
*A TEORIA DAS INCAPACIDADES
E O ESTATUTO DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA*

2ª edição



Organizadores:

*Fabio Queiroz Pereira
Luísa Cristina de Carvalho Morais
Mariana Alves Lara*

*A TEORIA DAS INCAPACIDADES
E O ESTATUTO DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA*

*A TEORIA DAS INCAPACIDADES
E O ESTATUTO DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA*

2ª edição



Organizadores:

Fabio Queiroz Pereira

Luísa Cristina de Carvalho Morais

Mariana Alves Lara



Copyright © 2018, D'Plácido Editora.
Copyright © 2018, Os autores.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Leticia Robini
(Imagem via Pixabay)

Diagramação
Enzo Zaqueu Prates

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização prévia
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP) Ficha catalográfica

A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência -- 2ª. ed. --
PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana
Alves [Orgs.] -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018

Bibliografia.

ISBN: 978-85-8425-333-3

1. Direito 2. Direito Civil. I. Título. II. Direito

CDU347

CDD342.1

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



SUMÁRIO

AUTORES	9
APRESENTAÇÃO DA 1ª EDIÇÃO	13
<i>Fabio Queiroz Pereira</i>	
<i>Luísa Cristina de Carvalho Morais</i>	
<i>Mariana Alves Lara</i>	
APRESENTAÇÃO DA 2ª EDIÇÃO	15
<i>Fabio Queiroz Pereira</i>	
<i>Luísa Cristina de Carvalho Morais</i>	
<i>Mariana Alves Lara</i>	
1. A TEORIA DAS CAPACIDADES NO DIREITO BRASILEIRO: DE TEIXEIRA DE FREITAS E CLOVIS BEVILAQUA AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	17
<i>Felipe Quintella Machado de Carvalho</i>	
2. O CONCEITO DE DEFICIÊNCIA E SUA ASSIMILAÇÃO LEGAL: INCOMPATIBILIDADE ENTRE A CONCEPÇÃO NÃO ETIOLÓGICA ADOTADA NO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A FUNDAMENTAÇÃO DA INCAPACIDADE NA FALTA DE DISCERNIMENTO	35
<i>David S. S. Hosni</i>	
3. O ITINERÁRIO LEGISLATIVO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	59
<i>Gustavo Pereira Leite Ribeiro</i>	

4. PRINCÍPIOS QUE REGEM AS INCAPACIDADES E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA..... 85

Brunello Stancioli

Fabio Queiroz Pereira

5. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: PROTEÇÃO OU DESPROTEÇÃO?..... 95

Mariana Alves Lara

Fabio Queiroz Pereira

6. TOMADA DE DECISÃO APOIADA..... 125

César Fiuza

7. CAPACIDADE, APOIO E AUTONOMIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: APONTAMENTOS SOBRE A TOMADA DE DECISÃO APOIADA..... 135

Daniel de Pádua Andrade

8. REFLEXÕES SOBRE A AUTOCURATELA NA PERSPECTIVA DOS PLANOS DO NEGÓCIO JURÍDICO..... 157

Ana Carolina Brochado Teixeira

Anna Cristina de Carvalho Rettore

Beatriz de Almeida Borges e Silva

9. REFLEXÕES SOBRE OS IMPACTOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: CURATELA E CASAMENTO..... 203

Iara Antunes de Souza

10. O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: ASPECTOS GERAIS SOBRE CASAMENTO E OS REGIMES DE BENS..... 219

Letícia Fabel Gontijo

Tereza Cristina Monteiro Mafra

11. CAPACIDADE DE AGIR E O DIREITO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DA LEI Nº 13.146/15 E O RELATO DE UMA EXPERIÊNCIA ALEMÃ SOBRE O TEMA..... 239

Christine Pereira-Glodek

Eduardo Tomasevicius Filho

12. DOS REFLEXOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO EMPRESARIAL.....267

Aline França Campos

Luciana Fernandes Berlini

13. O ESTADO RESILIENTE COMO PARADIGMA DE INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL.....299

Luciana Cristina de Souza

Layla Maria Fabel Gontijo

DOCTRINA ESTRANGEIRA

14. UM BREVE OLHAR SOBRE A REFORMA DAS INCAPACIDADES.....319

Antônio Pinto Monteiro

AUTORES

Aline França Campos

Doutora e Mestre em Direito Privado pela PUC/MINAS. Especialista em Direito Empresarial pelo Centro de Atualização em Direito – CAD. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Professora Adjunta da Faculdade de Direito Milton Campos. Advogada.

Ana Carolina Brochado Teixeira

Doutora em Direito Civil pela UERJ. Professora de Direito de Família e Sucessões do Centro Universitário UNA. Advogada.

