# XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

## DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

**WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR**

**HELENA NASTASSYA PASCHOAL PITSICA**

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
**Secretarias**
**Relações Institucionais:**
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
**Comunicação:**
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
**Relações Internacionais para o Continente Americano:**
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes:**
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
**Eventos:**
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

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

Coordenadores: Helena Nastassya Paschoal Pitsica; William Paiva Marques Júnior.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-654-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil contemporâneo. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34




Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

# XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

## DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

## Apresentação

A presente coletânea é composta dos trabalhos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: “Direito Civil Contemporâneo I”, no âmbito do XXIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado entre os dias 07 a 09 de dezembro de 2022, na cidade de Balneário Camboriú/Santa Catarina, na UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, e que teve como temática central “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”.

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma verticalizada diversas temáticas atinentes ao Direito Civil Contemporâneo, especialmente na relação dialogal com o Direito Constitucional. As pesquisas ora apresentadas funcionam como canais indispensáveis nos debates e propostas das pendências existentes nos campos indicados e na busca de soluções efetivas para as problemáticas indicadas.

Gustavo Henrique de Souza Vilela aborda os movimentos do constitucionalismo e da codificação do direito privado, traça suas características mais impactantes como a supremacia da constituição, a constitucionalização do direito, a publicização do direito privado e a descodificação do Direito Civil pelo advento dos microssistemas. A partir do conceito, da origem e da finalidade desses elementos, reflete-se sobre os impactos da aplicação do valor normativo dos princípios constitucionais, para que não sejam banalizados, a eficácia dos direitos fundamentais e a busca pela função social dos institutos jurídicos na aplicação do direito.

Flavia Portella Püschel investiga a relação entre doutrina e jurisprudência em diálogo com a crítica feita por Judith Martins-Costa, segundo a qual a doutrina civilista atual tornou-se inútil tanto para a aplicação do direito quanto para orientação dos operadores do direito e dos destinatários das normas jurídicas, a partir do caso da responsabilidade civil punitiva, o qual exemplifica com clareza os efeitos da ausência de diálogo entre doutrina e jurisprudência, apontado pela autora como sintoma da perda de autoridade e utilidade da doutrina civilista brasileira.

Gustavo Henrique de Souza Vilela reflete sobre o direito sucessório. Conquanto sua relevância, tendo em vista que a todos afeta, apresenta-se em um cenário de estagnação, que tem ancorado o ramo jurídico às vestes do passado. Em alguns institutos sucessórios, essa

carência mostra-se mais acentuada, é o que acontece com a indignidade e a deserdação, responsáveis pela possibilidade jurídica de exclusão do direito fundamental à herança. Propõe que a exclusão sucessória tem potencial para transformar-se em mecanismo de combate à violência doméstica e familiar, mas para que isso aconteça é necessário afastar-se do perfil apenas vingativo e fazer aflorar seu viés preventivo, através de mudança legislativa expressiva.

Alderico Kleber De Borba e Vitor Antônio da Silva Faria investigam a constitucionalidade na vedação à escolha do regime de bens para o casamento, para pessoas acima de 70 anos de idade. A obrigatoriedade do regime de separação legal de bens, em decorrência da idade do contraente, foi positivada numa perspectiva individualista e patrimonialista no art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, lardeado de influxos do modelo de Estado Liberal (atualmente superado). O art. 1.641, II do CC de 2002 repetiu a redação do CC /1916, mantendo a proteção estatal não sob a ótica da pessoa, mas sim do patrimônio. Na mens legis do art. 1.641, II, do CC/2002, o que se tem é a proteção de interesses econômicos e patrimoniais, relegando a segundo plano a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana. A repersonalização do Direito Civil implica na emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito, passando o patrimônio ao segundo plano. O contraente do casamento que possui 70 (setenta) anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, inclusive livre disposição de seus bens. Num ambiente de Direito Civil constitucionalizado, o art. 1641, II, do CC/2002 é inconstitucional. A patrimonialização das relações civis é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF).

Éder Augusto Contadin e Alessandro Hirata alertam que a teoria da transmissão no Direito Civil das Obrigações não é tratada como teoria geral, mas organizam dogmaticamente e metodologicamente os elementos teóricos e os requisitos centrais de sua funcionalidade jurídica. Também, procuram aferir os efeitos jurídicos advindos dos instrumentos de circulação jurídica e a correlação estrutural com aqueles elementos e requisitos. O estudo dos direitos subjetivos (absolutos e relativos) e das posições jurídicas atomizadas em seus conceitos são ponto nodal para a compreensão do fenômeno translativo em Direito. Procede-se à análise teórica desses elementos centrais (direito subjetivo e posições jurídicas) associados à circulação jurídica de direitos pessoais (ou relativos, ou de crédito), que também podemos denominar de transmissão jurídica no plano do Direito das Obrigações. Como resultado da pesquisa, desvela-se a riqueza conceitual e estrutural dos negócios de transmissão de posições jurídicas obrigacionais, em que os contratos de cessão (de crédito, de

débitos – também denominados “assunção de dívidas” – e de posições contratuais) designam a transmissão das posições jurídicas ativas e/ou passivas com fonte negocial, e não a própria fonte que os desencadeia.

Daniel Stefani Ribas, Danilo Rodrigues Rosa e Leticia Faturetto de Melo tratam do contexto atinente ao paradigma das funções da responsabilidade civil como instrumento para a estruturação da indenização nos casos de danos à liberdade de expressão. O fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e a constitucionalização do direito civil permitem uma compreensão das funções da responsabilidade - compensatórias, precaucional e punitiva ou pedagógico punitiva - como diretrizes para fixação da indenização.

Eloah Alvarenga Mesquita Quintanilha e Jordana Aparecida Teza analisam a evolução genética no campo do Direito e o seu impacto no sistema judiciário brasileiro. Por meio de uma exposição de casos concretos, demonstra-se a posição do magistrado quanto à confiabilidade dos exames de DNA, admitindo a possibilidade de considerá-la como prova confiável, mas não infalível. Isso se deve à existência de complicações genéticas, (“quimerismo”: indivíduo com duas cargas genéticas) capazes de “mascarar” o seu resultado. A importância do instituto da prova judicial é reafirmada no texto, propondo um debate sobre os eventuais conflitos nos processos de investigação de paternidade e investigação criminal. Evidencia-se a inquietude quanto à ausência de regulamentação no Brasil sobre a metodologia utilizada nos exames de DNA. Neste sentido, preconiza-se pesquisar o quimerismo de forma lato sensu, sua influência nos resultados dos exames de DNA e o seu impacto nas ações de família quanto ao direito do estado de filiação e origem genética.

Rodrigo Rodrigues Correia propõe uma análise a partir da ausência de uma disciplina legal especialmente destinada à adequação do registro civil de pessoas transgênero, o Provimento nº 73 de 2018 do Conselho Nacional de Justiça cuida do processamento extrajudicial pelos Oficiais de Registro, independente de decisão judicial, buscando compreender quais os parâmetros utilizados para possibilitar o processamento extrajudicial da adequação do registro, independente de decisão judicial e de apresentação de documentos médicos que atestam a condição de transgênero ou a ocorrência de terapias e da cirurgia para redesignação sexual.

