

Submetido em: 10/11/2017

Aceitação em: 24/11/2018

A CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA REEXAMINADA: ANÁLISE CRÍTICA DA REVISÃO DO ROL DAS INCAPACIDADES À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS

DANIEL SILVA FAMPA¹

PASTORA DO SOCORRO TEIXEIRA LEGAL²

SUMÁRIO: *INTRODUÇÃO; 2. LIBERDADE COMO BEM JURÍDICO FUNDAMENTAL. 3. LIMITES LEGÍTIMOS À LIBERDADE DOS INDIVÍDUOS. 4. O SISTEMA DE INCAPACIDADES COMO MEDIDA DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E LIMITE À LIBERDADE. 5. A REVISÃO DO SISTEMA DE INCAPACIDADES PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA ADEQUAÇÃO À TEORIA DA JUSTIÇA COM EQUIDADE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.*

RESUMO: Este trabalho busca analisar o sistema de incapacidades disposto no Código Civil Brasileiro, verificando se a revisão legal feita pela Lei nº 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência, revela-se compatível com a teoria da justiça como equidade proposta pelo filósofo norte-americano John Rawls. A metodologia do trabalho baseou-se em pesquisa teórica, com levantamento bibliográfico. Para argumentar sobre as hipóteses, utilizou-se o método dedutivo. Para tanto, analisa, inicialmente, o papel ocupado pela liberdade nos sistemas jurídicos do plano ocidental, e a evolução histórica no trato a este bem. Vale-se de um exame das principais ideias do autor acerca do exercício das liberdades e dos limites impostos a elas que podem ser considerados legítimos, com vistas a interpretar a função desempenhada pelo sistema de incapacidades na proteção da pessoa humana e como limite à liberdade. Finalmente, ocupa-se

¹ Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (UFPA). Bacharel em Direito pela mesma instituição. Professor de graduação na Escola Superior Madre Celeste (ESMAC) e na Escola Superior da Amazônia (ESAMAZ). Foi membro do Grupo de Pesquisa em Direito Civil Constitucional “Virada de Copérnico” (UFPR) e Coordenador Executivo do grupo de estudos “Tópicos sobre Fundamentos da Responsabilidade Civil” (UFPA). Foi Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Advogado. E-mail: danielsfampa@gmail.com.

² Pós-doutora em Direito pela Universidade Carlos III de Madri-Espanha. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Professora de graduação e de pós-graduação da Universidade Federal do Pará - UFPA e da Universidade da Amazônia – UNAMA. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBERC. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região – TRT8. E-mail: pastoraleal@uol.com.br.

de análise crítica da alteração que o Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu nos artigos 3º e 4º do Código Civil, verificando se esta é compatível ou não com a teoria proposta por Rawls.

PALAVRAS-CHAVE: Capacidade Civil. Incapacidades. Pessoa com Deficiência. Liberalismo igualitário. John Rawls.

THE CIVIL CAPACITY OF DISABLED PEOPLE REEXAMINATED: CRITICAL ANALYSIS OF BRAZILIAN DISABILITIES' SYSTEM IN THE LIGHT OF RAWLS' THEORY OF JUSTICE

ABSTRACT: This work aims to analyze the legal incapacities' system in Brazilian Civil Code, making sure that the legal review by Law No. 13,146 / 2015 - Deficient people's statute, proves to be compatible with the theory "justice as fairness" proposed by the American philosopher John Rawls. The work was based on theoretical research, with a bibliographical survey, using the deductive method. It analyzes, to start, the role played by liberty in Western's legal systems, and the historical evolution in dealing with this as well. It examines his main ideas about freedoms' exercise and its boundaries, especially that which can be considered rightful, in order to interpret the role played by legal incapacities' system in the protection of human beings and as a boundary to liberty. Finally, it deals with critical analysis of the amendment that Deficient people's statute promoted in Articles 3 and 4 of Brazilian Civil Code, verifying if it is compatible or not with the theory proposed by Rawls.

KEYWORDS: Civil Capacity. Incapacities. Disabled Person. Egalitarian liberalism. John Rawls.

INTRODUÇÃO

Partindo da premissa de que os direitos não são absolutos e que, como tais, demandam regulação ou mesmo restrições por parte do Estado, John Rawls desenvolve conceitos e pressupostos teóricos importantes no que concerne ao tratamento da liberdade como bem primário dos indivíduos, dedicando parte de sua obra para tratar desta temática, estando tal trato inserido no âmbito da formulação de sua teoria da justiça, por ele denominada "justiça como equidade".

Neste sentido, no plano material do ordenamento jurídico brasileiro, o sistema de incapacidades previsto nos artigos 3º e 4º do Código Civil, ao referir-se aos absolutamente e aos relativamente incapazes, pode ser encarado como um limite ao exercício das liberdades pelos indivíduos, cabendo verificar se pode ser concebido como um limite legítimo dentro do conjunto de ideias defendidas pelo autor de "Uma Teoria da Justiça".

Este sistema de incapacidades sofreu alteração profunda pela entrada em vigor da Lei nº 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que retirou as pessoas com deficiência mental do rol daqueles considerados como incapazes e promoveu outras alterações na conjuntura legal.

Sendo recebedora de algumas críticas quanto às premissas adotadas para a mudança da redação dos dispositivos legais em questão, a serem oportunamente tratadas, a reforma legislativa operada deve ser analisada sob um viés crítico, verificando-se se seus pressupostos estão incluídos no que Rawls considera no tocante à discussão sobre as liberdades, a fim de concluir se a reforma em questão foi acertada ou não a partir do ponto de vista das premissas sob as quais se assenta o desenvolvimento do pensamento rawlsiano.

A teoria de Rawls, enquanto mecanismo de proteção da liberdade dos indivíduos e incorporação do valor da igualdade no contexto da formulação de seus dois princípios de justiça – a saber, princípio da liberdade igual e princípio da diferença –, é capaz de fornecer substrato teórico que possibilite ao intérprete do sistema jurídico verificar o mérito da propositura desenvolvida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A metodologia do trabalho baseou-se em pesquisa teórica, com levantamento bibliográfico. Para justificar e argumentar sobre as hipóteses levantadas foi utilizado o método dedutivo.