Anna Cristina de Carvalho Rettore

Mestranda em Direito Privado na PUC Minas. Advogada.

António Pinto Monteiro

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Beatriz de Almeida Borges e Silva

Mestranda em Direito Privado na PUC Minas. Advogada.

Brunello Stancioli

Professor Associado de Direito Civil na Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais.

César Fiuza

Doutor em Direito. Professor de Direito Civil na UFMG, na PUCMG e na Universidade FUMEC. Professor colaborador na FADIPA. Consultor jurídico.

Christine Pereira-Glodek

Licenciada em Pedagogia. Pedagoga da Terramelhor Inovação e Sustentabilidade. Supervisora de atividades na Stiftung Leben und Arbeiten (Alemanha).

Daniel De Pádua Andrade

Mestrando em Direito na UFMG. Especialista em Direito Civil pela PUC/MG. Advogado.

David S. S. Hosni

Doutorando e Mestre em Direito Privado pela Faculdade de Direito da UFMG. Pesquisa sobre a personalidade e a identidade do portador de Alzheimer e sobre a ética em seu tratamento. Advogado.

Eduardo Tomasevicius Filho

Doutor em Direito Civil. Professor Associado do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP.

Fabio Queiroz Pereira

Professor Adjunto de Direito Civil na Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Civil pela Universidade de Coimbra.

Felipe Quintella Machado de Carvalho

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG. Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito Milton Campos e do curso de graduação em Direito do IBMEC

Gustavo Pereira Leite Ribeiro

Professor de Direito Civil na Universidade Federal de Lavras. Doutor em Direito Privado. Ex-bolsista CAPES/PDSE.

Iara Antunes de Souza

Doutora e Mestra em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Processual e Direito Civil. Pesquisadora do Centro de

Estudos em Biodireito – CEBID. Professora da Graduação e da Pós-Graduação do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. Chefe do DEDIR/EDTM/UFOP. Advogada do NAJOP/UFOP. Vice Coordenadora do Comitê de Ética em Pesquisa da UFOP – CEP/UFOP. Membro do IBDFAM/MG e da comissão de Direito de Família da OAB/MG.

Layla Maria Fabel Gontijo

Bolsista FAPEMIG. Mestranda do Programa de Pós-graduação *Strictu sensu* em Relações Sociais e Econômicas da Faculdade de Direito Milton Campos. Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP), registrado no CNPq.

Lettícia Fabel Gontijo

Mestranda em Direito no Programa de Pós-graduação *Strictu sensu* em Relações Sociais e Econômicas da Faculdade de Direito Milton Campos. Servidora efetiva do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Luciana Cristina de Souza

Doutora em Direito pela PUC Minas. Mestre em Sociologia pela UFMG. Pesquisadora FAPEMIG com fomento. Coordenadora do Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP), registrado no CNPq.

Luciana Fernandes Berlim

Pós-doutora em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Doutora e Mestre em Direito Privado pela PUC/MINAS. Professora Adjunta da Universidade Federal de Lavras e do Curso de Especialização em Avaliação do Dano Pós Traumático da Universidade de Coimbra.

Mariana Alves Lara

Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora de Direito Civil da Faculdade Milton Campos.

Tereza Cristina Monteiro Mafra

Doutora e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Diretora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito Milton Campos. Advogada.

APRESENTAÇÃO DA 1ª EDIÇÃO

Em 6 de julho de 2015, foi promulgada a Lei nº 13.146, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também denominada *Estatuto da Pessoa com Deficiência*. O referido instrumento normativo trouxe inúmeras alterações no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no âmbito da teoria das incapacidades.

O art. 1º do Estatuto afirma ser a lei “*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*”. Não obstante o louvável propósito da nova legislação, as mudanças introduzidas impelem a realização de uma análise crítica que permita a adequada compreensão e aplicação das inovações, bem como a concretização da efetiva proteção das pessoas com deficiência.

Com o objetivo de promover a construção dialógica do conhecimento acerca do tema, foram realizados dois eventos no ano de 2015, nos quais foram convidados a debater professores com aprofundado saber da matéria. O primeiro adotou o formato de mesa-redonda, e foi realizado na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais em 22 de outubro, sob a organização do professor doutor Giordano Bruno Soares Roberto e da mestrandia Luísa Cristina de Carvalho Morais. Intitulado “O Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas Repercussões no Direito Civil”, o evento propiciou um profícuo debate e a formulação de uma série de questionamentos.

O amadurecimento das ideias impulsionou a realização do Seminário “Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência”, ocorrido na Faculdade de Direito Milton Campos, nos dias 16 e 17 de novembro, sob a organização do Grupo de Estudos em Teoria Geral do Direito Civil – GEDIC/FDMC, coordenado pelo

professor doutor Fabio Queiroz Pereira e pela professora doutoranda Mariana Alves Lara. Na oportunidade, houve um considerável aprofundamento das questões atinentes ao tema.

