 de março de 2017. <<http://www.tjsp.jus.br/consultas>> (acesso em 10 de jan. 2019)

Conclui-se que, inegavelmente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência favoreceu, sobremaneira, uma maior conscientização social em relação às dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência física ou intelectual, principalmente no que diz respeito às decisões de cunho existencial.

Todavia, circunferenciando o debate no âmbito do regime das capacidades do Código Civil de 2002, apesar do reconhecimento das pessoas com deficiência intelectual poderem exercer seus direitos na máxima amplitude possível, inclusive em matéria patrimonial, não trilhou muito bem esse caminho de transição, fomentando grande discussão com o retorno da decisão ao Judiciário, como já o era, sem traçar parâmetros e contornos mais delineados dessa indistinta capacidade civil.

Sérias e profundas dificuldades serão enfrentadas para adequar a legislação às situações reais em que pessoas, comprovadamente sem discernimento necessário para emitir vontade válida, sejam consideradas plena ou parcialmente capazes, trazendo, nesses casos, específicos, uma real e concreta desproteção de seus interesses.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exclusão social é um fenômeno mundial que tem tomado contornos e criado complexas ramificações pelas mais variadas motivações: política, raça, nacionalidade, gênero, idade, poder econômico, ideologia, religião, condições físicas e intelectuais. A exclusão social é tão antiga quanto o próprio homem; porém, com a globalização e a velocidade do avanço tecnológico, ela é percebida e difundida de forma exponencial.

Sem dúvida, a forma de exclusão social mais nítida e comum nos dois hemisférios tem nascedouro na produção econômica, individual ou em grupo, ou melhor, na impossibilidade de produzir recursos financeiros.

Nesse prisma, as pessoas com deficiência sempre foram alvo de preconceito e, por muito tempo, foram reduzidas a condições subumanas de tratamento, consideradas como aberrações da natureza ou maldições, principalmente porque não produziam e ainda deviam ser sustentadas por outros do seu grupo social.

A marginalização social da pessoa com deficiência, historicamente, passou por vários níveis de tratamento. Essa discriminação não era realizada somente pelos núcleos sociais, mas também praticada pelo Estado que, passivamente, ou relegava-as à sorte da vida, ou, ativamente, autorizava sacrifício dos nascidos com algum tipo de deficiência.

A partir de uma evolução humanística, o tratamento de profilaxia dessas pessoas foi substituído por uma exclusão social mais amena, com a retirada delas do convívio social e isoladas em lugares destinados a torná-las “invisíveis”.

No período pós-guerra, como consequência das diversas mutilações ocorridas nos campos de batalha, o número de pessoas com deficiência, notadamente com deficiências físicas, aumentou consideravelmente e atingiu várias camadas da sociedade; dessa forma, seja pela quantidade, seja pelo status familiar de muitas dessas pessoas com deficiência, mudando-se, também, a ótica de como as enxergavam.

Passou a ser encarada como uma condição clínica que deveria ser curada, promovendo-se a (re)inclusão social com a (re)inserção à cadeia produtiva. Para tanto, o Estado deveria favorecer essa reabilitação econômico-social.

Com essa visibilidade promovida pela reabilitação e profissionalização das pessoas com deficiência, estas conseguiram espaço para demonstrar que a deficiência é uma questão de cunho essencialmente social e não meramente clínica, científica.

Nessa última modelação conceitual, não se buscam “muletas” para disfarçar as limitações físicas ou intelectuais da pessoa com deficiência, mas, sim, a remoção de barreiras impostas pela sociedade, sejam elas físicas, sejam comportamentais.

Intrinsecamente responsável por essa evolução comportamental, a pesquisa deteve-se, também, na questão nominal, ou seja, a gradativa percepção de que a deficiência é uma questão de dignidade humana que passou pela nomenclatura.

A nomenclatura é o sinal externo mais visível da mudança. É o ato concreto da mudança de estágio. Passou-se de expressões como mongol, débil mental à deficiente mental, ultimando em deficiência intelectual ou psicológica. Dizer é fazer. Dizer é ser.

Assim, somente após essas categóricas mudanças na tratativa da questão das pessoas com deficiência que, admitindo-se como indiscutível questão de direitos humanos, vislumbrou-se a iniciativa que permitia um comportamento social concretamente inclusivo, principalmente com a participação ativa e direta daquelas.