Alexandre Barbosa da Silva e Denner Pereira Da Silva investigam, sob a ótica da condição humana, a implementação do programa de compliance pode ampliar a margem de escolha das pessoas com deficiência, com segurança e autonomia, em complemento à atual forma de regulação estatal. Dentre os seus objetivos está a possibilidade de concretizar direitos fundamentais da pessoa com deficiência por meio das ferramentas de compliance, garantindo-

se o seu ingresso e permanência nas instituições, na perspectiva de confirmação do exercício de sua capacidade civil.

Para Daniela Silva Fontoura de Barcellos , Alice Aparecida Dias Akegawa e José Caldeira Gemaque Neto, a pandemia trouxe juros altos, desemprego, inflação, enfim vários males tanto na saúde humana, sociedade como na gestão da administração pública e privada fatores que motivam a crise do Estado, logo o Poder Judiciário foi acionado para intervir nas relações interpessoais conflituosas para pacificar e resolver o caso concreto. Em resposta a esta indagação, foi possível estabelecer que a teoria da imprevisão e a resolução do contrato por onerosidade excessiva é a solução do caso concreto encontrado pelo TJMG nos tempos de pandemia na resolução da lide.

Ana Paula Cardoso e Silva e Renata Apolinário de Castro Lima, a partir do método hipotético-dedutivo, abordam a possibilidade ou não do casamento da pessoa com deficiência mental e intelectual após as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146 de 06.07.2015, o qual buscou promover a inclusão das pessoas com deficiência ao contexto social em que vivem como forma de garantir-lhes a dignidade da pessoa humana atribuindo-lhes autonomia existencial, alterando substancialmente a teoria das incapacidades antes instituída no ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar de forma igualitária as pessoas que antes da sua vigência eram consideradas incapazes, tornando-as capazes. Analisa-se ainda as complexidades decorrentes do reconhecimento legal do direito ao casamento das pessoas com deficiência mental e intelectual abordando as condições necessárias para que estas pessoas exerçam este direito e, diante da possibilidade deste casamento, se poderiam decidir acerca do regime de bens a ser adotado e se teriam a plena liberdade para conduzirem a sociedade conjugal.

Marcio Bessa Nunes, Danúbia Patrícia De Paiva e Sérgio Henriques Zandona Freitas, traçam um panorama das mudanças jurídicas verificadas no século XX, durante a vigência do Código Civil de 1916, desde o ambiente em que foi criado, passando pelas alterações sofridas até o final de sua vigência, com o Código Civil de 2002. Examinam os conceitos de patriarcado e feminismo, e como a discussão desses fenômenos propiciou uma mudança de visão em relação ao papel da mulher e, em seguida, a toda pessoa humana, independentemente do gênero. Abordam a constitucionalização do Direito Civil, analisando os conceitos de dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e direitos da personalidade. O tema-problema do presente artigo está no exame dos avanços constitucionais já efetivados no Direito Civil brasileiro do ponto de vista da autonomia e dos Direitos da Personalidade. Evidenciam, por fim, as perspectivas de desenvolvimento do Direito Civil, a partir do novo conceito de capacidade, visando estabelecer o modelo

democrático para a compreensão da autonomia, especialmente a existencial, no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Joel Ricardo Ribeiro de Chaves defende que, tanto pela via de aplicação do parágrafo 3º do artigo 23 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais aos serviços notariais e registrais, quanto pela via de resolução de antinomia aparente entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a Lei de Registros Públicos, o resultado final que se pode identificar é o da aplicação das normas especiais de registros públicos à retificação de erros no Registro Civil de Pessoas Naturais e, apenas subsidiária e complementarmente, a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, no que esta não conflitar com àquela.

Marcio Bessa Nunes , Antônio Carlos Diniz Murta e Sérgio Henriques Zandona Freitas consideram que, com a mudança do Código Civil de 2002 (CC/2002), operada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), por meio da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, a capacidade passou a ser regra geral no ordenamento legal brasileiro. Porém, não há, no Direito, um conceito claro do que seja deficiência, sobretudo a mental, que apresenta nuances inviáveis de serem captadas pela mera dogmática jurídica. Assim, deve o Direito colher, de outras ciências e saberes, meios que auxiliem o operador jurídico a definir, no caso concreto, a deficiência, tarefa que pode receber substancioso auxílio da Sociologia e seu conceito social da deficiência. Por meio do estudo do novo conceito de (in)capacidade no direito brasileiro, o conceito de deficiência passa a ser visto como um resultado de um relacionamento complexo entre as condições do indivíduo e das outras pessoas, desde a família até a comunidade, sendo dada ênfase, assim, a todo o contexto no qual a pessoa está inserida.

Marta Rodrigues Maffeis e Cíntia Rosa Pereira de Lima constatam que a liberdade de expressão é um direito fundamental que se desdobra na liberdade de manifestação do pensamento e na liberdade de opinião e de comunicação, inserindo-se aí, a liberdade de imprensa e o direito de informar. Não raramente, vem a lume situações de colisão entre a liberdade de imprensa e a ofensa a direitos da personalidade de terceiros, como, honra, intimidade e vida privada. Portanto, censurar previamente qualquer manifestação do pensamento não estaria em acordo com a vontade do constituinte. É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal se posicionou na ADPF nº. 130/DF que declarou inconstitucional a antiga Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). Segundo o STF, a liberdade de expressão deve ser elevada à categoria de sobredireito, pois segundo o Ministro Ayres Britto, ainda que não haja hierarquia entre os direitos fundamentais, para que sejam exercidas as liberdades de expressão e pensamento, há necessidade de colocá-las acima de outros direitos fundamentais expressos na Carta Magna. Em advindo alguma lesão a direito de outrem, há que se

responsabilizar o agente causador do dano, mas não impedir a prévia manifestação do pensamento.

Gabriela Neckel Netto, Jean Moser e Denise S. S. Garcia revelam que as criptomoedas se tornaram nos últimos tempos um avanço no universo dos investimentos, motivo pelo qual, o criptoativo vem se tornando alvo de penhora pelos credores que pretendem obter a satisfação do seu crédito, investigando a possibilidade ou não da penhora das criptomoedas, constatando-se a volatilidade das moedas digitais contribuem para a dificuldade da penhora desse bem apesar de que já se tem o entendimento de tratar-se de um ativo financeiro que constitui o patrimônio do devedor. Necessitando assim, de uma legislação especifica que venha esclarecer o procedimento de penhora desse bem em específico.