Com o objetivo de dar publicidade às discussões e aos resultados alcançados nas duas ocasiões supracitadas, a presente obra foi idealizada. Para ampliar ainda mais o debate e possibilitar a interdisciplinaridade, foram convidados a participar desse trabalho autores com renomado conhecimento em suas respectivas áreas de estudo. Buscou-se adotar uma organização sistemática que partisse de uma análise histórica e conceitual da teoria das incapacidades, e chegasse aos seus desdobramentos em outros ramos jurídicos, como o Direito do Trabalho e o Direito Empresarial.

A presente publicação revela-se como fruto de um esforço conjunto na tentativa de reverberar as primeiras impressões sobre a nova legislação. Espera-se que essa obra possa contribuir para o desenvolvimento da teoria das incapacidades, permitindo apropriada interpretação e justa aplicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Abril de 2016,
Fabio Queiroz Pereira
Luísa Cristina de Carvalho Morais
Mariana Alves Lara

APRESENTAÇÃO DA 2ª EDIÇÃO

Passados dois anos do início da vigência da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu o *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, constata-se que as perplexidades que motivaram a organização da primeira edição desta obra ainda subsistem. Questões atinentes à capacidade ou à incapacidade de fato da pessoa com deficiência mental ou intelectual não encontram respostas unívocas na doutrina e na jurisprudência. Além disso, os problemas ligados à adequada proteção e inclusão de sujeitos em posição de vulnerabilidade persistem, culminando na manutenção de um ambiente de demasiada insegurança jurídica.

Nesta segunda edição, vários dos artigos foram revisados e acrescidos de outros subsídios teóricos. Também se incluíram novos trabalhos que vêm contribuir para o debate, com a problematização de distintos aspectos relacionados à teoria das incapacidades. Três textos adicionais abordam os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no âmbito do Direito de Família. Temas como casamento, regime de bens e curatela foram revisitados e analisados criticamente pelas autoras. Adicionou-se, ainda, artigo que concretiza uma diversa reflexão filosófica sobre o assunto, abordando o Estado resiliente e a inclusão da pessoa com deficiência. Por fim, conta-se com valiosa contribuição do jurista António Pinto Monteiro, catedrático da Universidade de Coimbra, que realiza uma ponderação sobre a reforma do sistema de incapacidades no ordenamento jurídico português.

Com o mesmo espírito que norteou a primeira edição desta obra, renova-se o desejo de que as ideias aqui apresentadas continuem a

incitar o debate e propiciem a interpretação e a aplicação apropriadas do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Janeiro de 2018,
Fabio Queiroz Pereira
Luísa Cristina de Carvalho Morais
Mariana Alves Lara

A TEORIA DAS CAPACIDADES NO DIREITO BRASILEIRO: DE TEIXEIRA DE FREITAS E CLOVIS BEVILAQUA AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

1

*Felipe Quintella Machado de Carvalho*¹

1. INTRODUÇÃO

Foi promulgada em 6 de julho de 2015 a Lei nº 13.146 — Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência — Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), a qual entrou em vigor em 3 de janeiro de 2016. Dentre as inovações do Estatuto encontram-se alterações no Código Civil, e, entre estas, encontram-se significativas alterações diretas nos arts. 3º e 4º, e indiretas no art. 5º.

Os arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002, como se sabe, tratam das hipóteses de incapacidade de fato absoluta e relativa. O art. 5º, por sua vez, cuida da capacidade de fato plena. Constituem, por assim dizer, a *positivação* da teoria das capacidades.

No Brasil, a teoria das capacidades surgiu nas obras de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, no século XIX, em especial no *Esboço do Código Civil*. Posteriormente, sofreu alterações substanciais, principalmente na obra de CLOVIS BEVILAQUA, sobretudo no *Projeto do Código Civil* (CARVALHO, 2013).

Ainda no século XIX, FREITAS, para elaborar o esquema respectivo no *Esboço do Código Civil*, já se preocupava com o grande perigo da confusão dos conceitos de capacidades — o que observara na legislação de alguns países europeus.

¹ Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG. Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito Milton Campos e do curso de graduação em Direito do IBMEC. E-mail: felipe.quintella@gmail.com. Site: www.felipequintella.com.br

Refletindo sobre o que lhe pareciam problemas conceituais sobre o assunto no *Projeto do Código Civil Português* do VISCONDE DE SEABRA, FREITAS escreveu:

Na doutrina, uma definição pouco exata ou vaga é um erro, que pode causar noções falsas, e uma confusão portanto nas consequências. Na lei, uma definição restrita exclui da disposição casos, que nela se desejaria compreender; e muito vaga, estende essa disposição a casos, que não tinha em vista: é uma falta, cujos resultados são injustiças, e muitas vezes antinomias ou contrariedades, que são o mal que mais se deve recluir em uma legislação (1859, p. 115-116).

