

» ARTIGO

1. A ADEQUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE E O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE NA PROMOÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: NOVOS DESAFIOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

THE ADEQUACY OF THE VULNERABILITY PRINCIPLE AND THE FREE PERSONALITY DEVELOPMENT IN THE PROMOTION OF THE DISABLED PERSON: NEW CHALLENGES OF LEGAL HERMENEUTICS

Fernando Rodrigues Martins¹

RESUMO: A vulnerabilidade, enquanto princípio na lei consumerista, tem aplicabilidade diferenciada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Eventual tensão entre as disposições legislativas deve ser resolvida a favor da norma que melhor favoreça o novo emancipado.

ABSTRACT: *The vulnerability, while principle of national consumer, receives in the limits of the law of person with disabilities. Possible tension between two rules must be solved applying the most favourable standard to new emancipated.*

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa com deficiência. Direitos afirmativos. Vulnerabilidade. Limites e possibilidades. Presunção. Princípio. Capacidade. Autonomia. Independência. Barreiras. Funcionalidade. Hermenêutica emancipatória.

KEYWORDS: *Person with a disability. Affirmative rights. Vulnerability. Limits and possibilities. Presumption. Principle. Capacity. Autonomy. Independence. Barriers. Functionality. Emancipatory hermeneutics.*

SUMÁRIO: 1. Introdução e problematização. 2. O plano da capacidade no EPD e a nova orientação volitiva no âmbito das relações privadas: da dedução (regras) à argumentação (princípios). 3. Valorizando o novo emancipado: a passagem da hipossuficiência à vulnerabilidade situada. 4. Considerações finais: o novo emancipado e sua influência na emancipação do sistema jurídico. 5. Referências.

Introdução e problematização

A inserção dos direitos humanos na normatividade do direito clássico (dogmático e sistemático) se, de um lado, proporcionou acentuada modificação no âmbito da investigação científica², de outro, desdobrou-se timidamente no plano da efetividade. Vale dizer, na perspectiva de ‘como conhecer o direito’ (epistemologia), houve aproximação exitosa ao plano da *racionalidade material*³: justiça. Entretanto, nos lindes dos efeitos a serem projetados pelo direito como instituição transformadora da sociedade, o avanço não foi significativo.

É justamente nesse sentido a forte crítica outrora desenvolvida quanto à chamada ‘universalidade’ dos direitos humanos⁴, porquanto está-se muito mais diante à concretude de direitos humanos categorizados individualmente pela liberdade e próprios ao exercício da autonomia perante o mercado do que aquelas outras projeções essenciais ao livre desenvolvimento da

1 Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFU. Pesquisador Científico no Instituto Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. Diretor do Brasilcon. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil. Associado fundador do Instituto de Direito Privado. Coordenador Regional do PROCON/MG. Promotor de Justiça em Minas Gerais.

2 TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 25. Com extrema desenvoltura explícita a base dos direitos da personalidade como

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 43.

4 FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos*: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro, 2009, p. 16. O saudoso Professor Herrera em visão crítica essencial à formação cultural dos direitos humanos ensina com pertinência temática: “*Essa falsa universalidade colocou-se em evidência quando, a finais do século XX, começaram a proliferar uma após outra as denominadas convenções de direitos humanos, entre cujos objetivos fundamentais estava o de atualizar própria Declaração Universal aos novos problemas que estavam surgindo: meio ambiente, moradia, desenvolvimento, população, emissão de gases tóxicos, direitos das mulheres e das comunidades indígenas [...] Nessas múltiplas convenções que, como dissemos, se desenvolveram durante os anos noventa do século XX, constatou-se de um modo patente que tais direitos não eram considerados homoganeamente por todos os participantes em tais eventos*”.

personalidade, como no casos dos direitos humanos reconhecidos nos Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos ou Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei federal nº 13.146/2015), instrumento legislativo de internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e com vigência recente no Brasil, contextualiza estratégia normativa que enfrenta o paradoxo acima descrito, pois dispõe de dois eixos teleológicos de essenciais destaques: promove a autonomia e liberdade da pessoa com *deficit* funcional mental ou psíquico – outrora tratado pelo Código Civil no plano da incapacidade – e, ao mesmo tempo, discrimina positivamente a pessoa com deficiência no intuito de superação das barreiras impostas pela sociedade em substituição ao anacrônico, vetusto e excludente modelo biomédico de interdição de exercício de direitos⁵.

Em nossa perspectiva podemos dizer que o modelo médico se fixa exclusivamente na pessoa, mediante ética assistencialista, sob o escopo de cura e reabilitação, na perspectiva de reconhecimento de necessidades especiais e gestão de serviços institucionalizados, adotando cultura de manutenção na deficiência e compensando as pessoas pelas respectivas incapacidades. Já o modelo social parte da inadequação dos contextos sociais às pessoas com foco na sociedade e nas barreiras dela advindas, tendo ética baseada na igualdade de oportunidades, com o objetivo de habilitar a pessoa com deficiência, eliminar obstáculos e promover compatibilidades, onde os serviços são de apoio e baseados na comunidade. Há promoção de direitos ao invés de ‘alívio’ de circunstâncias.

Pois bem. A base valorativa a informar tanto da CIDPD e, posteriormente, o EPD prende-se justamente à dignidade da pessoa com deficiência. É importante averbar que a dignidade é compreendida como fonte a justificar e fundamentar todo o sistema jurídico⁶, operando em concretude a partir dos direitos fundamentais relacionados à liberdade, igualdade, solidariedade e integridade psicofísica⁷.

A *latere* de fecundas doutrinas esclarecedoras, cabe o destaque de que a dignidade não pode alinhar-se em planos de metafísicos e transcendentais oriundos de posições hegemônicas. É de melhor alcance a observação da dignidade humana tendo como ponto de partida a formação social dos direitos humanos caracterizada por processos culturais, mediante lutas, conquistas, resistências e, sobretudo, reconhecimento imanente da pessoa e do espaço-mundo⁸.

O descortinar da emancipação das pessoas com deficiência talvez seja a comprovação mais digna da também emancipação do direito privado (hermenêutica emancipatória)⁹, eis que fica nítido o escopo metodológico em atribuir vontade, liberdade, autonomia e responsabilidade ao sujeito real de direitos anteriormente alijado do poder discursivo e meramente cativo das determinações alheias, exigindo do sistema jurídico legislações correspondentes, amadurecimento nas decisões, formação de precedentes, ponderação quanto às consequências¹⁰.

