

11. ALGUNS REFLEXOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA CAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DE EMPRESA.

SOME REFLECTIONS OF THE STATUTE ON PERSONS WITH DISABILITIES ON THE CAPABILITY TO EXERCISE BUSINESS

Caroline da Rosa Pinheiro¹
Thainara Costa²
Thais Costa²

Resumo

O presente trabalho tem como escopo a análise da Lei nº 11.146/15, também conhecida como Estatuto da pessoa com deficiência (EPD) ou Lei Brasileira de Inclusão (LBI), face às alterações no regime da capacidade. Dentre as inúmeras repercussões trazidas no bojo do direito pátrio, sobleva aquelas atinentes ao direito civil em geral, e ao ramo empresarial em específico, conquanto a partir do marco legislativo em análise, pode a pessoa com deficiência intelectual e/ou mental, a princípio, constituir empresa. À vista do exposto, a metodologia adotada consiste em pesquisa teórica com revisão de literatura tendo como partida a reflexão da novel legislação. Para tanto, através do estudo de trabalhos jurídicos já produzidos e apoiados no modelo social da deficiência, busca-se produzir reflexões que possam apontar uma melhor interpretação e aplicação no que atine a constituição/continuação de empresa por pessoa com deficiência mental e/ou intelectual.

Com efeito, problematiza-se a possível contrariedade na qual incorreu o legislador ao conferir maior autonomia às pessoas com deficiência, através da alteração do regime das capacidades; e, ao mesmo tempo, deixou de tutelar situações eminentemente vulneráveis, nas quais a proteção pelo direito é clamada a fim de proteger tal grupo nas relações patrimoniais e comerciais. Nesse meada, destaca-se que a interpretação e aplicação literal destas mudanças podem acarretar em contradições com a finalidade da norma, cujo escopo é justamente a proteção.

Palavras-chaves: Direito Empresarial. Estatuto da Pessoa com deficiência. Capacidade civil e empresarial.

Abstract

The scope of the present paper is to analyze the Law nº 11.146/15, also known as Statute on Persons with Disabilities (EPD) or Brazilian Inclusion Law (LBI), aiming at the changes in the capability regime. Among the uncountable reflexes brought in the national law, overshine those related to civil law, in general, and to commercial law, specifically. In effect, with the new legislation here discussed, the individual with intellectual and/or mental disability, in principle, can constitute business. Under the light of what has been exposed, the adopted methodology consists in a theoretical research with literature revision, considering the new legislation as a starting point. This is accomplished through studies of juridical papers already published,

¹ Professora de Direito Empresarial na UFJF. Doutora em Empresa e Atividades Econômicas pela UERJ.

² Graduanda em Direito pela UFJF.

supported on the social disability model, focusing on new insights that may point better interpretation and application on the subject of constitution and development of enterprises by a person with mental and/or intellectual disability.

Effectively, the paper highlights and discusses the contrariety in which the legislators incurred when providing more autonomy to people with disability, through alteration of the capabilities regime; and, meanwhile, did not take care of vulnerability situations, in which the protection by law is necessary to protect such group in the patrimonial and commercial relations. In this sense, stands out the fact that the interpretation and literal application of these changes may lead to contradictions in the rule's goal, whose aim is to exactly protect.

Keywords: *Commercial Law. Statute on Persons with Disabilities. Civil and business capability.*

Introdução

A deficiência é inerente à diversidade humana porquanto o padrão normativo, em que pese dominante, não abarca sua multiplicidade e heterogeneidade. Isso porque, cada pessoa constitui-se como ser único, com suas especificidades e singularidades, de modo que não podemos falar, à luz do século XXI, de padrões físicos e psicossociais restritos a um único modo de ser e de se expressar que delimitam e encerram a pessoa humana. Nesta ótica, a forma de se encarar as limitações produzidas pela deficiência é ressignificada, destacando-se o modelo social, cuja premissa é de que as dificuldades na inclusão das pessoas com deficiências advêm sobretudo do modo como a sociedade encara e lida com as restrições de ordem física, intelectual e sensorial. Com efeito, este modelo preconiza a adaptação da sociedade às pessoas com deficiência, de modo a possibilitar meios de superação das múltiplas barreiras socialmente impostas, que acarretam em segregação e exclusão³.