Apesar de suas advertências, o que se viu na história do Direito brasileiro foi justamente um acúmulo de confusões conceituais, sempre com graves prejuízos não apenas para a teoria quanto também para a sua aplicação prática. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, enfim, representou a auge da vergonhosa mixórdia.

O que se pretende neste trabalho, pois, é fazer uma reflexão sobre as mudanças promovidas pelo EPD no Direito brasileiro tendo em mente os principais fatos da formação histórica da teoria das capacidades.

A ideia é, como propõe ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, utilizar a história para “*problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas*, ou seja, de que o direito dos nossos dias é o *racional, o necessário, o definitivo*” (2003, p. 15).

2. SÍNTESE DA TRAJETÓRIA HISTÓRICA DE FORMAÇÃO DA TEORIA DAS CAPACIDADES NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Diferentemente do que ensinam alguns romanistas brasileiros (ALVES, 1971, p. 109-110; CHAMOUN, 1957, p. 50; CRETELLA JÚNIOR, 1968, p. 96), a ideia de capacidade jurídica, com os contornos atuais, é estranha à cultura jurídica romana, em qualquer de seus períodos.

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA dá notícia de que uma ideia de *capacidade* próxima à que se desenvolveu no século XIX surgiu somente no final do século XVIII, no Direito alemão (2010, p. 84).

No Direito português, por sua vez, somente vão surgir noções vagas ligadas a *capacidade* após o estudo, pelos juristas portugueses, do Código Civil francês e das obras da Escola da Exegese (CARVALHO,

2013, p. 26-68). Todavia, mesmo naquele, e nestas, ainda não havia noções técnicas, e sim o uso — ainda incidental — de vocábulos derivados de “capacidade” (CARVALHO, 2013, p. 26-68 e 156-162).

No Brasil, estudos das noções de capacidade apareceram primeiramente na obra de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, em meados da década de 1850 (CARVALHO, 2013, p. 95-107).

Não havia ideias técnicas ligadas a capacidade no Direito escrito em vigor — representado, sobretudo, pelas Ordenações Filipinas de 1603, nem no único compêndio de Direito Civil produzido no Brasil até então — as *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, de LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO (CARVALHO, 2013, p. 26-38 e 78-85).

Em 1855, o Governo Imperial contratou FREITAS para consolidar as leis civis em vigor em obra preparatória para a elaboração de um Código Civil brasileiro. O resultado da empreitada, a *Consolidação das Leis Civis*, foi publicado ainda em 1857 (FREITAS, 1857). Na referida obra, a primeira publicada por FREITAS, já aparecia alguma influência das ideias de capacidade, porém ainda incidental, sem um referencial técnico respectivo (CARVALHO, 2013, p. 95-107).

Foi somente dois anos mais tarde, em 1859, quando se deparou com uma crítica tecida ao projeto do Código Civil português por ALBERTO DE MORAES CARVALHO (*Observações à Primeira Parte do Projeto de Código Civil Português*, 1857), e com a respectiva defesa, publicada pelo autor do projeto, o VISCONDE DE SEABRA (*Apostila à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre a Primeira Parte do Projeto de Código Civil Português*, 1858), que FREITAS se aprofundou na reflexão sobre o tema, e acabou iniciando um intrincado debate com SEABRA, que veio a gerar duas importantes obras de filosofia do Direito: a *Nova Apostila à Censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projeto de Código Civil Português* (1859), de FREITAS, e a *Novíssima Apostila em Resposta à Diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas contra o Projeto de Código Civil Português* (1859), de SEABRA (CARVALHO, 2013, p. 108-120; 152-156).

Naquele mesmo ano de 1859, o Governo Imperial celebrou contrato com FREITAS para elaborar um projeto de Código Civil para o Brasil. Provocado pelo debate com SEABRA, FREITAS elaborou, no projeto que esboçou, uma complexa teoria sobre o assunto das capacidades, sem precedente nas famosas obras europeias que ele mesmo estudou no Brasil — passando por LEIBINIZ e SAVIGNY, no Direito alemão; por diversos dos autores da Escola da

Exegese, no Direito francês; e pelos autores do Direito português, desde MELO FREIRE até COELHO DA ROCHA (CARVALHO, 2013, p. 121-139).

A partir da obra, publicada em 1860 com o título de *Esboço do Código Civil*, é possível reconhecer a existência de uma *teoria das capacidades* no Direito brasileiro, com conceitos e sistematização técnicos.