Evidente que mesmo ante a exigência de tantos cuidados

5 FONTES, Ana Paula. *Funcionalidade e incapacidade: conceptualização, estrutura e aplicabilidade da classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde (CIF)*. Loures: Lusodidacta, 2014, p. 5. Para uma referência de diferenciação entre os modelos médico e social: "Do ponto de vista das asserções fundamentais, o modelo biomédico explica a incapacidade, ou de um modo abrangente, a deficiência ou doença, na base de desvios da norma de variáveis biológicas (somáticas) mensuráveis, onde os índices biológicos constituem o único critério para sua definição, onde dicotomicamente a doença ocorre como problema biológico e a saúde como ausência de doença. A autonomia conceitual-afetiva do utente não é considerada, promovendo-se neste um papel passivo e obediente, cujo resultado deriva da autoridade epistemológica do médico/terapeuta. Por seu turno, o modelo social de incapacidade, considera-a como um problema criado pela sociedade e, basicamente, como uma questão de integração plena do indivíduo na sociedade. Neste sentido, a incapacidade não é atributo individual, mas o resultado de um conjunto complexo de condições, sobretudo criadas pelo ambiente envolvente, cuja resolução requer uma ação e responsabilização social, com vista sobretudo às modificações ambientais, necessárias para plena integração das pessoas com incapacidade em todas as áreas sociais".

6 TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista Jurídica*, v. 54, n. 341. Porto Alegre: Notadez, 2006, p. 14. Esclarece: "ao eleger a dignidade humana como valor máximo do sistema normativo, o constituinte exclui a existência de redutos particulares que, como expressão de liberdades fundamentais inatas, desconsiderem a realização plena da pessoa. Vale dizer, família, propriedade, empresa, sindicato, universidade, bem como quaisquer microcosmos contratuais devem permitir a realização existencial isonômica, segundo a óptica da solidariedade constitucional. Sendo assim, não configuram espaços insuscetíveis ao controle social, como queria o voluntarismo, justamente porque integram uma ordem constitucional que é a mesma tanto nas relações de direito público quanto nas de direito privado".

7 MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 130.

8 FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro, 2009, p. 8. Calha novamente ilustrar o pensamento do Professor espanhol que situa o reconhecimento da dignidade 'como condição mundana imanente de um ser humano fronteiriço que luta para encontrar seu lugar no mundo, compartilhando dois conceitos: *atitude* (tendência a fazer algo, tomar posição) e *aptidão* (estar habilitado ou ter o poder-fazer).

9 FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica. *Revista Tribunal Superior do Trabalho*, v. 77. Brasília: TST, 2011, p. 187.

10 Neves, Antônio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

normativos¹¹ e observações quanto à insegurança¹², pode-se dizer que a doutrina nacional de direito civil constitucional¹³ com nítido

- 11 MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. *RDC*. v. 104. Março-Abril. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 203-255. Na oportunidade, escrevemos: “As pontuais abordagens críticas realizadas – insista-se – longe do viés desumano, preconceituoso e discriminador à pessoa com deficiência têm por escopo contribuir na compatível aplicação do EPD, mediante amplo diálogo com as demais fontes existentes em nosso sistema, tonificando ainda mais a necessária promoção. Da maneira como está, a partir da inserção emancipatória sem cuidados protetivos consequencialistas, resta intensificada sobremaneira a fragilidade patrimonial do emancipado, especialmente quando observado no âmbito da sociedade de consumo. Em dias atuais fatos comuns na sociedade indicam fragilidades em demasia a todos os setores e grupos de indivíduos (mesmo que ‘capazes’). Valem os exemplos da chamada ‘democratização do crédito’ e os efeitos nefastos aos grupos de hipervulneráveis diante das conhecidas práticas abusivas de desconto em folha de estipêndio sem sequer a prova de existência da relação jurídica contratual. A tensão entre mercado e direitos são variadas e multiformes, citem-se: concessão de créditos consignados e direitos dos idosos; publicidades dirigidas às crianças e prevenção e tratamento ao superendividamento das famílias; abusos das construtoras e incorporadoras e políticas públicas habitacionais; surpresas decorrentes do comércio eletrônico e a inerente necessidade de proteção do usuário da rede mundial de computadores quanto ao objetivamente declarado e veiculado (proteção da confiança e teoria da aparência). Sem prejuízo de inúmeros outros desequilíbrios e injustiças, o que não é sinônimo do bom direito. Na constatação de que o mercado é ambiente caracterizado por complexas operações, infinitos negócios jurídicos (especialmente atípicos), redes contratuais, rapidez nas transações, prestações de serviços perigosas e desprovidas de (clara, verdadeira e proporcional) informação, produtos inadequados desacompanhados das exigências mínimas de segurança, publicidades agressivas, persuasivas e reiteradas, a possibilidade de rebaixamento da qualidade de vida da pessoa é uma constante: quer considerando a incolumidade existencial, quer a incolumidade econômica. Neste ponto, o EPD não poderia deixar o sujeito por ele tutelado sem os fundamentos essenciais para a necessária promoção, mesmo que dentre eles estivesse o patrimônio (o tão criticado ‘ter’ e os efeitos dele decorrentes), isto porque o rompimento de paradigma só deve ser compreendido como satisfatório quando a clivagem é para sublimação da pessoa e não para o contrário: aviltamento. Não é à toa que a doutrina, vencendo o antigo dualismo da responsabilidade civil, firmou posicionamento sobre a proteção não apenas existencial, mas identicamente patrimonial do consumidor. Prejuízos serão demasiados e possíveis quando, por exemplo, da criação no nicho do mercado financeiro de créditos ‘especiais’ aos novos emancipados com aproveitamento da inerente dificuldade cognoscitiva na compreensão de direitos e deveres. Celebrados os contratos de execução continuada, vinculados à conta corrente ou folha de pagamento da pessoa com deficiência, as instituições financeiras dificilmente darão conta das informações essenciais quanto ao entabulado (CDC, art. 46): prazo de vigência, cobrança de acessórios (juros, correção e tarifas), desconto em pagamento antecipado, margem consignável, comprometimento da renda do núcleo familiar. Igual lesão decorrerá nos contratos de prestação de serviços de saúde, especialmente quando a linguagem extremamente técnica possibilitará subterfúgios em reiteradas negativas pelas operadoras ao sabor de que a pessoa com deficiência, contratante direta, fora esclarecida durante ‘entrevista qualificada’, das doenças prévias que dariam ensejo à cobertura parcial temporária. Enquanto pagas as parcelas mensalmente, a operadora não cumpre a tarefa contratual albergada por cláusula contratual nula de plena direito (CDC, art. 51, inc. I), repassando o risco (que é próprio da natureza contratual) ao agente economicamente mais fraco. O esforço no contrato será protagonizado apenas pelo emancipado a favor da pessoa jurídica”
- 12 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 228. A atualizadora da obra (Prof. Maria Celina Bodin de Moraes) assim expressou: “Alheio a essa nobre função, há muito enunciada pela doutrina, da teoria das incapacidades, provocou o legislador profunda mudança no sistema brasileiro, modificando, com as alterações previstas pela Lei nº 13.146/2015, o rol de incapazes previsto pelo Código Civil por deles retirar todos os enfermos mentais, independentemente de seu nível de discernimento, passando a reputá-los plenamente capazes (art. 6º da lei especial). Em nome de uma bem-intencionada mudança ideológica, deixou, na prática, tais pessoas em princípio menos amparadas, alijando-as do manto protetor antes proporcionado pelo status de incapaz. Na impossibilidade de se superar a mudança legislativa, sobretudo em matéria que, como exposto, tem necessária fonte legal (ordem pública), instaura-se nesse momento grande dificuldade, que demandará os melhores esforços da doutrina e da jurisprudência para que, no afã de se adotar terminologia e tratamento não discriminatórios, não se exponham tais pessoas a toda sorte de riscos, perigos e golpes, supostamente cancelados pela reforma legislativa”.
- 13 TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.) *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 20.

pensamento de ‘promoção’ humana ao invés da pura redoma ‘protetiva’ partiu em computar ganhos científicos, pois verifica-se que a aplicação do estatuto (denominação mais adequada para legislações que versam sobre situações pessoais, etárias e existenciais) é pródiga em não separar o novo emancipado da sociedade, senão introduzi-lo no seio comunitário com ampla participação e manifestação de poder.