O reconhecimento global de que se tratava, sobretudo, de uma questão humanitária e de igualdade de direitos, possibilitou o surgimento de diversos documentos internacionais que abordaram o assunto.

A convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, elaborada pela Organização das Nações Unidas, ocorrida em Nova York, em 2006, é o exemplo mais exponencial dessa nova aceção de pessoa com deficiência, ostentando, atualmente, quase cento e oitenta países signatários, tendo o Brasil aderido em 2008.

A força e a amplitude desse normativo foram intensas, justificadas pelo fato de que tenha sido o primeiro com participação ativa e direta de seus interessados. Mudou paradigmas conceituais, exigindo que os estados aderentes

adotassem medidas concretas que assegurassem o acesso e o pleno exercício dos direitos humanos, em especial, no viés da dignidade pela igualdade.

No Brasil, a repercussão internacional dessas tratativas resultou na tutela de direitos e garantias de tratamentos isonômicos às pessoas com deficiência, que transcendeu a esfera das sugestões ou indicações e pousou na esfera dos normativos principiológicos e regramentais máximos, pois adentrou no ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional, uma vez que seguiu os trâmites legislativos, estabelecidos pelo art.5º, §3º, da Constituição Federal, com reflexos temáticos e hierárquicos em toda a legislação infraconstitucional.

Todavia, a maior modificação introduzida pela convenção foi admitir uma plena autonomia volitiva às pessoas com deficiência, rompendo um dos paradigmas mais estabilizados dos ordenamentos jurídicos conhecidos, reformulando o regime de incapacidades.

A efetivação dessa ruptura, no Brasil, coube à Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015, também conhecida como a Lei Brasileira de Inclusão à Pessoa com Deficiência ou, ainda, mais popularmente conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, espelhando as orientações da convenção de Nova York, introduziu várias inovações legislativas, tanto no direito material, como no processual, a exemplo da Tomada de Decisão Apoiada – TDA, reformulando o instituto da curatela.

Contudo, a maior alteração provocada pela vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência foi a severa modificação no regime de capacidade jurídica estabelecido pelo Código Civil, estabelecendo uma presunção de plena capacidade volitiva das pessoas com deficiência, inclusive, as com deficiência intelectual ou psíquica.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, reafirmando os preceitos estabelecidos pela convenção, extirpou dos artigos do Código Civil qualquer referência à doença mental ou intelectual, estabelecendo que a incapacidade, por ventura atribuída às pessoas com deficiência, agora somente poderão ser na modalidade relativa, limitando a incapacidade absoluta ao critério etário, ou seja, aos menores de dezesseis anos.

A abrangência dessa alteração no regime das capacidades tem um vetor vertical (na relação com o ente público) e um vetor horizontal (nas relações privadas), sendo este último o foco desta pesquisa. Como regramento garantidor de direitos fundamentais e reflexo direto de uma norma com status constitucional (convenção), fez-se necessário entender a necessidade existencial de uma norma infraconstitucional (Estatuto) como garantia ou instrumento de eficácia das normas constitucionais.

A pesquisa indicou que a sociedade brasileira, como regra, ainda não tem maturidade cultural suficiente para implementar, em seu comportamento, atendimento a normas constitucionais de garantias de direitos fundamentais, necessitando-se, pois, de normas infraconstitucionais para direcionar mais precisamente esse comportamento social que possibilita o exercício de amplos e difusos direitos, por qualquer do povo, indistintamente de suas condições físicas ou psíquicas.

Partindo dessa premissa, também se concluiu que a edição do referido Estatuto era necessária para salvaguardar esses direitos às pessoas com deficiência, permitindo-lhes decidir, autonomamente, sobre questões relativas à sua própria vida, seja de cunho existencial seja patrimonial, notadamente com relação às pessoas com deficiência intelectual.

A deficiência intelectual incide na capacidade cognitiva do indivíduo diante de determinada situação concreta que se apresenta, e essa debilidade de percepção pode sofrer inúmeras gradações, mudando-se, completamente, a capacidade de discernir, como casar, celebrar um contrato de locação, abrir uma conta bancária etc.