Joana Vivacqua Leal Teixeira de Siqueira Coser pesquisa se, mesmo diante de cláusula contratual expressa, caberia ao juiz a análise acerca da utilidade da prestação e, se possível, quais seriam os limites da intervenção judicial. Para tanto, faz-se uma análise da legislação e doutrina acerca da temática proposta. Inicialmente, aborda os atuais contornos da obrigação. Em seguida, estuda as definições e os critérios distintivos entre inadimplemento absoluto e mora. Posteriormente, analisa a possibilidade de atuação judicial diante de cláusula resolutiva expressa ou específica das hipóteses de perda do interesse útil do credor, fazendo uma abordagem acerca dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, bem como dos limites e parâmetros para a atuação judicial.

Com grande satisfação os coordenadores apresentam a presente obra, agradecendo aos autores /pesquisadores envolvidos em sua produção pelas profícuas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do exitoso e arrojado evento, realizado em Balneário Camboriú /Santa Catarina.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade social sob a óptica civilista. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito Civil Contemporâneo no contexto pós-pandêmico de utilização dos mecanismos de Direito Privado como força motriz da inclusão cidadã.

Profa. Dra. Helena Nastassya Paschoal Pitsica- UNIVALI (Universidade do Vale do Itajaí)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC (Universidade Federal do Ceará)

# CONCEITO SOCIAL DE DEFICIÊNCIA: CONTRIBUTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA AO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E O ESTUDO DO INSTITUTO DA (IN)CAPACIDADE

## SOCIAL CONCEPT OF DISABILITY: CONTRIBUTION OF THE STATUTE OF PERSON WITH DISABILITY TO THE CIVIL CODE OF 2002 AND THE STUDY OF THE INSTITUTE OF (IN)CAPACITY

**Marcio Bessa Nunes** [1]
**Antônio Carlos Diniz Murta** [2]
**Sérgio Henriques Zandona Freitas** [3]

**Resumo**

Com a mudança do Código Civil de 2002 (CC/2002), operada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), por meio da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, a capacidade passou a ser regra geral no ordenamento legal brasileiro. Porém, não há, na ciência do Direito, um conceito claro do que seja deficiência, sobretudo a mental, que apresenta nuances inviáveis de serem captadas pela mera dogmática jurídica. Assim, deve o Direito colher, de outras ciências e saberes, meios que auxiliem o operador jurídico a definir, no caso concreto, a deficiência, tarefa que pode receber substancioso auxílio da Sociologia e seu conceito social da deficiência. Por meio do estudo do novo conceito de (in)capacidade no direito brasileiro, o conceito de deficiência passa a ser visto como um resultado de um relacionamento complexo entre as condições do indivíduo e das outras pessoas, desde a família até a comunidade, sendo dada ênfase, assim, a todo o contexto em que a pessoa está inserida. No artigo, utilizada a pesquisa bibliográfica, por meio do método dedutivo.

**Palavras-chave:** Código civil de 2002, Estatuto da pessoa com deficiência, Deficiência, Conceito social, Sociologia

**Abstract/Resumen/Résumé**

With the change of the Civil Code of 2002 (CC/2002), operated by the Statute of Persons with Disabilities (EPD), through Law No. . However, in the science of Law, there is no clear concept of what disability is, especially mental, which presents nuances that are impossible to be captured by mere legal dogmatics. Thus, the Law must gather, from other sciences and

[1] Juiz de Direito em Minas Gerais. Especialista em Direito Constitucional (UNIFOR-CE). Especialista em Teoria, Clínica e Articulações Psicanalíticas (UNIS-MG). Mestrando em Instituições Sociais, Direito e Democracia (FUMEC-MG).

[2] Doutor em Direito pela UFMG. Procurador do Estado de Minas Gerais. Professor do PPGD e da Graduação da Universidade FUMEC

[3] Pós-Doc Univ. Coimbra-Portugal e UNISINOS. Doutor e Mestre PUC Minas. Coordenador e Professor PPGD FUMEC. Editor Chefe Revista MERITUM. Coordenador Geral Fundador IMDP. Pesquisa ProPic 2022-2024 FUMEC. Assessor Judiciário TJMG.

knowledge, means that help the legal operator to define, in the specific case, the disability, a task that can receive substantial assistance from Sociology and its social concept of disability. Through the study of the new concept of (in)capacity in Brazilian law, the concept of disability comes to be seen as a result of a complex relationship between the conditions of the individual and other people, from the family to the community, given emphasis, thus, to the whole context in which the person is inserted. In the article, bibliographic research was used, through the deductive method.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Civil code of 2002, Statute of persons with disabilities, Deficiency, Social concept, Sociology

## 1 INTRODUÇÃO

A questão da deficiência ganhou bastante destaque a partir da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York (EUA), em 30 de março de 2007 (ORGANIZAÇÃO, 2007), e com sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro, pelo Decreto do Poder Executivo n° 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009), assinado após o Congresso Nacional ter emitir o Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008 (BRASIL, 2008).

O ponto alto da matéria, no entanto, está na Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 (BRASIL, 2015), que recebeu o epíteto oficial de "Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)", ou EPD (Estatuto da Pessoa com Deficiência), uma vez que promoveu profunda modificação no conceito de capacidade no Direito brasileiro, alterando, dentre outros, os arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002). A Lei nº 13.146/2015 desconstruiu quase por completo as noções de incapacidade relativa e absoluta, e tornou praticamente todas as pessoas, em tese, capazes – mormente para os aspectos existenciais (embora não para os aspectos patrimoniais).

Porém, o Direito não se apresenta com instrumental suficiente para entender a real dimensão desse fenômeno (o novo conceito de capacidade). Como a incapacidade representa, semanticamente, uma deficiência, é preciso examinar as bases teóricas desse conceito também fora do âmbito jurídico, mormente na Medicina e nas chamadas ciências psi (psiquiatria, psicologia e psicanálise).

Mais ainda, tendo em vista que o deficiente também participa da ordem social – seja como vítima ou protagonista – é necessário trazer a lume a contribuição da Sociologia, o que se faz por meio do chamado "modelo social da deficiência".

O trabalho foi dividido em seis capítulos, quais sejam, a introdução, quatro tópicos de desenvolvimento e a conclusão. No desenvolvimento foram abordados: o novo conceito de (in)capacidade no direito brasileiro, o estudo específico da incapacidade relativa e sua comparação com a absoluta, os conceitos de deficiência e deficiente e, finalmente, o conceito social de deficiência.

O marco teórico principal da pesquisa está na aplicação da mudança paradigmática trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao sistema normativo brasileiro, em especial, na parte do instituto civilista da (in)capacidade, tendo o presente artigo por pesquisa fundamental a bibliográfica, na base do método dedutivo.

Espera-se, assim, contribuir doutrinariamente para um enriquecimento não só do debate

como da prática jurídica no tocante à incapacidade/deficiência, uma vez que, sem o manejo adequado de certas categorias fornecidas por outras ciências, dificilmente se chega a um consenso mínimo de juridicidade no qual se possa pautar o instituto no Direito.