À necessidade de inclusão das pessoas com deficiência em todos os plexos sociais, mediante discriminação positiva, somou-se claramente as exigências de autonomia e independência do novo emancipado, rompendo-se quase que integralmente os pontos nucleares do plano da incapacidade canonizado classicamente no histórico da codificação civil de estratificação romano-germânica¹⁴. Mas o EPD foi adiante: reduziu o impacto da vulnerabilidade¹⁵, admitindo-a somente em casos específicos, diferentemente do que ocorre no espaço normativo do Código de Defesa do Consumidor¹⁶, que inclusive também disciplina hipervulnerabilidade¹⁷.

Identifica-se, pois, problema a ser enfrentado no aparente e parcial conflito entre o microsistema de proteção ao consumidor e o estatuto de promoção da pessoa com deficiência, porquanto a vulnerabilidade neste último depende de situações específicas, e não generalizadas. Via de consequência, questiona-se: a vulnerabilidade da pessoa com deficiência é diferenciada daquela dirigida ao consumidor? Como adequar a assimilação da vulnerabilidade sem que a pessoa com deficiência tenha a emancipação mitigada ou relativizada?

- 14 São as seguintes alterações, respectivamente art. 3º e 4º do Código Civil: “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. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.
- 15 Brasil. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Art. 10. Compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida. Parágrafo único. *Em situações de risco, emergência ou estado de calamidade pública*, a pessoa com deficiência será considerada vulnerável, devendo o poder público adotar medidas para sua proteção e segurança.
- 16 Brasil. Código de Defesa do Consumidor. Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.
- 17 Brasil. Código de Defesa do Consumidor. Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.

O plano da capacidade no epd e a nova orientação volitiva no âmbito das relações privadas: da dedução (regras) à argumentação (princípios)

Inicia-se pelo passado, hoje revisto.

O plano da incapacidade concebido pela codificação civil brasileira de 2002, versando sobre o exercício direto de direitos e deveres, tratava de indicar em *numerus clausus* as hipóteses em que a capacidade escapava totalmente do domínio do titular (absoluta) ou poderia ser contextualizada pelo espaço de vontade assistida (relativa). Efetivamente, a base de referidas disposições remonta notadamente o ranço patrimonialista que caracterizou o individualismo em detrimento da vontade como manifestação das liberdades fundamentais, conforme atualmente assegurado no espaço constitucionalizado da pessoa¹⁸.

Esse sistema de incapacidades baseava-se em critérios específicos: maturidade (CC, arts. 3º, I, e 4º, I); ‘sanidade mental’ (CC, arts. 3º, II, e 4º, II); impossibilidade de manifestação de vontade (CC, art. 3º, III); ‘excepcionalidade’ pelo desenvolvimento mental incompleto (CC, art. 4º, III); prodigalidade e dependência química (CC, art. 4º, III e IV).

Some-se que os descumprimentos às determinações do Código Civil quanto ao plano da capacidade são aferíveis mediante o método subsuntivo, baseando-se simplesmente na alocação de premissas e conclusão, oportunidade em que a lei (premissa maior) ganha proeminência sobre o fato (premissa menor), decorrendo a partir disto o sistema de sanções: nulidade ou anulação. Cumpre dizer, os atos desencadeados pelos ‘sujeitos’ de direito contrariamente aos critérios declinados pela legislação civil são tratados como inócuos, insignificantes, sem valor e, via de consequência, desprovidos de projeção de efeitos.

Remarque que a adjudicação das sanções de nulidade ou anulabilidade, conforme se faz disposta na legislação civil (CC, art. 166, inc. I, e art. 171, inc. I), é operacionalizada mediante regra (de caráter *tudo ou nada*)¹⁹, bastando verificar se presente o catálogo

de requisitos quanto às potências volitivas da pessoa em mero esquema de racionalismo formal. Contudo, esse método não absorve e não corresponde amplamente aos fatos sociais e aos problemas decorrentes²⁰, até porque o humano não exerce apenas atos negociais de cunho patrimonial, mas coexiste igualmente em situações existenciais (aliás, estas últimas com maior frequência)²¹.

Portanto, as regras, enquanto tipo normativo, mostram-se inadequadas na resolubilidade de conflitos afetos ao plano da capacidade, especialmente no tratamento das situações existenciais (derivadas diretamente dos direitos humanos) e, via de consequência, quedam-se insuficientes ao tónus qualitativo-primeiro endereçado ao sistema jurídico: o direito como instrumento de justiça²².

Destarte, é correto compreender que a codificação civil, muito embora merecedora de encômios no que respeita ao escopo da ampla proteção patrimonial dos incapazes em exercer diretamente atos e negócios jurídicos, acabou direcionando consequências sancionatórias às manifestações volitivas próprias ao campo existencial da pessoa. Tal evidência, obstaculiza não apenas os direitos de personalidade das pessoas com deficiência, senão também das crianças e adolescentes²³, açambarcando, de todo

20 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de derecho privado: Código civil y Comercial da la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2016, p. 22. Explica o direito como ciência problemática: “El caso es contemplado como un supuesto de hecho de la norma, es decir, que todo el sistema de Derecho Privado regula casos, controversias y no meras declaraciones abstractas. Por esta razón es que los códigos no contienen definiciones teóricas, excepto que tengan un efecto normativo concreto. Esta mención también tiene un significado en materia de política legislativa, ya que la legislación se enfoca en la solución de problemas concretos, lo que implicar concebir el Derecho como una ciencia que no es meramente especulativa, sino referida a problema”.

21 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 451.

22 ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona, 2010, p. 173. Abordando o conceito de justiça: “La respuesta obvia a la pregunta de cómo debe ser el Derecho consiste en afirmar que éste debe ser justo. La justicia viene a ser, pues, algo así como el valor jurídico por antonomasia; si se quiere, una aplicación de la moral al campo del Derecho. No es, desde luego, el único valor jurídico, pero puede considerarse como un valor de totalidad, de manera que afirmar que un determinado Derecho es justo viene a ser una forma sintética de decir que satisface una serie de valores como la igualdad, la libertad y la seguridad”.

23 MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.) *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 317. Explicam: “Não parece razoável atribuir-se a alguém a titularidade de uma situação existencial (rectius, de um direito fundamental) sem lhe conceder a capacidade de exercício. Além disso, a capacidade de agir em matéria existencial não pode ser aferida da mesma forma como se mensura a capacidade para a prática de atos civis de natureza patrimonial. Naquelas matérias, o discernimento será o pressuposto para jurisdicizar e validar a manifestação de vontade do menor. É sob esse fundamento que se sustenta o direito à autonomia da criança e do adolescente, ainda que incapaz”.