O trabalho se estrutura em seis seções – quatro de desenvolvimento –, sendo a seção 2 dedicada à compreensão da liberdade como elemento primordial no contexto jurídico de diversos países do plano ocidental, bem como sua respectiva correlação com a igualdade. Na seção 3, tem-se como desiderato central apresentar os limites às liberdades que são considerados legítimos nos termos da teoria da justiça como equidade proposta por John Rawls. A seção seguinte dá espaço à conceituação do sistema de incapacidades e de sua respectiva inserção na ordem constitucional brasileira enquanto ferramenta de concretização da dignidade da pessoa humana. Por fim, objetiva-se, na seção 5, analisar criticamente os fundamentos da mudança legislativa, contextualizando-a a partir do advento da Convenção Internacional de Nova York sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a fim de confrontar tais fundamentos, especificamente no caso das pessoas com deficiência mental, com as conclusões de John Rawls sobre os limites legítimos à liberdade dos indivíduos.

2 LIBERDADE COMO BEM JURÍDICO FUNDAMENTAL

É inegável o locus central ocupado pela liberdade nos mais diversos sistemas jurídicos do ocidente, incorporado em suas respectivas constituições e codificações como um direito fundamental. O destaque que se faz à liberdade é justificado, inclusive, por sua elevação ao patamar de direito humano, conforme reconhecido de forma genérica no artigo 3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 e em diversos outros dispositivos do referido Tratado, bem como no artigo 9.1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP).

Tais brados pela defesa de liberdades consideradas essenciais à preservação da individualidade e da constituição imaterial do ser humano, para além de motivarem aspectos normativos dos diversos tratados de direitos humanos que sucederam a Carta Internacional dos Direitos Humanos³, encontraram – e ainda encontram atualmente – respaldo normativo em diversas constituições nacionais, com a positivação dos direitos de liberdades no catálogo dos chamados direitos fundamentais, como ocorre no caso da Constituição Federal brasileira de 1988, por meio da previsão de garantias das liberdades de manifestação de pensamento (art. 5º, inc. IV), de expressão (art. 5º, inc. IX), de locomoção (art. 5º, inc. XV), dentre tantas outras.

A luta pela liberdade, ressalte-se, não é novidade na constante reconstrução da ordem jurídica das nações ocidentais, constituindo-se como um bem almejado por todos os indivíduos há séculos. É desde as revoluções gloriosa e francesa que as liberdades⁴ surgem como elemento de presença constante nos brados por direitos e garantias individuais. É tido como o valor que inspirou, inclusive, o movimento liberal e o surgimento da doutrina do *laissez-faire*, invocando a necessidade de frear o arbítrio estatal de interferências na esfera de atuação dos indivíduos.

Esta oposição ao modelo de Estado absolutista, por meio de diversas revoltas ao longo dos séculos, ocasionou, em primeiro plano, a produção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, proveniente do ideário da Revolução Francesa, representando notável avanço na proteção dos homens em sua individualidade à época.

³ Considera-se que a Carta Internacional dos Direitos Humanos, ou *International Bill of Rights*, é formada pela Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), estes dois últimos firmados em âmbito internacional no ano de 1966.

⁴ O termo aqui invocado é usado de maneira plural, referindo-se às diversas modalidades de liberdade existentes: liberdade de expressão, liberdade de contratar, liberdade religiosa etc.

Isto porque o status quo que se apresentava vigente nestes idos tinha como pressuposto a discriminação de tratamento entre os cidadãos com base no nascimento, bem como um estado de liberdade mínimo, em face do controle social máximo exercido pelo Estado até então; assim, era papel primordial do movimento liberal buscar a proteção do indivíduo da excessiva intervenção estatal, dando cabo aos privilégios sociais exclusivamente baseados no critério do nascimento⁵.

Paulatinamente, a doutrina liberal se espalhou pela Europa e inspirou sobremaneira sistemas políticos de todo o ocidente, persistindo alguns dos reflexos desta influência até os dias de hoje, como se pode perceber com a positivação da proteção a diversas liberdades em constituições e em todo o arranjo legal a elas submetidos, notabilizando a liberdade em sentido amplo como um dos bens jurídicos mais preciosos a serem tutelados pela via normativa.

É essencial registrar, contudo, que, em um dado momento desta construção histórica, passou-se a perceber que, muito embora tenha havido considerável crescimento na salvaguarda das liberdades, estas eram almeçadas de modo seletivo pelos indivíduos, “pois o mesmo legislador que protegia com unhas e dentes a liberdade de contratar, negava-se a admitir a liberdade de associação dos trabalhadores, cujos sindicatos eram postos à margem da lei”.

Algumas razões podem ser utilizadas para explicar este fenômeno de proteção desigual a diferentes liberdades, mas quiçá a principal delas é a compreensão do ideal político da liberdade enquanto axioma isolado e bastante em si mesmo, sem que seja concebido de modo necessariamente harmônico com outros valores igualmente importantes, como a igualdade.

Por conta disso, Ronald Dworkin, com notável contribuição para a Filosofia do Direito e também para a Filosofia Política, asseverava em sua obra “A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade” ser patente a necessidade de buscar reconciliar os ideais da liberdade e da igualdade, incorporando a primeira como um aspecto relevante da segunda, ao invés de supô-los como valores conflituosos e incompatíveis⁶, tal como usualmente se pensa.

Como reação a esta lógica da insuficiência da liberdade enquanto valor solitário – preponderante por um período considerável nas discussões sobre as teorias da justiça no plano ocidental –, surgiu uma corrente de pensamento que se convencionou chamar de liberalismo político ou liberalismo de princípios, a qual incorporou a máxima da igualdade como anseio

⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 21-22.

⁶ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad.: Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 158.

igualmente relevante e merecedor de atenção no transcurso dos debates referentes à chamada justiça distributiva.

Dentre seus desenvolvedores, situa-se John Rawls, considerado o precursor desta corrente da Filosofia Política e baluarte de diversos pensadores que lhe sucederam, fossem eles defensores ou não dos preceitos incorporados por Rawls em seu conjunto de ideias principais, servindo sua obra como instrumento valioso para a compreensão das restrições às manifestações de liberdades vislumbradas no sistema de incapacidades pátrio e em seus desdobramentos.