## 2 O NOVO CONCEITO DE (IN)CAPACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A capacidade é atributo essencial para que se adquiram direitos e se distribuam deveres, tanto que a principal lei civil infraconstitucional do país, o Código Civil de 2002[1] (CC/2002), inicia seu texto concedendo-a para "toda pessoa", sem distinção (art. 1º). Ao fazê-lo, todavia, refere-se à capacidade de obtenção (ou de direito), posto que a capacidade de exercício (ou de fato), é tratada em seguida, nos arts. 3º e 4º., sendo uma limitação à regra geral do art. 1º.

Sobre a diferença entre os conceitos, não é demais lembrar, com Amari e Gediel, que a capacidade de fato "depende da ordem jurídica, e disciplina se o titular do direito pode exercê-lo, autonomamente, sem que, para a validade de seus atos, requeira a representação ou a assistência de outro sujeito dotado dessa capacidade", dependendo de "gradações estabelecidas em lei com base no grau de discernimento das pessoas" (AMARI; GEDIEL, 2020, p. 33). Como se vê, gravitam, em torno do conceito, as categorias "autonomia" e "discernimento", noções extremamente fluidas, mormente quando examinadas à luz de outras ciências, tanto aquelas da chamada área "Psi" (Psiquiatria, Psicologia e Psicanálise), como nas ciências humanas.

No entanto, a noção de capacidade de fato, então fixada pela redação original do CC/2002 (BRASIL, 2002), foi extensamente alterada. Realmente, por meio do Decreto do Poder Executivo n° 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009), assinado após o Congresso Nacional emitir o Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008 (BRASIL, 2008), o Brasil cumpriu os requisitos constitucionais[2] para que passasse a valer, no ordenamento jurídico nacional, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York (EUA), em 30 de março de 2007 (CNY). Conforme seu próprio texto, art. 1º, o objetivo da Convenção é "promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente" (ORGANIZAÇÃO, 2007).

Sete anos após a entrada em vigor da CNY no ordenamento nacional, foi então aprovada

[1] A Lei nº 10.406/2002, que institui o Código Civil, foi publicada em 10 de janeiro de 2002 e entrou em vigor um ano depois, conforme seu art. 2.044 (BRASIL, 2002).
[2] Conforme o procedimento previsto no §3º do art. 5º da CRFB/88 (BRASIL, 1988).

a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 (BRASIL, 2015), que recebeu o epíteto oficial de "Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)", ou EPD (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e que faz menção expressa, no parágrafo único do art. 1º, à referida Convenção de Nova York.

O EPD propôs um amplo programa de inclusão social e cidadania (art. 1º, *in fine)* para o deficiente, por meio da definição de regras para promover igualdade, saúde, trabalho, moradia, entre outros direitos; todavia, Tepedino observa que se foi mais além, pois, "o legislador finalmente afastou da compreensão assistencialista, estática e rígida a partir da qual, ao longo do tempo, foram subtraídas da pessoa com deficiência a capacidade, a autonomia e a liberdade" (TEPEDINO, 2019, p. 19).

De fato, o EPD faz modificações em várias outras leis[3], sendo que, para os propósitos aqui definidos, enfatizam-se as alterações nos arts. 3º e 4º do CC/2002 – justamente aqueles que tratam da capacidade de exercício ou de fato, acima referida.

Na redação original do Código Civil de 2002, os arts. 3º e 4º assim disciplinavam:

> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
> I - os menores de dezesseis anos;
> II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
> III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.
>
> Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
> I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
> II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
> III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
> IV - os pródigos.
> Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002).

E, com a EPD, referidos dispositivos passaram a ter a seguinte redação:

[3] Conforme arts. 96 e seguintes da Lei nº 13.146/2015 (EPD), as normas que sofreram ajustes são: Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000, Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009, Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, e Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.
> I - (Revogado);
> II - (Revogado);
> III - (Revogado).” (NR)
>
> Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
> I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
> II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
> III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
> IV - os pródigos.
> Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002).

Observa-se que, com relação ao art. 3º, deixou de existir a categoria de “absolutamente incapazes”, com exceção única dos menores de 16 anos – embora, mesmo para esses, sobretudo a partir dos 12 anos, são garantidos diversos direitos, dentre os quais os de participar da decisão a respeito de aspectos existenciais[4].

Os antigos incisos II e III do art. 3º do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), que tratavam de “enfermidade ou deficiência mental”, “discernimento” e expressão da “vontade” foram retirados dessa categoria dos “absolutamente incapazes” e colocados na dos “relativamente incapazes”, de que trata o art. 4º, em uma redação mais abrangente e, por isso, mais bruxuleante: “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (novo inciso III, art. 4º).

No mais, com a nova redação dos incisos II e III do art. 4º, retiraram-se as expressões como “deficiência mental” e “excepcionais”, bem como a gradação para o “discernimento” (“necessário” e “reduzido”). Ainda restaram, porém, seis referências às palavras deficiência/deficiente para atos muito específicos[5].

Feitas as observações sobre a grafia, indaga-se sobre o significado dessas mudanças. Para Amari e Gediel,

> desde janeiro de 2016, não mais se encontram referências às pessoas com deficiência no rol de incapacidades do Código Civil, fato que permite a

[4] V.g. Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), art. 28, §2º, que exige o consentimento do/a adolescente, em audiência judicial, a respeito da colocação em família substituta; e art. 45, §2º, da mesma forma, quanto à adoção.

[5] A saber CC/2002 (BRASIL, 2002) com as alterações da EPD (BRASIL, 2015): art. 228, §2º (capacidade de testemunhar); art. 1.550, §2º (possibilidade de casamento); art. 1.557, inciso III (erro essencial sobre o outro cônjuge); art. 1.775-A (nomeação de curador); art. 1783-A (tomada de decisão apoiada) e art. 1.963 (deserdação em caso de desemparo).

> interpretação de que, com base na literalidade da lei, as pessoas com deficiência são consideradas capazes para todos os atos da vida civil. (AMARI; GEDIEL, 2020).

A afirmação espanta, mas não é para menos: com o EPD (sobretudo pelo art. 84), a capacidade de fato passa, assim como já era a de direito, a ser regra[6], e não mais exceção, de tal maneira que, em princípio e em geral, todos são capazes – inclusive aqueles que, outrora, eram tidos por deficientes – mormente com relação aos aspectos existenciais (não patrimoniais). Conforme art. 84 da EPD: "a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas" (BRASIL, 2015).

Essa conclusão é igualmente retirada do art. 85 do EPD que, embora trate de curatela, oferece diretrizes aplicáveis a todas as leis e relações jurídicas em que o deficiente participe:

> 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.
> §2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.
> §3º [...] (BRASIL, 2015).

Em outras palavras, a partir do EPD, a regra é que todos são capazes, inobstante deficientes (mesmo mentais); a incapacidade somente é prevista para aspectos patrimoniais (e, ainda assim, em caráter excepcional (§2º do art. 85), mas não para os existenciais (§1º).

Todavia, "com o objetivo de conceder autonomia às pessoas com deficiência, o Estatuto gerou, também, problemas jurídicos", surgindo a "necessidade de encontrar um ponto de equilíbrio entre proteção e autonomia" – quer dizer, "parece que o Estatuto desregulou a balança entre autonomia e proteção, porque desconsidera os diversos graus de deficiência para escolher a via única da capacidade" (AMARI; GEDIEL, 2020). A mesma perplexidade é compartilhada por Gozzo e Monteiro (2019).

