

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHARELADO EM DIREITO

ADRIANA RODRIGUES DOS SANTOS

INCAPACIDADE: LIMITES LEGAIS DA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO
DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DO NOVO REGIME CIVIL

ARACAJU
2016

ADRIANA RODRIGUES DOS SANTOS

**INCAPACIDADE: LIMITES LEGAIS DA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO
DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DO NOVO REGIME CIVIL**

Monografia apresentada à Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe como
um dos pré-requisitos para obtenção de grau
de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Lucas Cardinali Pacheco

**ARACAJU
2016**

ADRIANA RODRIGUES DOS SANTOS

**INCAPACIDADE: LIMITES LEGAIS DA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO
DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA SOB A PERSPECTIVA DO NOVO REGIME CIVIL**

Monografia apresentada como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Lucas Cardinali Pacheco
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. Edyleno Ítalo Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Me. América Cardoso Barreto Lima Nejaim
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

“Calar-se quando um tolo nos dirige a palavra é responder-lhe com o mais eloqüente discurso”, diz um provérbio árabe.
Sergio Jeremias de Souza

AGRADECIMENTOS

Todos, com certeza, tiveram um papel fundamental para que esse sonho se concretizasse, percorremos um longo caminho, alguns diziam que sou louca por sonhar tão alto. Entretanto, não somos grandes por nosso tamanho, nem por grandes aventuras que vivemos muito menos pelo que falamos ou pensamos, mais sim, por toda capacidade de sonhar que adquirimos em nossa humilde existência. Por isso, não se enganem, não sou louca! Sou apenas uma eterna sonhadora, que a cada sonho alcançado vislumbra um novo.

Nasce à oportunidade de agradecer e reconhecer que estamos vivos e por termos alegria em nossa vida! Primeiramente à grandiosidade de Deus, que tornou nossa conquista a expressão fiel de vossa vontade, foram muitos os momentos de desânimo, mas, a fé em Deus me mostrar que sou protegido, dirigido e iluminado pela sua presença divina no mais íntimo do meu ser.

Ao meu pai, mesmo não estando entre nós, é responsável por esta vitória. Dizer-lhe adeus foi muito difícil, foi com certeza o momento mais horrível da minha vida. Meu coração quebrou em muitos pedaços, e ainda hoje tento juntá-los. Mas toda revolta inicial, toda aquela tristeza profunda, se converteram em uma saudade eterna e serena. Hoje recordo feliz por ter feito parte da sua vida, e com a esperança de que nos voltaremos a encontrar. Quem realmente amamos jamais morre, e assim sua memória viverá sempre através de mim, do meu amor, da minha saudade.

Consagro meu amado esposo Neilton, pois entendo que, amar é andar de mãos dadas por esse labirinto estranho e mágico que é a vida. É não perder o outro de vista, mas deixá-lo respirar quando preciso for. É enfrentar o medo do abismo, da verdade, da dúvida, da certeza. É abraçar apertado para curar as dores, tristezas, insucessos. É dar um sorriso bobo e inocente no meio do dia, simplesmente por saber que o outro existe.

Agradeço também aos filhos Nayane, Nayara, Kelly e Nadyson, que são os maiores tesouros que recebi na vida, pois vocês são quatro bênçãos com que Deus me presenteou, é a maior realização da minha vida.

Minha mãe, irmãos, queridos, a gente pode ficar dias sem se falar, a gente pode brigar, ou não concordar um com o outro e até mesmo pode se afastar por

alguns dias, enfim, entre a gente pode ocorrer de tudo, mas eu tenho certeza entre nós existe um amor verdadeiro e sei que são os meus melhores fãs.

Todos devem presumir a dificuldade que é deixar sua residência, sua família, todas as noites. E muitas das vezes nos perguntamos se tudo esta valendo à pena. E é nesses momentos de dificuldades que contei com os meus amigos, que compartilharam dessa aspiração. Gostaria de agradecer a você Geisa, Paula, Valter, Hozana, Armando, Aragão, Carlinhos, enfim, todos que de alguma forma colaborou com o meu desenvolvimento.

Aos meus queridos mestres, por dividirem seus conhecimentos. Em especial ao professor Cleidson, a querida Hortência, professor Vander e ao meu orientador e mestre Lucas Cardinali Pacheco.

Não posso deixar de fora aquelas criaturas que duvidaram da minha capacidade. A cada critica destrutiva de vocês, forte e decidida me tornava, meu muito obrigado!

Essa conquista, não foi fácil, mas, é maravilhoso ver que valeram a pena todos os sacrifícios, sinto-me honrada em fazer parte da categoria de vencedores, pois essa vitória é apenas o início de muitas outras conquista.

Nas grandes batalhas da vida, o primeiro passo para a vitória é o desejo de vencer.

Mahatma Gandhi

LISTA DE SIGLAS

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CC- Código Civil

CDPD - Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos

LBI- Lei Brasileira da Inclusão

LOAS – Lei Orgânica de Assistência Social

ONU - Organização das Nações Unidas

ONUBR - Nações Unidas no Brasil

OMS - Organização Mundial de Saúde

SNPD - Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência

SDH/PR- Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República

RESUMO

O presente trabalho faz uma síntese analítica, tendo como base numa perspectiva histórica, filosófica e jurídica. Estabelecendo afirmativas no campo da incapacidade a todos os sujeitos, à luz dos dispositivos legais, seja na esfera Civil, Constitucional e Estatuto da Pessoa com Deficiência, que irão sobrevir mediante a análise do atual contexto social, no entanto, pontuando a variação do instituto da capacidade ao longo do tempo congregando elementos materiais e formais, bem como morais, identificando lacunas. Deve-se, porém, ter bem claro que não se tem a pretensão de aprofundar o estudo sobre o instituto da incapacidade, mas demonstrar quais as principais idéias que vivificaram tais institutos. Nessa empreitada, será empreendida a visão da legalidade e seus limites, aquisição de direito e obrigações após a entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), essa expressão será usada em seu significado amplo, assim, em linha de evolução, tanto jurídica como sociológica, das relações jurídicas pertinentes ao tema, bem como, todos os princípios e aspectos inerentes ao instituto da incapacidade à luz do Código Civil. O foco da análise será o reconhecimento da capacidade e da efetividade dos direitos humanos das pessoas com deficiência e seus reflexos na vida em sociedade. A nova leitura traz preceitos e orientações para promoção dos direitos e liberdade com a finalidade de promover igualdade de oportunidade, autonomia e acessibilidade a essa parte da população Brasileira.

Palavras-chave: Capacidade. Incapacidade. Deficiência. Direitos. Igualdade

SUMMARY

The present work makes an analytical synthesis, based on a historical, philosophical and juridical perspective. Establishing affirmations in the field of incapacity to all subjects, in the light of legal provisions, whether in the Civil, Constitutional and Statute of the Person with Disabilities, that will come about through analysis of the current social context, however, punctuating the variation of the institute of the Capacity over time, bringing together material and formal as well as moral elements, identifying gaps. It must be made clear, however, that one does not intend to go further into the study of the institute of incapacity, but rather to demonstrate the main ideas which have enlivened such institutes. In this work, the vision of legality and its limits, acquisition of rights and obligations will be undertaken after the entry into force of the Brazilian Law on Inclusion of Persons with Disabilities (Law 13.146 / 2015), this expression will be used in its broad meaning, In line with the juridical and sociological evolution of the juridical relationships pertinent to the subject, as well as all the principles and aspects inherent to the institute of incapacity under the Civil Code. The focus of the analysis will be the recognition of the capacity and effectiveness of the human rights of people with disabilities and their impact on life in society. The new reading brings precepts and guidelines for the promotion of rights and freedom with the purpose of promoting equality of opportunity, autonomy and accessibility to this part of the Brazilian population.

Keywords: Capacity. Inability. Deficiency. Rights. Equality.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO	12
2. DO SUJEITO.....	16
2.1 Pessoa Natural.....	16
2.2 Personalidade Jurídica.....	18
3.DA CAPACIDADE	20
3.1 Definição de Capacidade	20
3.2 Capacidade de Direito	21
3.3 Capacidade de Fato	22
3.4 legitimidade	23
4. DA INCAPACIDADE.....	24
4.1 Definição de Incapacidade	24
4.2 Espécies de Incapacidade de Fato	24
4.2.1Incapacidade Relativa	25
4.2.3 Incapacidade Absoluta	26
4.3 cessação da Incapacidade	27
5. DEFICIÊNCIA	29
5.1 Definição de Pessoa com Deficiência	29
5.2 Inclusão Social e Direito a Participação na Vida Pública e Política da Sociedade	30
5.3. Sistema Jurídico Brasileiro e a Evolução do Conceito de Incapacidade.....	36
5.4 Estatuto da Pessoa com Deficiência	39
5.5 Princípios da Igualdade e seus Limites	41
5.5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	43
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	
ANEXO	

1. INTRODUÇÃO

O ser humano é a principal fonte material, premissa a qual se encontra intimamente relacionada com estudos lógicos e pragmáticos das normas jurídicas. Afinal, a locução personalidade jurídica, exprime que o sujeito traz consigo os pressupostos necessários para a obtenção desses direitos, assim, uma vez adquirida, tem o condão de estabelecer limites nas relações de caráter jurídico.

Logo, traduz o necessário equilíbrio ao discurso normativo e sua valoração perante o momento social em que se vive. Além de tudo, a capacidade de adquirir direitos, surge da personalidade, processo que se inicia com o nascimento com vida. Assim, com a vida a pessoa adquire a personalidade, que pode ser definida como aptidão genérica para contrair direitos e adquirir obrigações, e só termina com sua morte. Sendo assim, a capacidade é o resultado do processo evolutivo do ser humano.

Cabe destacar, que devido a essa aptidão, inerente à personalidade, seus fundamentos sempre estiveram vinculados à possibilidade, em maior ou menor grau, de realizar tarefas ou de solucionar problemas, haja vista a necessidade, durante muito tempo, de aferir força e destreza como forma de preservação do próprio homem. Aliás, pode-se dizer que ultrapassa o direito inerente, vislumbrando o domínio absoluto de sua capacidade como regra regida pela própria sociedade.

Assim logo no primeiro capítulo pode-se aferir a passagem do atributo da personalidade para um titular, isto é, neste momento será apresentada a divisão que o instituto da capacidade se subdivide, ou seja, serão apresentados os conceitos de capacidade de direito, além da capacidade de fato.

Além do mais, explica-se que a capacidade jurídica está abarcada no que se pronuncia capacidade de gozo e a capacidade de direito, mas, com uma ressalva, pois, nem todo sujeito que possui capacidade de direito estará apto a exercer sua capacidade de fato, no que tange ao contrário ser afirmativo.