3 LIMITES LEGÍTIMOS À LIBERDADE DOS INDIVÍDUOS SEGUNDO JOHN RAWLS

John Rawls foi e continua sendo um dos maiores nomes da Filosofia Política contemporânea. Na condição de docente e pesquisador da Universidade de Harvard de 1962 a 1991 – tendo falecido no ano de 2002 –, situa-se dentre os pensadores do liberalismo de princípios, por apresentar uma proposta de divisão de bens entre os indivíduos que difere da construção feita pelo liberalismo tradicional. O conjunto de suas principais ideias acerca da justiça distributiva compôs sua Magnum Opus, intitulada “Uma Teoria da Justiça”, originalmente publicada no ano de 1971.

Para início de discussão, de modo preliminar ao exame crítico do objeto deste trabalho, cabe estabelecer que, muito embora a obra de Rawls tenha sido alvo de críticas de autores de diferentes matrizes ideológicas no âmbito da Filosofia Política, tais como o libertário Robert Nozick em “Anarquia, Estado e Utopia” (1974) e o comunitarista Michael J. Sandel em “Liberalismo e os limites da Justiça” (1982), é possível considerá-la como um marco decisivo no redimensionamento das discussões relativas às teorias da justiça, por sua presença marcante no pensamento de autores posteriores⁷.

Na obra acima referida, Rawls apresenta argumentos em prol de sua teoria, a qual denomina Justiça como Equidade, por meio da qual se empenha em atingir diversos objetivos: a) conceber os dois princípios de justiça – liberdade igual e diferença – que seriam escolhidos em uma situação inicial para reger a distribuição de bens entre os indivíduos de uma sociedade,

⁷ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Trad.: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. XXIV.

analisando possíveis argumentos a favor de sua escolha; b) estabelecer os elementos formadores e condicionantes desta situação inicial – por ele denominada “posição original” –: as circunstâncias da justiça, as restrições formais do conceito de justo, o véu de ignorância e a racionalidade das partes contratantes⁸; c) definir o conceito de liberdade, examinando suas possíveis restrições e analisando o significado da prioridade da liberdade; d) descrever um arranjo de instituições que seja apto a satisfazer as exigências dos dois princípios de justiça, com vistas à demonstração da sustentação de sua teoria no contexto das democracias constitucionais, dentre outros.

Sobre os princípios de justiça defendidos por Rawls como aqueles que seriam escolhidos pelos participantes da posição original, quais sejam o princípio da liberdade igual e o princípio da diferença, o autor faz as seguintes formulações conceituais:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.⁹

Retornando à análise dos objetivos da obra como um todo, pode-se dizer, ao menos analisando parcela majoritária de sua obra, que a defesa que o autor faz de suas ideias acaba por ser atinente a vários destes e de outros objetivos a um só tempo, sendo certo que, em diversos momentos, o raciocínio que conduz aos dois princípios de justiça e ao arranjo de sociedade proposto é intuitivo. Isto pode ficar claro, por exemplo, pelos argumentos do Capítulo III (A posição original), que, ao inserirem todas as condicionantes elencadas no objetivo “b)” referido acima na discussão sobre a escolha dos princípios de justiça, conduzem o leitor à compreensão de que tais princípios são os mais adequados, sem que Rawls necessite ter iniciado as seções que tratam dos argumentos em favor destes.

Este esclarecimento é necessário para que fique claro que, não obstante a opção que a partir de então se faz pelo objetivo “c)” como núcleo central de análise, por sua pertinência com o objeto deste trabalho, a discussão poderá tangencialmente dizer respeito a estruturas de

⁸ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad.: Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 143.

⁹ *Ibid.*, p. 73.

raciocínio tratadas em outros momentos da obra, o que é compreensível pela própria grandeza e complexidade da missão travada pelo autor no desenvolvimento de sua teoria.

Após tais considerações inaugurais e feita a escolha pelo objetivo em questão, cumpre tratar do conceito de liberdade em Rawls, analisar criticamente as restrições ao gozo deste bem que são por ele apresentadas, bem como verificar o sentido da prioridade da liberdade. A exposição destes elementos na obra “Uma Teoria da Justiça” é realizada no Capítulo IV – Liberdade Igual.

No tocante à primeira tarefa, deve-se pontuar que Rawls busca estabelecer um conceito de liberdade que se situe em patamar distante à discussão de liberdades negativas e positivas, afirmando que são questões muito mais afeitas à valoração de tais liberdades quando postas em conflito do que propriamente a um conceito deste bem, razão pela qual não se deve por em xeque as liberdades civis e a liberdade individual em prol da liberdade política¹⁰.

Para a formação do conceito em questão, o autor recorre à conjugação de três elementos que seriam formadores da liberdade, e por meio dos quais será possível verificar, em hipóteses concretas, se a liberdade enquanto um bem primário está sendo resguardada. São estes os elementos formadores: a) sujeito; b) limites; c) conteúdo.

A tradução da conjugação destes elementos em uma frase pode ser realizada da seguinte forma: determinado indivíduo (elemento “a”) está livre de certos limites ou restrições (elemento “b”) para praticar ou se abster de praticar uma dada conduta (elemento “c”). É prudente ressaltar que a liberdade é encarada por Rawls como um sistema, composto pelos diversos tipos de liberdade, tais como a liberdade de consciência, a liberdade de participar dos assuntos políticos, a liberdade de associação, dentre tantos outros, referidos ou não por ele.

Advirta-se também que a análise dos limites e restrições mencionados como o segundo elemento da tríade formadora do conceito não deve ser confundida com hipóteses em que o Estado regule as liberdades; Rawls presume, inclusive, que na maioria dos casos ficará claro se se trata de um agir regulatório ou se é, de fato, uma restrição¹¹. Esta distinção não é acessória, mas determinante para chegar à definição se um dado caso deverá ser posto ao crivo do exame de aceitação (restrição) ou não (mera regulação).

¹⁰ Ibid., p. 247.

¹¹ Ibid., p. 249.

Antes de dar início à tarefa de verificar as restrições que são consideradas adequadas por John Rawls à luz da construção de sua teoria, urge estabelecer o que se quer dizer com “limites legítimos à liberdade dos indivíduos”, levando-se em conta que alguns destes vocábulos podem ser empregados dentro de uma margem de discricionariedade consideravelmente ampla, notadamente “limites” e “legítimos”. Assim, é necessário que se esclareça os sentidos possíveis e quais dentre estes o presente trabalho utiliza, o que pode ser feito essencialmente por uma análise de contexto, por se tratar de conceitos que são objeto daquilo que John Rawls define como “perguntas sobre conceitos”, o que impõe esta tarefa¹².