Um desses "problemas jurídicos" é, certamente, aquele relacionado às pessoas portadoras de sofrimentos mentais graves ("deficientes mentais"), ou seja, aqueles que, fisicamente hígidos ou não, possuem dificuldade, por desarranjos puramente psíquicos (ainda que decorrentes de condições fisiológicas), de entender a objetividade do mundo, compreendendo, praticando e se responsabilizando por seus atos civis, perante si mesmos e a

[6] Remanesce, no inciso III do art. 4º, somente a limitação decorrente de "causa transitória ou permanente", que venha a impedir a pessoa de "exprimir sua vontade" (BRASIL, 2002).

outrem.

Assim, a caracterização da deficiência e do deficiente não prescinde do concurso de outras ciências humanas, uma vez que o Direito não traz balizas seguras para a compreensão mais abrangente da questão, em especial quando são considerados aspectos culturais e sociais.

## 3 ESPECIFICAMENTE A INCAPACIDADE RELATIVA

Embora seja o objetivo desse trabalho debruçar-se sobre a contribuição da Sociologia para o conceito de deficiência, é importante destacar, mais uma vez, que juridicamente a incapacidade absoluta, com a atual redação dos arts. 3º e 4º do CC/2002, ficou reservada apenas aos menores de 16 (dezesseis) anos (ainda que com algumas ressalvas – v. nota 7); e, a relativa (aplicável a "certos atos ou à maneira de os exercer"), àqueles que tenham entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito); aos ébrios habituais, aos viciados em tóxico e aos pródigos; e, por fim, para "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade" (BRASIL, 2002).

Ainda que, conforme a lição clássica, não se deve presumir que a lei contenha palavras inúteis, o certo é que o legislador não se houve bem ao dispor da incapacidade relativa em 3 incisos (II, III e IV, art. 4º) quando, na verdade, os incisos II e IV não apenas se subsumem à hipótese geral trazida pelo inciso III, como pelo fato de, para serem aplicados, tais dispositivos (incisos II e IV) só conseguem ser entendidos à luz do inciso III – o que resulta, portanto, na inutilidade daqueles. Na mesma linha são os incisos II e V do art. 1.767 do CC/2002, que contempla as hipóteses de curatela, pois faz o mesmo tipo de detalhamento (ébrios, toxicômanos, pródigos), de todo desnecessário.

De fato, para que fique comprometida a higidez mental do ébrio habitual, dos viciados em tóxicos e dos pródigos (incisos II e IV), a ponto de ser cabível a curatela, é preciso que o grau de ebriez, viciosidade e prodigalidade seja grave, a ponto de comprometer a expressão da vontade (moldura já estabelecida no inciso III), que é o núcleo de onde parte o raciocínio que leva à incapacidade. Mesmo assim, é de lembrar-se que a curatela somente pode ser deferida em caráter parcial (limitada ao caráter patrimonial e negocial), nos termos do art. 85 do EPD, pois ficam a salvo "o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto" (BRASIL, 2015).

Então, é possível dizer que o legislador centra a aferição da capacidade na possibilidade de uma "expressão da vontade" – ou seja, que a pessoa consiga exteriorizar aquilo que deseja,

o que realmente deseja[7]. Qualquer deficiência nesse ato de exprimir-se leva a uma incapacidade, seja absoluta ou relativa. Vale lembrar que eventual engano na vontade não se analisa sob a égide da capacidade, mas dentro dos chamados vícios da vontade ("defeitos do negócio jurídico", na expressão do CC/2002, Capítulo IV do Título I do Livro III).

Acrescente-se que o conceito guarda-chuva para se aquilatar a incapacidade relativa é justamente a ocorrência de uma causa transitória ou permanente que impeça o sujeito de expressar sua vontade. Essa fórmula, que o Direito aceita como suficiente, na verdade traz em si diversos problemas, à medida que a ciência jurídica não se debruça minudentemente sobre os termos desse conceito, em especial a respeito da transitoriedade.

Em resumo, se, de acordo com o CC/2002, as pessoas que não tiverem o necessário discernimento para exprimir sua vontade são consideradas relativamente incapazes, pode-se dizer então que tais pessoas são deficientes, sujeitas aos ditames do EPD, inclusive curatela ou tomada de decisão apoiada, além de diversos instrumentos de promoção social previstos naquele estatuto. Portanto, tem-se como premissa que o incapaz, ainda que relativo e em caráter temporário, é deficiente, surgindo a necessidade de estudar-se tal conceito.

## 4 OS CONCEITOS DE DEFICIÊNCIA E DEFICIENTE

Mas, afinal, o que é ser deficiente?

Semanticamente, a deficiência está ligada a uma insuficiência, uma falta ou carência (HOUAISS). O deficiente, portanto, experimenta uma diminuição, seja de sua capacidade física (ligada ao corpo ou às funções biológicas comuns), seja de sua capacidade mental (ligada não só à mente/psique, mas também ao comportamento, à forma de expressar-se e agir no mundo).

De acordo com Diniz, "a concepção de deficiência como uma variação do normal da espécie humana foi uma criação discursiva do século XVIII e desde então ser deficiente é experimentar um corpo fora da norma" (DINIZ, 2012, p. 08). De fato, é a partir do Iluminismo, que traz consigo o Racionalismo, que o ser humano passou a confiar na sua razão como única fonte, ou pelo menos a mais segura, para se chegar à verdade das coisas (ou quiçá sua essência) – e todos aqueles que, por algum motivo supostamente objetivo (ou "científico"), não pudessem gozar plenamente de seu corpo ou de sua razão, estariam fadados a ser alijados da sociedade, posto que deficientes.

[7] Ainda que "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem" (CC/2002, art. 112).

Deixando de lado a deficiência física e centrando a análise na deficiência mental[8], explica Feldman que "durante boa parte da história humana, as pessoas vincularam o comportamento anormal a superstição e bruxaria. Os indivíduos que apresentavam comportamento anormal eram acusados de estar possuídos pelo demônio ou por algum tipo de entidade maligna" (FELDMAN, 2015, p. 455).

Assim, a deficiência mental se exterioriza comumente no comportamento, face mais visível dessa afecção – daí porque tanto a Psiquiatria como a Psicologia trabalham a partir de um conceito de normalidade, comumente ligado ao de adaptação social: se o indivíduo corresponde ou não ao que se espera dele, culturalmente, ainda que essa noção seja variável no tempo e no espaço. Havendo desadaptação ou disfuncionalidade nas tarefas do dia a dia, que leve a pessoa a um sofrimento além do comum do ser humano, provavelmente estar-se-á diante de uma patologia psíquica.