Dessa forma, será feita referência à plena capacidade jurídica corresponde a outorga da ordem jurídica ao sujeito, para que, dessa forma, ele atue como representante de sua própria vontade, de forma direta e pessoal na vida civil.

Além do mais, deixa-se bem claro que não se pode confundir o conceito de capacidade com o de legitimação, já que a primeira se encontra albergada na

aptidão, em cláusulas gerais, capacidade de agir em nome próprio. Enquanto que a legitimação consiste em se averiguar se uma pessoa perante determinada situação jurídica, tem ou não capacidade para a prática de determinados atos jurídicos conforme a lei define. Assim, vê-se que a legitimação de uma pessoa está baseada em saber se ela tem ou não a possibilidade de agir naquela situação específica.

Aliás, propõe-se apresentar a divisão aludida no código civil, dentre as quais se destaca a capacidade como regra e a incapacidade como exceção, ou seja, apresentar os requisitos que as diferem, além de demonstrar as modificações que ocorreram ao longo do tempo. Partindo do entendimento já consolidado da capacidade civil, porém dando enfoque à incapacidade civil por se tratar de um impedimento legal ao exercício dos atos na vida civil com divisões próprias que serão apresentadas, bem como, as novas nuances apresentada pela entrada em vigor da Lei 13.146/2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Além de tudo, o ser humano é um ser social, portanto essa incapacidade traduz um contexto mais fático, uma limitação que permeia o campo orgânico ou psicológico dos indivíduos. São os mais variados motivos que caracterizam essa inaptidão, fatores médicos-psicológicos, a idade (fatores biológicos), a dependência de substâncias psicoativas específicas. Enfim, situação da vida prática adverso a sua vontade, determinado indivíduo, precisa de assistência para exercer plenamente seus direitos e obrigações.

Seguindo esse entendimento, é necessário compreender alguns fatores que implicam em determinar até que ponto o incapaz necessita de um tratamento diferenciado, na medida em que não possui o mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos cotidianos das pessoas plenamente capazes.

Adiante, buscaremos entender como se distingui incapacidade relativa da absoluta, bem como, verificaremos as mudanças sofrida ao longo dos anos a concepção de pessoa considerada incapaz trazida no Código Civil de 1916.

Com o advento do Código Civil de 2002, o cenário social é bem distinto do contemplado no código anterior, ocorre uma substancial mudança, mas, que não é o bastante, pois mantém o significado e abrangência do seu texto. Contudo, nasce um novo conceito de incapacidade, transpondo as barreiras territoriais, tendo como objetivo criar um conjunto de normas que acarrete melhores condições as pessoas considerada absolutamente incapaz.

Acrescente-se que, a deficiência mental ou portadores de enfermidade mental deixam de compor o rol dos absolutamente incapazes e passam a ter assegurado o direito ao exercício legal, superando preconceitos e desmistificando a aludida incapacidade absoluta até então proclamada.

Além disso, é bom frisar que nas últimas décadas, a Organização das Nações Unidas (ONU), vem dando prioridade a debates sobre as necessidades e os direitos das pessoas com deficiência, ressaltando questionamentos a respeito do direito a igualdade e a não discriminação em direção a proteção da dignidade da pessoa com deficiência, afinal, somos todos seres humanos apenas apresentamos características diferentes e aspecto relevante a materialização dos nossos direitos.

Por fim, com entrada do estatuto da pessoa com deficiência no ordenamento Brasileiro surge, de forma direta, a discussão a respeito das mudanças ocorrida no instituto da incapacidade absoluta, trazendo a este contexto, dispositivos que com o termo, além, de inovar com uma nova postura com relação a pessoas portadoras de deficiência e a efetiva abrangência fática, quanto à legalidade da aquisição dos direitos, novos poderes, ou seja, a proposta é afastar alguns equívocos que permeiam e permeavam o tema aludido.

Será dado destaque na análise da Lei 13.146/2015, por meio do seu inovador conteúdo programático, mostrando sua função social em relação à garantia dos direitos individuais e coletivos dos portadores de deficiência e o direito a igualdade e a não discriminação.

Dessa forma, o objetivo principal do presente escrito é demonstrar, ao lado de tantos fatores, como ficará o instituto da incapacidade absoluta civil com o advento da lei 13146/2015. Até que ponto essas mudanças afetam outros institutos constantes em nosso ordenamento pátrio? No contexto atual, quais são os portadores de deficiência? Quais são os limites legais da igualdade ao nos depararmos com confronto de normas aparentes? Em que consiste essa proteção da pessoa com deficiência? Qual a perspectiva do novo regime civil da incapacidade? Qual a abrangência desse novo regime? Em que se inspira o novo instituto da incapacidade e como se apresentará na prática?

Muitas são as dúvidas entorno da adequação do instituto, todavia, compete analisar de forma coerente o desenvolvimento do instituto civil da incapacidade e seus aspectos de materialização, pontuando sua evolução até os dias atuais, o que

possibilitará melhor compreender o instituto e suas nuances sob a égide contemporânea. Embora seja um tema recente, trouxe grandes questionamentos em sua real aplicabilidade, porém, deve-se ser cauteloso ao tratar deste assunto até que o mesmo seja totalmente pacificado pelas esferas jurídicas brasileiras.

Como técnicas de pesquisa foram utilizadas expedientes metodológicos constitutivos de pesquisa bibliográfica, caracterizada como uma pesquisa de natureza qualitativa, de cunho descritivo, cuja coleta de dados foi estritamente documental, buscando-se elementos auxiliares primários e secundários para a investigação do tema em exame, através de fontes nacionais e estrangeiras, notadamente em livros, revistas especializadas, sites que publicam artigos científicos na internet e na legislação atinente à matéria e jurisprudência do STF.

2. DO SUJEITO

2.1 Pessoa Natural

Persona, no latim significa máscara de teatro, artefato usado pelos atores da antiguidade para diferenciar seus personagens. Mais tarde, o termo “pessoa” passou a representar o próprio ser humano, destinatário final da cognição dos direitos e obrigações como projeções das relações em sociedade. Esses direitos são considerados naturais ao ser humano, conforme ressalta CASTILHO (2012, n. p), ao proferir que.

Qualquer pessoa, ao nascer, é livre e não tem necessidade alguma, a não ser de proteção e alimentação. Não tem propriedade, não tem dívidas ou ônus reais, não precisa votar, nem trabalhar, nem pagar impostos. Essa situação, por óbvio, não dura para sempre. Isso porque, no momento em que essa pessoa tem o seu registro de nascimento, passa a integrar oficialmente o grupo social dentro do qual nasceu. E, assim que é oficializada a sua existência civil, adquire obrigações das quais apenas mais tarde terá conhecimento. [...]

Alguns autores ainda usam o termo pessoa física para definir pessoa natural, termo, contudo, pouco explicativo e tido, hoje, como inadequado. Isso porque o fator biológico é preponderante para definição da pessoa natural, que tem sua origem com o nascimento com vida.

No entendimento de Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosendal (2010, p. 235) a pessoa natural é o ser humano e a sua dignidade é o fundamento principal na Carta Magna do Brasil, correspondendo o baldrame do sistema jurídico, justificando a própria ciência jurídica, que é feita pelo o homem e para o homem. Convém lembrar, que, toda pessoa natural tem personalidade jurídica, capaz de ensejar relações jurídicas, como sujeito de direito, todavia, está interligada com a real capacidade que o sujeito possui para a efetivação do ato.

Assim, insere-se o elo entre a pessoa natural e sua personalidade jurídica com a capacidade de agir em nome próprio; que no Código Civil de 1916, era representado pelo artigo 2º, quando dizia; “todo homem é capaz de direitos e obrigações ordem Civil”, concebendo ao homem a prerrogativa da personalidade que lhe garantia uma condição. No texto do código Civil de 2002, o termo homem foi suprimido, mas, a ideia foi mantida no artigo 1º, quando refere. “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Fica claro que, independente de sua condição, todo ser humano é titular de direitos e deveres. Todavia é de suma importância a constatação da capacidade do sujeito em uma relação jurídica só assim estará seus atos aptos a produzir a eficácia necessária.

Cesar Fiuza (2010, p.122), delineia que essa personalidade das pessoas naturais se inicia ao nascer com vida, perdurando por toda a sua existência. Só com a morte é que será retirada a personalidade do ser humano, contudo, seus direitos de pessoa natural permanecem mesmo com o seu falecimento.

A discussão em volta do início da personalidade civil permeia três teorias, considerando a natureza jurídica do nascituro. A primeira é a Teoria natalista, a qual dispõe que só se pode atribuir personalidade civil com o nascimento com vida. Por essa teoria, não há que se falar em reconhecimento de direitos do nascituro. A segunda proposição é a teoria condicionalista, que sustenta que o nascituro traduz mera expectativa, condicional, estando a sua personalidade submetida a um provável nascimento com vida. E a terceira é a teoria concepcionista, infundida pelo Direito Francês, pela qual a aquisição da personalidade jurídica se dá a partir do momento da concepção, conferindo-lhe personalidade concreta e não condicionada ao seu nascimento com vida.

O ordenamento jurídico Brasileiro prevê a aplicação da teoria concepcionista, o que pode se confirmar nos artigos 542; 1.609, parágrafo único; 1.779 e 1.798, todos do Código civil de 2002.

Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

[...]

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

[...]

Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder.

[...]

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Nesse sentido, Cesar Fiuza (2010, p.128) conclui que o recém-nascido possui a capacidade de direito, bem como, o deficiente mental, ou a pessoa esclerosada. Todos, sem exceção, a possuem. Contudo, isso não quer dizer que todos os sujeitos possam exercê-la de forma pessoal.

2.2 Personalidade Jurídica

Fala-se que a possui, de forma genérica, toda pessoa natural que contrai a envergadura necessária para ser sujeito de direito e adquirir obrigações. No que tange a personalidade, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pampola Filho (2009, p. 80) entendem que uma vez adquirida o ente passa a atuar na qualidade de sujeito de direito, apto a prática de atos e negócios jurídicos das mais distintas matrizes.