Neste sentido, a palavra “limite”, em se prestando a fazer referência às liberdades, admite duas conotações possíveis. A primeira delas é o que se poderia chamar de “restrição em abstrato”, consistindo em uma liberdade que se constate não poder ser exercida parcial ou plenamente por si só, isto é, um tipo de liberdade que se verifique limitada sem que seja necessário confrontar com liberdades de outros indivíduos. É o caso, por exemplo, da liberdade de participar dos assuntos políticos ostentada pelas crianças. Não é necessário o cotejo desta com outras liberdades para que se verifique estar limitada por argumentos desenvolvidos pelo próprio Rawls, conforme delineado mais adiante.

Por outro lado, há liberdades cujos limites só restarão evidenciados a partir de conflitos com outras liberdades. Para compreendê-las, é salutar recorrer a uma das lições de Robert Alexy em “Teoria dos Direitos Fundamentais”, na qual explica o modo de solucionar os conflitos entre regras e as colisões entre princípios. Em relação ao conflito entre regras, esclarece a presença de uma cláusula de exceção, ou seja, uma regra geral de aplicação e uma regra que serve de exceção a esta primeira¹³.

No intuito de ilustrar a defesa deste entendimento, Alexy vale-se do exemplo de uma escola, circunstanciando esta realidade a partir de duas regras: a primeira que proíbe a saída da sala de aula antes que o sinal toque e a segunda que obriga a saída da sala de aula antes do sinal em caso de soar o alarme de incêndio. A primeira é limitada pela segunda, pois esta representa exceção para aquela.

Apesar de o raciocínio do autor ser construído a partir de uma espécie de norma em particular, ele pode ser transportado para a discussão do choque entre liberdades, pois o intuito

¹² WILSON, John. *Pensar com conceitos*. Trad.: Walden Barcellos. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 10.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 92.

é meramente o de indicar o outro sentido possível para “limites”, qual seja aquilo surgido desta noção de “cláusula de exceção”.

Esclarecidos os dois significados possíveis, constata-se que ambos estão presentes na discussão que Rawls formula acerca das liberdades. Tal inferência parte justamente do que o autor pontua acerca dos limites às liberdades que devem ser aceitos; em outras palavras, de que limites a estas liberdades podem ser considerados legítimos, sendo legítimos no sentido de compatíveis com os dois princípios de justiça, especialmente em relação ao primeiro deles: o princípio da liberdade igual.

O autor é tão compreensível na forma como indica este limite proposto, que vale a conferência da ideia em seu original:

Uma liberdade fundamental coberta pelo primeiro princípio só pode ser limitada em nome da própria liberdade, isto é, só para garantir que essa mesma liberdade, ou outra liberdade fundamental, estará devidamente protegida e para ajustar da melhor maneira o sistema único de liberdades¹⁴.

Assim, as liberdades de um indivíduo podem sofrer limitações tanto para a preservação das liberdades de seus concidadãos, na representação da ideia do choque entre liberdades (limite no sentido de exceção), quanto para a salvaguarda das liberdades do próprio indivíduo, quando este não for considerado apto a exercê-las irrestritamente em seu próprio nome.

A esta construção (da preservação do indivíduo perante si mesmo) Rawls denominou paternalismo, consistente na autorização para decidir e agir que se outorga a terceiro, e que se faz necessário quando um indivíduo não apresentar suas faculdades desenvolvidas e não se mostrar apto a promover de forma racional e por si só seus próprios interesses¹⁵.

Rawls exemplifica este conceito fazendo alusão às crianças, aos que estão gravemente feridos e aos que “sofrem de distúrbios mentais”¹⁶. Portanto, discussões à parte acerca da alcunha por ele adotada para a descrição de pessoas com deficiência¹⁷, pode-se verificar que o

¹⁴ RAWLS, 2008, op. cit., p. 250.

¹⁵ Ibid., p. 308.

¹⁶ Ibid., p. 309.

¹⁷ Não se está afirmando que o excerto em questão da obra “Uma Teoria da Justiça” foi adotado para se referir a todas as pessoas com deficiência, mas sim que a referida expressão é direcionada a algumas delas – aquelas que se enquadrarem no conceito de deficiência mental.

autor concebe tais indivíduos como dependentes de um terceiro para agir em seu nome, por não estarem no pleno exercício de sua racionalidade, incidindo o paternalismo, assim, como limite legítimo à liberdade destes indivíduos na perspectiva do autor.

4 O SISTEMA DE INCAPACIDADES COMO MEDIDA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E LIMITE À LIBERDADE

Partindo desta lógica de que nem todos os indivíduos são dotados de suficiente racionalidade para praticar os atos da vida humana em sociedade é que se tem a noção da chamada incapacidade, que consiste na consideração de que determinada pessoa não deve ser considerada apta a titularizar relações na ordem civil, devendo ser assistida ou representada por um terceiro, que deve agir em prol de seus interesses.

Em suma, trata-se de uma clara demonstração de que o ideário de Rawls é fonte de inspiração em diversos sistemas jurídicos ocidentais, já que o tema da capacidade civil está positivado em várias codificações nacionais; a título de exemplo, os artigos 3º a 5º do Código Civil Brasileiro, os artigos 31 e 32 do “Codigo Civil de la Nación Argentina”, os artigos 1º e 2º do “Codigo Civile Italiano”, dentre tantos outros.

Na realidade, cabe destacar que, para além da inserção nos pressupostos desenvolvidos por John Rawls, a lógica das incapacidades guarda como justificativa um valor de presença constante em diversas concepções de justiça modernas: a igualdade. Isto porque o sistema de incapacidades surge como alternativa de efetivação deste ideal político no plano da ordem civil, porquanto se ampara no preceito da isonomia material.

Ao diferenciar o tratamento de indivíduos que titularizam aspectos e caracteres distintos de ordem psicofísica, buscam-se o equilíbrio jurídico e a salvaguarda das liberdades daqueles que são considerados mais vulneráveis e que, por esta condição, demandam proteção especial por parte do regramento positivado na ordem constitucional e infraconstitucional.