18 Brasil. Constituição Federal. “Art. 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: Inciso XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

19 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press; 1978, p. 24.

modo, o livre desenvolvimento da personalidade²⁴.

Não há dúvidas de que a legislação civil como estava – em pleno acordo com modelo biomédico de terapia da insanidade – atuava nitidamente contra a liberdade da pessoa compreendida como ‘incapaz’, que ao seu turno deveria mais especificamente ser compreendida em *deficit funcional mental* ou *intelectual*.

Repercussões sérias e injustas eram perceptíveis a olhos nus na constituição dos direitos da personalidade do titular incapaz quando da aplicação das sanções de invalidade, mesmo diante da ampla proteção econômica. Hipóteses como direito ao matrimônio, direitos sexuais, direito ao corpo, direitos à educação e ao ensino em ambientes comuns, direitos inerentes à cidadania, entre outros, eram impedidos e esvaziados mediante a utilização de institutos protetivos destinados à tutela patrimonial do ‘interditado’.

Cumprir advertir que, como a atuação da liberdade (de base constitucional) no campo do direito privado se dá pela manifestação da vontade (em concretude ao princípio da autonomia privada)²⁵, a legislação civil obnubilou totalmente o ‘*poder-saber*’ e o ‘*poder-querer*’ do então incapaz ante a exigência racional do ‘*saber-entender*’ para ‘*saber-querer*’²⁶.

Em outras palavras, da maneira posta restava obstaculizada a carga argumentativa a favor da liberdade e os próprios direitos humanos²⁷.

Aliás, é importante lembrar que a autonomia privada significa

potestade (exercício de poder nos limites do sistema jurídico)²⁸ e nesse caso a retirada das manifestações de vontade (negocial e extranegocial) da pessoa com deficiência, nada mais e nada menos, significava sua total submissão aos ‘capazes’ detentores de poder. Não é esse o desiderato dos direitos humanos que buscam justamente libertação, emancipação e igualdade entre os diferentes²⁹.

Com redobrado esforço, pode-se arriscar que o caminho natural da pessoa, através do estatuto constitucional, é a liberdade, sendo sua restrição medida extraordinária e exigente de teste argumentativo, onde são exigíveis por parte do Estado ou do particular pela limitação os seguintes pressupostos: i) persecução de fim público; ii) demonstração de razoabilidade da restrição; iii) não desnaturalização dos direitos da pessoa afetada; iv) proporcionalidade entre a situação existente e as medidas tomadas; v) devido processo substantivo³⁰. Ora, no caso da interdição e decreto da incapacidade da pessoa com deficiência por certo a liberdade era conspurcada a nível constitucional, já que clara era a ‘desnaturalização dos direitos’ do titular ao menos no campo da volição quanto direitos existenciais.

O advento do EPD retirou dentre os critérios incapacitantes aqueles respeitantes à higidez de saúde e intelecto evoluindo humanitariamente a disposição legislativa para *deficit* funcional (mental e intelectual). Contudo, diferentemente da legislação civil, não inviabilizou a vontade do titular de direitos e, apenas em situação excepcionalíssima, tratou em permitir, justificadamente, a designação de curatela (EPD, art. 84, § 1º).

24 MOTA PINTO, Paulo. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. Portugal-Brasil ano 2000. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 244. Esclarece: “*consagração de uma tutela geral de personalidade [...] constitui, assim, meio de garantir o livre desenvolvimento da personalidade*”.

25 AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 203. Conceitua: “*a autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes conteúdo e a respectiva disciplina jurídica*”.

26 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 163.

27 ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona, 2010, p. 206. Com retorno ao catedrático da Universidad de Alicante conclui-se: “*Los derechos humanos se han convertido en nuestros días en el banco de pruebas para una teoría de la justicia. A menudo identificamos sin más la justicia con los derechos humanos, o, cuando menos, pensamos que un ordenamiento jurídico que no reconozca o que sea capaz de proteger eficazmente los derechos fundamentales de los individuos no puede calificarse como orden justo. Por eso, juzgamos la validez de una determinada concepción de la justicia examinando qué tipos de derechos se pueden extraer de sus principios y cómo aparecen fundamentados esos derechos. La ideología – en el sentido neutral de sistema de ideas – de los derechos humanos cumple hoy una función análoga a la del cristianismo en la Europa medieval: marca los límites dentro de los cuales puede moverse la reflexión ética y política. Ello explica que se haya podido hablar (en tono crítico) del ‘mito’ o de la ‘religión’ de los derechos humanos, o que nuestra época se haya caracterizado (ahora en términos positivos) como ‘la era de los derechos’*”.

28 FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Granada: Ed. Comares, 2001, p. 36/37. Explicita que “*la autonomía privada no es sólo la libertad o un aspecto de ésta; y ni siquiera es únicamente licitud o facultad, es decir, libertad que se mueve en el ámbito del derecho, dentro de los límites fijados por éste. Esta última concepción representa un paso adelante respecto la idea de la autonomía como mera libertad, pero no pone en evidencia todavía la esencia del fenómeno (tanto más que, aunque sea excepcionalmente, la actividad negocial podría salir de los confines de lo lícito aun conservando plena validez). El negocio jurídico no es resultado del ejercicio de una facultad, es decir, de un obrar lícito según el derecho, o mejor, no es solamente el resultado de éste, sino que es, el resultado del ejercicio de un poder o de una potestad. Y autonomía privada se identifica con este poder o potestad*”.

29 PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Technos, 1984, p. 48. Adverte o conceito de direitos humanos como: “*conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional*”.

30 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de derecho privado*: Código civil y Comercial da la Nación Argentina. Buenos Aires: La Ley, 2016, p. 241.

A orientação emitida pela CIDPD e internalizada³¹ no Brasil pelo EPD reacendeu a vontade (e não a teoria da vontade!) no âmbito da civilidade constitucional atribuindo ao anterior incapaz, agora emancipado, à luz da justiça dos direitos humanos, *capacidade* e *escolha* em indicar o projeto de vida próprio. Essa releitura da vontade é bastante relevante na operabilidade do campo jurídico das relações privadas, considerando dois novos giros temáticos

e normativos: a renovação das bases valorativas que subjazem a manifestação de vontade, conforme a Convenção Internacional; e a necessidade de proteção da inviolabilidade da pessoa do emancipado em virtude das declarações emanadas.

Em primeiro lugar, se anteriormente pelo Código Civil os critérios para verificação da capacidade eram investigados considerando a maturidade, a higidez e a saúde mental, o esbanjamento e as doenças crônicas sociais (dependência química), com o surgimento da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência a manifestação de vontade deve ser interpretada tendo em vista os princípios da 'autonomia' e 'independência'³², que são entre si recíprocos, congêneres e interativos, refletindo diretamente a capacidade do sujeito de direitos e, conseqüentemente, sua dignidade.