Com a Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência da ONU, ocorrida no ano de 2006 e seu protocolo facultativo⁴, o Brasil se tornou país signatário, passando a mesma ostentar status de emenda constitucional, porquanto aprovada segundo o rito do artigo 5º, §3º da Constituição⁵. Esta adesão ensejou profundas alterações legislativas em nosso ordenamento, sendo a mais importante a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) ou Lei Brasileira de Inclusão (LBI) de 2015, com vigência desde ano de 2016. Tendo em vista o escopo de inclusão e promoção da pessoa com deficiência, o texto legislativo revisitou institutos clássicos do direito civil, notadamente o regime das capacidades, curatela, interdição e prescrição, modificando substancialmente o modo de aplicá-los e interpretá-los. Cuida-se, na realidade, de verdadeira efetivação dos dispositivos constitucionais, pois, embora não tenha o

³ Os modelos de tratamento conferidos à pessoa com deficiência são classificados segundo a doutrina em três, são eles: O modelo religioso/moral, o modelo médico, e o modelo social. O primeiro encara a deficiência sob a ótica religiosa, entendendo-a como punição divina ou como fruto do pecado, o qual acarretou em práticas infanticidas e genocidas. O segundo atribui à deficiência um caráter patologizador, de modo que a ciência através da reabilitação física, psíquica ou sensorial poderia “normalizar” os corpos e as mentes que se encontravam fora do padrão normativo. Por sua vez, o modelo social, nos termos de Sidney Madruga, “aponta a inadequação da sociedade para incluir aquela coletividade. O problema está “na sociedade” e não no indivíduo. É o contexto social que gera a exclusão. (MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos*” São Paulo: Saraiva, 2016. p. 36/37).

⁴ Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

⁵ Art. 5º [...]

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018).

Constituinte de 1988 dispensado maior atenção à causa das pessoas com deficiência, elegeu a dignidade humana como princípio fundante da República, bem como objetivou a construção de uma sociedade livre justa e solidária, na qual preconceitos de qualquer ordem deverão ser mitigados a fim de promover o bem estar de todos. Nesse sentido, a LBI, ao criar instrumentos necessários à inclusão social é à efetivação dos direitos fundamentais, realizou imperativos constitucionais há muito ansiados por esta coletividade invisibilizada e vulnerável. Se por um lado, a LBI criou um novo paradigma no que diz respeito ao modo de se conceber a deficiência e incluir estes grupos na sociedade; por outro, suscitou inúmeras indagações aos juristas na aplicação e interpretação de tais institutos, pois, na prática, constatam-se lacunas legislativas na sua regulamentação, de modo a deixar, ocasionalmente, ainda mais vulneráveis aqueles que objetivou proteger.

1. Pessoa com deficiência e capacidade civil

A ordem jurídica reconhece a todo ser humano, sem distinção, a capacidade para aquisição de direitos na vida civil, conquanto correlata a ideia de personalidade jurídica e cujos atributos garantem em caráter universal a capacidade de toda e qualquer pessoa adquirir direitos e deveres, o que, sem dúvidas, exprime significativa conquista alcançada pela civilidade. Análoga à noção de personalidade, está a capacidade de direito, pois como ensina Caio Mário, “de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele”⁶. Não basta, contudo, a presença da capacidade de direito para que o exercício dos direitos e deveres se dê de forma pessoal e direta, posto que a legislação ultrapassa a esfera de vontade de praticar determinado ato, exigindo discernimento de quem pratica, isto é, deve-se desfrutar da capacidade de entender e responsabilizar pelas escolhas feitas, pelo que se denomina capacidade de fato ou exercício. Se a capacidade de direito não comporta gradação, uma vez que ligada aos atributos da personalidade, por seu turno, a capacidade de fato permite qualquer modulação em razão do grau de discernimento que a pessoa detenha concretamente. Daí decorre que ausentes requisitos materiais que confira autonomia e discernimento ao indivíduo para a prática de certos atos, este poderá sofrer as chamadas “limitações à sua capacidade jurídica” e condicionará a validade dos atos à intervenção de um terceiro, que o represente ou o assista. Oriunda, pois, toda incapacidade da lei, importa para incidência de seus efeitos, a apuração do discernimento, sendo este “fator que qualifica a vontade de todas as pessoas (com ou sem deficiência), sem qualquer distinção”.⁷ O regime das capacidades foi arquitetado tendo em vista a tutela patrimonial do incapaz, com presunção da ausência de discernimento para que ele “administre” seus próprios interesses. Dessa forma, acabava o antigo regime por estender tal tutela às questões de ordem existencial, tais como escolhas sexuais, conjugais e familiares, resultando na negligência em considerar a vontade dessas pessoas. Incorporando as críticas, o Estatuto revisitou o regime das incapacidades e rompeu com a noção de que deficiência é sinônimo de incapacidade.