Destarte,

> A abordagem psicológica encara a doença mental e, portanto, os sintomas, como desorganização do "mundo interno". A doença instala-se na subjetividade e leva a uma alteração de sua estrutura ou a um desvio progressivo em seu desenvolvimento. Dessa forma, as doenças mentais definem-se a partir do grau de perturbação da "organização psíquica", isto é, do grau de desvio do que é considerado "comportamento padrão". (BOCK *et alli*, 2008, p. 348).

Porém, longe de representar algum ponto "fora da curva", algo que acomete apenas uma pequena parcela da população, "todas as pessoas são dependentes em diferentes momentos da vida, seja na infância, na velhice ou na experiência e doenças", o que as torna, afinal, em algum momento, transitoriamente incapazes de exprimir sua vontade, rendendo ensejo, como se viu, à caracterização da incapacidade relativa, assim como da deficiência. Em outras palavras, a deficiência faz "parte da trajetória de vida de todas as pessoas que experimentarem os benefícios da civilização" – até mesmo porque "ser velho é experimentar o corpo deficiente" (DINIZ, 2012, p. 65 e 72).

A OMS (Organização Mundial da Saúde), agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU)[9], lançou, em complemento à CID (Classificação Internacional de Doenças), a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF)[10].

[8] Como se verá, a deficiência mental está ligada não só à mente/psique, mas também ao comportamento, à forma de expressar-se e agir no mundo.
[9] Disponível em: https://www.who.int e https://www.un.org/en/about-us/un-system. Acesso em: 26 jul. 2022.
[10] Disponível em: *https://www.who.int/standards/classifications/international-classification-of-functioning-disability-and-health*. Acesso em: 26 jul. 2022.

Oficialmente, portanto, a deficiência é conceituada mundialmente como:

> [...] resultado de um relacionamento complexo entre as condições de saúde de um indivíduo e os fatores pessoais e internos. É um conceito guarda-chuva para lesões, limitações de atividades ou restrições de participações. Denota os aspectos negativos da interação entre o indivíduo e os fatores contextuais.[11]

No Brasil, foi o EPD que trouxe, legalmente, o seguinte conceito:

> Art. 2º. Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015).

Não obstante o texto legal referir-se a "pessoa com deficiência", o termo atualmente mais usado pela academia é "deficiente", e não mais "pessoa com deficiência" ou "pessoa com necessidades especiais", expressões utilizadas nos últimos anos: nesse sentido, Diniz, para quem "o movimento crítico mais recente, no entanto, optou por "deficiente" como uma forma de devolver os estudos da deficiência ao campo dos estudos culturais e de identidade" (DINIZ, 2012, p. 11) e, conforme leituras de Michael Oliver e Colin Barnes, diz que "a expressão 'pessoa com deficiência' sugere que a deficiência é propriedade do indivíduo e não da sociedade, ao passo que 'pessoa deficiente' ou 'deficiente' demonstram que a deficiência é parte constitutiva da identidade das pessoas, e não um detalhe" (DINIZ, 2012, p. 21).

Historicamente, os estudos sobre a deficiência, sobretudo a mental, são disputados entre a Medicina e as chamadas ciências da psique (por excelência, modernamente, a Psicologia), ainda que os saberes possam conjugar-se para ser criadas outras vertentes (vg. Psiquiatria e Psicanálise). Nas últimas décadas do século XX, também a Sociologia tem contribuído para a definição, em especial por meio do "conceito social da deficiência", como se verá logo a seguir.

---

[11] A tradução é de DINIZ (2012, p. 48), a partir de documentos obtidos junto ao site da OMS na internet. No original: *"ICF defines Disability: as functioning in multiple life area; Disability is seen as a result of an interaction between a person (with a health condition) and that person's contextual factors (environmental factors and personal factors; Disability covers a spectrum of various levels of functioning at body level, person level and societal level. Disability denotes all of the following: (a) impairments in body functions and structures (b) limitations in activity (c) restriction in participation"*. Disponível em: *https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ ahc8docs/ahc8whodis1.doc*. Acesso em: 26 jul. 2022. Ainda: *"The International Classification of Functioning, Disability and Health defines disability as an umbrella term for impairments, activity limitations and participation restrictions. Disability is the interaction between individuals with a health condition (e.g. cerebral palsy, Down syndrome and depression) and personal and environmental factors (e.g. negative attitudes, inaccessible transportation and public buildings, and limited social supports)"* (Disponível em: *www.emro.who.int/health-topics/disabilities/index.html*. Acesso em: 26 jul. 2022).

## 5 O CONCEITO SOCIAL DE DEFICIÊNCIA

O conceito de deficiência, durante o século XX, experimentou intensas lutas e debates, assim como avanços e retrocessos. Depois de séculos de disputas sobre a mais adequada caracterização das afecções mentais (PESSOTTI, 1994), essa discussão se intensificou nos últimos 150 (cento e cinquenta) anos, período em que, com sua profusão de saberes em ciências (mormente as humanas), foram trazidas novas visões sobre as pessoas, suas vicissitudes e suas relações sociais.

Realmente, o século passado, que assistiu a duas grandes guerras mundiais que trouxeram intenso sofrimento a milhões de pessoas, também propiciou grande desenvolvimento tecnológico e filosófico, até mesmo para dar conta de tais eventos extremos. Nas áreas que aqui interessam, a Medicina, a par das novas técnicas, viu o embate entre a psicogênese e a organogênese para explicar os desarranjos mentais[12], com vitória, ao final daquela centúria, do último modelo[13]. Viu-se, também, o nascimento da Psicologia, da Psicanálise, da Sociologia e da Antropologia, que contribuíram com a formação de uma nova mentalidade[14].

Nessa esteira, o estudo da deficiência "passou a ser um fenômeno de múltiplas causalidades, o qual, apesar de ainda se encontrar no universo biomédico, se expandiu para outros domínios, como proposto pelo modelo social", de tal forma que, "de um campo estritamente biomédico confinado aos saberes médicos, psicológicos e de reabilitação, a deficiência passou a ser também um campo das humanidades" (DINIZ, 2012, p. 9).

Mas esse percurso não foi indene. A ideologia científica que dominou o desenvolvimento do pensamento mundial, a partir das ideias iluministas e do racionalismo,

---

[12] A primeira considera o indivíduo em uma perspectiva além do corpo orgânico, levando em conta aspectos sociais e próprios da história pessoal, passando pelo comportamento e pela ênfase, mais ou menos presente, na autonomia do sujeito e na sua própria responsabilidade sobre seus destinos. A segunda trabalha a mente como órgão do corpo, enxergando as disfunções psíquicas como desequilíbrios ou más-formações puramente orgânicas, a serem resolvidas com auxílio de tratamentos que interfiram diretamente no corpo, através de fármacos ou outros meios (vg. eletroconvulsoterapia)

[13] Essa vitória pode ser atribuída ao DSM-III, lançado em 1980: o *"Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders"* ou Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais, é elaborado pela APA (American Psychiatric Association) – Disponível em: *https://psychiatry.org/psychiatrists/ practice/dsm*. Acesso em: 30 jul. 2022; A partir da sua 3ª. Edição, veio a lume a chamada psiquiatria biológica, em uma tentativa, bem-sucedida, de trazer contornos da ciência clássica ao diagnóstico e tratamento dos desarranjos mentais, a partir de "padrão metodológico dominante na medicina, onde só tem validade o que puder ser descrito e observado de maneira objetiva, para ser testado empiricamente através de métodos estatísticos e quantitativos" (AGUIAR, 2004, p. 23).

