

Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

DA CAPACIDADE JURÍDICA À LUZ DA CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

CAHUÊ ALONSO TALARICO¹

FRANCISCO SIMÕES PACHECO SAVÓIA²

NATHALIA CAROLINI MENDES DOS SANTOS³

RODRIGO SANTANA DO NASCIMENTO⁴

WANDERSON LUIZ BATISTA DE SOUZA⁵

Resumo: O presente artigo faz uma digressão histórica das mudanças sobre a capacidade jurídica ao longo dos anos e o impacto da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e da Lei Brasileira de Inclusão sobre esse assunto. Foram pesquisadas doutrinas de cada época para se avaliar o pensamento reinante na sociedade em cada momento. Apesar da drástica mudança, é possível perceber que as pessoas com deficiência vêm ocupando espaço na sociedade e exigem participar, na maior medida possível, de todos os atos que envolvem sua vida.

Palavras-chave: Capacidade, necessidades especiais, isonomia, absoluta e relativa.

¹ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Don Domênico – UNIDON.

² Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Don Domênico – UNIDON.

³ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Don Domênico – UNIDON.

⁴ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Don Domênico – UNIDON.

⁵ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Don Domênico – UNIDON.



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

Abstract: This article makes a historical digression of changes in legal capacity over the years and the impact of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Brazilian Law of Inclusion on this subject. Doctrines of each time were researched to evaluate the prevailing thought in society at each moment. Despite the drastic change, it is possible to perceive that people with disabilities have been occupying space in society and demand to participate, to the greatest extent possible, in all acts that involve their lives.

Keywords: Capacity, special needs, isonomy, absolute and relative.

Do modelo Social da Pessoa com Deficiência

Até chegar ao momento histórico atual, as pessoas com deficiência passaram por diversas fases distintas. A primeira fase teve início na antiguidade e durou até o século XIX, quando havia exclusão da pessoa com deficiência.

Durante esse período as pessoas com deficiência eram deixadas a própria sorte e, em algumas culturas, eram assassinadas. Havia uma rejeição social dessas pessoas. Já na segunda fase, com início a partir de 1910, quando as pessoas eram segregadas segregação. Neste momento foi criado um modelo assistencialista, sendo prestadas alguma atenção básica às pessoas com deficiência que recebiam ajuda material, mas continuavam institucionalizadas, longe do convívio social.

Já no início da década de 40 com a Declaração Universal de Direitos Humanos, inicia-se a fase da integração. Era adotado o modelo médico, permitindo-se que as pessoas com deficiência estudem e trabalhem desde que



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

demonstrem capacidade para tal. Neste período cabia à pessoa com deficiência o ônus de romper com as barreiras existentes na sociedade.

No início da década de 90, fase da inclusão, idealiza-se o modelo social de deficiência. Passa a ser exigida igualdade de oportunidades com a adaptação de sistemas sociais comuns, eliminando-se as barreiras ambientais e sociais para permitir a participação social das pessoas com deficiência.

No plano internacional foi aprovada Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD, com seu Protocolo Facultativo, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 6 de dezembro de 2006, através da Resolução A/61/511, e ratificada em 09 de julho de 2008 pelo Decreto Legislativo nº 186/08. A internalização da CDPD deve-se à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), conhecida como Tratado dos Tratados. Cuida-se de normatização internacional que outorgou direitos e deveres às Nações-partes, para que incorporassem tratados de seu interesse, passando estes a vigorar como direito interno.

O Preâmbulo da Convenção – que metaforicamente muito se assemelha a uma Carta de Alforria às pessoas com deficiência – a essas se refere como sujeitos de direitos e de igual dignidade.

Houve, assim, uma verdadeira ruptura com o modelo anterior, criando-se o modelo social da deficiência.

A CDPD, em seu artigo 1º, define que:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

Segundo esse modelo, o que impede a participação deste grupo de pessoas em igualdade de condições com as demais é a interação entre as diversas barreiras e os impedimentos de longo prazo.

Ou seja, basta eliminar as barreiras que a participação em condições igualitárias ocorrerá. A partir de então é dever de todos, Estado, sociedade e todas as pessoas a eliminação das barreiras, realizando-se as adaptações razoáveis sempre que necessário.

Capacidade jurídica

É a aptidão para ter direitos e obrigações na ordem civil. Uma vez adquirida a personalidade jurídica, a pessoa passa a ter capacidade jurídica.