Nesta ótica, estabelecida a clássica distinção concretizada pela doutrina entre capacidade de direito e capacidade de fato ou de exercício, posto que essencial para entender o regime das capacidades, previsto no 2º ao 4º artigo do Código Civil, e as mudanças nele operadas, passa-se à análise de tais modificações, bem como ao destaque das críticas que vêm

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 1. 29 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 221.

⁷ MENDONÇA, Bruna de Lima. Proteção, liberdade e responsabilidade: uma interpretação axiológico-sistemática da (in)capacidade de agir é da instituição curatela. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna de Lima; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo: 2017. p. 43.

sendo aventadas pela doutrina e as possíveis consequências advindas com a inovação legislativa.

Em atenção às diretrizes da Convenção de Nova Iorque, que fixou para os Estados signatários a obrigação de reconhecerem “que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”⁸, o legislador infraconstitucional, modificando a centenária teoria das incapacidades, rompeu com o sistema de proteção para dar lugar à emancipação e ao empoderamento do indivíduo. Amparada na metodologia civil-constitucional, a alteração promovida é no sentido da valorização da dignidade e da autonomia da pessoa, facilitando sua inclusão social na medida em que se supera a visão protecionista e paternalista segundo a qual à pessoa com deficiência não é dada razão nas escolhas por ela eleitas. Na análise de Flávio Tartuce, essa modificação facilita a inclusão social proporcionando a superação da dignidade-liberdade pela dignidade-autonomia⁹. Em que pese os incontáveis avanços promovidos no seio da capacidade, por razões de ordem técnica e prática, ocasionalmente, encontrar-se-á o julgador defronte situações em que a pessoa com deficiência cuja capacidade, segundo a ordem jurídica, seja reputada plena; contudo, no plano fático restará demonstrada a inviabilidade de se conferir tal status a ela, sob pena de vulnerabilizar a quem mais objetivou proteger. Em casos extremos, verificando o juiz que as particularidades do caso concreto possam desproteger a pessoa com deficiência, ora reputada plenamente capaz e responsável por seus atos, outra saída não há senão aplicação dos novos e antigos institutos existentes na legislação que visam salvaguardar os seus interesses, a exemplo da curatela e tomada de decisão apoiada (TDA). Importa salientar que qualquer interpretação literal da LBI parece prejudicial, pois, como se discutirá adiante, há lacunas deixadas pelo legislador que só podem ser solucionadas lançando mão da interpretação lógica-sistemática e teleológica-axiológica, pois, ao revés, poderia a norma entrar em contradição com seu fim, qual seja, a realização dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência.

No mesmo sentido, Roberto Caldas cuidou em analisar a interpretação das normas sobre direitos humanos segundo o princípio *pro personae*. Nesta ótica, a Convenção só pode ser implementada no sentido de ampliar a proteção às pessoas com deficiência, jamais de modo a restringi-la. Isso significa que as normas internas e internacionais devem interagir. O que define qual norma deve ser aplicada, se a interna ou a internacional, não é uma hierarquia formal previamente estabelecida, mas sim a substância da norma, devendo prevalecer aquela que conferir a proteção mais ampla ao ser humano¹⁰.

É necessário na maior medida possível privilegiar as escolhas da pessoa com deficiência mental/intelectual, levando em consideração seus posicionamentos, na medida em que lhes seja possível expressá-los. Contudo, tais escolhas não podem atentar contra o seu próprio bem-estar, hipótese em que outra alternativa não há senão declarar a incapacidade, ainda que para determinados atos.