A crítica que se faz à referida norma (EPD) é que, indistintamente, concedeu plena autonomia volitiva às pessoas com deficiência, sem, contudo, preocupar-se com essa variação na capacidade de discernir, expondo a potenciais riscos aquele com um maior grau de debilidade cognitiva.

Acredita-se que o legislador até tenha tido boas intenções em editar referida lei com o escopo de proteger e garantir os direitos das pessoas com deficiência; contudo, descurou em estabelecer procedimentos mais elaborados e precisos para a sua redação. Não adotou critérios basilares que se espera, quando

da edição de uma norma, que é a estabilização de uma inquietude social e a concretização de seus interesses.

Ao contrário, no formato de concessão geral de capacidade às pessoas com deficiência, o legislador aflorou um sentimento de insegurança de como devemos proceder nas relações jurídicas celebradas com pessoas com deficiência, pois, presumidamente capaz, sua emissão de vontade é válida, até prova em contrário.

Reside aí a questão nodal da pesquisa. Se o discernimento tem como base a aquisição de conhecimentos e experiências durante um lapso temporal compatível com sua idade cronológica, a depender do grau de comprometimento do desenvolvimento intelectual do indivíduo, esse pode não demonstrar discernimento algum, uma vez que não teve experiências suficientes para sua formação, maculando a expressão da autonomia privada do indivíduo

Isso se acentua nas decisões de cunho patrimonial, ou mesmo nas decisões de cunho existencial com reflexos patrimoniais, tomadas na oportunidade da celebração de negócios jurídicos entre particulares, nos quais serão exigidos ou esperados os mesmos padrões comportamentais de uma pessoa sem nenhuma limitação, o homem médio. Por motivos fisiológicos, essa equiparação não será factível.

Sob o argumento de garantir plena autonomia da vontade às pessoas com deficiência intelectual, ao contrário, o legislador criou circunstâncias que, facilmente, permitirão a exposição delas a situações extremamente desvantajosas.

Ao conceder autonomia, via de consequência, atribuiu a elas responsabilidade por seus atos, podendo vir a responder por condutas verdadeiramente não desejadas, agravando-lhes a vulnerabilidade.

Na análise dessa responsabilidade, o magistrado deverá considerar outras referências de culpabilidade, não podendo, no caso de verificação da imputabilidade das pessoas com deficiência, fazer uso dos mesmos critérios adotados para as pessoas sem nenhuma limitação intelectual, ao adotar a fragmentação do modelo da culpa, descartando o modelo-padrão e considerando o modelo específico daquele determinado comportamento.

Constata-se, por último, que as muitas das decisões judiciais pertinentes ao tema ainda divergem entre si, principalmente pelo fato de que a lei, ao conceder

plena autonomia da vontade às pessoas com deficiência intelectual, não estabeleceu critérios para se apurar, em hipótese contrária, a falta de discernimento capaz de induzir à invalidade do negócio jurídico.

Outro ponto nítido nas decisões colecionadas é o abismo entre a teoria e a realidade em que, por vezes, paradoxalmente, o magistrado deverá, por um dever geral de cautela, afastar-se desse normativo que, em tese, garantiria um direito fundamental, para, no caso concreto, aplicar o normativo com aquele incompatível, identificando a clara vulnerabilidade da pessoa com deficiência emitente da vontade ali em discussão.

Não se deve olvidar de que tanto a convenção, quanto o Estatuto da Pessoa com Deficiência inauguraram uma nova era de direitos inerentes às pessoas com deficiência, independentemente de suas limitações, garantindo-lhes dignidade pela livre manifestação de vontade. Todavia, nem todas têm discernimento necessário para exercer tal múnus, podendo, em determinados casos, agravar sua condição de vulnerabilidade.

A conclusão tem assento na indiscutível intenção protetiva dos dois normativos em destaque e na relevância destes para o ordenamento jurídico nacional, de modo que, incentivando e estimulando a inclusão socioeconômica, ofusca o preconceito e a discriminação.

A promoção de condições igualitárias no exercício dos direitos fundamentais e a facilitação do alcance à plenitude do exercício dos direitos de personalidade são marcas indeléveis daquelas prescrições normativas que visam a que se enxerguem apenas pessoas e não suas limitações.