A teoria, produto de uma profunda reflexão sobre os Direitos alemão, francês e português — revelada nas notas elaboradas por FREITAS em comentário aos artigos do projeto —, distinguia as noções de *personalidade jurídica*, *capacidade jurídica*, *capacidade civil*, *capacidade de direito*, *capacidade de fato*, *incapacidade de direito*, *incapacidade de fato absoluta* e *incapacidade de fato relativa*. Cada conceito aparecia suficientemente explicado nos artigos respectivos e nas notas explicativas na disciplina das pessoas.

Segundo FREITAS, *personalidade jurídica* era a suscetibilidade de aquisição de direitos de um ente. Preocupado em não produzir uma teoria estanque, FREITAS partiu do fato de que pessoa é o ente suscetível de adquirir direitos no plano dos fatos para, então, reconhecer sua personalidade jurídica. Segundo o art. 16 do *Esboço*, “pessoa é todo ente suscetível de aquisição de direitos” (1860, p. 15). A se seguir essa ideia, o condomínio seria reconhecido como pessoa, hoje, pelo fato de atuar como sujeito de direitos. Seria evitada toda a confusão que surge para explicar como um ente que não tem personalidade jurídica adquire direitos e deveres no plano dos fatos.

Após definir quem era pessoa para o *Esboço*, FREITAS distinguiu a *capacidade civil* em *capacidade de direito* e *capacidade de fato*, no art. 21 (1860, p. 23). Na *Nova Apostila*, antes, FREITAS havia esclarecido que a *capacidade civil* era um dos desdobramentos da *capacidade jurídica*, que comportava, ainda, a *capacidade política* (1859, p. 91-92).

Ainda no art. 21, FREITAS conceituou a *capacidade de direito* como “grau de aptidão de cada classe de pessoas para adquirir direitos, ou exercer por si ou por outrem atos que não lhe são proibidos” (1860, p. 23). Já a capacidade de fato foi conceituada no art. 22 como “aptidão, ou grau de aptidão, das pessoas de existência visível [naturais] para exercerem por si os atos da vida civil” (1860, p. 26).

Posteriormente, FREITAS explicou a ideia de *incapacidade de direito*, no art. 23: “aquelas pessoas, a quem se proibir a aquisição de certos direitos, ou o exercício de certos atos por si ou por outrem, são *incapazes de direito*, isto é, desses direitos, e desses atos proibidos”

(1860, p. 27). A ideia de *incapacidade de fato*, por sua vez, apareceu no art. 24: “aquelas pessoas, que, por impossibilidade física ou moral de obrar [agir], ou por sua dependência de uma representação necessária, não podem exercer atos da vida civil, são *incapazes de fato*” (1860, p. 27-28).

Por fim, FREITAS distinguiu a *incapacidade de fato absoluta* da *incapacidade de fato relativa*. O art. 41, após mencionar a existência da distinção, enumerava as pessoas absolutamente incapazes: “1º, as pessoas por nascer; 2º, os menores impúberes; 3º os alienados declarados por tais em juízo; 4º os surdos-mudos que não sabem dar-se a entender por escrito; 5º, os ausentes declarados por tais em juízo” (1860, p. 49). O art. 42, por sua vez, enumerava aqueles “também incapazes, mas só em relação aos atos que foram declarados, ou ao modo de os exercer: 1º, os menores adultos; 2º, as mulheres casadas; 3º, os comerciantes falidos declarados por tais em juízo; 4º, os religiosos professos” (1860, p. 50).

Como se vê, o critério utilizado para a distinção foi o da *abrangeção* da incapacidade: os *absolutamente incapazes* não podiam praticar pessoalmente ato algum da vida civil, enquanto os *relativamente incapazes* somente não podiam praticar pessoalmente alguns atos, ou por alguns modos.

Quanto a tal distinção, FREITAS advertiu:

[...] sendo relativa a incapacidade, cumpre indicar a relação, isto é, os atos que a incapacidade abrange, ou o modo que a constitui. É o que não se tem feito com clareza em Código algum, amalgamando-se as incapacidades de direito com as incapacidades de fato, e isto por consequência inevitável de teorias mal estudadas. Daí vem tanta incerteza, tantos erros, tantos pleitos e tão cruéis decepções (1860, p. 51).

Nos comentários que teceu aos arts. 41 e 42, FREITAS explicou o porquê de cada uma das hipóteses. Depreende-se da análise das justificativas que o critério seria a *impossibilidade de manifestar a vontade* (pessoas por nascer, surdos-mudos e ausentes); a *ausência de discernimento* ou o *discernimento reduzido ou incompleto* (menores impúberes, alienados declarados tais em juízo e menores adultos); ou a *dependência da pessoa para com outra* (mulheres casadas, com relação aos maridos; comerciantes falidos, com relação às massas falidas; religiosos professos, com relação às Ordens a que se vinculam).