[14] A Sociologia estruturou-se sobretudo com Émile Durkheim, Max Weber e Talcott Parsons, a partir da crítica dos trabalhos anteriores de Auguste Comte, Herbert Spencer e Karl Marx (LAKATOS; MARCONI, 1999); a Antropologia, por meio de Edward Tylor, James Frazer, Franz Boas e Marcel Mauss, dentre outros (ROCHA; FRID, 2015).

impregnada pelo positivismo[15], proclamava a necessidade de existência de instituições para tratamento dos sofrimentos mentais, nas quais eram segregadas as pessoas tidas por "loucas", tanto sob o ponto de vista médico-patológico, como do ponto de vista social. Esse modelo é corolário da visão da loucura como crime ou doença (fruto da associação entre Medicina e Direito), e, assim, das prisões em massa dos "loucos" (os indesejáveis em geral) ou internação em manicômios (FOUCAULT, 2014).

O ápice dessa ideologia foi percebido nas décadas de 1930 e 1940, com a ascensão e desenvolvimento do nazismo e sua proposta de "pureza da raça", cujo pilar era a teoria eugenista, a qual "sustentava a ideia de limpeza social, fortalecia o hospital e justificativa seus abusos. Livrar a sociedade da escória, desfazendo-se dela, de preferência em local que a vista não pudesse alcançar" (ARBEX, 2013, p. 26) – a ponto da Constituição de 1934 mencionar que competia "à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas [...] b) estimular a educação eugênica" (BRASIL, 1934)[16].

O avanço da Medicina, assim sob a ideologia positivista e com o concurso do Direito, auxiliou esse modelo à medida que a loucura ora passa a ser vista como defeito social (moral), ora como defeito mental, que de uma ou outra forma poderia ser resolvida com a "medicação correta" (intervenções corporais mais diretas (eletrochoque (eletroconvulsoterapia), lobotomia, violência física) ou menos diretas (proibições, medicação, religiões).

Ao fim do século XX, porém, os horrores praticados nessas instituições totais criaram a necessidade de revisão desse modelo segregacionista[17]. Os anos 1960, 1970 e 1980 assistem, portanto, à luta antimanicomial, mediante a revisão dos conceitos de normal e patológico (sobretudo com o auxílio da psicanálise), dentro do contexto do surgimento da condição pós-

[15] Segundo Abbagnano, Positivismo é "a romantização da ciência, sua devoção como único guia da vida individual e social do homem, único conhecimento, única moral, única religião possível", fazendo da ciência, então, "o único conhecimento possível, e o método da ciência é o único válido" (ABBAGNANO, 2012, p. 909).

[16] Conforme afirma Aguiar (2004, p. 11), "pode-se apontar, mais evidentemente a partir da década de 1980, um predomínio dos discursos e práticas do que se costumou chamar de psiquiatria biológica no campo da psiquiatria. Muitas vezes vangloriada por supostamente se constituir como uma psiquiatria finalmente científica, começam a surgir, principalmente nos Estados Unidos e na Europa, cada vez mais, trabalhos que se mostram preocupados com os efeitos reducionistas da psiquiatria biológica para a clínica psiquiátrica e, principalmente, com a medicalização excessiva da sociedade, que parece acompanhar o crescimento do papel da indústria farmacêutica da psiquiatria".

[17] Citando o então Deputado Paulo Delgado, Arbex (2013) escreve que "a reforma psiquiátrica é, de certa forma, a abolição da escravidão do doente mental, seu fim como mercadoria de lucro dos hospitais fechados, da exploração do sofrimento humano com objetivos mercadológicos" (ARBEX, 2013, p. 229).

moderna[18] e suas revisões do "império da razão"[19].

Assim é que, na década de 1960, Paul Hunt, no Reino Unido, apressou a criação da UPIAS (*Union of the Physically Impaired Against Segregation*), que não só foi a primeira instituição formada e gerenciada por deficientes, mas também aquela que articulou "uma resistência política e intelectual ao modelo médico de compreensão da deficiência" (DINIZ, 2012, p. 15), avançando para a compreensão de que, longe de ser um problema individual, a deficiência seria uma questão eminentemente social, ou seja, de um "ambiente social hostil à diversidade física" (DINIZ, 2012, p. 16).

Inicialmente, a UPIAS propôs a diferenciação entre "lesão" e "deficiência", sendo a primeira uma "ausência parcial ou total de um membro, ou membro, organismo ou mecanismo corporal defeituoso"; e, a segunda, "desvantagem ou restrição de atividade provocada pela organização social contemporânea, que pouco ou nada considera aqueles que possuem lesões físicas e os exclui das principais atividades da vida social" (DINIZ, 2012). A partir dessa distinção, buscava-se enfatizar que enquanto uma lesão é um dado neutro, biológico, a deficiência (ser considerado deficiente) é uma discriminação social.

Não obstante esse avanço, e assim como aconteceu com relação às afecções mentais com o surgimento do DSM-III, em 1980 (ver nota 17), os médicos, com o apoio da OMS, fizeram o ICIDH[20], patrocinando um retrocesso na abordagem da deficiência, à medida em que instituiu uma "medicalização da deficiência" (a exemplo do que fez o DSM-III com as afecções mentais), desafiando o modelo proposto pelo conceito social. Mas não só: conforme Diniz (2012), o ICIDH partia de premissas equivocadas, tais como "pressuposições de normalidade para a pessoa humana", como se a deficiência fosse uma "ruptura de papel que se esperava que um indivíduo típico exercesse"; a "causalidade entre lesão e deficiência", indicando que "as desvantagens experimentadas pelos deficientes resultavam exclusivamente das lesões"; e, por fim, tornou a deficiência uma doença, que supostamente precisava de intervenção médica,

[18] Lyotard (2018), para quem, na pós-modernidade, "as instituições e as tradições históricas perdem seu atrativo. E eles não parecem dever ser substituídos, pelo menos na escala que lhes é própria", sendo que, "desta decomposição dos grandes relatos, segue-se o que alguns analisam como a dissolução do vínculo social e a passagem das coletividades sociais ao estado de uma massa composta de átomos individuais" (LYOTARD, 2018, p. 28).

[19] Nesse sentido, Compagnon (2010), para quem o "pós-modernismo resulta de uma crise essencial da história no mundo contemporâneo, de uma crise de legitimidade dos ideais modernos de progresso, de razão e de superação" (COMPAGNON, 2010, p. 124).