Não obstante os pontos positivos identificados acima, a regulamentação no regime das capacidades trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência merece imediata revisão. Entende-se que essa alteração é diametralmente oposta, na base do tudo-ou-nada, ou seja, passa da presunção de incapacidade para a presunção de capacidade.

A ausência de termos de graduação conceitual do discernimento apto a emitir vontade válida não favoreceu uma garantia plena às pessoas com deficiência intelectual; ao contrário, provocou insegurança jurídica a elas, bem como às pessoas com as quais celebraram negócios jurídicos.

Precisa-se, urgentemente, de detido e minucioso reexame no regime das capacidades, uma vez que se trata do pavimento no qual se assentam os pilares da emissão válida de vontade, mola mestra do Direito Civil.

A conclusão é que, indiscutivelmente, nem todas as pessoas com deficiência intelectual apresentam necessário discernimento para emitir vontade válida e eficaz na celebração de todos os atos de sua vida civil.

Não obstante a própria CDPD tenha concedido oportunidade para que os estados signatários entabulassem seus normativos afeiçoados às suas realidades, no Brasil, o EPD perdeu a chance de ser um mecanismo eficaz de promoção de garantias, como a igualdade.

A edição desse normativo tinha como objetivo maior proteger a pessoa com deficiência; todavia, com sua generalização de conceitos, colocou-as em situações em que, por suas próprias limitações, terão que concorrer com pessoas sem nenhuma deficiência, quando, na verdade, deveria ter proporcionado mecanismos de proteção mais eficaz.

Destarte, não é só com a edição de leis que se garantirá igualdade ou dignidade da pessoa humana. A concessão da plena capacidade civil não poderia ter sido concedida indistintamente sem níveis de gradação como fez o EPD. Precisa-se de políticas integrativas sistêmicas, incluindo Legislativo, Judiciário e Executivo.

A incidência da lei sem uma estrutura administrativa robusta e próxima, e com um sistema judicial ineficaz e engessado, impossibilita o alcance a qualquer direito, seja pelas pessoas com deficiência ou não, de forma que o conceito de deficiência a ser tutelado pelo Estado, que impossibilita o acesso ao direito de igualdade e dignidade, pode ser ampliado e entendido desde aquele acometido por doenças mentais que influenciam em suas decisões, até aquele cidadão que não tem acesso à alimentação, à educação ou mesmo à justiça primária, sendo, talvez, essa deficiência muito mais sentida, haja vista a consciência de que não lhe é maculada internamente por nenhum tipo de doença fisiológica.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: poder soberano e vida nua I**. Tradução Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte. Fórum. 2019.

AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>. Acesso em: 27 set. 2018.

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

AMERICAN ASSOCIATION ON INTELLECTUAL AND DEVELOPMENTAL DISABILITIES. *S. I.*: AAIDD, c2018. Disponível em: <https://aidd.org/about-aidd>. Acesso em: 10 out. 2018.

AMERICAN ASSOCIATION ON INTELLECTUAL AND DEVELOPMENTAL DISABILITIES. **Intellectual Disability**: Definition, Classification, and Systems of Supports. 11th ed. EUA: AAID, 2010. Disponível em: [http://aidd.org/publications/bookstore-home/product-listing/intellectual-disability-definition-classification-and-systems-of-supports-\(11th-edition\)](http://aidd.org/publications/bookstore-home/product-listing/intellectual-disability-definition-classification-and-systems-of-supports-(11th-edition)). Acesso em: 21 out. 2018.

AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer**. Tradução Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas: 1990.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor, Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. *In*: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; AZEVEDO, Vitor (coord.). **O código civil e o estatuto da pessoa com deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 3-4.

BAUMAN, Z. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005. p. 11-12.