Essa aptidão é atribuída pelo ordenamento jurídico às pessoas em geral e a certos entes. Mas nem toda pessoa tem aptidão para exercer pessoalmente os direitos.

Silvio Rodrigues (1997, pág.41) explicava o sentido protetivo das incapacidades.

O legislador, ao arrolar entre os incapazes referidas pessoas, procura protegê-las. Partindo de que ao menor falta a maturidade necessária para julgar de se próprio interesse, ao amental falta o tirocínio para decidir o que lhe convém ou não, ao pródigo ou ao silvícola falta o senso preciso para defender seu patrimônio, o legislador inclui todos esses indivíduos na classe dos incapazes, a fim de submetê-los a um regime legal privilegiado, capaz de preservar seus interesses.

Assim é preciso entender a diferença entre que a capacidade de direito é a aptidão de ser sujeito de direitos. Esta é inerente à pessoa humana, pois *toda*



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

peessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, conforme deixa claro o Código Civil no seu 1.º artigo.

Clovis Beviláqua (1936, pág. 167) esclarecia que a capacidade de direito é a “*extensão dada aos poderes de ação, contidos na personalidade*”. Já a capacidade de fato “*é o limite da personalidade*”, ou seja, da capacidade de direito.

Já a capacidade de exercício é aptidão para exercer pessoalmente os direitos, ou seja, exercer pessoalmente os atos da vida civil.

A capacidade de direito não pode ser negada à pessoa. Já a capacidade de exercício é possível haver restrições.

Somente tem capacidade jurídica plena a pessoa tem as duas capacidades: de direito e de exercício.

É importante destacar que o que Maria Helena Diniz sempre deixou claro que se deve observar que a “*capacidade é a regra e a incapacidade exceção*”.

Não é possível se confundir capacidade e legitimidade, pois esta é uma capacidade específica, ou seja, uma aptidão para praticar atos específicos.

Caso não exista essa capacidade específica, o ato sofrerá as consequências jurídicas que a lei adotar, por exemplo, invalidade ou inexistência jurídica.

Esse tema sofreu grande alteração pela Lei Brasileira de Inclusão que deixou claro que as pessoas com deficiência são capazes (art. 6º da Lei 13.146/15).

Flávio Tartuce entende que as mudanças foram tão profundas que houve a criação de um nova Teoria das Incapacidades. O sistema anterior não se preocupava em proteger a pessoa em si, mas os negócios e atos praticados.

É certo que a pessoa detém interesses patrimoniais e existenciais. O sistema anterior a privava completamente dos segundos e tutelava os primeiros, atribuindo a terceiros (representantes legais) o dever de efetivá-los.



Incapacidade absoluta

É a inaptidão para pessoalmente exercer os atos da vida civil, ou seja, é a falta de capacidade de exercício.

É preciso lembrar que a ausência de capacidade não caracteriza ausência de responsabilidade civil.

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Isso deixa claro que o legislador não visa proteger a pessoa considerada incapaz, embora a impeça de praticar atos.

Evolução histórica da incapacidade absoluta

É preciso analisar a evolução legislativa para se compreender o verdadeiro alcance da norma atual e suas consequências.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 5.º, elencava os absolutamente incapazes:

Art.5.º - 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.



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

Em relação à idade houve equiparação em relação ao sexo, pois Clovis Beviláqua (1936, pág. 177), criticava a regra anterior baseada no direito romano e no direito canônico ligada a puberdade.

Esclareceu o autor que não a capacidade jurídica não está ligada a capacidade para procriar.

O que deve ser levado em consideração é o desenvolvimento mental, ao poder de adaptação às condições da vida social, a força de resistência contra os perigos, que a perversidade profusamente, espalha na sociedade, que se deve atender, para afrouxarem-se os liames da tutela da lei, e permitirem-se as experiências da atividade livre.

Já o segundo inciso tratava dos “loucos de todo o gênero”.

O mesmo autor esclarecia que “*o diagnóstico importa ao médico; ao jurista o que interessa é a vida social, que pode ser perturbada pela ação dos alienados.*”

A preocupação do jurista – que retrata o pensamento da época – não é com a pessoa com deficiência, mas sim com a sociedade, tanto é que ele deixa claro que esta pode ser incomodada por aqueles.

Todavia o ilustre jurista deixa claro que a curatela traz consequências desagradáveis, pois ele esclarece que tal instrumento somente deve ser utilizado nos casos de “insanidade mental permanente ou duradoura”, desde que esteja caracterizada uma “*grave alteração nas faculdades mentais*”. Se estas não forem graves “*não há necessidade nem conveniência de feri-lo com a incapacidade absoluta*”.