Mirando os resultados cuja teoria da incapacidade diretamente implica, a exemplo da validade dos negócios jurídicos, sobressai outros valores, para além da autonomia da pessoa com deficiência, como a segurança jurídica e boa fé nas relações negociais. Notadamente no âmbito do direito da empresa, objeto de enfoque no presente trabalho, hão de ser considerados outros valores, não menos legítimos, que permeiam as trocas comerciais, a exemplo do lucro,

⁸ BRASIL. Decreto nº 6949. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 14 jan. 2019.

⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 134.

¹⁰ CALDAS, Roberto. Artigo 4: obrigações gerais. In: DIAS, Joelson et al. (Orgs.). **Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. 3. ed. Rev. e atual. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014, p.51 .

da concorrência e da competitividade. Sendo a capacidade civil plena requisito essencial para constituição de empresa, nos termos do artigo 972, Código Civil, ao modo da discussão acima aventada, desponta a seguinte controvérsia: pode a pessoa com deficiência mental e/ou intelectual sofrer restrição na constituição e continuidade da empresa?

2. O empresário

Sendo a empresa uma atividade e, enquanto tal, um ente abstrato, que não possui vontade própria e que não se autogoverna, ela deve ter necessariamente um sujeito que a exerça, isto é, o empresário. Empresário, nos termos do art. 966 do Código Civil é definido como aquele que exerce atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. A doutrina vai além, atribuindo outros requisitos e definições à condição de empresário. Remo Franceschelli sustenta que além de o empresário carregar elementos como a produção destinada ao mercado e a organização, também deve suportar o risco do empreendimento.¹¹ Tulio Ascarelli sublinha que é a natureza (e o exercício) da atividade que qualifica o empresário, apontando a natureza econômica como a que se sobressai nesta conceituação¹². Nesse mesmo sentido, Alberto Asquini definiu empresa como “fenômeno econômico poliédrico”¹³.

2.1. O empresário, a empresa e suas particularidades

Esta divagação conceitual pretende demonstrar que o empresário enquanto exercente de uma atividade econômica organizada, em outras palavras, a empresa, que por sua vez, tem a lucratividade como fim, conduz a assunção total dos riscos pela atividade decorrente da realização de seu objeto social, os quais são incertos e ilimitados. Não por outra razão, que o direito empresarial regulado no Livro II do diploma civil possui um capítulo dedicado à capacidade, no qual dos arts. 972 a 980 estabelecem critérios e regula o exercício da atividade empresarial. Da leitura destes dispositivos extrai-se a capacidade civil como requisito da capacidade empresarial e elenca impeditivos legais para a assunção desta atividade, a exemplo do art. 117, IX do Estatuto dos Servidores da União, das autarquias federais e fundações públicas federais, que veda o exercício do comércio aos seus servidores. Aquele que, estando legalmente impedido de exercer a atividade empresarial, se assim o fizer, responderá pelos atos praticados e pelas obrigações contraídas, conforme previsão do art. 973, CC. Fala-se, então, em capacidade especial para o empresário, uma vez que “congrega a capacidade civil e a ausência de impedimento”¹⁴

A razão de ser desta exigência se dá uma vez que a condição de empresário conserva um risco particular na medida em que combina a um só tempo a assunção de um risco micro e macro.

O primeiro se verifica em função de seu patrimônio pessoal poder ser diretamente afetado, vez que a pessoa física exercente da empresa em nome próprio fica sujeita aos efeitos

¹¹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial** - Teoria Geral e Direito Societário Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 72.

¹² ASCARELLI, Tulio. São Paulo. **O empresário**. Tradução de Fábio Konder Comparato São Paulo, Universidade de São Paulo. Dezembro de 1997, p. 1-2.

¹³ ASQUINI Alberto, Profili dell'impresa. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**, 1943, v. 41, I, p. 1.