BELO, Chantal; CARIDADE, Helena; BRAVA, Ribeira; CABRAL, Luíza; FUNCHAL, Raquel Sousa. Deficiência Intelectual: terminologia e conceptualização. **Revista Diversidades**, Funchal, ano 6, n. 2, p. 4-9, out./dez. 2008. Disponível em: http://www02.madeira-edu.pt/Portals/5/documentos/PublicacoesDRE/Revista_Diversidades/RevistaDiversidades22.txt. Acesso em 29 dez.. 2018)

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução Nilson Moulin. São Paulo, Editora UNESP, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2010.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, Porto Alegre, v.5, p. 69-87, set. 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.296**, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Brasília: Planalto, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/D5296.htm. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília: Planalto, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 09 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Planalto, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: Planalto, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: Planalto, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Planalto, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 09 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília: Planalto, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm. Acesso em: 18 set. 2018.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 19, n. 5, p. 83-129, jul./set. 2004.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; LIMA, Renata Albuquerque. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 13, n. 17, p.11-23, jan./dez. 2015

CARVALHO, Orlando. A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites, 198. In: FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 246.

CARVALHO, Suzy Anny Martins. **A curatela modificada pelo estatuto da pessoa com deficiência e as questões existenciais em relação à pessoa com deficiência intelectual**. 201. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2017.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**.8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

CIRILO, Marisa Assunção. **Deficiência mental e discurso pedagógico contemporâneo**. 2008. 98 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-13032009-150325/pt-br.php>. Acesso em 21 out. 2018.

CRICENTI, Giuseppe. **Il sé e l'altro**. Bioetica del diritto civile. Dignidade como autodeterminação. Firenze: Edizioni ETS, 2013.

DIDIER, Emmanuel. De l'«exclusion» à l'exclusion. **Revue des sciences sociales du politique**. [S. l.], n. 34, p. 5-27, 1996.

DUPAS, Gilberto. A lógica da economia global e a exclusão social. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 121-159, dez. 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141998000300019&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 nov. 2018.

DURKHEIM, Emile. **Da divisão do trabalho social**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

FACHHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 43

FACHIN, Luiz Edson. O giro repersonalizante: singrar, a viagem do redescobrimto. *In*: FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 243.

FONTOURA, Natália de Oliveira; GONZALEZ, Roberto. "Aumento da participação de mulheres no mercado de trabalho: mudança ou reprodução da desigualdade?". **Mercado de Trabalho**, Brasília, v. 41, p. 21-29, 2009. Disponível em: http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/mercadodetrabalho/05_NT_Aumento.pdf. Acesso em: 20 jun. 2016.

FRÉTIGNÉ, Cedric. **La sociologie de l' exclusion**. Paris: L' Harmattan, 1999.

GOUNET, Thomas. **Fordismo e toyotismo na civilização do automóvel**. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 18-19.

GUSTIN, Miracy B. S. **Das necessidades humanas aos direitos**: Ensaio de Sociologia e Filosofia do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HART, Herbert L. A. **O conceito do direito**. 5 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 30)

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEWICKI, Bruno. "Panorama da Boa-Fé Objetiva". *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 56

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Atualizada por Ovídio Rocha Barros.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

MARSHALL, T.H. **Política Social**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, Aline Souza. **Por que a guerra? Política e subjetividade de jovens envolvidos com o tráfico**: um ensaio sem resposta. 2014. 215 f. Dissertação (Mstrado em Psicologia) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: http://www.appoa.com.br/correio/edicao/250/homo_sacer_sujeitos_abandonados_ao_crime/158. Acesso em: 17 jan 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Civilistica**. [S. l.], ano 4, n.1, p. 01-26, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Uma aplicação do princípio da liberdade. *In*: Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 192.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; CORREIA NETO, Jáder de Figueiredo. Interdição e curatela no novo cpc à luz da dignidade da pessoa Humana e do direito civil constitucional. **Publica Direito**. 201_. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=029b50deea7a25c4>. Acesso em: 30 abr. 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 187-201, jan./mar. 2016.

MENOTTI, Camila Ribeiro. **A lei moral e o sentimento do respeito na filosofia prática kantiana**. 2012. 71 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Mria, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e o direito civil: tendências. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 96-108.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro. Renovar, 2003.

MULHOLLAND, C. S. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

MULHOLLAND, Caitlin. **A responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual**. São Paulo: GenJurídico, 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/02/14/responsabilidade-civil-da-pessoa-com-deficiencia-psiquica-eou-intelectual>. Acesso em: 01 fev. 2019.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los Límites de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 169.