Posteriormente, após ter cuidado da teoria das capacidades na disciplina das pessoas — por interferir nos *modos da existência das pessoas visíveis [naturais]* — FREITAS voltou ao assunto na disciplina dos fatos, alçando as capacidades (de direito e de fato) a requisitos de validade dos atos jurídicos (arts. 507 a 516), sem os quais os atos seriam sempre nulos (art. 789) (1860, p. 313-373). O que é bastante peculiar, nesta parte do *Esboço*, é que FREITAS admitia como invalidantes do ato jurídico não apenas as incapacidades preconstituídas de que se tratava na disciplina das pessoas, mas também outras, listadas no art. 509, as quais seriam apreciadas em ação de nulidade, com relação apenas ao ato atacado na ação. Entre tais hipóteses, chamam a atenção a incapacidade momentânea dos “que praticaram o ato privados do uso da razão por delírio febril, sonambulismo natural ou provocado por operação magnética; e por fortes emoções de medo, terror, cólera ou vingança”, e dos “que praticaram o ato em estado de *embriaguez completa*” (FREITAS, 1860, p. 314).

Em breve síntese, tais são os contornos gerais da teoria das capacidades na obra de FREITAS.

Todavia, como se sabe, o *Esboço* não chegou a ser finalizado como projeto de Código Civil brasileiro, em razão de divergências políticas que surgiram após a saída de NABUCO DE ARAUJO do Ministério da Justiça em 1866, o que enfraqueceu o apoio com o qual FREITAS contava havia mais de uma década no Governo Imperial (CARVALHO, 2013, p. 169). A comissão nomeada em dezembro de 1863 para discutir os artigos já publicados do *Esboço* pouquíssimo havia feito até a suspensão de seus trabalhos, em agosto de 1865. Com a saída de NABUCO DE ARAUJO do Ministério, FREITAS, já desanimado, havia pedido ao novo Ministro, MARTIM FRANCISCO, para desistir do trabalho, o que este recusou, pedindo encarecidamente que FREITAS lhe entregasse o trabalho que havia sido produzido, como projeto de Código Civil brasileiro, para que lhe fosse dado andamento (MEIRA, 1983, p. 342).

FREITAS acabou mudando-se para Buenos Aires, onde DALMACIO VELEZ SARSFIELD elaborava, desde 1864, um projeto de Código Civil para a Argentina, inspirando-se no *Esboço* brasileiro (MEIRA, 1983, p. 267-316).

De volta ao Brasil, FREITAS escreveu novamente a MARTIM FRANCISCO, em setembro de 1867, explicando, primeiramente, não ter sido jamais a intenção do autor, nem ser do seu caráter,

“dar por Projeto de Código Civil o que ele só compusera como ensaio, e lealmente publicara sob o título de — *Esboço*” (MEIRA, 1983, p. 352). Ademais, FREITAS explicava estar convencido da importância de abandonar o trabalho já produzido e de começar novamente, dividindo o Código em um Código Civil e um Código Geral. Este trataria de matérias comuns a todos os ramos do Direito, e aquele cuidaria apenas dos assuntos do Direito Civil, abrangendo, porém, a matéria até então regulada no Código Comercial de 1850 (MEIRA, 1983, p. 352).

A esta altura, FREITAS já havia escrito e publicado 4.908 artigos do *Esboço*.

O pedido foi analisado pela Seção de Justiça do Conselho de Estado, que, tendo-lhe dado parecer favorável em junho de 1868, devolveu-o ao Ministério da Justiça. Ocorre que o então Ministro da Justiça, JOSÉ DE ALENCAR, simplesmente engavetou o pedido com o respectivo parecer, e ambos acabaram caindo no esquecimento (MEIRA, 1983, p. 356-362; NABUCO (sem data), p. 518-520).

Foi somente em 1872 que o novo Ministro da Justiça, DUARTE DE AZEVEDO, escreveu a FREITAS dando o contrato de 1859 por oficialmente extinto, exonerando FREITAS de suas obrigações, agradecendo-o e louvando-o em nome do Governo Imperial, “pelo serviço prestado com o Esboço do Código Civil, que, se não é ainda projeto de código, é trabalho de incontestável utilidade e merecimento” (MEIRA, 1983, p. 362).