A personalidade jurídica tem por base a personalidade psíquica, somente no sentido de que, sem essa última não se poderia o homem ter elevado até a concepção da primeira. Mas o conceito jurídico e o psicológico não se confundem. Certamente o indivíduo vê na sua personalidade jurídica a projeção de sua personalidade psíquica, ou, antes, outro campo em que ela se afirma, dilatando-se ou adquirindo novas qualidades. Todavia, na personalidade jurídica intervém um elemento, a ordem jurídica, do qual ela depende essencialmente, do qual recebe a existência, a forma, a extensão e a força ativa. Assim, a personalidade jurídica é mais do que um processo superior da atividade psíquica; é uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica. (BEVILÁQUA apud GACLIANO; PAMPOLA FILHO, 2009, p. 80)

Portanto, a aquisição da personalidade jurídica faz parte da própria evolução do ser humano, enquanto sujeito de direito, objetivando compor relações predeterminadas na sociedade, ou seja, fato gerador de aquisição de direitos e obrigações. Pode-se compreender que, a ideia de personalidade está diretamente ligada à definição de capacidade.

Miguel Reale (2016, n. p), refere ao direito da personalidade como sendo:

[...] dos direitos da personalidade, que são todos aqueles que constituem elementos componentes intangíveis da pessoa, de conformidade com as conquistas do processo histórico-cultural que assinala o progresso da sociedade civil, em constante correlação complementar com a instituição estatal.

O Código Civil brasileiro se refere à aquisição da personalidade jurídica em seu artigo 2º, ao proclamar que “a personalidade da pessoa começa do nascimento *com vida*”. Por esse prisma, a personalidade só é adquirida com o nascimento com vida, atribuindo assim, propriedade ou valor jurídico ao sujeito, embora o código Civil resguarde o direito do nascituro.

Cesar Fiuza (2010, n. p) faz referência à personalidade, lecionando que

Como regra, os sujeitos dos direitos têm como características fundamentais a personalidade. Mas nem sempre é assim. Há alguns sujeitos de direito despidos de personalidade. Em outras palavras, há certos entes que, embora não sejam pessoas, são sujeitos de direitos e deveres por expressa força da lei, isto é, porque dotados de direitos e deveres pelo ordenamento.

Complementa Fiuza (2010, p. 122), a capacidade tem dois sentidos. O primeiro seria o atributo jurídico conferido ao ser humano e a outros entes, neste caso as pessoas jurídicas, em equidade, se tornam capazes, sendo titulares de direitos e deveres nas relações jurídicas. A pessoa, por ser dotada de personalidade, possui o elemento subjetivo da composição das relações jurídicas. No segundo sentido, a personalidade teria um valor constitucional do ordenamento jurídico e está na base de uma série de situações da própria vida.

Esse sentido da personalidade jurídica dá um alargamento ao conceito de capacidade, que pode ser conferido em menor ou maior aptidão no mundo jurídico; seja ela capacidade plena, na qual o indivíduo humano atua de forma direta e no total controle de suas ações; ou seja, detentor de poderes, no contingente das relações públicas ou privadas.

Sílvia de Salvo Venosa (2010, p. 257), descreve que a “personalidade jurídica tem sua origem em uma manifestação humana, em um ato volitivo; quem tiver interesse deve provar que essa pessoa existe e preencher as condições legais de existência”. Propiciando, portanto, uma particularização do intento da pessoa jurídica ao interesse do indivíduo, interligando a vontade com a necessidade de cada pessoa e o meio em que vive.

Desta feita, a pessoa natural configura um elo entre a formalidade das normas e o direito pretendido, constituindo-se requisito para aquisição da personalidade jurídica, sujeito capaz de agir por si, seja atuando no pólo passivo ou ativo da relação jurídica assumindo obrigações e direitos.

3. DA CAPACIDADE

3.1 Definição de Capacidade

Na língua portuguesa, em sentido comum, tem-se a capacidade como a medida ou atributo necessário ao qual se determina algum valor naquilo contido ou quantificado, característica específica para apreender ou compreender as particularidades das coisas.

Em uma visão mais psicológica Elaine Maria braghirolli. (2002, p.136), define a capacidade como o poder de aprender ou a capacidade de pensar abstratamente. O primeiro corresponde ao ponto de acinte para a possibilidade de solucionar problemas ou adaptação, enquanto o segundo, por sua vez, corrobora diretamente para a adaptação a novas situações e para aprendizagem em meio às relações em sociedade.

A característica da capacidade, no direito possui requisitos que, de forma inequívoca, tendem a quantificar, em maior ou menor grau a capacidade que possui o sujeito, atribuindo a essa escala uma atonia normativa, haja vista, que, a capacidade corresponde ao principal atributo da personalidade. Sendo assim, capacidade civil corresponde a está capaz de ser titular direito e contrair deveres em nome próprio. Endenta segundo Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 102), quando se fala o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos.

Caio Mário Da Silva Pereira (2006, p. 264) conclui que.

Aos indivíduos, às vezes faltam requisitos materiais para dirigirem-se com autonomia no mundo civil embora não lhes negue a ordem jurídica à capacidade de gozo ou de aquisição, recusa-lhes a autodeterminação, interdizendo-lhes o exercício dos direitos, pessoal e diretamente, porém condicionado sempre à intervenção de uma outra pessoa, que os representa ou assiste.

Portanto, a capacidade jurídica está compreendida em capacidade de gozo e a capacidade de direito, todavia, nem todo sujeito que possui capacidade de direito será detentor da capacidade de fato, no que tange o contraste ser verdadeiro.

Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 270) menciona que,

Se a capacidade de direito ou de gozo é germinada com a personalidade, de que naturalmente decorre, a capacidade de fato ou

de exercício nem sempre coincide com a primeira, porque algumas pessoas, sem perderem os atributos de personalidade, não têm a faculdade do exercício pessoal e direto dos direitos civis.

Ao definir a capacidade jurídica Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 249) sintetizam que a plena capacidade jurídica corresponde à efetiva possibilidade, outorgada pela ordem jurídica, no qual o titular do direito atua sozinho, no caso concreto, sem qualquer auxílio. Em suma, ter capacidade jurídica é exercer de forma direta e pessoal os direitos e obrigações oriundas das relações jurídicas, enquanto a capacidade de direito fica restrita, numa ideia genérica, ao direito de todas as pessoas humanas.

[...] a capacidade jurídica envolve a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres pessoalmente. Mais especificamente, significa que as mais diversas relações jurídicas (celebrar contratos, casar, adquirir bens, postular perante o poder judiciário...) podem ser realizadas pessoalmente pelas pessoas plenamente capazes ou por intermédio de terceiros (o representante ou assistente) pelos incapazes. (FARIAS, ROSENVALD, 2010, p. 248)

Conclui-se que capacidade jurídica, do homem, é a aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações em nome próprio.

3.2 Capacidade de Direito

Corresponde à capacidade que o indivíduo contraí ao nascer, também conceituada como capacidade de gozo ou capacidade de aquisição, exprime o atributo inerente a todos os seres humanos em sua forma mais primitiva, pode ser cingida com o grau da intensidade da personalidade, visto que não se nega ao indivíduo a qualidade para ser sujeito de direito.

Nesse engendrado de denominações a capacidade aparece como uma espécie de medida jurídica da personalidade que é pertencente às pessoas naturais e jurídicas.

Observa Cesar Fiuza (2010, p.128) que capacidade de direito, é o potencial inerente a toda pessoa para o exercício dos atos da vida Civil. Assim, conclui o autor, que todas as pessoas, sem exceção, possuem capacidade de direito, que vai desde o recém-nascido ao deficiente mental, permeando, por fim, toda transcendência da condição de ser humano.

A personalidade e a capacidade de direito completam-se, são figuras da mesma relação jurídica, formando o mesmo conjunto de direitos e deveres inerente ao indivíduo como um todo, assegurando a preservação do interesse do sujeito, e sua capacidade psíquica e motora nas relações de direito e de fato.

[...] a capacidade de direito é a própria aptidão genérica reconhecida universalmente, para alguém ser titular de direitos e obrigações. Confunde-se, pois, com a própria noção de personalidade: é a possibilidade de ser sujeito de direito. Toda pessoa natural atem, pela simples condição de pessoa. (FARIAS, ROSENVALD, 2010, p. 250).

Parte-se da premissa que a capacidade de direito permite uma graduação, como se pode perceber ao separar pessoas relativamente incapazes e pessoa absolutamente incapazes, separação essa que se dá na possibilidade de aquisição da capacidade de fato, haja vista, a capacidade de direito ser intrínseca a pessoa humana.

3.3 Capacidade de Fato

A capacidade de fato corresponde à condição subjetiva adquirida pelo indivíduo para que possa exercer pessoalmente seus direitos, sem a apreciação de terceiros ou limitações nesse exercício. Essa aquisição de poder se titulariza capacidade de fato, ou pode-se dizer capacidade jurídica, na qual todos os direitos são exercidos e reclamados de forma direta e pessoal.

O Código Civil de 2002 entabula em seu art. 972, condições sobre a capacidade civil do empresário, *in litteris*:

Art. 972. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.

§ 3º O Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz, desde que atendidos, de forma conjunta, os seguintes pressupostos: (Incluído pela Lei nº 12.399, de 2011)

I – o sócio incapaz não pode exercer a administração da sociedade;

O titular de sua vontade, capaz é, portanto, àquele que tem condições de exercer em nome próprio todos os elementos integrantes da personalidade, sejam eles objetivos ou subjetivos.

3.4 Legitimidade

O termo legitimidade é utilizado para definir se determinado sujeito encontra-se, conforme determinação jurídica, apto a prática para determinados atos da vida civil, ao contrário da capacidade, a qual se refere à aptidão para a prática em geral. Sobre o tema, explica VENOSA (2010, p. 258),

Não se confunde o conceito de capacidade com o de legitimação. A legitimação consiste em se averiguar se uma pessoa, perante determinada situação jurídica, tem ou não capacidade para estabelecê-la. A legitimação é uma forma específica de capacidade para determinados atos da vida Civil [...].

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. (2010, p. 249), complementam, ensinando que a legitimação é uma forma de inibir a prática de determinados atos jurídicos, em virtude da disposição especial do indivíduo em relação a determinados bens e que, por isso é possível afirmar que se trata de uma capacidade jurídica específica.

Maria Helena Diniz (2012, p 168) defende que a legitimidade está baseada em saber se uma pessoa tem ou não competência para estabelecer determinada relação jurídica, definido assim, como um pressuposto subjetivo-objetivo. Isso na relação jurídica, e que, por outro lado a capacidade de gozo corresponderia a pressuposto subjetivo do negócio jurídico, sendo tal conceito bem aceito pela doutrina e jurisprudência pátria.

Finda que, não se pode confundir legitimação com capacidade, já que nem todas as pessoas que tem capacidade terão legitimidade, na prática de determinados atos jurídicos.