¹⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de; CAMINHA, Uinie. A capacidade do empresário e o novo Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 416, maio/ago. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i2.16652.

da atividade que executa, ressalvados os bens absolutamente impenhoráveis¹⁵. Em se tratando de atividade empresarial exercida por pessoa jurídica, há diferentes tipos de sociedade, cuja existência de personalidade jurídica e a forma de organização impactam diretamente na espécie de responsabilidade dos sócios. Na sociedade em comum, destituída de personalidade jurídica, o que significa dizer que não sofre os efeitos do princípio da autonomia patrimonial, mesmo com o capital integralizado, os sócios respondem pelas obrigações sociais de maneira subsidiária em relação à sociedade, e solidária entre si, conforme preconiza o Código Civil¹⁶. Ou seja, não há separação patrimonial e obrigacional entre a pessoa jurídica e os seus sócios e/ou administradores. Vale dizer, mesmo no âmbito das sociedades personificadas, cuja separação patrimonial é regra, ainda que de modo excepcional, a lei reconhece a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica¹⁷, cujo efeito é o descarte da autonomia patrimonial entre o sócio e a sociedade.

Já no segundo, plano macro, o risco se relaciona ao mercado, que, por seu turno, reza pela estabilidade financeira e mercadológica. O empresário deve estar pronto para lidar com qualquer resultado decorrente do exercício da empresa, por esta razão entende-se que o risco é elemento ínsito à realização da atividade empresarial. Para além disso, a empresa, sendo por Coase definida como um feixe de contratos¹⁸ envolve uma série de relação com terceiros que inclui nesta órbita fornecedores, empregados e consumidores. Com isso se quer dizer que a assunção da atividade empresarial projeta seus efeitos que superam a seara eminentemente patrimonial da pessoa do empresário, pois como preconiza Borges, a capacidade do interessa à coletividade em geral¹⁹, de maneira que não podemos nos abster de abordar e refletir sobre as implicações que tangenciam a Lei nº 13.146/2015 e afetam a constituição e sobrevivência da empresa.

2.2. A continuidade e constituição da empresa por empresário incapaz

Até a LBI, o empresário incapaz não poderia iniciar uma atividade empresarial, mas apenas dar continuidade às atividades que já vinham sendo exercidas. Esta regra está contida no art. 974 do Código Civil:

Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

§ 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das

¹⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial - Teoria Geral e Direito Societário**. Vol. 1. 9. ed São Paulo: Saraiva, 2018, p. 80.

¹⁶ Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

¹⁷ A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pressupõe a fraude e o abuso de direito e se verificará quando a autonomia patrimonial da sociedade empresarial der margem à realização destas práticas. O seu objetivo é atingir o patrimônio dos sócios, descartando a sua autonomia patrimonial de modo a coibir o uso indevido deste instituto, conforme art. 50 do Código Civil. Vale dizer que sua incidência deve constituir medida excepcional, e deve ser aplicada caso a caso. Contudo, é reconhecida na jurisprudência pátria a aplicação da denominada teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, instituída pelo Código de Defesa do Consumidor, art. 28 § 5º, que permite que a teoria da desconsideração seja aplicada quando a existência da personalidade jurídica constituir obstáculo ao ressarcimento do consumidor.

¹⁸ COASE, R. H. (1937). **The nature of the firm**. In: WILLIAMSON, O. & WINTER, S. (eds.) (1991) **The nature of the firm: origin, evolution and development**. Oxford: Oxford University Press.

¹⁹ BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 123.

circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.

§ 2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.

§ 3º O Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz, desde que atendidos, de forma conjunta, os seguintes pressupostos:

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

II – o capital social deve ser totalmente integralizado;

III – o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais.

Naquilo que afeta o objeto deste trabalho, isto é, a pessoa com deficiência mental ou intelectual, se extrai da leitura deste dispositivo que a superveniência de eventual ausência ou redução de discernimento, não constitui um óbice, a priori, para se dar continuidade à atividade empresarial desenvolvida; hipótese em que haverá necessidade de prévia autorização judicial, de modo a analisar e ponderar os riscos envolvidos na continuidade das atividades. Há de se destacar, ademais, que a doutrina e jurisprudência prestigia o princípio da conservação da empresa o qual objetiva proteger o seu funcionamento, permitindo a exploração do objeto social. O deferimento judicial implicará que o empresário, na condição de incapaz, será representado ou assistido, e, com o fim de proteger os bens que possuía antes da superveniência de sua deficiência, estes não ficarão sujeitos ao resultado da empresa.