Dito isto, deve-se pontuar que, com o conceito de incapacidade, não se pretende punir ou limitar irrestritamente a autonomia do indivíduo para traçar as escolhas de seu viver bem, mas sim dar vazão a uma interpretação paternalista de distribuição de benesses e ônus a tais

peessoas, assumindo-se que, ao impor diversos limites a sua conduta, se está, em verdade, protegendo sua integridade física e psíquica e resguardando sua dignidade humana.

Em outras palavras, é possível enxergar o sistema de incapacidades como instrumento de proteção do indivíduo, já que ele não deixa de praticar atos da vida civil, mas apenas não o faz de forma direta, uma vez que necessita da manifestação ou anuência de seu tutor ou curador, a depender da modalidade de incapacidade do caso concreto.

É bom afirmar, aliás, que há íntima relação entre os conceitos de dignidade da pessoa humana, personalidade e capacidade, sendo tal relação merecedora de alguns comentários, a fim de que se possa compreender o papel que o sistema de incapacidades ocupa como instrumento habilitado a efetivar os direitos e garantias de índole constitucional.

A Constituição Federal de 1988, ao alocar a dignidade da pessoa humana como fundamento de nossa república (art. 1º, inciso III), promoveu intensas e profundas transformações no modo de enxergar as relações sociais, garantindo transições de paradigmas que levaram a sistemática jurídica brasileira a um novo estado de coisas, em um processo conhecido como Constitucionalização do Direito.

Não se afirma que a previsão do art. 1º, inciso III de nosso Texto Supremo foi o único fator a contribuir com essa reformulação, mas trata-se, sem dúvida, de um dos elementos preponderantes nessa marcha em prol da valorização da pessoa.

Ressalte-se que a materialização da dignidade da pessoa humana se traduz em elemento essencial para que este fundamento republicano seja respeitado pelo Estado e pelos indivíduos, tendo em vista que se trata de conceito jurídico genérico, e que “seu uso indiscriminado pode conduzir à banalização”¹⁸, o que se demonstra uma tarefa complicada, especialmente se se levar em consideração o tempo relativamente curto de vigência do Texto Constitucional e de sua assimilação pela ordem infraconstitucional.

No âmbito das relações entre particulares, a lógica não pode ser diferente. Esta seara, historicamente marcada por um viés patrimonialista e formal, deve ceder espaço à formação de

¹⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 8.

um pensamento valorativo e de culto à personalidade, “impondo a prevalência das relações existenciais sobre as patrimoniais”¹⁹.

Nesse contexto, no plano da ordem civil, notadamente, no caso deste trabalho, no que se refere às relações interprivadas (entre particulares), atrela-se à ideia de pessoa o conceito de personalidade, tradicionalmente construído como um atributo genérico necessário para que uma determinada pessoa possa ser considerada sujeito de direito²⁰; em outras palavras, o requisito que autoriza os indivíduos a serem titulares de relações jurídicas.

Modernamente, contudo, não se pode encarar a personalidade à luz desta definição clássica, mas compreendê-la enquanto componente da pessoa humana, reconhecido a todo e qualquer indivíduo irrestritamente, traduzindo-se em valor ético que decorre diretamente da dignidade pessoa humana e dos axiomas constitucionais²¹.

Fica claro que o conceito de personalidade também apresenta grau de generalidade suficientemente grande de modo a ser indispensável sua mensuração em situações específicas da convivência social, o que faz surgir a necessidade da formulação do terceiro conceito abordado e o mais intrinsecamente ligado ao mérito da discussão do trabalho em questão: a capacidade civil.

A capacidade deve ser entendida como medida da personalidade²², isto é, como materialização da mesma, pois é o elemento que determina quais indivíduos serão considerados aptos para gozarem direitos e contraírem obrigações em nome próprio. Todavia, deve ficar claro que, não obstante o sistema jurídico esteja autorizado a conter limitações à aptidão de exercício de direitos reconhecidos, a capacidade jamais poderá alterar o teor axiológico da personalidade²³.

Para parcela considerável da doutrina, a capacidade civil se divide em duas categorias: a) capacidade civil de gozo ou de direito; b) capacidade civil de fato ou de exercício. A primeira delas é reconhecida a todos os indivíduos, como consectário do direito geral de personalidade

¹⁹ LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Responsabilidade Civil: inovações normativas, desafios e perspectivas. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. (Org.) *Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso*: uma visão luso-brasileira. São Paulo: Atlas, 2014, p. 461.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – vol. 1: Parte Geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 179.

²¹ *Ibid.*, p. 181.

²² *Ibid.*, p. 330.

²³ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 45.

ínsito na cláusula geral de tutela da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III); a segunda, contudo, é outorgada apenas àqueles que não se encontrarem em nenhuma das hipóteses de incapacidade previstas no Código Civil²⁴. Trata-se, portanto, de requisito eminentemente negativo.

Nesta linha de raciocínio, entende-se que aos indivíduos que forem dotados de ambas as espécies referidas será outorgada a capacidade civil plena, consistente na autorização para praticar todos os atos da vida civil em nome próprio, sem a assistência ou a representação de terceiros, de modo irrestrito e permanente, apenas cessando esta condição no caso de incapacidade superveniente.

É dizer, portanto, que os indivíduos que porventura se encontrarem em uma das hipóteses de incapacidade elencadas pelos artigos 3º e 4º do Código Civil, não ostentarão esta condição e, portanto, terão sua liberdade de atuar ditada conforme as regras específicas de assistência e representação. Logo, é dizer que o sistema de incapacidades representa uma restrição à liberdade destas pessoas, sendo, todavia, um limite legítimo em John Rawls, por respeitar a regra do paternalismo.