4. DA INCAPACIDADE

4.1 Definição de Incapacidade

O dicionário traz uma definição genérica sobre a incapacidade, relacionando o termo a falta de aptidão, de habilidade ou incompetência. Juridicamente seria o indivíduo que não é apto legalmente para exercer, por si só um direito.

Contudo, toda incapacidade decorre de Lei. Caio Mário Da Silva Pereira (2006, p. 271-272), entende que apuração prévia da incapacidade influi na sistemática da prova, considerando que os atos praticados por pessoas declarada incapaz são ineficazes, tendo em vista que o seu próprio estado dispensa maiores comprovações, enquanto que a arguição de invalidade dos atos praticados pelo incapaz, sob o fundamento de incapacidade absoluta, no momento de sua prática, necessita, por parte do interessado, comprovar esse estado.

Todavia, Maria Helena Diniz (2012, p.168), ressalta a incapacidade como sendo o impedimento legal ao exercício dos atos da vida civil, contudo, deve-se encará-la de forma estrita, pois a capacidade é a regra e a incapacidade encontra-se na exceção.

Na vida em sociedade, essa incapacidade traduz no contexto fático, uma limitação que permeia o campo orgânico ou psicológico do indivíduo. Neste sentido, Pablo Storze Gagliano e Rodolfo Pampola Filho (2009, p.89) dispõem, que, em virtude de um interesse de preservar, ou em observância à especial situação de determinada pessoa, criaram-se impedimentos circunstanciais, que não se confundem com as hipóteses legais genéricas de incapacidade.

Ser capaz de agir em nome próprio é a regra da condição humana, a exceção se dá na falta dessa capacidade. Assim Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2010, p. 251), ao definirem a teoria da incapacidade, compreendem que o incapaz reclama um tratamento diferenciado, na medida em que não possui o mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos cotidianos da pessoa plenamente capacitada, necessitando de medidas protetivas por parte do Estado e de toda a sociedade para sua efetivação.

4.2 Espécies de Incapacidade de Fato

4.2.1 Incapacidade Relativa

Faz jus a essa terminologia àqueles que praticam determinados atos jurídicos desde que devidamente assistidos por quem a Lei define como representantes legais. Existindo uma violação a essa condição, gera, portanto, anulabilidade do ato jurídico. Assim sendo, a simples alegação de incapacidade relativa não possibilita a nulidade de seus atos jurídicos, que deverá estar nesses atos definidos em lei.

O indivíduo com incapacidade relativa, por corresponder a uma incapacidade menos severa, permeia por duas zonas, há atos da vida civil que são devidamente capazes de praticar, sem nenhum impedimento, entretanto, existe outros atos que só produzirão o devido efeito se estiverem acompanhado de assistência legal. Um bom exemplo está na relação contratual prevista no inciso I do artigo 171 do Código Civil, pelo qual, além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: “I- por incapacidade relativa do agente;”

Essa impossibilidade de desempenhar determinados atos se apresentava no Código Civil de 1916 de três maneiras: aos maiores de 16 e menores de 21 anos; o pródigo; e, ao silvícola, estes últimos regidos por leis especiais, as quais foram se perdendo a medida que foram se amoldando à civilização do País.

Contudo, o código de 2002, vislumbra uma nova classificação de incapacidade relativa, apresentando assim uma nova contextualização ao art. 4º que dispõem que: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; os pródigos são considerados capazes em parte, haja vista, circunstâncias pessoais ou imperfeita coordenação das faculdades psíquicas. Separando os silvícolas, o qual a capacidade será regulada por legislação especial.

Com o advento da lei 13.146/2015, surge uma nova forma de se classificar a incapacidade, afastando-se determinados sujeitos que configuravam no texto originário do código civil de 2002, passando a expor um novo entendimento sobre a incapacidade relativa, veja-se o novo texto.

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

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.

Assim, houve significativas transformações ao Código Civil de 2002 provenientes da Lei 13.146/2015, avocada de estatuto da pessoa com deficiência.

4.3 Incapacidade Absoluta

Aqui o sujeito é impedido por lei de praticar, por si mesmo, qualquer ato da vida jurídica, pois a lei os considera totalmente inepto ao exercício de qualquer ato da vida civil, com isso, nasce à figura do representante legal.

Caio Mario Da Silva Pereira (2006, p. 273), conclui que os absolutamente incapazes, são afastados de qualquer atividade da vida civil, atos que se relacionam com seus direitos e interesses, dimanam da presença de um representante, que agem em seu nome, falam, pensam e querem por eles. Por esse fator o ato jurídico efetivado por pessoa absolutamente incapaz gera a nulidade de pleno direito do ato praticado. Um bom exemplo é o artigo. 166 CC É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz

São reputados absolutamente incapazes aqueles que não possuem qualquer capacidade de agir, sendo irrelevante, do ponto de vista jurídico, a sua manifestação de vontade, assim conceitua Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvold (2010, p. 254). Portanto, não possui o discernimento necessário para exprimir sua vontade.

A lei entende que o ser humano, até atingir essa idade, não alcançou ainda o discernimento para distinguir o que lhe convém ou não, de sorte que, *desprezando* sua vontade, impede que atue pessoalmente na vida jurídica. (CHAGAS, 2012, n. p)

O Código Civil de 1916 proclamava essa incapacidade absoluta em seu artigo 5º, seguido de seus incisos, os menores de dezesseis anos; os loucos de todos os gêneros; os surdos mudos, que não puderem exprimir sua vontade; os

ausentes declarados tais por ato do juiz. Em 2002 esse rol sofreu alterações, sendo representados pelo artigo 3º e incisos, os menores de dezesseis anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. A lei 13.146/2015 limitou o rol dos absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil aos menores de dezesseis anos, revogando os incisos I, II, III do artigo 3º do CC. Assim não há mais, no ordenamento jurídico, absolutamente incapaz acima de 16 anos.

A proteção jurídica dos incapazes realiza-se por meio de representação ou assistência, o que lhes dá segurança, quer em relação a sua pessoa, quer em relação ao seu patrimônio, possibilitando o exercício dos seus direitos (DINIZ, 2012, p.198)

Todavia, no que toca aos atos eventualmente praticados por menores de 16 anos, podem surtir efeitos jurídicos quando estiver diante do artigo 1.621, CC, o qual exige a expressa concordância para a colocação do menor em família substituta ou para fins de adoção.

4.3 Cessação da Incapacidade

  sustada a incapacidade, com o desaparecimento total das causas determinantes para aquela condição, seja ela, relativa ou absoluta. Mudança do estado propulsor da incapacidade, que em nossa legislação civil atual ocorre quando o menor atinge a maior idade, 18 anos, ou de forma antecipada a emancipação, que também tem previsão normativa.

Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 265-266) entende que,

O estado civil influi no exercício de direito na ordem civil. Ao direito civil interessa grandemente fixar o estado das pessoas nas suas relações familiares (*estatusfamiliae*), o qual pode originar-se de um fato natural, como o nascimento, ou de um fato jurídico, como a adoção, como ainda estabelece a condição individual (*status personalis*), a qual pode ser modificada pela intercorrência de um fato genérico como o tempo (maioridade ou minoridade) de uma insuficiência somática (enfermidade ou deficiência mental) ou de um ato jurídico (emancipação).

Além de poderem praticar atos por si só, ganham autonomia de sua vontade no mundo jurídico, presumindo-se, porém, presunção da capacidade civil plena.

5. DEFICIÊNCIA

5.1 Definição de Pessoa com Deficiência

Conforme a Organização Mundial de Saúde (OMS) deficiência é o substantivo atribuído a toda a perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica. Refere-se, portanto, à biologia do ser humano.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Brasília, Setembro de 2007 acordou o seguinte:

Artigo 1 [...] 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

Art. 2 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 [...]

Além disso, a verificação de tais aspectos possibilitará a mobilização de discussão a respeito do próprio instituto e sua peculiar condição no contexto atual da pessoa com deficiência, corroborando com a responsabilidade de toda sociedade em garantir e resguardar seus direitos.

UN Enable – que reúne o Secretariado da Convenção e dá voz ao compromisso das Nações Unidas de defender os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência – descreve o documento como um marco para uma mudança de paradigma, deixando de lado o fato de as pessoas com deficiência serem vistas como objetos de caridade, para visualizá-las como portadoras de direitos. E como tal, são capazes de reivindicar os direitos e a tomada de decisões para as suas vidas com base em seu consentimento livre e esclarecido, bem como de serem membros ativos da sociedade. (ONUBR, 2016)

O Estatuto da Pessoa com Deficiência traz em seu texto a postura normativa regulamentadora do conceito e sua efetiva abrangência fática da aquisição da igualdade pretendida, expurgado alguns equívocos normativos, ao evocar algumas premissas com relação ao tratamento do tema indicando que, o fato de encontra-se portador de alguma deficiência não significa dizer que o sujeito é incapaz de exercer

todos os atos da vida civil. O artigo 6º apresenta um rol exemplificativo de alguns atos que fundamentam o assunto e esclarecem a temática supracitada.

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Consequentemente, como entendem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 254), as pessoas com deficiência física não podem ser julgadas incapazes apenas com base em sua condição, e que sob a óptica civil e constitucional deve-se prevalecer à igualdade substancial.

Caio Mário Da Silva Pereira (2006, p. 272) descreve que, a deficiência por depender de uma variação de discernimento, profundas ou superficiais, aproxima o seu portador à plena normalidade psíquica.

Por essa variação ser tão necessária é que o Estado tem o dever de observar estas diferenças e avaliar o grau da incapacidade, considerando, a condição peculiar de cada indivíduo, seja em consequência de um distúrbio da mente, razão de total inexperiência, ou em função da impossibilidade material de participação na vida civil; possibilitando ou não a mitigação na aferição da incapacidade.

No que tange as pessoas portadoras de deficiência o artigo 84 da Lei 13146/2015, assegura o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, caso seja necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

5.2 Inclusão Social

A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) juntamente com Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com

Deficiência (SNPD) atribui a acessibilidade como forma de inclusão social das pessoas com deficiência, essas ações tem como pontos vitais a garantia de direitos, possibilitando uma vida de melhor qualidade e assegurando equidade de oportunidades com as demais pessoas. Busca-se propiciar um ambiente saudável onde deve estar presente nos espaços, no meio físico, como por exemplos, transporte, na informação e comunicação, inclusive nos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como, em outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na cidade como no campo, todos os elementos em nível de proteção integral capaz de integrar as pessoas com deficiência a sociedade.