Autonomia é manifestação de liberdade e concretiza o exercício *independente* de direitos pela posse do estado de personalidade. Possibilita que a pessoa crie normas para si³³, pressupondo do indivíduo *capacidade* de julgar, analisar, criticar, verificar o certo e o errado³⁴. Por sua vez, a *independência* confere a condição de existência, validade ou *capacidade* de determinado ente sem exigir a ação de outro³⁵. Portanto, ambos os conceitos e tipos normativos desfrutam de reciprocidade e interação dialógica.

Neste ponto é significativo verificar que a atribuição da capacidade não será operacionalizada mediante o método subsuntivo. Os princípios, enquanto normas, têm à disposição a metodologia argumentativa, pois são mandatos de otimização que permitem o atendimento em diversos graus e, por isso, passíveis de complementação, expressando ideias germinais, sem definição

31 MARTINS, Fernando Rodrigues. *A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo*. RDC. v. 104. Março-Abril. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 203-255. Com apoio novamente em escrito anterior: "A Lei 13.146/15 (EPD) tem por escopo incluir e promover a pessoa com deficiência (déficit funcional), conforme Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência da qual o Brasil é signatário. Referido documento internacional tem eficácia direta e imediata no sistema jurídico pátrio nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, Decreto legislativo nº 186/2008 e Decreto 6.949/09, quando passou a vigor internamente, portanto, os direitos ali tratados gozam status de direito fundamental formal. A pessoa, mesmo com deficiência de longa duração (física, mental, intelectual ou sensorial), tem direito a participar plena, efetiva e ativamente da sociedade em igualdade de condições com os demais (EPD, art. 76). A percepção positiva quanto ao EPD decorre de análise histórica. A pessoa com deficiência foi desagregada da sociedade, discriminada como 'incapaz', tratada sem dignidade (e, conseqüentemente, sem autonomia), sendo os portadores de transtornos mentais submetidos a técnicas manicomialmente degradantes. Justamente em razão do tratamento atentatório às respectivas dignidades, a partir dos anos 50 inicia-se movimento liderado especialmente por familiares na tentativa de melhor tratamento jurídico-social às pessoas com deficiência mental mediante o fomento de associações com escopo de proteção, promoção, difusão de conhecimento e conteúdo a esse nicho humanitário até então esvaziado de inclusão. Ademais, a busca de conexões supra estatais acabou articulando novas diretrizes tutelares mediante instrumentos internacionais não obrigatórios (soft law). Neste prisma é possível constatar documentos não vinculativos de ordem internacional: Programa de Ação Mundial para as pessoas com Incapacidade; Diretrizes de Tallinn para o Desenvolvimento dos Recursos Humanos na Esfera dos Impedidos; Diretrizes para o Estabelecimento e Desenvolvimento de Comitês Nacionais de Coordenação na Esfera da Incapacidade ou Órgãos Análogos; Princípios para Proteção dos enfermos Mentais e para o Melhoramento da Saúde das Pessoas com Incapacidade; e Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades para as Pessoas com Incapacidade. A Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, editada em consenso pluriestatal pela Organização das Nações Unidas em 2007, adotou as orientações dos citados documentos internacionais, especialmente no que respeita a assunção do modelo social para reconhecimento da incapacidade (barreiras) superando em parte o modelo médico (deficiência), bem como procedeu a continuidade da noção básica de correlação entre os obstáculos sociais (exclusão, vulnerabilidade e limitação) e o exercício pleno de direitos. Notadamente, porém, a Convenção é vinculativa – e não soft law como os documentos precedentes – operando efeitos e se integrando ao direito interno. Contudo, referida Convenção muito embora não signifique ruptura com os demais documentos, também deles se distancia em termos positivos, considerando: i) inclusão de direitos específicos (valem como exemplo: direito à igualdade, acesso aos direitos humanos e liberdades fundamentais, combate a estereótipos e preconceitos pelos Estados), sem abandono da carga principiológica; ii) concretização da autonomia e independência da pessoa com deficiência como ultrapassagem do anterior paradigma paternalista e assistencialista; iii) ampla vedação à discriminação negativa e paralelamente adoção de discriminação positiva para igualdade substancial; iv) reconhecimento no âmbito da diversidade humana da diversidade das pessoas com deficiência, considerando os tipos de deficiências e tipos de condições sociais (pobreza, gênero, idade) a que as pessoas em promoção estão inseridas. Mais especificamente quanto à igualdade, a Convenção (e, posteriormente, o EPD) é dotada de estratégia bifronte: a evitabilidade da discriminação negativa de sujeitos reais de direito com déficit funcional e a exigência de políticas afirmativas (discriminação positiva) para inclusão do mesmo sujeito. Discriminar negativamente é distinguir, restringir ou excluir, por ação ou omissão, o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais. A propósito, a Constituição Federal já exigia tratamento promocional à pessoa com deficiência (CF, 7º, inc. XXXI; 23, inc. II; 24, XIV; 37, inc. VIII; 40, § 4º, inc. I; 201, § 1º; 203, inc. IV e V; 208, inc. II; 227, § 1º, inc. II), o que autoriza compreender que a única discriminação possível é a de natureza positiva, com vistas à igualação efetiva das oportunidades, até porque a não discriminação, por si só, não alcança o conteúdo da igualdade substancial".

32 "Os princípios da presente Convenção são: a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas".

33 GRISI, Guisepppe. *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 11. Explica: "Parece, em conseqüência, definitivamente, inegável que o fulcro do ato de autonomia privada descansa na vontade, livre e consciente do agente, expressão de poder de auto regulação de seus interesses". Da tradução livre de: "Sembra, dunque, in definitiva, innegabile che il fulcro dell'atto di autonomia privata riposi nella volontà, libera e consapevole, dell'agente, espressione del potere di autoregolazione dei suoi interessi".

34 ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de filosofia*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 116. Com apoio em Kant: "Término para designar la independencia de la voluntad de todo deseo u objeto de deseo, y su capacidad de determinarse conforme a una ley propia, que es la de la razón".

35 FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*. Trad. Márcio Alves da Fonseca e Salma annus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 175. O que não pressupõe a ausência de solidariedade e convivência. Neste sentido a arguta lembrança de Foucault com apoio na sentença Vaticana 39: "Nem é amigo quem busca sempre a utilidade, nem quem nunca associa à amizade; pois o primeiro o benefício o tráfico do que se dá em troca, o outro rompe com a boa esperança para o futuro".

total das condutas. Destarte, a abertura semântica é capaz de estabelecer contato com outros princípios e busca de concretização, mediante a dimensão de peso. Argumentando, se pondera e “ponderar é estabelecer comparações, estabelecer o peso de cada um e aplicar o maior no caso concreto”³⁶.

A utilização do método argumentativo (com verificação de pesos entre os princípios em jogo e em eventual conflito) vai de encontro ao EPD no âmbito da funcionalidade. Observe que a Lei nº 13.146/15³⁷ permitiu flexibilidade na fixação dos limites da curatela, se for o caso, indicando, a partir de equipe multidisciplinar, as potencialidades da pessoa com deficiência. Em outras palavras, *balanceando* as possibilidades no exercício de potestades conforme as barreiras sociais, o sistema jurídico e os direitos humanos.