Em seguida constavam no rol os “*surdos-mudos*” que era equiparados aos *alienados*.

Clovis Beviláqua (1936, pág.180) esclarecia que o Código Civil se colocava sob o ponto de vista da vontade:



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

“se o surdo-mudo pode exprimir sua vontade, de modo satisfactorio, é porque possui uma inteligência normal, capaz de discernimento e de adaptação ao meio social; se não consegue exprimir-se, de modo satisfactorio, é porque sofre de uma lesão central, que o isola do mundo e o torna um alienado”.

Não havia qualquer esforço para ruptura da barreira na comunicação e presumia-se que aquele que não consegue se comunicar não tinha inteligência e, portanto, não tinha capacidade jurídica.

A Lei Brasileira de Inclusão inverte essa situação, estabelecendo ser dever de todos, Estado e sociedade, a eliminação das barreiras.

Em 2002 advém o novo Código Civil, entretanto, apenas muda a terminologia, mantendo-se o conceito.

Art.3.º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I. Os menores de 16 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

A expressão “loucos de todo o gênero” – considerada preconceituosa – desaparece com o Código Civil de 2002, mas a concepção ainda é a mesma, pois mantém-se a ideia ligado ao discernimento e a possibilidade de poder ou não manifestar a vontade.

Mas o que significa exatamente “discernimento”? Discernir significa compreender, entender algo.



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

Mais uma vez recorre-se à explicação de Beviláqua (1936, pág. 167) que dizia que “*ordem civil*” são as relações de ordem privada, compreendendo todo o direito privado, “*o civil e o comercial*”.

Ora, todas as pessoas têm conhecimento de todos os atos do *direito privado*? Todos têm total conhecimento do Direito realmente?

Se essa afirmação fosse verdadeira, não haveria necessidade de se pedir ou contratar outrem para auxiliar na realização de um negócio.

Uma pessoa inexperiência em determinada área, caso solicite auxílio de um parente ou amigo na realização de um negócio, não tem o necessário *discernimento* para a sua prática, e, portanto, poderia ser considerada incapaz.

Incapacidade relativa

A incapacidade relativa também sofreu mudanças ao longo do tempo. O artigo 6º do Código Civil de 1916 também sofreu críticas da doutrina. O Código Civil de 2002 trouxe mudanças, e, em seguida o mesmo ocorreu com advento da Lei 13.146/2015.

Evolução histórica da incapacidade relativa

O Código Civil de 1916 elencava os relativamente incapazes em seu artigo 6.º:

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

III. Os pródigos.

IV. Os silvícolas.

Já o Código Civil de 2002 prevê os relativamente incapazes no seu artigo 4º:

Art. 4.º 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 tóxico, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos

Houve redução de 21 para 18 anos do CC/16 para o CC/03. A redução da maioridade civil é uma evolução natural da sociedade. (Obs.: não tem correlação com imputabilidade penal).

Os ébrios habituais e os viciados em tóxico

Para ser considerada causa de incapacidade a embriaguez ou o uso de tóxico deve ser crônico, retirando da pessoa a capacidade de entendimento.



Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade

Essa modalidade inicialmente constava no rol do artigo 3.º do Código Civil de 2002, passando para o rol dos relativamente incapazes.

Há enorme crítica doutrinária em relação a esta mudança, pois quem não detém capacidade alguma de exprimir sua vontade não pode ser considerado relativamente incapaz, como, por exemplo, aquele que está em coma.

O entendimento é que esta modalidade deveria estar no artigo antecedente ou em artigo autônomo.

Com o devido respeito, o dispositivo legal não se refere apenas aos casos em que a pessoa está em coma. É possível que uma pessoa com deficiência intelectual ou psicossocial não consiga manifestar a sua vontade, pois existem barreiras que impedem essa manifestação, devendo estas serem retiradas.

Na minha opinião o legislador inseriu os “surdos-mudos” (o correto é apenas surdo) previsto no rol dos absolutamente incapazes no CC/16, fora inserido no CC/02 também no rol dos absolutamente incapazes e, após a Lei 13.146/15, está previsto no rol dos relativamente incapazes.

Ocorre que, a deficiência, por si só, não deve ser considerada isoladamente como causa da incapacidade. É preciso analisar as barreiras existentes, especialmente as na comunicação e, caso estas não sejam eliminadas, aí sim será preciso alguma medida de apoio, excepcionalmente a curatela.