Além disso, para além de se tratar de mecanismo em consonância com o paternalismo rawlsiano, frise-se que se trata de instrumento de proteção da pessoa humana, pois, conforme já esposado anteriormente, a incapacidade a preserva de sua própria irracionalidade ou racionalidade parcial, evitando que cause prejuízos a si mesmo em decorrência deste discernimento incompleto. Assim, o sistema de incapacidades é mais do que um limite à liberdade: é uma ferramenta poderosa na salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

5 A REVISÃO DO SISTEMA DE INCAPACIDADES PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA ADEQUAÇÃO À TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

No Código Civil brasileiro, o sistema das incapacidades está previsto nos artigos 3º e 4º, diluído em duas categorias distintas: a) a incapacidade absoluta (art. 3º) e; b) a incapacidade relativa (art. 4º). A distinção entre elas e os efeitos dessa diferenciação não constituem, entretanto, elemento que interfira no mérito da discussão ora realizada, bastando que se saiba

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro* – vol. 1: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 93.

que a lógica do sistema é a de que o relativamente incapaz é considerado detentor de mais discernimento do que o absolutamente incapaz²⁵. Desta forma, o absolutamente incapaz é representado – por não reunir as condições necessárias para exprimir sozinho e livremente sua vontade –, enquanto o relativamente incapaz é assistido.

O que difere entre os diversos modelos de incapacidade – seja ele relativo a uma incapacidade relativa ou a uma espécie de incapacidade absoluta – é o critério utilizado pelo legislador para deixar de atribuir capacidade civil a um determinado grupo de indivíduos que se enquadrarem na descrição do rótulo legal. Em determinados casos, o critério será objetivo, como é o critério etário no caso dos menores de 18 anos para os quais não penda qualquer das hipóteses de cessação da incapacidade (celebração de casamento, colação de grau em curso de ensino superior etc), enquanto que em outros, ter-se-á critérios subjetivos, voltados para a consideração de que a ausência de discernimento suficiente para a prática dos atos da vida civil deve ser verificada considerando-se peculiaridades naturais do indivíduo em questão.

Até janeiro de 2016 – período da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência –, as hipóteses de incapacidade absoluta eram as seguintes: a) os menores de dezesseis anos; b) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; c) os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Frise-se que o Código Civil não trazia para o âmbito das incapacidades toda e qualquer pessoa considerada portadora de deficiência, mas tão somente aquelas que se enquadram neste conceito por conta de uma enfermidade ou deficiência mental, sendo excluídas da lógica do art. 3º do Código as pessoas com quaisquer outras deficiências.

E isto por uma simples razão: a alocação de um grupo de indivíduos em um dos incisos dos artigos que ditam a incapacidade na Lei Civil parte da premissa de que tais sujeitos não são dotados de discernimento suficiente para praticarem os atos da vida civil, o que pode ser faticamente presumido para o caso dos deficientes mentais, mas que não se aplica às pessoas com deficiência de outra natureza.

Esta distinção é de enorme importância, tendo em vista que, para pessoas com deficiência que assim o sejam por outro fator que não o da deficiência mental, parece, de fato,

²⁵ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade Civil do Incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 21.

injusto que a normativa do Código deixe de lhes outorgar capacidade civil de exercício²⁶, o que representaria uma restrição ilegítima às liberdades individuais destes sujeitos.

Pois bem. Já em relação à incapacidade relativa, encontravam-se as seguintes modalidades: a) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; b) os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; c) os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; d) os pródigos²⁷.

Todavia, a Lei nº 13.146/2015, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), alterou profundamente a lógica que permeava as incapacidades civis, rompendo com a sistemática até então vigente, ao determinar, em seu art. 114, alterações substanciais no Código Civil Brasileiro, dentre as quais se situava a modificação dos artigos 3º e 4º do referido diploma normativo.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, também conhecido como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, foi ao encontro da normativa ínsita na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) e de seu respectivo protocolo facultativo, estes sendo aprovados pelo Congresso Nacional com o quórum qualificado de três quintos – recebendo, portanto, status constitucional, na forma do art. 5º, §3º da Constituição²⁸ –, e ratificados, a posteriori, pelo Decreto Presidencial nº 6.949/2009²⁹.

Sobreleva notar que o diploma normativo em questão buscou estabelecer como uma de suas bases finalísticas a garantia do exercício da capacidade legal pelas pessoas com deficiência,

²⁶ Concomitantemente a esta observação, deve ser feita uma ressalva: os surdos-mudos que assim o sejam desde o nascimento e que não tenham desenvolvido habilidades de comunicação social que permitam o entendimento de seus anseios por terceiros, podem ser qualificados como indivíduos inaptos a exprimirem sua vontade, autorizando seu enquadramento na hipótese “c” (art. 4º, inc. III do Código Civil vigente após o Estatuto da Pessoa com Deficiência).

²⁷ A redação anterior do Código Civil, neste particular, dispunha o seguinte:

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.

²⁸ Art. 5º, §3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

²⁹ 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. In: *Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, vol. 4, n. 1, 2015, p. 3.

ex vi artigo 12.4³⁰, de modo a buscar a progressiva inclusão destes indivíduos para o gozo desta capacidade em iguais condições com os demais³¹, sempre que possível. Esta capacidade afirma-se mediante garantias específicas estipuladas pela própria Convenção, tais como a liberdade de locomoção e nacionalidade, a ampla mobilidade e o reconhecimento de sua autonomia, esta necessariamente balizada, ressalte-se, pelo discernimento do indivíduo³².

Por esta razão, a curatela, doravante compreendida como o vínculo de assistência entre um indivíduo considerado relativamente incapaz e um terceiro, torna-se medida protetiva considerada extraordinária (EPD, art. 84, §3º³³), podendo ocorrer de forma parcial nos casos em que o interditando for considerado apto para praticar alguns dos atos da vida civil sem o auxílio do curador (Código de Processo Civil, art. 756, §4º³⁴).

Assim, verifica-se que, embora a busca pela promoção do exercício da capacidade legal seja um elemento relevante disposto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a curatela consiste em hipótese de sua mitigação, não ofendendo, contudo, o espírito da Convenção³⁵, o que se dá, dentre outras razões, pela necessária compreensão do instituto enquanto mecanismo de proteção à pessoa.

Especificamente sobre o sistema de incapacidades previsto no Código Civil Brasileiro, tem-se que, após a reforma legislativa em comento, restaram como absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos, enquanto que na categoria dos relativamente incapazes, doravante situam-se as seguintes hipóteses: a) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; b) os ébrios habituais e os viciados em tóxico; c) aqueles que, por causa transitória ou

³⁰ Artigo 12.4 - Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetem os direitos e interesses da pessoa.

³¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). In: Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 9, jul./set. 2016, p. 35.

³² MENEZES, 2015, op. cit., p. 6-7.