Em segundo lugar, as declarações de vontade do novo emancipado são manifestações associadas ao exercício da dignidade. A doutrina alemã, neste ponto, já tratava a dignidade como ‘*realidade no ordenamento quando assegura uma esfera ao indivíduo que lhe permite atuar como ser independente e responsável de si mesmo*’³⁸.

Pois bem, atento a esta observação, vale concluir que a verificação da capacidade não está fundamentada apenas em normas de direito privado e leis ordinárias, senão capitaneadas por direitos fundamentais positivados na Constituição Federal e por direitos humanos oriundos da CIDPD. Via de consequência, o cuidado com a inviolabilidade da pessoa com deficiência é essencial como medida de respeito à esfera íntima e privada de modo a exigir não apenas reparação quando da violação, senão medidas

preventivas contra eventuais atentados³⁹, especialmente oriundos da manifestação de vontade⁴⁰.

Esses dois giros temáticos acima mencionados encontram abrigo na doutrina de direitos humanos (de inspiração kantiana e liberal) que restam justificados a partir: *i) do princípio da inviolabilidade da pessoa* que impede se possa impor carga ou sacrifício a certos indivíduos sem contar com o consentimento esclarecido; *ii) do princípio da autonomia* que determina ao Estado permanecer neutro nas escolhas quanto aos planos de vida individual e ao mesmo tempo facilitar a persecução de ditos planos, uma vez escolhidos; *iii) do princípio da dignidade*, pelo qual as pessoas devem ser julgadas e tratadas de acordo com as condutas realizadas, e não segundo as posses, riquezas, raça, sexo, saúde, religião e crenças⁴¹.

Valorizando o novo emancipado: a passagem da hipossuficiência à vulnerabilidade situada

Ultrapassado o *cotejo crítico* quanto ao instituto da incapacidade civil da pessoa (capacidade de fato), isto porque a vocação anterior alocada no Código Civil (arts. 3º e 4º) demonstrou-se, sobretudo, de natureza patrimonial – *nada indicando sobre as relevantíssimas questões existenciais dos “sujeitos” ali tratados*⁴², rume-se a outro eixo de fundamental pertinência: a vulnerabilidade⁴³.

36 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de derecho privado: Código civil y Comercial da la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2016, p. 241.

37 O art. 114 do EPD modificou a redação do art. 1.772, conforme as potências do titular de direitos. Observe: “Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador. Parágrafo único. Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa”.

38 OEHLIN DE LOS REYS, Alberto. *La dignidade de la persona: evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Dykinson, 2010, p. 253. Com apoio em NIPPERDEY, Hans Carl, *Die Würde des Menschen*, en la edición de NEUMANN, Franz L. NIPPERDEY, Hans Carl / SCHEUNER, Ulrich, *die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*. Vol. II. Duncker & Humboldt, Berlin, 1954.

39 FERREIRA, Keila Pacheco. *Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade*. Tese de doutorado, São Paulo, USP, 2014. A autora versa sobre a ‘cláusula geral de responsabilidade preventiva’, conforme art. 12 do Código Civil brasileiro. Em outros termos: o necessário diálogo entre a tutela civil inibitória e a responsabilidade civil é extremamente exitoso na efetividade dos direitos da personalidade, como forma de promoção da pessoa humana. Dito de outro modo: é essencial que a responsabilidade civil, a partir das cláusulas gerais, cumule situações de evitabilidade e de indenizabilidade e em algumas hipóteses possibilite visualizar a graduação do dano para evitar prejuízos maiores. Aliás, é este o escopo de outras normas no direito pátrio, a exemplo da Constituição Federal (CF, art. 5º, inciso XXXV), do Código de Defesa do Consumidor (CDC, art. 6º, inciso VI) e, inclusive, legislação de âmbito penal como na hipótese da violência contra a mulher (Lei federal nº 11.340/06, art. 22, III, b).

40 O EPD assim disciplina: “Art. 12. O consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa com deficiência é indispensável para a realização de tratamento, procedimento, hospitalização e pesquisa científica. § 1º Em caso de pessoa com deficiência em situação de curatela, deve ser assegurada sua participação, no maior grau possível, para a obtenção de consentimento”.

41 NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Paidós, 1984, p. 110.

42 FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 85. Aguda observação: “Não sem sentido, nestes quadrantes, o sujeito não é em si, mas tem para si titularidades. É mesmo pessoa real e concreta (cujas necessidades fundamentais como moradia, educação e alimentação não se reputam direitos subjetivos porque são demandas de ‘outra ordem’), e é mais um individual patrimonial”.

43 A Res. 39/245/1985 da Organização das Nações Unidas, ao tratar das linhas gerais de proteção ao consumidor, identifica no item 1 a vulnerabilidade (*imbalances*) do consumidor como pressuposto básico de consolidação das tratativas supranacionais no que respeita esse direito humano.

A vulnerabilidade encontra fundamento no princípio da igualdade substancial e parte da presunção de que a intensa discrepância entre os agentes econômicos (fornecedor e consumidor), independentemente do exercício da capacidade, merece promoção e tutela⁴⁴. Portanto, tem intenso arrimo constitucional⁴⁵ e se encontra fragmentada em diversas espécies⁴⁶.

O EPD estabelece a vulnerabilidade da pessoa com deficiência em dois sentidos. De forma inaugural, indica como vulneráveis as crianças, adolescentes, mulheres e idosos com deficiência (EPD, art. 5º, parágrafo único). Em seguida, estabelece que a vulnerabilidade deverá ser reconhecida em situações de risco, emergência ou estado de calamidade pública (EPD, art. 10, parágrafo único).

44 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 66. Explica: “a noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou de debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica [...] A opção do legislador brasileiro foi pelo estabelecimento de uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, de modo que todos os consumidores sejam considerados vulneráveis, uma vez que a princípio não possuem o poder de direção da relação de consumo, estando exposto às práticas comerciais dos fornecedores no mercado”.

45 LORENZETTI, Ricardo Luís. *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2003. p. 35. Neste sentido: “La vulnerabilidad del consumidor es la que justifica la aplicación del principio protectorio constitucional (...). Hemos afirmado que el Derecho del consumidor es un área del Derecho protectorio, de base constitucional, que tiene manifestaciones en todos los ámbitos en base a un orden público que se impone en las relaciones jurídicas, tanto para proteger, como para ordenar la sociedad en base a principios de socialidad. Existe un supuesto de hecho que es el que demanda la protección, un estado de riesgo colectivo o de una clase o grupo, que el Derecho atiende especialmente. La noción de vulnerabilidad define el supuesto de hecho de la norma de protección”.