Conforme publicação colhida na ONUBR, a OMS, com dados de 2011, dispõe em seus dados que 1 bilhão de pessoas vivem com alguma deficiência. A falta de estudos específicos, sobre pessoas com deficiência corrobora para a invisibilidade dessas pessoas. Isso representa um obstáculo para planejar e programar políticas de desenvolvimento.

A ONU presume que cerca de 80% dessas pessoas residem em países em desenvolvimento, sendo que, 20% estão entre as pessoas mais carentes do mundo. Nesse contingente cerca de 30% dos meninos ou meninas de rua têm algum tipo de deficiência, e nos países em desenvolvimento, 90% das crianças com deficiência não frequentam a escola. (ONUBR, 2016).

Trata-se de estatísticas alarmantes, conforme defende a ONU, já que pessoas com deficiência são mais propensas a ser vítimas de violência ou estupro, tendo em vista suas variáveis condições, nesse viés a probabilidade de obter ajuda da polícia, a proteção jurídica ou cuidados preventivos e muito menores também.

Um levantamento realizado nos Estados Unidos em 2004, em países desenvolvidos, descobriu que apenas 35% das pessoas economicamente ativas portadoras de deficiência estão em atividade de fato – em comparação com 78% das pessoas sem deficiência, conclusão que comprovam o preconceito das empresas ao se depararem com candidatos ao trabalho que apresenta alguma deficiência (ONUBR, 2016).

Após estudo realizado pela Universidade de Rutgers (EUA), em 2003, 1/3 dos empregadores entrevistados disse que acreditam que pessoas com deficiência não são capazes de realizar de forma efetiva as tarefas exigidas pelo trabalho, isso seria o primeiro motivo. O segundo, mais comum para a não contratação de pessoas

com deficiência, foi o medo das despesas extras para criar instalações especiais capazes de atender as necessidades de cada funcionário portador de deficiência (ONUBR, 2016).

“Pessoas com deficiência têm o direito ...

ao respeito pela sua dignidade humana ...

aos mesmos direitos fundamentais que os concidadãos ...

a direitos civis e políticos iguais aos de outros seres humanos ...

a medidas destinadas a permitir-lhes a ser o mais autossuficientes possível ...

a tratamento médico, psicológico e funcional [e]

a desenvolver suas capacidades e habilidades ao máximo [e]

apressar o processo de sua integração ou reintegração social ...

à segurança econômica e social e a um nível de vida decente ...

de acordo com suas capacidades, a obter e manter o emprego ou se engajar em uma ocupação útil, produtiva e remunerada e se filiar a sindicatos [e] a ter suas necessidades especiais levadas em consideração em todas as etapas do planejamento econômico e social ...

a viver com suas famílias ou com pais adotivos e a participar de todas as atividades criativas, recreativas e sociais [e não] serem submetidas, em relação à sua residência, a tratamento diferencial, além daquele exigido pela sua condição ...

[a] serem protegidas contra toda exploração, todos os regulamentos e todo tratamento abusivo, degradante ou de natureza discriminatória...

[e] a beneficiarem-se de assistência legal qualificada quando tal assistência for indispensável para a própria proteção ou de seus bens ... “(ONU, 1975).

As Nações Unidas vêm, durante pelo menos três décadas, dando prioridade aos debates sobre a necessidade e os direitos das pessoas com deficiência. Mais recentemente, após anos de esforços, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foi adotada em 2006 e entrou em vigor em 03 de maio de 2008.

Contudo, trata-se de tema, ainda pouco disseminado, apesar de sua notória importância. Fazendo jus à implantação de programas capazes transformarem e de gera resultados sociais positivos, corroborando para o desenvolvimento inclusivo e sustentável. Todavia, depende de mudanças culturais de toda a sociedade.

Ademais, as decisões governamentais e as políticas públicas e programas são indispensáveis para incentivar uma nova forma de pensar, de agir, de construir, de comunicar. Com desígnio de possibilitar à pessoa com deficiência concretização dos direitos e da cidadania.

A Lei Brasileira de Inclusão (LBI), que recebeu o nº 13.146, de 06 de julho 2015, chamada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, define os direitos e garantias da pessoa com deficiência, tem como base legal o estudo realizado pela ONU e o sistema jurídico de proteção das garantias fundamentais do indivíduo presente na constituição de 1988, através da eficácia positiva e negativa, como se pode constatar no artigo 7ºXXXI, *in verbis*.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

A Carta Magna afirma à proteção a dignidade e o direito a liberdade de agir em nome próprio, também previsto na Lei n. 8.213/1991, que dispõe sobre assistência social, ao criar incentivos a inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, *in litteris*:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregada está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados... 2%;

II - de 201 a 500... 3%;

III de 501 a 1.000... 4%;

IV - de 1.001 em diante...5%.

Aliás, o artigo 53º da LBI, delineia a importância de se garantir a acessibilidade como meio de inclusão social, bem como, o artigo 8º determina que seja dever de todos assegurarem de forma prioritária todos os direitos decorrente a pessoa humana. Veja-se:

Art. 53º A acessibilidade é direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social.

Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico

Já o artigo 3º da referida lei, para fins de aplicação considera em seus incisos a possibilidade de inclusão social através da.

I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

II - desenho universal: concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva;

III - tecnologia assistiva ou ajuda técnica: produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social,

IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:

- a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;
- b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;
- c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;
- d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por

intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;

e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;

f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias;

V - comunicação: forma de interação dos cidadãos que abrange, entre outras opções, as línguas, inclusive a Língua Brasileira de Sinais (Libras), a visualização de textos, o Braille, o sistema de sinalização ou de comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos multimídia, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizados e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, incluindo as tecnologias da informação e das comunicações;

VI - adaptações razoáveis: adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais;

VII - elemento de urbanização: quaisquer componentes de obras de urbanização, tais como os referentes a pavimentação, saneamento, encanamento para esgotos, distribuição de energia elétrica e de gás, iluminação pública, serviços de comunicação, abastecimento e distribuição de água, paisagismo e os que materializam as indicações do planejamento urbanístico;

VIII - mobiliário urbano: conjunto de objetos existentes nas vias e nos espaços públicos, superpostos ou adicionados aos elementos de urbanização ou de edificação, de forma que sua modificação ou seu traslado não provoque alterações substanciais nesses elementos, tais como semáforos, postes de sinalização e similares, terminais e pontos de acesso coletivo às telecomunicações, fontes de água, lixeiras, toldos, marquises, bancos, quiosques e quaisquer outros de natureza análoga;

IX - pessoa com mobilidade reduzida: aquela que tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentação, permanente ou temporária, gerando redução efetiva da mobilidade, da flexibilidade, da coordenação motora ou da percepção, incluindo idoso, gestante, lactante, pessoa com criança de colo e obeso;

X - residências inclusivas: unidades de oferta do Serviço de Acolhimento do Sistema Único de Assistência Social (Suas) localizadas em áreas residenciais da comunidade, com estruturas adequadas, que possam contar com apoio psicossocial para o atendimento das necessidades da pessoa acolhida, destinadas a jovens e adultos com deficiência, em situação de dependência, que

não dispõem de condições de autos sustentabilidade e com vínculos familiares fragilizados ou rompidos;

XI - moradia para a vida independente da pessoa com deficiência: moradia com estruturas adequadas capazes de proporcionar serviços de apoio coletivos e individualizados que respeitem e ampliem o grau de autonomia de jovens e adultos com deficiência;

XII - atendente pessoal: pessoa, membro ou não da família, que, com ou sem remuneração, assiste ou presta cuidados básicos e essenciais à pessoa com deficiência no exercício de suas atividades diárias, excluídas as técnicas ou os procedimentos identificados com profissões legalmente estabelecidas,

XIII - profissional de apoio escolar: pessoa que exerce atividades de alimentação, higiene e locomoção do estudante com deficiência e atua em todas as atividades escolares nas quais se fizer necessária, em todos os níveis e modalidades de ensino, em instituições públicas e privadas, excluídas as técnicas ou os procedimentos identificados com profissões legalmente estabelecidas;

XIV - acompanhante: aquele que acompanha a pessoa com deficiência, podendo ou não desempenhar as funções de atendente pessoal.

Percebe-se que a lei é bastante elucidativa e traz importantes conceitos, princípios e definições, tendo em vista que, a não observância dos direitos das pessoas com deficiência, passa a consistir em omissão dos direitos inerentes ao ser humano, traduzindo em ato atentatório à dignidade da pessoa humana, passível de punição, além, de ser um desrespeito moral, cívico e constitucional, a sua peculiar condição. Não se pode ignorar que o artigo supracitado tentou afirmar a proteção da pessoa de forma genérica como sujeito de direito.

5.2. Sistema Jurídico Brasileiro e a Evolução do Conceito de Incapacidade

O Código Civil de 1916, obra de Clóvis Beviláqua, esboçada em abril de 1889 e sendo efetivamente concluída em novembro daquele mesmo ano, e que teve como base o patrimônio, que podemos concluir que ser sujeito de direito denotava ser “sujeito de patrimônio”, sendo considerado por muitos doutrinadores ‘Estatuto Privado do Patrimônio’.

Contudo, já apresentam ao nosso ordenamento jurídico a figura do incapaz dividindo a incapacidade em dois planos, os absolutamente incapazes onde havia uma maior proteção e os relativamente incapazes, para efetivação dos seus atos

jurídicos careceriam ser ratificados por seu assistente. Como se pode demonstrar com o texto dos artigos 5º e 6º da Lei 3.071/1916:

Art. 5º 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.

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).

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

III. Os pródigos.

IV. Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação.

Art. 6º São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer I - Os maiores de 16 e os menores de 21 anos (arts. 154 e 156).

II - Os pródigos.

III - Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

Essa divisão tem como finalidade a defesa dos direitos do sujeito quem não podia exerci-los pessoalmente e que em regra geral demonstrava, assim, a natureza protetiva do Instituto da Incapacidade Civil.

Após oitenta e seis anos, e o advento da Lei 10.406/02, o Código Civil brasileiro atual, revogou o antigo, e apresentando modificações pertinentes à incapacidade absoluta ou a relativa. Neste novo diploma os seus artigos 3º e 4º, classifica o instituto da capacidade, com a visão diferente do Código Civil antigo.

O novo Código Civil deliberou sobre maior ou menor proteção, assim teria como base o grau de discernimento ou necessidade que o sujeito tem para avaliar o que seria melhor para si. A imposição de limite o exercício dos direitos civis tem como objetivo evitar os danos oriundos obrigações de atos

praticados por pessoas que não podem compreender o contexto fático dessas relações jurídicas, buscando manter sua dignidade a lei instituí o grau de comprometimento do discernimento para adequar as necessidades e individualidade cada pessoa, *in litteris*:

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;

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 índios será regulada por legislação especial.