NASCIMENTO, MAael Alves do. **Erving Goffman, as interações no cotidiano escolar, desvendando o estigma dentro da inclusão escolar**. 2009. 137f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Humanidades e Direito, Universidade Metodista de São Paulo, São Bernardo do Campo, 2009.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coord.). **O direito civil entre o sujeito e a pessoa: Estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotá**. Belo Horizonte. 2016, p. 39-40.

PALACIOS, Auustina. **El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Madri: Cinca, 2008

PEREIRA, Jane Gonçalves Reis. Apontamentos sobre a aplicação de normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-192.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PICH, Santiago. Adolphe Quetelet e a biopolítica como teologia secularizada. *História, Ciência, Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, jul./set. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702013000300849. Acesso em: 26 jan. 2019.

PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. *In*: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George S.; LEITE, Glauber S. e LEITE, Glauco S. (coord). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. . p. 37-38

PIQUERAS, Andrés. **Capitalismo mutante: crisis y lucha social en un sistema en degeneración**. Valencia: Icaria, 2015.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 614.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (3. Câmara cível). **Apelação 0000562-45.2010.8.19.0069**. Relator: Des. Peterson Barroso Simão, 26 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/consultas>. Acesso em: 10 jan. 2019. Terceira Câmara Cível.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (3. Câmara cível). **Apelação 0004362-34.2014.8.19.0007**. Relator: Des. Peterson Barroso Simão, 20 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/consultas>. Acesso em: 10 jan. 2019.

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, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/982>. Acesso em 25 jan. 2019.

RODRIGUES, F. Luciano Lima. O fenômeno da constitucionalização do direito: seus efeitos sobre o direito civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LOBO, Paulo; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; MENEZES, Joyceane Bezerra de; ERHAART JÚNIOR, Marcos (org.). **Direito Constitucional Civil: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 555-556.

ROGERS, Gerry. What is special about social exclusion approach? *In*: RODGERS, Garry; GORE, Charles; FIGUEIREIDO, José (ed.). **Social exclusion: rethoric, reality, responses**. USA: International Institute for Labor Studies, 1995.

ROIG, Rafael de Asís; AVILÉS, María del Carmen Barranco. **El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre**. Madrid: Cinca, 2010.

ROSENVALD, Nelson. **Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Genjurídico, 201-. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>. Acesso em: 15 jan.2019

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalização. Fatalidade ou Utopia?**. Porto: Afrotamentos, 2001. v.1

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo (5. Câmara de Direito Privado). **Apelação 1007607-79.2015.8.26.0565**. Relator: Des. Fábio Podestá, 27 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/consultas>. Acesso em: 10 jan. 2019.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo (9. Câmara de Direito Privado). **Apelação 1003765-94.2015.8.26.0564**. Relator: Des. Alexandre Lazarini, 14 de março de 2017. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/consultas>. Acesso em: 10 jan. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Rio de Janeiro: Del Rey, 2007.

SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Alexandre Antonio Bruno da; LEITÃO, André Studart; DIAS, Eduardo Rocha. O caminho da inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho: onde estamos? **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, ano 14, n. 18, p.13-43, jan./jun. 2016

SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de. Discernimento da pessoa humana e sua relevância para o regime jurídico da prescrição e da decadência. *In*: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; AZEVEDO, Vitor (coord.). **O código civil e o estatuto da pessoa com deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 109

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. São Paulo Revista dos Tribunais, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O entendimento jurisprudencial do estatuto da pessoa com deficiência**. São Paulo Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-30/direito-civil-atual-entendimento-jurisprudencial-estatuto-pessoa-deficiencia#sdendnote12sym>. Acesso em: 01 fev. 2019.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. **Eficacia** horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.) **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Tradução Agatha Gonçalves Santana. São Paulo: Atlas, 2008, p. 219-237.

UNITED NATIONS. **Convention on the Rights of Persons with Disabilities**. New York: UN, 2006. Treaty Collection. Disponível em: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en. Acesso em: 06 out. 2018.

VELTRONE, Aline Aparecida; MENDES, Encéia Gonçalves. Descrição das propostas do Ministério da Educação na avaliação da deficiência intelectual. **Paidéia**, v. 21, n. 50, p. 413-421, dez. 2011.

VIVAS-TESSÓN, Inmaculada. La convención ONU de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de la personas com discapacidad. La experiencia española. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**: convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 35