O cerne destas previsões legais neste momento cinge-se em saber se, após o advento do EPD, as regulações afetas à capacidade do empresário estão ainda vigentes ou se, ao revés, houve uma revogação tácita das mesmas. Isso porque no que afeta à continuidade da empresa pelo incapaz, o novo regime das capacidades atribui, em uma interpretação literal, capacidade plena a todas as pessoas. Assim, o sujeito que, por ventura, manifestar alguma deficiência de ordem intelectual e/ou mental que acarrete na redução do discernimento, poderá dar continuidade a atividade empresária antes exercida, sem representação ou assistência, dispensando a autorização judicial.

Ainda nesta mesma lógica, verifica-se uma omissão legislativa alvo de muitas críticas. Trata-se da constituição da empresa pelo incapaz, dado que, mais uma vez, o legislador não cuidou tema.²⁰ Em função disso, enquanto nosso legislador permanecer inerte, lacunas legislativas desta ordem devem ser sanadas através do estudo reflexivo por parte da doutrina e jurisprudência, considerando, sempre, a ratio do EPD de modo a concretizar seus pressupostos de inclusão e proteção. Desta feita, propomos uma análise sobre tal temática nos tópicos a seguir.

3. (In)viabilidade da pessoa com deficiência constituir e continuar a empresa

No que concerne à atividade empresarial, o EPD, em que pese não debruçar detidamente sobre as regras atinentes à matéria do direito de empresa enquanto exercido por pessoa com

²⁰ BRASIL. Lei n.13.146, de 6 de jul. de 2015. Art. 34. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

deficiência, depreende-se da leitura de dispositivos da Convenção o compromisso entre os Estados signatários de tomar

todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens²¹.

Ademais, substancialmente ligado ao direito da pessoa com deficiência constituir empresa, está os pormenorizados dispositivos relativos ao direito do trabalho, cujo caráter fundamental é pertinente à medida que se apresenta como condição para efetiva inclusão social, que deve ser vivenciada em um ambiente acessível e com igualdade de oportunidade com as demais pessoas. Não por outra razão, elencou o legislador no parágrafo único do art. 35, da Lei nº 11.146/2016, a obrigatoriedade de participação das pessoas com deficiência em programas de estímulo ao empreendedorismo e ao trabalho autônomo, bem como disponibilização de linhas de crédito, quando necessárias. Evidente, portanto, o escopo de inclusão desta comunidade no mercado de trabalho e, por sua vez, a permissão da pessoa com deficiência ser dona de seu próprio negócio está contemplada neste propósito. Afasta-se, portanto, a lógica assistencialista e paternalista conferida a estas pessoas, segundo a qual estavam destinadas invariavelmente a viverem da caridade alheia ou da assistência estatal, sem que fosse oportunizadas quaisquer chances de garantirem seus próprios proventos.

Nesse sentido, ganha corpo as indagações da comunidade jurídica, notadamente dos comercialistas, acerca da viabilidade da pessoa com deficiência mental e intelectual constituir empresa e praticar os atos e negócios relativos ao seu exercício.

Resposta a tal questionamento perpassa em retomar a análise do regime das capacidades, posto que sua modificação, segundo uma interpretação literal, implica na não vedação da pessoa que ostenta tal condição constituir empresa, uma vez preenchido o critério do sujeito capaz do art. 972, CC.

Fazendo um exercício mental, nos depararíamos, caso o novo instituto da capacidade fosse levado às últimas consequências, a alguns absurdos. Isso porque as mudanças promovidas no regime das capacidades, as quais atribuíram capacidade jurídica a todas as pessoas com deficiência, não pretendeu, e nem poderia, conferir capacidade de fato aqueles que não a tem. Capacidade aqui entendida como grau de discernimento²² que cada pessoa manifesta a depender da deficiência manifestada, tem íntima relação com atividade comercial, pois estamos falando de uma atividade eminentemente arriscada, conforme já discorrido nos tópicos anteriores. Dito isso, não podemos empreender uma dedução de lógica aristotélica, de causa e consequência, com a qual concluiríamos que uma vez atribuído capacidade jurídica a todas as pessoas, logo, todas poderão a partir de então, constituir empresa. O critério, portanto, a ser levado em conta não é a exclusão de per si de todos que manifestam uma deficiência de ordem intelectual e/ou mental ser empresário, ou o oposto disso, de que com a LBI, todos estarão aptos a ser empresário; o que deve nortear e servir como fundamento para atribuir a qualidade de empresário é o grau de discernimento manifestado caso a caso. Com isto está se querendo afirmar que conferir o mesmo tratamento jurídico a todas as deficiências, nos leva a conclusão