Naquele mesmo ano, NABUCO DE ARAUJO foi contratado para elaborar um novo projeto de Código Civil para o Brasil (NABUCO, (sem data), p. 522). Amigo de FREITAS desde os tempos do curso de Direito em Olinda, e seu maior apoiador político, NABUCO DE ARAUJO naturalmente se valeu da construção de FREITAS para elaborar seu trabalho (NABUCO, (sem data), p. 523). Todavia, como observa JOAQUIM NABUCO, filho de NABUCO DE ARAUJO e seu biógrafo:

Teixeira de Freitas fechava-se ou na lei escrita ou no conceito, dentro, sempre, da esfera do Direito; Nabuco nunca se isolou no Direito, considerou-o sempre como uma *relatividade social*, como as outras, subordinada à existência da comunhão. [...] O código de Nabuco seria um código ao mesmo tempo liberal e tradicional; se tivesse alguma originalidade, seria somente pela harmonia, clareza, e

combinação dos matizes; o de Teixeira de Freitas seria uma contribuição de ideias e concepções pessoais para a ciência do direito, todo ele tirado do seu próprio fundo. [...] A um, bastava a beleza da concepção jurídica *in se*; como uma obra de arte; o outro queria vê-la na aplicação, em seus efeitos, sobretudo em relação à estatística moral do país (NABUCO, (sem data), p. 538-540).

NABUCO DE ARAUJO, todavia, faleceu em 1878, antes de concluir seu projeto. Na Parte Geral que começara a esboçar, no Livro das Pessoas, aparecia um esquema de incapacidades de inspiração freitiana, porém bastante sintético.

O esquema de NABUCO DE ARAUJO tratava, no art. 11, de uma *capacidade* geral: “a capacidade geral para adquirir e exercer direitos que este código compreende, é inerente a todas as pessoas naturais” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1882, p. 16). Segundo o art. 12, tal capacidade somente era limitada “quanto à aquisição de direitos, pela expressa proibição legal de adquirir certos e determinados direitos” e, “quanto ao exercício de direitos pelas incapacidades declaradas nos arts. 15 e 16, ou por leis especiais” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1882, p. 16). Os arts. 15 e 16, por sua vez, enumeravam, respectivamente, os absoluta e os relativamente incapazes. O que, com relação a tal enumeração, diferia do esquema de FREITAS era a inclusão dos pródigos e dos cegos entre os relativamente incapazes.

No terceiro projeto de Código Civil brasileiro, voluntariamente elaborado por JOAQUIM FELÍCIO DOS SANTOS, outro esquema apareceu. FELÍCIO DOS SANTOS seguiu a versão sintética do esquema freitiano elaborada por NABUCO DE ARAUJO, com uma distinção: não distinguiu a *incapacidade de fato absoluta* da *incapacidade de fato relativa* (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1882, p. 4). Nas palavras do autor:

Não compreendo a razão jurídica desta distinção. À exceção das pessoas por nascer, não há pessoa alguma absolutamente incapaz.

[...]

Não há linha divisória que separe de modo absoluto capacidade e incapacidade de fato. Há loucos, justamente interditos, que mostram mais senso que muita gente capaz e de posse da administração dos seus bens. Há menores de 12 a

14 anos mais sensatos que qualquer púbere. É incontestável a regra *malitia supplet aetatem* (SANTOS, 1884, p. 81-82).

O esquema de FELÍCIO DOS SANTOS considerava incapazes as pessoas por nascer, os menores, os alienados, os surdos-mudos, os ausentes, as mulheres casadas e os pródigos (art. 77) (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1882, p. 4).

Não tendo o projeto de FELÍCIO DOS SANTOS obtido êxito, foi contratado um quarto projeto, já na República, em 1890, de ANTÔNIO COELHO RODRIGUES, professor da Faculdade de Direito do Recife, o qual se recolheu nas montanhas suíças para elaborar seu trabalho (RODRIGUES, 1897, p.V).

Também o projeto de COELHO RODRIGUES continha na disciplina das pessoas um esquema de inspiração freitiana — mais próximo, todavia, da versão de NABUCO DE ARAUJO —, com a substituição, porém, das ideias de *incapacidade de fato absoluta* e *incapacidade de fato relativa* pelas ideias de *suspensão* e *restrição do exercício da capacidade civil* (RODRIGUES, 1893, p. 3-5).

Suspendia-se o exercício da capacidade civil, segundo o art. 11: “da menor de quatorze anos e do menor de dezesseis; dos dementes de qualquer espécie; dos surdos-mudos ou cegos de nascença; dos ausentes declarados na conformidade do liv. 3º da Parte Especial” (RODRIGUES, 1893, p. 3). Restringia-se o exercício da capacidade civil, por sua vez, conforme o art. 14: “dos púberes de qualquer sexo, até a sua emancipação; dos presos em cárcere privado ou em cumprimento de sentença, enquanto não cessar o seu constrangimento; dos pródigos, durante o efeito da sua interdição; dos falidos desde a data da falência até a sua reabilitação; dos insolúveis declarados na conformidade do livro 1º da Parte Especial; das mulheres casadas, enquanto se acharem sob a tutela marital” (RODRIGUES, 1893, p. 4).