[20] *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps* (Classificação Internacional de Lesão, Deficiência e Handicap) - World Health Organization. (1980). International classification of impairments, disabilities, and handicaps: a manual of classification relating to the consequences of disease, published in accordance with resolution WHA29.35 of the Twenty-ninth World Health Assembly, May 1976. World Health Organization. Disponível em: https://apps.who.int/iris/handle/10665/41003. Acesso em: 06 set. 2022.

sobretudo medicamentosa (no modelo dos sofrimentos mentais).

Demorou quase trinta anos para que esse *backlash*, representado pelo ICIDH, fosse substituído pela CIF (Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde)[21], que significou, no dizer de Diniz (2012), uma "notável mudança de perspectivas", uma vez que "passou-se da deficiência como consequência de doenças (ICIDH) para deficiência como pertencente aos domínios de saúde" (DINIZ, 2012, p. 46). Ou seja:

> Os domínios de saúde são descritos pela CIF com base no corpo, no indivíduo e na sociedade, e não somente nas doenças ou de suas consequências, tal como proposto pela ICIDH. O principal objetivo da CIF foi instituir um novo vocabulário, capaz de correlacionar os três domínios de saúde em igualdade de importância de modo a facilitar a compreensão das funcionalidades e das deficiências. (DINIZ, 2012, p. 47).

Assim, o próprio conceito de deficiência passa a ser visto como um resultado de um relacionamento complexo entre as condições do indivíduo e das outras pessoas, desde a família até a comunidade, sendo dada ênfase, assim, a todo o contexto em que a pessoa está inserida, uma vez que, a depender das condições que se apresentam, a lesão/deficiência pode ter diferentes graus de impacto na vida do sujeito – basta lembrar que, para ambientes em que há estímulos e recursos financeiros mais avantajados, muitas deficiências, inclusive mentais, podem ser atenuadas em larga medida.

Diniz (2012), então, resume o conceito social da deficiência a partir dos seguintes contornos:

> 1) a ênfase nas origens sociais das lesões; 2) o reconhecimento das desvantagens sociais, econômicas, ambientais e psicológicas provocadas nas pessoas com lesões, bem como a resistência a tais desvantagens; 3) o reconhecimento de que a origem social da lesão e as desvantagens sofridas pelos deficientes são produtos históricos, e não resultado da natureza; 4) o reconhecimento do valor da vida dos deficientes, mas também a crítica à produção social das lesões; 5) a adoção de uma perspectiva política capaz de garantir justiça aos deficientes. (DINIZ, 2012, p. 29).

Exposto, portanto, o conceito social proposto neste trabalho.

## 6 CONCLUSÃO

[21] *International Classification of Functioning, Disability and Health* – Disponível em: https://www.who.int/standards/ classifications/ international-classification-of-functioning-disability-and-health. Acesso em: 06 set. 2022.

O redesenho do instituto da capacidade, operado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, seguindo os ditames da Convenção de Nova York, trouxe uma perplexidade para o Direito: a capacidade como regra quase absoluta, comportando poucas e fluidas exceções, sempre ligadas a aspectos patrimoniais. Para os aspectos existenciais, as restrições são ainda mais raras.

Essa realidade, aliada à construção, nas últimas décadas, de sólida doutrina jurídica acerca da dignidade da pessoa (direitos fundamentais e direitos da personalidade), demanda uma nova construção de conceitos jurídicos há muito tidos como realizados, mas que pouco ou nada significam quando se está diante de casos concretos cada vez mais complexos, refletindo a complexidade da própria sociedade contemporânea (pós-moderna).

Conceitos como autonomia (patrimonial e extrapatrimonial), capacidade, responsabilidade e vulnerabilidade (e, sobretudo, vontade e expressão da vontade, de que trata o inciso III do Art. 4º do CC/2002), que são colocados, na doutrina, como prontos e acabados, na verdade estão calcados em posições caducas, resultando em imensas dificuldades em operar o direito na diuturna multiplicidade de casos inéditos. Assim, é essencial que o Direito receba influxos de outras ciências humanas, revisitando suas bases, ampliando seu alcance e criando paradigmas novos, com o que se evita o mero manejo burocrático das normas jurídicas, pois a mera subsunção já não basta.

Importante, pois, conhecer a trajetória histórica, embora recente, do conceito de deficiência no mundo ocidental, que se cristalizou não como sendo como algo anormal ou antinatural, mas como um estilo de vida, variável no tempo e no espaço das culturas, festejada, temida ou patologizada de acordo com as concepções sociais vigentes em cada época.

Destacaram-se, portanto, os estudos sobre a deficiência no âmbito acadêmico, a respeito da evolução das visões e dos termos utilizados no assunto; assim como discorreu-se sobre a revisão do modelo médico – aquele que se impôs a partir do Iluminismo e com ênfase nos séculos XVIII e XIX, cujo mote era a deficiência como anormalidade e incapacidade, dentro do contexto de infinitude gestado na época em que a ciência passou a ser uma nova religião, portadora de verdades.

Ao final desse percurso, a interdisciplinaridade possibilita o lançamento de outros olhares sobre as questões jurídicas, o que certamente leva a uma maior riqueza na teoria e prática jurídicas.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

AGUIAR, Adriano Amaral de. **A psiquiatria no divã**: entre as ciências da vida e a medicalização da existência. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

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

AMARI, Marina Luiza; GEDIEL, José Antônio Peres. Estatuto da Pessoa com Deficiência e a teoria das incapacidades. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol. 23, Ano 7, p. 31-63. São Paulo: RT, abr.-jun./2020.

BOCK, Ana M. B.; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes T. **Psicologias**: uma introdução ao estudo da psicologia. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. **Decreto do Poder Executivo n° 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, 26 ago. 2009.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, 10 jul. 2008.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União, Brasília, 07 jul. 2015.

COMPAGNON, Antoine. **Os cinco paradoxos da modernidade**. Tradução de Cleonice P. Mourão, Consuelo F. Santiago e Eunice D. Galéry. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

DINIZ, Débora. **O que é deficiência.** São Paulo: Brasiliense, 2012.

FELDMAN, Robert Stephen. **Introdução à Psicologia**. Tradução Daniel Bueno e Sandra Maria Mallman da Rosa. Revisão técnica Maria Lucia Tiellet Nunes. 10. ed. Porto Alegre: AMGH, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GOZZO, Débora; MONTEIRO, Juliano Ralo. A concretização da autonomia existencial e a Lei n. 13.146/15: apontamentos sobre o casamento da pessoa com deficiência. **Civilistica.com** (revista eletrônica de direito civil) v. 8, n. 1, p. 1-23, 28 abr. 2019.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss on-line**. Universo On-Line (UOL). Disponível em: https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-0/html/index.php#0. Acesso em: 06 set. 2022.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Sociologia geral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. Posfácio Silviano Santiago. 17. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo**. Assinados em Nova York (EUA), em 30 mar. 2007.

PESSOTTI, Isaias. **A loucura e as épocas**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.

ROCHA, Everardo; FRID, Marina (orgs). **Os antropólogos**. Petrópolis: Vozes, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Apresentação em ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis de curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.