³³ Art. 84, §3º - A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

³⁴ Art. 756, §4º - A interdição poderá ser levantada parcialmente quando demonstrada a capacidade do interdito para praticar alguns atos da vida civil.

³⁵ ROSENVALD, Nelson. *A curatela como a terceira margem do rio*. Nelson Rosenvald, Belo Horizonte, 20 set. 2017. Disponível em: < <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/20/A-curatela-como-a-terceira-margem-do-rio>>. Acesso em: 21 out. 2017.

permanente, não puderem exprimir sua vontade e; d) os pródigos. Desta forma, os artigos em questão passaram a conter a seguinte redação:

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

Artigo 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.

Em suma, o espírito manifestado pelo Poder Legislativo ao efetivar esta modificação foi o de que a atribuição de incapacidade às pessoas com deficiência afronta a igualdade entre pessoas com deficiência e os demais indivíduos, traduzindo-se em preceito de cunho discriminatório, chegando-se à conclusão que vislumbrar tais indivíduos como totalmente incapazes é fator que conduz à exclusão social dos mesmos. Este é o entendimento manifestado pela Relatora do Projeto de Lei (PL) nº 7.699/2006³⁶, a Deputada Federal Mara Gabriilli (PSDB/SP), em trecho das razões de seu Parecer proferido em Plenário:

Ao longo de toda a história, diversos foram os conceitos e interpretações atribuídos às pessoas com deficiência. Ora eram tidas como indivíduos totalmente incapazes, o que produzia a sua exclusão social, ora eram vistas como doentes e suscetíveis de tratamentos médicos. Chegamos, hoje, a uma concepção de pessoas com deficiência como titulares de direitos e liberdades, com capacidade para exercê-los, condição que as legitima a demandar sua efetiva inclusão social³⁷.

Embora não se possa afirmar que o termo “incapacidade” usado pela eminente relatora se destine ao conceito tal como formulado no capítulo 4 deste trabalho, pode-se concluir que se

³⁶ O PL referido, em conjunto com 313 outras proposições legislativas, veio a ser convertido no Estatuto da Pessoa com Deficiência, sendo o relatório da Dep. Mara Gabriilli referente a todas as propostas apresentadas; a menção que se faz ao PL 7.699/2006 não é por razões de precedência cronológica em relação aos demais Projetos de Lei, mas sim por conta do nome dado à Comissão Especial designada para dar parecer à matéria, que é constituído pelo projeto em questão.

³⁷ BRASIL. *Projeto de Lei nº 7.699/2006*, versão final. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339407>>. Acesso em 13 jun. 2016.

trata de sinônimo à noção de limitação ao exercício de sua autonomia enquanto indivíduo e do desenvolvimento de seu respectivo projeto de vida.

Assim sendo, ao não realizar a devida separação entre o tratamento dos deficientes mentais e o de outras deficiências, o Poder Legislativo acabou por retirar os primeiros da condição de incapacidade civil ocupada até então, sob a premissa de que todas as pessoas com deficiência – aí sendo incluídos também os deficientes mentais – devem ser consideradas capazes no plano da ordem civil.

No entanto, ocorre que o caso dos deficientes mentais, em relação ao sistema de incapacidades, é decerto diverso das outras pessoas com deficiência, já que nesta hipótese se trata realmente de indivíduos com a racionalidade comprometida, o que impede o exercício das liberdades em nome próprio, fator que representaria uma ameaça a seus próprios interesses.

Isto pode restar evidenciado a partir da própria conceituação que se faz da deficiência mental no âmbito acadêmico da Medicina, conforme pode ser verificado no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais da Associação Norte-Americana de Psiquiatria (American Psychiatric Association):

Deficiência intelectual³⁸ (transtorno do desenvolvimento intelectual) é um transtorno com início no período do desenvolvimento que inclui déficits funcionais, tanto intelectuais quanto adaptativos, nos domínios conceitual, social e prático. Os três critérios a seguir devem ser preenchidos:

A. **Déficits em funções intelectuais como raciocínio, solução de problemas, planejamento, pensamento abstrato, juízo, aprendizagem acadêmica e aprendizagem pela experiência** confirmados tanto pela avaliação clínica quanto por testes de inteligência padronizados e individualizados.

B. Déficits em funções adaptativas que resultam em **fracasso para atingir padrões de desenvolvimento e socioculturais em relação a independência pessoal e responsabilidade social**. Sem apoio continuado, os déficits de adaptação limitam o funcionamento em uma ou mais atividades diárias, como comunicação, participação social e vida independente, e em múltiplos ambientes, como em casa, na escola, no local de trabalho e na comunidade.

C. Início dos déficits intelectuais e adaptativos durante o período do desenvolvimento³⁹.

(grifos nossos)

³⁸ Na obra em comento, afirma-se que deficiência intelectual e deficiência mental são sinônimas, sendo que a adoção do primeiro se dá por questões técnicas e para ir ao encontro do que é sinalizado pelos movimentos sociais que advogam a causa das pessoas com deficiência (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais – DSM-5*. Trad.: NASCIMENTO, Maria Inês Corrêa et al. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014., p. 77).

³⁹ Idem.

Desta forma, é patente que a definição do que são pessoas com deficiência mental demonstra que outorgar-lhes capacidade de exercício e, portanto, capacidade civil plena, revela-se um equívoco, na medida em que o critério “B” acima suscitado estipula que estes indivíduos apresentam déficits que ensejam uma dependência de terceiros⁴⁰, tendo o Estatuto da Pessoa com Deficiência desconsiderado este elemento na deliberação da matéria.

Além disso, deve-se lembrar que o sistema de incapacidades é garantia de preservação da dignidade da pessoa humana, pois protege o indivíduo de sua própria falta de racionalidade, não impedindo seu acesso a direitos, mas condicionando este acesso à assistência ou à representação de seus responsáveis legais.

Assim, não se obsta o acesso destes indivíduos às estruturas normativas essenciais à preservação de suas liberdades básicas – tais como as celebrações de instrumentos contratuais e a constituição familiar por meio do casamento⁴¹ –, mas apenas se promove, por meio das regras de incapacidades vigentes no direito brasileiro, uma regulação de interesses com vistas, em último fim, à própria tutela da dignidade da pessoa humana e à proteção de seus direitos da personalidade.