²¹ Artigo 12, item 5 do Decreto Nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, que promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

²² Discernimento traduz-se no estado mental cognitivo, o qual engloba fatores biológicos e psicológicos. Teixeira de Freitas define o discernimento como um fato, consistindo na “capacidade de conhecer em geral, a faculdade que fornece motivos à vontade em todas as suas deliberações, e não o conhecimento em particular de qualquer agente em relação a um ato por ele praticado” (FREITAS, 1860, p. 285).

de que a atividade empresária, que tem como característica essencial à assunção de risco poderá ser exercida por pessoas sem o necessário discernimento, elemento indispensável para imputação da responsabilidade pelo exercício de empresa.

Faz-se pertinente destacar que o critério para se legitimar a capacidade empresarial, além do critério etário, não é, como outrora, a deficiência, mas o discernimento apresentado pela pessoa com deficiência intelectual e psíquica in concreto. Na mesma linha de entendimento seguiu o Enunciado n. 138 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal que ressaltou a importância do discernimento para a concretização de situações existenciais, orientando a interpretação do art. 3º, do Código Civil nos seguintes termos: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inciso I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.”²³

Verificadas graves limitações que impliquem na impossibilidade e/ou dificuldade de se conhecer os efeitos dos atos praticados não só no âmbito da gestão empresarial, mas também na generalidade dos atos civis de cunho patrimonial, deve a pessoa com deficiência psíquica ser apoiada ou curatelada, a depender do grau de afetação e necessidade. Para tanto, conforme assevera Menezes e Caminha, o devido caminho a ser percorrido para justificar a mitigação da capacidade civil do sujeito não é “por mera estimativa, mas por meio do devido processo legal de instituição da curatela, no qual se acertadamente estabeleçam as limitações da pessoa e o âmbito de atuação do curador em seu apoio”²⁴.

3.1. A segurança jurídica e função social da empresa

Ao tocar nesses temas, envolvendo questões tão particulares, como é a deficiência humana, alguns valores vêm à tona, muitas vezes em colisão, de modo que tal debate deve sempre ser norteado pela ponderação e racionalidade. A relevância social da empresa relaciona-se com aspectos da sociedade e do Estado, ou seja, está para além das relações eminentemente de direito privado, na medida em que penetra na seara do direito público, notadamente no direito constitucional; fenômeno que se denomina constitucionalização do direito privado²⁵. A função social da empresa, inobstante ser um assunto pouco explorado, traduz-se no desejo do legislador de conferir à atividade empresária valores indispensáveis como a redução das desigualdades sociais (art. 170, VII, CF/88,), o valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF/88) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88). Do mesmo lado, valor preponderante na criação e desenvolvimento do comércio trata-se da segurança jurídica, isso porque práticas já arriscadas como ocorrem com os investimentos e contratos comerciais, sujeitos às flutuações do mercado, poderão se deparar com maiores riscos dos que os esperados. Sabe-se, portanto, que quanto

²³ MENEZES, Joyceane Bezerra de; CAMINHA, Uinie. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, p.432, maio/ago. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i2.16652.

²⁴ *Ibid*, p. 432-433.

²⁵ Sobre o tema, Bodin analisa a aplicação direta da constituição em searas outrora reservadas ao âmbito exclusivamente privado: “Configura-se inevitável, em consequência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais e pessoais anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social. São exemplos marcantes dessa nova perspectiva os dispositivos constitucionais que abrem os capítulos do Título dedicado à ordem econômica e financeira. Assim, o art. 170, regulando os princípios gerais da atividade econômica, dispõe que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. I, PUC-Rio.1991, p. 9.)

maior o grau de incerteza, ou de insegurança jurídica, maior o risco do negócio, e, por consequência lógica, a possibilidade de desistência do empresário quanto à decisão de criar ou expandir seus negócios.