Nos primeiros 13 anos de vigência do Código Civil de 2002, este manteve a lógica que já se tinha no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, apresentaram algumas alterações, a retirada dos surdos mudos e ausentes como incapazes, entendeu-se que a deficiência do surdo mudo não lhe removeria o discernimento para alcançar as suas escolhas e que a linguagem de sinais (Libras) lhe consentia comunicar-se afastando o instituto da incapacidade.

Porém os deficientes ou enfermos mentais e os Excepcionais continuavam como incapazes, estando amarrado ao grau de discernimento lhe atribuiria a incapacidade absoluta ou relativa. Aliás, uma adaptação técnica ao que antes se tinha para a declaração “loucos de todos os gêneros” do Código Civil de 1916.

Essa conjuntura evolutiva entra em seu pináculo com o advento da Lei 13.146/2015, que remove todos os incisos do artigo 3º, que dispõe sobre os absolutamente incapazes, mantendo-se como única hipótese de incapacidade absoluta, a do menor de 16 anos. O artigo. 4º, por sua vez, que cuida da

incapacidade relativa, também passa porá iteração, suprimiu a menção à “deficiência mental”, fazendo referência apenas os “ébrio habituais e os viciados em tóxico”; o inciso III, que albergava “o excepcional sem desenvolvimento mental completo”, passando a pessoas que, “por causa transitória ou permanente, não possam exprimir a sua vontade”; por fim, permaneceu a previsão da incapacidade do pródigo.

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

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 ébrio 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

O instituto incapacidade passa por uma adequação a nova realidade social na qual a capacidade plena, diante do discernimento, deve ser demonstrada. Tendo como premissa maior o respeito à pessoa com deficiência e o suprimento de suas necessidades de acordo com suas limitações de entendimento do contexto fático nas relações jurídicas.

O novo contexto legal abrange os excepcionais, a deficiência mental ou enfermidade mental deixam de compor o rol de incapazes e passam a gozar de capacidade civil plena. Bem como, a realocação das pessoas que não puderem exprimir à vontade, passando a compor os relativamente incapazes. Os comandos mantêm o significado e abrangência do seu texto. Contudo, concebe notável avanço em direção a proteção da dignidade da pessoa com deficiência, pois o impacto dessas mudanças ocorre de forma direta em outros institutos do código civil como, institutos do Direito de Família, na parte que se refere ao casamento, interdição e a curatela.

5.3 Estatuto da Pessoa com Deficiência

Instituído no Brasil, o estatuto da pessoa com deficiência trata-se da averbação no plano infraconstitucional brasileiro, tendo como premissa maior a

Convenção sob os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno. Tem como objetivo maior garantir o pleno direito, destinado a pessoa humana dotada de capacidade civil plena, com direitos e deveres a ela inerente. Assim dispõe o artigo primeiro da supra referida lei.

Art. 1º do Decreto 6.949/2008 - É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Por esse modelo, a deficiência não pode ser justificada por limitações pessoais decorrentes de uma patologia, sem que se faça uma análise racional, do ponto jurídico, sobre a natureza dessa deficiência ou incapacidade. Pode-se dizer que em uma seleção gradual de capacidade fixa-se a essência ideal a dimensão pretendida com a norma e a manifesta realidade.

Redireciona-se o problema para o cenário social, que gera entrave, exclui e discrimina, sendo necessária uma estratégia social que promova o pleno desenvolvimento da pessoa com deficiência. Como se pode esperar, o texto normativo possui sua coerência, sua lógica, e, objetiva exprimir determinado comando influenciado pela nova realidade social e elementos intrínsecos a cada indivíduo.

Neste entendimento DINIZ (2012. p 174), reflete que:

Além disso, é preciso esclarecer, ainda, que, em, não se cogita em saber se a enfermidade mental parcial exerce influência sobre todos os atos do paciente e sim, se a anomalia psíquica apurada, embora parcial, torne a pessoa incapaz para reger-se e administrar seus bens.

A circunstancialidade da condição, do incapaz ou do deficiente, lança uma proporção vinculativa ao direito pretendido [...] alude Maria Helena Diniz (2012, p. 173), vislumbrando uma maior flexibilidade ao instituto da incapacidade.

O parágrafo 1º da lei 13.146/2015 traz em seu texto a postura normativa regulamentadora do conceito e sua efetiva abrangência fática da aquisição da igualdade pretendida, dessa forma são de fundamental importância estudos e avaliações da exata condição da pessoa com deficiência, seja ela, mental ou motora

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

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

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

Segundo, de Moacyr Petrocelli de Ávila Ribeiro (2016. n. p), o objetivo humanista da convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência (CDPD), inaugura uma visão jurídica a respeito da pessoa com deficiência, e conclui, nesse modelo, que a deficiência não pode se explicar pelas limitações pessoais decorrentes de uma patologia. À primeira vista pode-se dizer que irão substituir o chamado “modelo médico”, que busca a todo custo reabilitar a pessoa “considerada anormal” para se adequar à sociedade, por um modelo “social humanitário”, que tem como objetivo maior por reabilitar a sociedade e com isso eliminar os entraves e os muros da supressão de seus direitos, garantindo ao deficiente uma vida autônoma e a possibilidade de ser inserido em comunidade.

O ordenamento jurídico Brasileiro vem trabalhando nessa linha, tendo como, por exemplo, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS - Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993), a qual constitui que, no Brasil, a assistência social é direito do cidadão e dever do Estado. Como política de seguridade social não contributiva, a assistência social deve garantir os mínimos sociais e ser realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas da população. Outro exemplo é o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Viver sem Limite, que foi lançado no dia 17 de novembro de 2011 (Decreto Nº 7.612/2011), o qual tem o objetivo de programar novas iniciativas e intensificar ações que, atualmente, já são desenvolvidas pelo governo em benefício das pessoas com deficiência.

Assim, resta evidente que o legislador vem se sensibilizando e promovendo alterações legislativas importantes, as quais, contudo, ainda não surtem os efeitos

sociais desejados em razão dos costumes e até mesmo dos preconceitos da população, o que exige educação, conscientização e certo tempo para se verem alterados.

5.4 Princípios da Igualdade

O princípio da igualdade é sempre invocado quando se almeja proteger direitos relacionados ao indivíduo diante de atitudes do próprio indivíduo.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, caput, sobre o princípio da igualdade, em conformidade com a lei, presunção capaz de determinar direitos, determinando os próprios meios para alcançar a todos com tratamento isonômico pela legislação. Em suma, através de sua aplicação é capaz de garantir a plena segurança, atingindo-se com isso a universalidade da lei, segundo a quais determinados efeitos se produzem no mundo jurídico, in verbis.

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Toda via, essa igualdade proclamada pelo artigo 5º trata da igualdade formal, sendo que a igualdade material confere atribuir um tratamento desigual, para igualar levando em consideração a peculiaridade do sujeito e valores individuais, em busca de equilibrar as relações de fato.

Segundo Pedro Lenza (2012, p. 973) não se deve somente buscar a igualdade aparente, ou seja, em seu aspecto formal, mas, principalmente, a igualdade em seu aspecto material, uma vez que a lei deverá tratar cada um sujeito de forma igualitária, porém respeitando suas peculiaridades. Isso porque, no Estado social ativo aquele que protege e garante os direitos humanos, imagina-se a igualdade de forma mais concreta perante os bens da vida, diversa daquela apresentada na formalidade da lei.

Em busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se na sempre lembrada, com emoção, oração aos Mocos, de Rui Barbosa, inspirada na lição de Aristóteles, devendo-se tratar igualmente os iguais e

desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades.
(LENZA. 2012, p.973)

“Oportunizar a todas as pessoas com deficiência um local e uma sociedade propícia para seu desenvolvimento” (ASID Brasil, 2016)

Confere a pessoa com deficiência o poder de tomar medidas administrativas, junto ao Estado, nas três esferas, possibilitando adentrar com ajuizamento de ações, bem como medidas judiciais, perante o poder judiciário, respeitando o devido processo legal. Inclusive em nome próprio.

Essa igualdade se funda no direito do homem, direitos esses intrínsecos à natureza humana.

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

§ 2º A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa.

Aponta o artigo supracitado, a equivalência real do princípio da igualdade fundada em uma relação isonômica com propósito de garantir a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência.

5.6 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Pode-se dizer que o conceito sobre direitos humanos foi, internacionalmente, estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, pouco depois da Segunda Guerra Mundial, que resultou numa nova ordem mundial, especialmente voltada para a prevenção de crimes contra a humanidade, quando o ser humano foi colocado ao centro, no que se chamou de antropocentrismo.

Os horrores e crueldades presenciadas pela humanidade fizeram surgir um sentimento de incapacidade, bem como a necessidade de sedimentar, por toda a humanidade, direitos naturais e garantias fundamentais a todos os seres humanos, visando assegurar o seu respeito universal e a concretização de sua aplicação, preceitos indispensáveis à caracterização da dignidade da pessoa humana.

Já em seu primeiro artigo fica contextualizado o objetivo da supracitada declaração, quando ao declara que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, podendo-se afirmar que, segundo esse documento, os titulares dos direitos fundamentais são “todos os homens”. Significa que todos os humanos do planeta já nascem livres e iguais devendo, portanto, ser garantido à liberdade, igualdade em dignidade e direitos.

Artigo I. (DUDH). Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. E são dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

No art. II, particulariza essa liberdade contemplando a capacidade de cada sujeito.

Artigo II. (DUDH) Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

A carta das Nações Unidas trata da cidadania universal e visa proteger, Castilho em sua obra (2012, n. p), conceitua “Direitos humanos” como sendo a terminologia normalmente empregada em direito internacional, sendo a forma encontrada em diversos tratados e declarações. Liga-se à ideia de proteção do ser humano, em suas múltiplas facetas. Sejam através da proteção aos direitos individuais, públicos subjetivos, as liberdades fundamentais, a liberdade pública ou direitos fundamentais do homem, o bem protegido é o ser humano em sua totalidade.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 127), nesse mesmo entendimento, explica que, a dignidade da pessoa humana, proclamar uma quantidade muito grande de valores humanizadores e civilizatórios congregados ao sistema jurídico brasileiro, com representação multidisciplinar.