Os Pródigos



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

O pródigo é aquele que gasta contumaz e imoderadamente seu patrimônio.

A doutrina explica que é um desvio comportamental que coloca em risco toda a pessoa e sua família.

Clóvis Beviláqua (1936, pág.186) fazia interessante reflexão:

Atendendo a essas ponderações, reconhecendo a necessidade de garantir o direito individual contra as maquinações da ganância, da preguiça e da imoralidade, o jurista deve declarar: - ou a prodigalidade é um caso manifesto de alienação mental, e não há necessidade de destacá-la, para constituir uma classe distintas de incapacidade, pois entra na regra comum; ou tal não é positivamente, e não há justo motivo para feri-la com a interdição.

Segundo Pablo Stolze, o que justifica a curatela do pródigo é o risco dele bater às portas de parente próximo ou do Estado para pedir amparo.

Capacidade jurídica dos indígenas

O CC/16 os tratava como relativamente incapazes. Já o CC/02 remete a matéria à legislação especial.

Seguindo a terminologia da CF/88, o CC/02 abandonou a expressão “silvícola”, aquele que vem da selva, passando a se referir aos índios. A Lei nº 13.146/15 altera o CC/02 passando a utilizar indígenas.

Com o advento da Lei nº 13.146/2015, foi promovida a alteração no artigo 4º do Código Civil, suprimindo a deficiência como causa de incapacidade.



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

Art. 4.º - 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.

Dessa forma, o ordenamento jurídico, embora ainda não o ideal, está mais próximo do previsto pela Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência.

Como visto, após a modificação introduzida pela Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU e pela LBI, apenas os menores de 16 anos são considerados absolutamente incapazes.

O artigo 84 da LBI deixa claro que a pessoa com deficiência é legalmente capaz e o artigo 6º declara que a deficiência não afeta os direitos existenciais.

Art. 6.º 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



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

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.

A teoria das incapacidades sempre inseriu a pessoa com deficiência em três níveis bem definidos: absolutamente e relativamente incapaz.

Entretanto, essa divisão não é mais tão clara assim. A pessoa com deficiência, assim como as demais, goza de presunção da capacidade. Caberá ao Juiz, auxiliado por equipe multidisciplinar, se valer das medidas individualizadas de apoio que melhor protejam essas pessoas.

Não é mais possível adotar soluções estáticas, etiquetando as pessoas, presumindo com base no CID – Código Internacional de Doenças o que elas têm ou não aptidão de fazer. É preciso analisar individualmente a pessoa, pois ainda que o impedimento de longo prazo seja o mesmo, as potencialidades serão diferentes.

É preciso, ainda, garantir o protagonismo da participação da pessoa com deficiência, reconhecendo-a como senhora da sua vida e do seu destino.

Dentre as medidas de apoio existe a tomada de decisão apoiada, que permite que a pessoa com deficiência escolha duas pessoas da sua confiança para lhe auxiliar na prática dos atos. A curatela somente pode existir como *ultima ratio* e, ainda assim, sendo possível, a vontade do curatelado deve ser respeitada.

Conclusão



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

É possível notar que as pessoas com deficiência ao longo da história sempre foram tratadas como objeto de direito. Todavia, a exigência é que principalmente a partir da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, elas sejam encaradas como sujeitos de direitos, detentores de vontade e dignidade.

Dessa forma, ainda que a pretexto de protegê-las, não mais se admite qualquer interpretação ou instrumento que despreze ou substitua completamente sua manifestação de vontade ou permita que seja colocada a margem da sociedade e do convívio social e familiar.

As mudanças legislativas foram importantes para garantir o protagonismo das pessoas com deficiência e exigir de todos os envolvidos uma análise sempre individualizada das potencialidades. Não mais se admite soluções pré-estabelecidas, devendo analisar as aptidões de cada indivíduo.

Referências bibliográficas

BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. Volume I.** Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1936.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva. 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito de Família.** São Paulo: Saraiva. 1962.

RODRIGUES. Sílvio. **Direito Civil. Parte Geral. Volume 1.** São Paulo: Saraiva. 1997.



Revista Eletrônica de Divulgação Científica do Centro Universitário Don Domênico –
UNIDON 13ª Edição – maio de 2022 - ISSN 2177-4641

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. vol. 1.** Rio de Janeiro: Forense. 2017.