O projeto de COELHO RODRIGUES, não obstante, a despeito de sua conturbada história ao longo da década de 1890, também não alcançou sucesso, razão pela qual, em 1899, mais um projeto foi contratado, desta vez de outro professor do Recife, o jovem CLOVIS BEVILAQUA (BEVILAQUA, 1956, p. 17).

CLOVIS BEVILAQUA, cujo projeto, apesar de muitos empecilhos, acabou por ser transformado no primeiro Código Civil brasileiro em 1º de janeiro de 1916, foi, juntamente com FREITAS, o maior

responsável pela teoria das capacidades vigente no Brasil desde então (CARVALHO, 2013, p. 207-212).

BEVILAQUA, apesar de se confessar inspirado por FREITAS na elaboração do esquema das capacidades na disciplina das pessoas, promoveu uma alteração substancial no sistema: alterou a distinção que FREITAS havia pensado entre a incapacidade de fato absoluta e a incapacidade de fato relativa, a qual se referia à *abrangência*, e estabeleceu-a sobre a *intensidade*. Ou seja, em FREITAS, os absolutamente incapazes eram aqueles que não podiam pessoalmente praticar *nenhum* ato da vida civil validamente, enquanto os relativamente incapazes eram aqueles que somente não podiam praticar pessoalmente *alguns* atos da vida civil, ou que não podiam praticar pessoalmente certos atos *por certos modos*. Já em BEVILAQUA, os absolutamente incapazes eram aqueles que presumidamente não tinham *nenhum discernimento* para a prática por si dos atos da vida civil, enquanto os relativamente incapazes eram aqueles que tinham o discernimento *incompleto*. Por essa razão, no esquema de BEVILAQUA, os atos praticados pelos absolutamente incapazes eram nulos, enquanto os praticados pelos relativamente incapazes eram anuláveis (BRASIL, 1917, p. 115-116).

No *Projeto Primitivo* — como ficou conhecido o projeto original de BEVILAQUA, antes de passar pela Comissão Revisora — eram absolutamente incapazes (art. 4º): “1º, os nascituros; 2º, os menores de quatorze anos de ambos os sexos; 3º, os alienados de qualquer espécie; 4º, os surdos-mudos, não tendo recebido educação que os habilite a fazer conhecida a sua vontade; 5º, os ausentes declarados tais em juízo” (BRASIL, 1917, p. 97). Por sua vez, eram “incapazes relativamente a certos atos ou ao modo de exercê-los: os maiores de quatorze anos, enquanto não completarem vinte e um anos” (BRASIL, 1917, p. 97).

Outra grande alteração promovida por BEVILAQUA na teoria de FREITAS foi o sepultamento da ideia de *incapacidade de direito*. Apesar de se dizer inspirado por FREITAS, BEVILAQUA acabou adotando um conceito de capacidade de direito que o equiparou ao de personalidade jurídica, tornando-o incompatível, pois, com a ideia de restrição (CARVALHO, 2013, p. 207-212).

Apesar de ter sofrido modificações na enumeração das pessoas absoluta e relativamente incapazes nos trabalhos da Comissão Revisora e, posteriormente, no Congresso Nacional, o esquema de capacidades de BEVILAQUA manteve-se intacto, quanto ao mais, no Código Civil de 1916.

Anos mais tarde, o Código Civil de 2002, que veio a substituir o Código de 1916 no século XXI, acabou mantendo o esquema de capacidades com os contornos que lhe dera BEVILAQUA, alterando, mais uma vez, apenas as *hipóteses* de incapacidade absoluta e relativa.

Eis a versão original dos arts. 3º e 4º do Código de 2002:

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

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

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

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Tal esquema se manteve vigente até a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em 3 de janeiro de 2016.

3. O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, O NOVO ESQUEMA DA CAPACIDADE E DAS INCAPACIDADES DE FATO E AS DIFICULDADES DAÍ DECORRENTES

O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou os arts. 3º e 4º do Código Civil, que passaram a vigor com a seguinte redação:

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 ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Passados dois anos do início da vigência da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, constata-se que as perplexidades que motivaram a organização da primeira edição desta obra ainda subsistem. Questões atinentes à capacidade ou à incapacidade de fato da pessoa com deficiência mental ou intelectual não encontram respostas unívocas na doutrina e na jurisprudência. Além disso, os problemas ligados à adequada proteção e inclusão de sujeitos em posição de vulnerabilidade persistem, culminando na manutenção de um ambiente de demasiada insegurança jurídica. Nesta segunda edição, vários dos artigos foram revisados e acrescidos de outros subsídios teóricos. Também se incluíram novos trabalhos que vêm contribuir para o debate, com a problematização de distintos aspectos relacionados à teoria das incapacidades.



ISBN 978-85-8425-333-3



978-85-8425-333-3