Com esse espírito, a carta Magna de 1988 optou em promover O princípio da dignidade da pessoa humana por todo o seu contexto, procurando regular a vida das pessoas, preceituando normas justas e as vinculando seu conteúdo a personalidade jurídica, ou seja, igualdade de direitos a todos os sujeitos. Finalidade maior traduz na eficácia jurídica e eficácia social, assim preceitua os artigos 1º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem Objetivos Fundamentais Da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esses dispositivos trazem valores distintos com natureza multifacetados, mas, a base é a individualização da pessoa e suas necessidades, bem como, sua capacidade de exercer estes direitos e assumir obrigações oriundas das relações em sociedade, não abrindo mão de estabelece limitações ao exercício destes direitos. Isto porque estas pessoas por algum motivo, não são consideradas capazes de desempenharem de modo pleno atos da vida civil, como a grande maioria de seus cidadãos, cabendo ao poder público garantir a devida proteção. *In verbis*.

Art.175º CFRB. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

[...]

§4º Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010, p. 125), conclui que é importante frisar a dignidade da pessoa humana, pois, serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida humana, dela defluindo como conseqüências naturais. Enfim, projetar um valor maior na ideia de assegurar à dignidade da pessoa humana como base ao respeito, a liberdade, a vida e aos direitos fundamentais, mas, fundamentalmente, reconhecer e tutelar o direito a uma vida digna.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os aspectos observados, e para oferecer uma melhor compreensão aos futuros leitores deste presente trabalho, fez-se necessário iniciar a apresentação com conceitos básicos, levando sempre em consideração o direito da pessoa natural como sendo o destinatário final da aquisição dos direitos e obrigações oriundas das relações em sociedade.

Evidente que, independente de sua condição, o ser humano é o titular de direitos e obrigações, tendo em vista que, essa personalidade das pessoas naturais se inicia ao nascer com vida, persistindo até após a morte.

Levando em conta alguns renomados doutrinadores e de jurisprudências, bem como o ordenamento jurídico Brasileiro, conclui-se que o nosso Código Civil adota a teoria concepcionista, pela qual a aquisição da personalidade jurídica se dá a partir do momento da concepção, o que pode se ratificar nos artigos 2º, 542º; 1.609º, parágrafo único; 1.779º e 1.798º, todos do Código civil de 2002.

Portanto, toda pessoa natural tem personalidade jurídica, capaz de provocar relações jurídicas, como sujeito de direito, porém, esta personalidade está associada com a real capacidade que o sujeito possui para a concretização do ato, assim sendo, toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, concebendo ao homem a prerrogativa da personalidade que lhe garante uma condição de direito ou de fato.

Atribui ao direito civil duas classificações da personalidade, dentre os quais se destacam a capacidade como regra e a incapacidade como exceção. Foi possível entender que essa incapacidade revela uma limitação que permeia o campo orgânico ou psicológico dos indivíduos, isto é, impedimentos legais para que exerçam seus direitos plenamente, porém, não se pode confundir capacidade com legitimação.

Tratando-se da limitação imposta a essa capacidade, dá-se ao conferir ao titular de sua vontade, o poder de exercer em nome próprio todos os subsídios complementares da personalidade, sejam eles objetivos ou subjetivos. Além de tudo, podemos assegurar que toda incapacidade decorre de lei. Por isso, ao imputar ao sujeito o instituto da incapacidade, faz jus provas pré-constituídas dessa condição,

considerando que os atos praticados por pessoas declarada incapaz são nulos de pleno direito.

Deste modo, pode-se concluir que ser capaz de agir em nome próprio é a regra da condição humana, e a exceção se dá na falta dessa capacidade.

Inicialmente a problemática gira em torno da enorme disparidade em direitos conferidos ao sujeito considerado capaz em detrimento do sujeito tido como incapaz. Assim, o estudo sobre a teoria da incapacidade, levá-lo-emos a compreender que o incapaz reclama um tratamento isonômico, ou seja, um tratamento justo para os cidadãos portadores de deficiência, estabelecendo, portanto, símbolo basilar da democracia. Aliás, necessitando de medidas protetivas por parte do Estado e de toda a sociedade para sua efetivação.

Nessa perspectiva, apresenta-se o código de 2002, no que tange à classificação da incapacidade relativa e a incapacidade absoluta, sobre o novo prisma da Lei 13.146/2015 contraposto ao entendimento anterior. O fato é que, determinados sujeitos que configuravam no texto originário de 2002 são suprimidos, passando a expor um novo entendimento sobre o instituto.

Nestas bases, foram conceituadas pessoas com deficiência, conforme a Organização Mundial de Saúde, como sendo o substantivo atribuído a toda a perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, à biologia do ser humano.

Em função desses valores surgem discussões, aqui no Brasil, a respeito do próprio instituto da incapacidade frente ao código civil e a peculiar condição da pessoa com deficiência.

Entende-se que, com a entrada LBI busca-se a introdução de uma postura normativa que garanta aquisição da igualdade esperada, expurgado alguns dúbios normativos, afinal, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, possibilitando ao mesmo, casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as

demais pessoas. Por fim, as pessoas com deficiência física não podem ser julgadas incapazes apenas com base em condição genérica.

Como constatado, o estatuto da pessoa com deficiência, gira em torno de garantir a acessibilidade como forma de inclusão social e a preservação dos direitos da pessoa humana, permitindo uma vida de melhor qualidade, assegurando, a todos, equidade de oportunidade, aliás, todos os elementos em nível de proteção integral.

Afinal, segundo a estatística apresentada pela ONU, aproximadamente 650 milhões de pessoas, vivem com uma deficiência, além disso, muitas dessas pessoas estão fora do mercado de trabalho, seja por preconceito ou falta de oportunidades. É notório que muitas empresas agregam a contratação de pessoas portadoras de deficiências a gastos extras, a necessidade de instalações específicas, esquecendo que essa parte da população também são consumidores ativos.

Apesar da notória importância do tema, o Brasil vem trabalhando, ainda de forma humilde, na apresentação de programas de assistência social e direito do cidadão, política de seguridade social não contributiva, enfim, conjunto integrado de ações de iniciativa pública que envolva toda a sociedade, que garantam o atendimento às necessidades básicas a essa parte da população.

Pode-se rematar que a falta de informações por parte das autoridades competentes promove uma mitigação aos direitos das pessoas com deficiência, sendo indispensáveis mais investimentos em políticas públicas e programas de incentivos a uma nova forma de pensar, de agir, de construir, de se comunicar.

Além do que, na lei 13146/15 traz em sua conjuntura respeitáveis conceitos, princípios e definições, conferindo omissão dos direitos inerentes ao ser humano, a não observância dessas garantias fundamentais, configurando um atentado à dignidade da pessoa humana. Além do mais, caracteriza-se um desrespeito moral, cívico e constitucional.

Conclui-se que, o legislador vem se sensibilizando e promovendo alterações legislativas importantes, as quais, contudo, ainda não surtem os efeitos sociais desejados em razão dos costumes e até mesmo dos preconceitos da própria população. O advento da Lei 13146/2015 muda por completo o instituto da incapacidade, isto é, onde se tinha, os absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil como sendo os menores de dezesesseis anos e os

que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; bem como, os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, figura hoje apenas, os menores de 16 (dezesseis) anos. Já que, à incapacidade relativa, permanecem os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Sendo abolida, parte do texto, (e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido), como também o inciso III do mesmo artigo; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo:-

Seguramente, o impacto do novo diploma se fará sentir em outros ramos do Direito brasileiro, até no âmbito processual, destacando o artigo 8º da Lei 9.099 de 1995, que impede o incapaz de postular em Juizado Especial. A partir da entrada em vigor do Estatuto, com certeza perderá fundamento a vedação, quando se tratar de demanda proposta por pessoa com deficiência.

Como também matéria de casamento nota-se alterações importantes, de princípio, o art.1.518 do Código civil houve uma modificação, passando a prever que, até a celebração do casamento, podem os pais ou tutores revogar a autorização para o matrimônio. Não fazendo mais referência aos curadores, nem a nulidade do casamento das pessoas que eram aludidas no antigo art. 1.548, inciso I, ora abolido, proclamava o último diploma que seria nulo o casamento do enfermo mental, sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, desse modo, perde-se a única possibilidade de se exigir a nulidade do casamento pelo supracitado motivo.

Tem-se ainda, o artigo 1.557, em seu inciso III que sofre alteração em seu corpo, onde havia [...] irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência” e o inciso IV a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado. Ambos incisos deram lugar a nova redação a qual alude que,-“a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz

de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência”, além de efeitos no instituto da interdição, da curatela etc...

Além disso, com as modificações do instituto de incapacidades, o art.1.550 do CC, que trata da nulidade relativa do casamento, recebeu um novo parágrafo, (§ 2º), comandando que “a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador”, esse texto corresponde a complementação do inciso IV do citado código, que prevê a anulação do casamento do incapaz de consentir e de manifestar de forma inequívoca a sua vontade.

Diante de tudo que foi exposto, ficou evidente a necessidade de se garantir direitos as pessoas com deficiência, possibilitando através de iniciativas públicas ou privadas o acesso a cidadania plena, afastando a discriminação e o preconceito.

Com certeza, é possível constatar avanços no novo instituto da incapacidade, tanto no prisma da legalidade quando a respeito a princípios universais como a dignidade da pessoa humana. Aliás, foram inúmeras mudanças em nosso ordenamento por intermédio da lei 13146/15, entretanto, é muito cedo para ter de forma conclusiva a abrangência dos impactos sofridos no ordenamento pátrio. Do ponto de vista doutrinário, apresenta muitas controvérsias no que corresponde a eficácia prática dessas mudanças. Enquanto na jurisprudência não houve tempo hábil para pacificar entendimento jurisdicional sobre o tema. Nesta base, abre-se aqui espaço para novas pesquisas, incluindo novos elementos de casos práticos com objetivo futuros, para que possamos concluir nossos estudos.

REFERÊNCIAS

ASID Brasil - **Ação Social Para Igualdade Das Diferenças**. 2016. Disponível em <<http://asidbrasil.org.br/>> acesso em 29 out. 2016

BRAGHIROLI, Elaine Maria. BISI, Guy Paulo. RIZZON, Luiz Antônio e NICOLETTO, Ugo. **Psicologia Geral**. 22 ed. Revista atual. Petrópolis. Editora vozes. 2002.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil, 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> acesso em 12. jul. 2016.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. De 05 de outubro de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13. jul. 2016.

BRASIL. **Lei Federal, nº 13. 146, de julho de 2015 institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência** (Estatuto da Pessoa com Deficiência) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13146.htm < Acesso em 13. jul. 2016.

BRASIL. **Lei Federal n. 8.213/91, Benefícios da Previdência Social**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm> Acesso em 21. out. 2016.