46 NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Doutrinas essenciais do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 431- 461. Classificam: “Assim, a vulnerabilidade é norma cogente e deve ser observada nas relações de consumo. A vulnerabilidade não se confunde com a hipossuficiência. Entendemos que a primeira é mais ampla do que a segunda. A primeira é o gênero, a segunda a espécie. Há quatro espécies de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional. A vulnerabilidade técnica significa que o consumidor não detém conhecimento específico sobre o produto adquirido e, por isso, é mais facilmente enganado quanto à especificação e utilidade do bem ou do serviço. Na vulnerabilidade jurídica, o consumidor tem carência no conhecimento jurídico específico, estendendo-se também para o conhecimento contábil e o econômico. Na vulnerabilidade fática ou socioeconômica, o fornecedor que possui grande poder econômico em razão de sua posição de monopólio, fático ou jurídico, impõe sua superioridade em face do consumidor que, muitas vezes, é hipossuficiente. A vulnerabilidade informacional é o maior fator de desequilíbrio entre o consumidor e o fornecedor, porque este último é o único verdadeiramente detentor da informação. Como dissemos, a vulnerabilidade não se confunde com a hipossuficiência. O significado de (pessoa) hipossuficiente ensinado pelos dicionaristas é o seguinte: “Diz-se de, ou pessoa que é economicamente fraca, que não é autossuficiente”. Para o CDC, a vulnerabilidade é a regra para todos os consumidores, mas nem todos são considerados hipossuficientes. Por exemplo, o art. 6º, VIII, do CDC, estabelece, dentre os direitos básicos do consumidor: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. A hipossuficiência deve ser analisada pelo magistrado, no caso concreto, e é caracterizada quando o consumidor apresenta traços de inferioridade cultural, técnica ou financeira”.

Transparece claramente que a *ratio juris* que orientou o legislador na internalização do EPD foi afastar ao máximo a intervenção de terceiros e do próprio Estado na formação da vontade do novo emancipado, tanto que na primeira hipótese acima declinada simplesmente discriminou a pessoa com deficiência do sexo masculino em faixa etária adulta dos demais *status* (criança, adolescente, mulher e idoso). Não fosse isso, ainda considerou que apenas em circunstâncias aflitivas (risco, emergência e estado de calamidade) – e aí incluía-se o gênero masculino adulto – a vulnerabilidade é aplicável.

A lei consumerista, ao seu tempo, também em dois dispositivos trata da vulnerabilidade. Inicialmente, utiliza a presunção absoluta para o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, sem qualquer discriminação quanto o *status* da pessoa (CDC, art. 4º, inciso I). Em outra passagem, concede substância normativa ao implemento doutrinário da hipervulnerabilidade⁴⁷ ao considerar como prática abusiva por parte do fornecedor o induzimento ao consumo do ‘fraco ou ignorante’, considerando idade, saúde, conhecimento ou condição social (CDC, art. 39, inc. V).

Observe eventual discrepância entre referidas legislações, ambas derivadas de discursos de direitos humanos, porquanto no EPD a invocação da vulnerabilidade se dá em casos específicos, enquanto no CDC a vulnerabilidade é potencializada como princípio, o que autoriza juízo de ponderação, densidade axiológica, flexibilidade, plasticidade e diferenciação de sujeitos para justiça distributiva, permitindo inclusive ampliações (v.g., finalismo aprofundado).

Em si, o conflito não é de negação quanto à vulnerabilidade, já que ambas as leis dispõem quanto à presunção. O conflito é de extensão e limites, já que os escopos das normas são diversos: o CDC busca o equilíbrio entre atores no mercado atuando pela igualdade substancial; o EPD foca na emancipação da pessoa com deficiência no âmbito social e estatal mediante discriminação positiva (um salto maior).

47 MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. *RDC*. v. 104. Março-Abril. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 203-255. Conceituamos a hipervulnerabilidade: “A hipervulnerabilidade é normativamente (CDC, art. 39, inc. IV) constatada naquelas circunstâncias fáticas respeitantes às pessoas contingencialmente situadas em demais assimetrias, as quais se somam à qualidade de consumidor vulnerável. São condições humanas e sociais a ensejar desníveis potencialmente acentuados, levando em consideração: linguagem (analfabetismo absoluto e analfabetismo funcional), idade (idoso e criança), território (estrangeiros, imigrantes), saúde (enfermidade), medo (e o dolo de aproveitamento pela publicidade enganosa). E justamente pelo intenso e considerável desequilíbrio são vítimas comumente de posições abusivas que atentam contra a inerente fragilidade (‘abus de faiblesse’)”.

Calha o registro de que o EPD, ao tratar da vulnerabilidade, exige a exposição da pessoa com deficiência ao 'risco', além de duas outras circunstâncias já conceituadas por lei (emergência⁴⁸ e estado de calamidade⁴⁹), e que por isso não merecem maiores considerações. A designação de risco reúne dois elementos. Em primeiro, a *incerteza* em relação à ocorrência, à magnitude, ao momento de alguma situação negativa no plano fático. Em segundo, o *desvalor* como juízo que suscita análise depreciativa, através da percepção, falta de informação, subjetividade e prognose⁵⁰.

Segundo a doutrina especializada no direito do consumidor, a vulnerabilidade "é mais um estado da pessoa, um estado inerente ao risco ou sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado"⁵¹. Pode-se dizer, portanto, que a indicação do 'risco', como situação a reconhecer a vulnerabilidade (EPD, art. 10, parágrafo único), espantaria eventual conflito entre ambas as legislações. Para tanto é necessário assumir como verdade irrefutável que as atividades e ações no mercado e na sociedade sejam, de fato, caracterizadas plenamente pela incerteza e pelo desvalor, o que não parece uma realidade. A sociedade não é de risco: a sociedade é 'posta' em risco⁵², e o mercado também é espaço de solidariedade, com previsão aos riscos⁵³.

Com isso, pode-se aferir que a vulnerabilidade na lei de inclusão das pessoas com deficiência não desfruta do mesmo tratamento

48 Brasil. Lei nº 9.656/98. Art. 35, inc. I.

49 Brasil. Lei nº 12.340/10.

50 REGO, Margarida Lima. *Contrato de seguros e terceiros. Estudos de direito civil*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 69.

51 MARQUES, Cláudia Lima, MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 117. E continuam: "A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a 'explicação' destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa".

52 FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro, 2009, p. 18. Em árdua crítica a Ulrich Beck que a seu ver apenas tenta apresentar soluções para os efeitos do risco, mas não combater suas causas: "Ulrich Beck ao abordar, a partir da perspectiva da modernidade reflexiva ou segunda modernidade, tais riscos, propõe que a insuficiência das categorias empregadas pelo pensamento político herdado, exige-nos mudar profundamente nossas ferramentas, conceitos e termos empregados na análise do político nas sociedades contemporâneas [...] A pergunta é por que Beck, depois de constatar tais riscos produzidos pela própria modernidade, nos propõe unicamente vias de saída que não rompem com suas causas reais?".

53 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 521. Relembra: "O mercado se apresenta como risco, mas razoavelmente previsível, como concorrência entre iniciativas, mas leal e correta, além do mais garantida por regras e por limites. A função do mercado se deduz dos mesmos valores que, imanentemente, do seu interior, vinculam a liberdade econômica legitimando-a como poder de relevância constitucional. Nisso consiste o nexo indissolúvel entre liberdade de iniciativa econômica e valores personalistas e solidários, na medida em que invioláveis são os direitos do homem e inderrogáveis são os deveres de solidariedade econômica, política e social".

verificado no Código de Defesa do Consumidor. Aliás, ponto estratégico e de luz no EPD, com fulcro na incessante busca da autossuficiência do 'outrora incapaz', está positivado do parágrafo segundo do art. 4º quando estabelece: "a pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes da ação afirmativa".