Não é à toa que o sistema de incapacidades pode ser entendido como um limite legítimo à liberdade em John Rawls, pois a interpretação desta sistemática como instrumento de proteção da pessoa humana nada mais é do que a tradução do ideário do autor, notadamente em relação à máxima de que “as partes [do véu de ignorância] querem proteger-se contra a possibilidade de suas faculdades não estarem desenvolvidas [...] ou contra a possibilidade de [...] não serem capazes de tomar decisões para o seu bem”⁴².

⁴⁰ É válido mencionar que a tendência contemporânea dentre estudiosos do tema é de considerar não apenas o critério médico para a atribuição ou a retirada da capacidade legal das pessoas com deficiência, como também elementos que compõem o chamado modelo social de abordagem, que visualiza a deficiência, sobretudo, como um produto social; tal assertiva, entretanto, não invalida o argumento ora apresentado, especialmente pela necessidade de conceber a incapacidade não como uma limitação permanente, mas como auxílio ao exercício de determinados direitos da vida civil pela pessoa com deficiência mental. Sobre o tema, confira-se 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. In: *Civillistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, vol. 4, n. 1, 2015, p. 01-27. Disponível em: <<http://civillistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civillistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

⁴¹ Nesta seara, também têm papel de destaque as alterações no Código Civil propiciadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo em vista que, ao se revogar o inciso I do artigo 1.548 do Código de 2002, retirou-se das hipóteses de nulidade do casamento a celebração por pessoas com deficiência mental, o que passa a partir de então a ser possível desde que respeitadas as regras de representação e assistência vigentes, conforme artigo 1.550, §2º do referido código.

⁴² RAWLS, 2008, op. cit., p. 308-309.

CONCLUSÃO

Assumindo a liberdade como um bem jurídico fundamental, inclusive receptor da designação de direito humano, o trabalho buscou compreender como sua efetivação se processa em uma determinada sociedade, assim como quais restrições são impostas a seu gozo por parte dos indivíduos, tendo em vista que se trata de direito que não pode ser exercido de forma irrefreável e absoluta.

Neste sentido, a teoria da justiça como equidade elaborada por Rawls, ao ocupar-se do tema liberdade e alocá-lo como objeto macro de análise na obra “Uma Teoria da Justiça”, fornece elementos relevantes para o exame do sistema de incapacidades contido no Código Civil e para a alteração nele processada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que retirou as pessoas com deficiência mental do rol daqueles que são considerados civilmente incapazes, a partir da consideração de que a não atribuição de capacidade civil de exercício a estes indivíduos teria como consectário indireto sua exclusão social.

Todavia, em tendo sido verificados os pressupostos adotados por John Rawls para a formulação de sua ideia de paternalismo e consequente importação desta lógica para a análise crítica das limitações impostas pelo sistema de incapacidades contido em nosso Código Civil, conclui-se pela possibilidade de conceber este sistema como um limite legítimo à liberdade dos indivíduos, nos conformes do pensamento rawlsiano, por se adequar às regras paternalistas expressadas no §39 (Definição da prioridade da liberdade) do Capítulo IV (Liberdade Igual) da obra “Uma Teoria da Justiça”.

Some-se a isto o fato de que a construção das incapacidades não apenas é detentora desta faceta de limite à liberdade individual, mas também se releva como instrumento de efetivação da dignidade da pessoa humana e medida da personalidade, pois a atribuição de capacidade civil plena a um indivíduo que não seja dotado de suficiente discernimento e racionalidade para tal, pode conduzi-lo a um estado de coisas em que seus interesses não estejam resguardados, de modo a afrontar seu próprio agir livre.

Em sentido similar, prima-se pela necessidade de conceber o sistema de incapacidades como verdadeira métrica da personalidade e, em última medida, da própria dignidade da pessoa humana, contendo-se no âmago da igualdade material, pois, ao dar tratamento diferenciado aos

indivíduos considerados incapazes, busca elevar sua proteção a um patamar em que seja efetiva a proteção de seus direitos de liberdade, dentre outros.

Pondo em tela a questão da reforma legislativa operada pela Lei nº 13.146/2015 nos artigos 3º e 4º do Código Civil e a tentativa de proteção mais eficaz dos interesses das pessoas com deficiência, foi constatado o equívoco legislativo em suprimir o dispositivo que pressupunha serem os deficientes mentais incapazes, já que a outorga de capacidade civil plena a quem não tenha condições de exercê-la viola, em último fim, a liberdade dos indivíduos em questão.

Em linhas gerais, portanto, conclui-se pela inadequação parcial da revisão do sistema de incapacidades pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência às percepções filosóficas pertinentes do liberalismo político enquanto corrente da Filosofia Política, essencialmente no que tange à teoria da justiça como equidade de John Rawls.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais – DSM-5. Trad.: NASCIMENTO, Maria Inês Corrêa et al. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 jun. 2016.

_____. Decreto nº 6.949/2009, de 25 de agosto de 2009. Diário Oficial da União. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Lei nº 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 jun. 2016.

_____. Lei nº 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Lei nº 13.146/2015, de 06 de julho de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Projeto de Lei nº 7.699/2006, versão final. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339407>>. Acesso em 13 jun. 2016.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. *In*: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Trad.: Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, vol. 1.

GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política. Trad.: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Parte Geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 1.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Responsabilidade Civil: inovações normativas, desafios e perspectivas. *In*: _____. (Org.) Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso: uma visão luso-brasileira. São Paulo: Atlas, 2014.

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.com – Revista Eletrônica de Direito Civil*, vol. 4, n. 1, 2015, p. 01-27.

Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 9, jul./set. 2016, p. 31-57. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=VOLUME%209%20|%20Jul-Set%202016&category_id=147&arquivo=data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_00_completo.pdf>. Acesso em: 21 out. 2017.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Trad.: Álvaro de Vita. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROSENVALD, Nelson. A curatela como a terceira margem do rio. Nelson Rosenvald, Belo Horizonte, 20 set. 2017. Disponível em: < <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/20/A-curatela-como-a-terceira-margem-do-rio>>. Acesso em: 21 out. 2017.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade Civil do Incapaz. São Paulo: Atlas, 2008.

WILSON, John. Pensar com conceitos. Trad.: Walden Barcellos. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.