BRASIL. **Secretaria especial dos direitos da pessoa com deficiência**. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/viver-sem-limite>>. Acesso em: 21. out. 2016.

BRUNOW, Heloisa Ventura Di Nubila. BUCHALLA, Cassia Maria. Departamento de Epidemiologia da Faculdade de Saúde Pública Universidade de São Paulo. **VerBrasEpidemiol**. 2008. Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/rbepid/v11n2/14.pdf>> Acesso em 29.set.2016.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**.Teoria Geral. 8 Ed. Rio De Janeiro. Editora Lúmen Júris. 2010.

CAMPOS, Adriana Marques. **A Família o Processo de Construção da Autonomia aPessoa com Deficiência**. Monografia (Pos- Graduação). Universidade Candido Mendes. Rio de Janeiro. 2006. Disponível em:<<http://www.avm.edu.br/monopdf/3/ADRIANA%20MARQUES%20CAMPOS.pdf>> Acesso em: 22. set. 2016.

CHAGAS, Cadu. **Direito a saber Direito**. Disponível em:<<https://caduchagas.blogspot.com.br/2012/07/Incapacidade.html>>. Acesso em: 22. ago. 2016.

COSTA Fernanda Pereira. A inserção da pessoa portadora de deficiência no mercado de trabalho. **Âmbito jurídico**. 216. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12085>. Acesso em: 21. jan. 2016.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:<<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 22. ago. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil**. Volume 1: teoria geral do direito Civil. 29 ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

FERREIRA, Antônio José. Secretária Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. 2010. ed Secretaria de Direitos Humanos da Presidente da Republica. Disponível em:<<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>>. Acesso em 02. set. 2016.

FIUZA, Cesar. **Direito Civil**. Parte Geral. 14 ed. Revista atualizada e ampliada. Del Rey, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições De Direito Civil**. 21 ed. Rio de janeiro. Editora Forense, 2006.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 7 ed. Revista , ampliada e atualizada. Editora Juspodivm. Salvador. 2015. <www.editorajuspodivm.com.br> Acesso em: 14. out. 2016.

REALE, Miguel 2016. Disponível em:<<http://www.miguelreale.com.br/artigos/constcc.htm>>. Acesso em 29. set. 2016.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. Colégio Notarial do Brasil, Conselho Federal. 2015. Disponível em:<<http://www.notariado.org.br/index.php?pg=x19leglizv9ub3rpy2lhcw==&in=njiyma>> Acesso em: 21. out. 2016.

GARBINO, José A. STUMP, Patrick. **Conceitos de Deficiência e Deformidade, Incapacidade e "Invalidez"**. Disponível em:<http://hansen.bvs.ilsl.br/textoc/livros/OPROMOLLA_DILTOR_prevencao/aspetos%20gerais/PDF/deficiencia_invalidez.pdf> Acesso em:14. set. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v. 1 parte geral. 11ed. São Paulo. Editora Saraíva. 2009. II título.

TARTUCE, Flávio. **Migalhas**. 2016 Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 21. ago. 2016.

VENOSA, Sílvio de salvo. **Direito Civil**, parte geral. 10 ed. São Paulo. Atlas. 2010(coleção direito civil, v.1).

ANEXO

Supremo Tribunal Federal

Escolas particulares devem cumprir obrigações do Estatuto da Pessoa com Deficiência,
decide STF

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão nesta quinta-feira (9), julgou constitucionais as normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) que estabelecem a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas. A decisão majoritária foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5357 e seguiu o voto do relator, ministro Edson Fachin.

Ao votar pela improcedência da ação, o relator salientou que o estatuto reflete o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição Federal ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares, devem pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades do direito fundamental à educação. “O ensino privado não deve privar os estudantes – com e sem deficiência – da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora, transmutando-se em verdadeiro local de exclusão, ao arrepio da ordem constitucional vigente”, afirmou.

A ADI 5357 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) para questionar a constitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 28 e caput do artigo 30 da Lei 13.146/2015. Segundo a entidade, as normas representam violação de diversos dispositivos constitucionais, entre eles o artigo 208, inciso III, que prevê como dever do Estado o atendimento educacional aos deficientes. A Confenen alega ainda que os dispositivos estabelecem medidas de alto custo para as escolas privadas, o que levaria ao encerramento das atividades de muitas delas.

Relator

O ministro Fachin destacou em seu voto que o ensino inclusivo é política pública estável, desenhada, amadurecida e depurada ao longo do tempo e que a

inclusão foi incorporada à Constituição da República como regra. Ressaltou que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, que tem entre seus pressupostos promover, proteger e assegurar o exercício pleno dos direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, foi ratificada pelo Congresso Nacional, o que lhe confere status de emenda constitucional. Segundo ele, ao transpor a norma para o ordenamento jurídico, o Brasil atendeu ao compromisso constitucional e internacional de proteção e ampliação progressiva dos direitos fundamentais e humanos das pessoas com deficiência.

O relator salientou que, embora o serviço público de educação seja livre à iniciativa privada, independentemente de concessão ou permissão, isso não significa que os agentes econômicos que o prestam possam atuar ilimitadamente ou sem responsabilidade. Ele lembrou que, além da autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público, é necessário o cumprimento das normas gerais de educação nacional e não apenas as constantes da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei 9.394/1996), como alega a Confenem.

O ministro ressaltou que as escolas não podem se negar a cumprir as determinações legais sobre ensino, nem entenderem que suas obrigações legais limitam-se à geração de empregos e ao atendimento à legislação trabalhista e tributária. Também considera incabível que seja alegado que o cumprimento das normas de inclusão poderia acarretar em eventual sofrimento psíquico dos educadores e usuários que não possuem qualquer necessidade especial. “Em suma: à escola não é dado escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver”, afirmou o relator.

O ministro argumentou não ser possível aos estabelecimentos de ensino privados se dizerem surpreendidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois a lei só entrou em vigor 180 dias depois de promulgada. Afirmou também que não é possível ceder a argumentos fatalistas que permitam uma captura da Constituição e do mundo jurídico por supostos argumentos econômicos que estariam apenas no campo retórico.

O relator da ADI apontou que, como as instituições privadas de ensino exercem atividade econômica, devem se adaptar para acolher as pessoas com deficiência, prestando serviços educacionais que não enfoquem a questão da

deficiência limitada à perspectiva médica, mas também ambiental, com a criação de espaços e recursos adequados à superação de barreiras.

“Tais requisitos, por mandamento constitucional, aplicam-se a todos os agentes econômicos, de modo que há verdadeiro perigo inverso na concessão do pedido. Perceba-se: corre-se o risco de se criar às instituições particulares de ensino odioso privilégio do qual não se podem furtar os demais agentes econômicos. Privilégio odioso porque oficializa a discriminação”, salientou.

Votos

Ao acompanhar o relator, o ministro Luís Roberto Barroso destacou a importância da igualdade e sua relevância no mundo contemporâneo, tanto no aspecto formal quanto material, especialmente “a igualdade como reconhecimento aplicável às minorias e a necessidade de inclusão social do deficiente”.

Também seguindo o voto do ministro Fachin, o ministro Teori Zavascki ressaltou a importância para as crianças sem deficiência conviverem com pessoas com deficiência. “Uma escola que se preocupe além da questão econômica, em preparar os alunos para a vida, deve na verdade encarar a presença de crianças com deficiência como uma especial oportunidade de apresentar a todas, principalmente as que não têm deficiências, uma lição fundamental de humanidade, um modo de convivência sem exclusões, sem discriminações em um ambiente de fraternidade”, destacou.

Votando pela improcedência da ação, a ministra Rosa Weber afirmou que, em seu entendimento, muitos dos problemas que a sociedade enfrenta hoje, entre eles a intolerância, o ódio, desrespeito e sentimento de superioridade em relação ao outro talvez tenham como origem o fato de que gerações anteriores não tenham tido a oportunidade de conviver mais com a diferença. “Não tivemos a oportunidade de participar da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora, em que valorizada a diversidade, em que as diferenças sejam vistas como inerentes a todos seres humanos”.

Segundo o ministro Luiz Fux, não se pode analisar a legislação infraconstitucional sem passar pelas normas da Constituição, que tem como um dos primeiros preceitos a promoção de uma sociedade justa e solidária. “Não se pode resolver um problema humano desta ordem sem perpassarmos pela promessa constitucional de criar uma sociedade justa e solidária e, ao mesmo tempo, entender

que hoje o ser humano é o centro da Constituição; é a sua dignidade que está em jogo”, afirmou, ao votar pela validade das normas questionadas. Ao também seguir o voto do ministro Fachin, a ministra Cármen Lúcia afirmou que “todas as formas de preconceito são doenças que precisam ser curadas”.

O ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, mas apontou a necessidade de se adotar no País uma cláusula de transição, quando se trata de reformas significativas na legislação. Afirmou que muitas das exigências impostas por lei dificilmente podem ser atendidas de imediato, gerando polêmicas nos tribunais. O ministro afirmou ainda que “o Estatuto das Pessoas com Deficiência efetiva direitos de minorias tão fragilizadas e atingidas não só pela realidade, mas também pela discriminação e dificuldades com as quais se deparam”.

Já o presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, enfatizou a convicção atual de que a eficácia dos direitos fundamentais também deve ser assegurada nas relações privadas, não apenas constituindo uma obrigação do Estado. Afirmou que o voto do ministro Fachin é mais uma contribuição do Supremo no sentido da inclusão social e da promoção da igualdade.

Também seguiu o relator, com a mesma fundamentação, o ministro Dias Toffoli.

Mérito

O Plenário decidiu transformar o julgamento, que inicialmente seria para referendar a medida cautelar indeferida pelo relator, em exame de mérito.

Divergência

Único a divergir do relator, o ministro Marco Aurélio votou pelo acolhimento parcial da ADI para estabelecer que é constitucional a interpretação dos artigos atacados no que se referem à necessidade de planejamento quanto à iniciativa privada, sendo inconstitucional a interpretação de que são obrigatórias as múltiplas providências previstas nos artigos 28 e 30 da Lei 13.146/2015. “O Estado não pode cumprimentar com o chapéu alheio, não pode compelir a iniciativa privada a fazer o que ele não faz porque a obrigação principal é dele [Estado] quanto à educação. Em se tratando de mercado, a intervenção estatal deve ser minimalista. A educação é dever de todos, mas é dever precípua do Estado”, afirmou.

INFORMATIVO DE LEGISLAÇÃO Federal. 10/06/2016. Disponível em: GENJURÍDICO.com.br acesso em 23/11/2016.