Destarte, o EPD faculta ao novo emancipado fazer jus ou não das políticas afirmativas, razão pela qual pode-se compreender que houve cuidado por parte do legislador ao não traçar de forma geral e abstrata a vulnerabilidade como assim faz o CDC. Regulou-a diante o caso concreto, o que demonstra nova espécie de vulnerabilidade: 'situada' à especificidade do fato e própria à pessoa com deficiência.

Vale dizer que entre o risco no mercado e o risco aos direitos existenciais e de personalidade, o legislador optou em proteger os últimos, a fim de não prejudicar a emancipação e nem mesmo a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Em rica passagem sobre a liberdade de arte no direito constitucional, onde havia disputa entre o direito de escritor – narrador de parte real sobre a vida de determinada atriz – ensina Erik Jayme sobre a prevalência dos direitos da personalidade⁵⁴ ante a liberdade artística, já que preceito de dignidade.

É importante compreender que a vulnerabilidade é forte aríete na proteção ao novo emancipado, contudo sem prejudicá-lo em sua afirmação.

Considerações finais: o novo emancipado e sua influência na emancipação do sistema jurídico

É dever da ciência possibilitar amplo debate, fixar premissas para novos conceitos e buscar soluções adequadas, respeitando o pluralismo a coerência do sistema. E nesse diapasão, nova espécie de vulnerabilidade foi identificada.

54 JAIME, Erik. Liberdade de arte no direito constitucional: repercussões no direito privado. In: GRUNDMANN, Stefan; MENDER, Gilmar; MARQUES, Cláudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel (Coords.) *Direito privado, Constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de juristas no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 146. Trata-se do caso *Esra*: "Mas, no âmbito da ponderação entre os dois direitos, a Corte levou em consideração que o romance descreveu a vida real no sentido que uma obra de arte deste tipo é menos protegida que uma obra que cria uma nova realidade estética diante da realidade. O direito da personalidade das pessoas descritas torna-se, sempre no âmbito desta ponderação, mais importante se o autor transforma a realidade só em parte e não inteiramente numa obra de ficção".

Entretanto, é possível, mesmo respeitados os valores subjacentes que limitam a vulnerabilidade a favor da emancipação, sobrevir prejuízos e eventuais danos à pessoa com deficiência no mercado. Nesta hipótese, talvez a promoção do novo emancipado deixaria de ser eficiente, abrindo espaço para o retrocesso e esvaziamento protetivo de núcleos de direitos fundamentais.

Evidente a considerar a natureza humanística de ambas legislações (EPD e CDC), seja mais consentâneo realçar a convivência pacífica⁵⁵ entre normas utilizando como modelo hermenêutico aquele próprio ligado aos direitos humanos, atribuindo primazia à interpretação inclusiva⁵⁶ 'pro homine', própria aos desideratos humanitários⁵⁷.

Constatável neste prumo a transformação não apenas das pessoas e da sociedade, senão do Direito, até porque para poder-fazer, garantir e tornar os direitos efetivos o sistema jurídico também vai evoluindo, desdobra-se. O direito antes perfilhado como de cunho normativista, dedutivo, excludente e, sobretudo, como meio de opressão e dominação dos fracos, abre-se na contemporaneidade – mesmo com inúmeros obstáculos – vencendo preconceitos, ódios, segregações e diferenças.

Tudo isso equivale dizer que o antigo e temido 'louco de todo o gênero'⁵⁸ de ontem é um dos principais protagonistas da hermenêutica que emancipa o direito hoje⁵⁹.

55 SUPHANOR, Nathalie. *L'influence du Droit de la Consummation sur le système juridique*. Paris: LGDJ, 2000.

56 Há várias possibilidades para a *interpretação inclusiva*, todas no sentido agregar pessoas, normas e fatos jurídicos. Com apoio em GARGARELLA, Roberto. *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 17, colhe-se: "existen grupos cuyas 'vozes' resultan sistemáticamente ausentes de la discusión pública (es decir, muchos grupos de inmigrantes); grupos que siempre aparecen alineados dentro de minorías muy reducidas (es decir, ciertos grupos de aborígenes); grupos sobre los cuales se ciernen persistentes amenazas que, por alguna razón, el poder judicial se resiste a renunciar (es decir, más pobres)".

57 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos*. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1996, p. 34. Ensina: "no presente domínio de proteção a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas".

58 Outrora era a expressão contida no inciso II do art. 5º do Código Civil de 1916.

59 FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica. *Revista Tribunal Superior do Trabalho*. v. 77. Brasília: TST, 2011, p. 187. Explica-a: "a partir de uma alavanca histórica e um determinado estímulo filosófico, sustentar a constitucionalização prospectiva de uma hermenêutica emancipatória do Direito Civil brasileiro".

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de filosofia*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1983.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos*. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1996

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press; 1978.

FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro: elementos constitucionais para uma reflexão crítica. *Revista Tribunal Superior do Trabalho*. v. 77. Brasília: TST, 2011.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade*. Tese de doutorado, São Paulo, USP, 2014.

FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Trad. Luis Sancho Mendizábal. Granada: Ed. Comares, 2001.

FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro, 2009.

FONTES, Ana Paula. *Funcionalidade e incapacidade: conceptualização, estrutura e aplicabilidade da classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde (CIF)*. Loures: Lusodidacta, 2014.

FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*. Trad. Márcio Alves da Fonseca e Salma annus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GARGARELLA, Roberto. *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999.

GRISI, Guiseppe. *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*. Milano: Giuffrè, 1999.

JAIME, Erik. Liberdade de arte no direito constitucional: repercussões no direito privado. In: GRUNDMANN, Stefan; MENDER, Gilmar; MARQUES, Cláudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel (Coords.) *Direito privado, Constituição e fronteiras: encontros da Associação Luso-Alemã de juristas no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de derecho privado: Código civil y Comercial da la Nación Argentina*. Buenos Aires: La Ley, 2016.

_____. *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. *RDC*. v. 104. Março-Abril. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coords.) *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOTA PINTO, Paulo. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. Portugal-Brasil ano 2000. Coimbra: Coimbra, 1999.

NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Paidós, 1984.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Doutrinas essenciais do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OEHLIN DE LOS REYS, Alberto. *La dignidade de la persona: evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación com los valores y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Dykinson, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Technos, 1984.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

REGO, Margarida Lima. *Contrato de seguros e terceiros*. Estudos de direito civil. Coimbra: Coimbra, 2010.

SUPHANOR, Nathalie. *L'influence du Droit de la Consummation sur le système juridique*. Paris: LGDJ, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista Jurídica*, v. 54, n. 341. Porto Alegre: Notadez, 2006.

_____. *Atutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.