Com isso se pretende afirmar que a despeito de ostentar status constitucional, conforme estabelece o art. 5º, §3º da Constituição, o EPD, por vezes também entrará em colisão com outros princípios constitucionais, igualmente relevantes, conforme os já citados acima, como a segurança jurídica e a função social da empresa. Por essa razão, a solução destes conflitos devem ser guiados pela ponderação, a partir de um debate racional, de maneira a permitir a análise da capacidade apresentada caso a caso, inferidos a partir da manifestação volitiva de cada pessoa que sintetiza-se na vontade de empreender e de entender os riscos de cada decisão tomada no âmbito da empresa, ambos relacionados ao grau de discernimento apresentado.

Conclusão

As mudanças emplacadas pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com deficiência e, principalmente, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), ao alterar o regime das capacidades, desaguou em incontáveis consequências de ordem teórica e prática para o direito pátrio, razão pela qual a comunidade jurídica mostra-se inquieta e divergente ao tratar da vigente legislação.

No Direito Empresarial, as repercussões relacionam-se com a modificação de um dos requisitos necessários para configuração do empresário individual. A Lei nº 13.146/2016 ao eliminar a deficiência como fator incapacitante, permite, ao menos em tese, que pessoas com deficiência mental possam constituir empresa e exercer a função de sócio-administrador nas mais variadas modalidades empresárias.

Sem perder de vistas o teor emancipatório do EPD, na práxis forense, se a deficiência mental e/ou intelectual afeta consideravelmente o discernimento da pessoa, impedindo-a de exprimir sua vontade, bem como de se responsabilizar-se por ela, há de ser sopesada e, por vezes, até mesmo desconsiderada a permissão para a caracterização de empresário.

Assim, enquanto o legislador não desperte e se pronuncie acerca das críticas levantadas pela doutrina e jurisprudência sobre as inconsistências do regime das capacidades e, em específico, sobre o ramo empresarial, espera-se que a inclusão das pessoas se dê com muita cautela²⁶. A segurança nas relações comerciais, tão cara para o mercado, não deve ser deixada de lado; semelhantemente, a responsabilidade patrimonial da pessoa com deficiência e sua eventual hipervulnerabilidade é fator que não se ignorará na aplicação da novel legislação.

Referências

ASCARELLI, Tulio. São Paulo. O empresário. Tradução de Fábio Konder Comparato São Paulo, Universidade de São Paulo. Dezembro de 1997.

ASQUINI Alberto, *Profili dell'impresa. Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1943, v. 41, I, p. 1.

²⁶ A despeito da crítica, tramita no Congresso Nacional o PLS 757/2015, no momento com andamento na Câmara dos Deputados sob o PL nº 11091/2018. Tem por objetivo alterar o “Código Civil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil para não vincular automaticamente a condição de pessoa com deficiência a qualquer presunção de incapacidade, mas garantindo que qualquer pessoa com ou sem deficiência tenha o apoio de que necessite para os atos da vida civil”. (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2187924>). Acesso em 22 jan. 2019).

BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna de Lima; ALMEIDA, Vitor (Coord.). O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

BORGES, João Eunápio. Curso de Direito Comercial Terrestre. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm”. Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 3 jan. 2019.

BRASIL. Institui o Código Civil. Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm”. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. Decreto nº 6949. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm”. Acesso em: 14 jan. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei 11091/2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2187924>”. Acesso em 22 jan. 2019.

CALDAS, Roberto. Artigo 4: obrigações gerais. In: DIAS, Joelson et al. (Orgs.). Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. 3 .ed. Rev. e atual. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD)), 2014. Disponível em: “<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>”. Acesso em: 30 dez. 2018.

COASE, R. H. (1937). *The nature of the firm*. In: WILLIAMSON, O.& WINTER, S. (eds.) (1991) *The nature of the firm: origin, evolution and development*. Oxford: Oxford University Press.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa. 28. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MADRUGA, Sidney. Pessoas com deficiência e direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, Bruna de Lima. Proteção, liberdade e responsabilidade: uma interpretação axiológico-sistemática da (in)capacidade de agir é da instituição curatela. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna de Lima; ALMEIDA, Vitor (Coord.). O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; CAMINHA, Unie. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 2, p.411-442, maio/ago. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i2.16652.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista

Estado, Direito e Sociedade, vol. I, PUC-Rio. 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. 1. 29 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial - Teoria Geral e Direito Societário. Vol. 1. 9. ed São Paulo: Saraiva, 2018.