

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A NOVA PERSPECTIVA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E
SEUS REFLEXOS NO SISTEMA DE INCAPACIDADES DO CÓDIGO CIVIL**

Letícia Achilles Shigematsu

Presidente Prudente/SP
2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A NOVA PERSPECTIVA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E
SEUS REFLEXOS NO SISTEMA DE INCAPACIDADES DO CÓDIGO CIVIL**

Letícia Achilles Shigematsu

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Wilton Boigues Corbalan Tebar.

Presidente Prudente/SP
2017

A NOVA PERSPECTIVA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NO SISTEMA DE INCAPACIDADES DO CÓDIGO CIVIL.

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Wilton Boigues Corbalan Tebar
Orientador

Natacha Ferreira Nagão Pires
1º Examinador

Fabiana Junqueira Tamaoki Neves
2º Examinador

Presidente Prudente/SP, 21 de novembro de 2017.

Em homenagem a minha prima, Gabrielle Achilles de Souza, pessoa com deficiência física e intelectual, que diante do convívio familiar, pude observar ser tratada como absolutamente incapaz para todos os seus atos, sendo suas vontades e direitos existenciais subjugados a terceiros. Espera-se que com as mudanças trazidas pela nova Lei, esta possa concretizar seus direitos, como tanto se tem vontade. Com todo meu amor, cuidado e dedicação.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus por estar sempre guiando meus passos e me demonstrando de algum jeito qual é o melhor caminho a seguir. Agradeço também por ter me dado muita força e fé para enfrentar todos os momentos difíceis que encontrei durante esses anos, fazendo-me acreditar que sempre haveria uma solução, sem isso não teria chego onde estou hoje.

Em segundo lugar, agradeço minha família, em especial, meus pais Vera Lúcia Achilles Shigematsu e Ciro Tadashi Shigematsu, por terem me oportunizado o estudo, por colocarem à frente sempre os meus sonhos e estarem dispostos a conquistá-los comigo, por nunca deixarem me faltar nada e estarem sempre ao meu lado me apoiando, independente das minhas escolhas. Agradeço também a minha irmã, Caroline Achilles Shigematsu, por me proporcionar momentos de companheirismo e por me incentivar a fazer o que me faz feliz.

Agradeço ainda, o meu orientador Wilton Boigues Corbalan Tebar, por aceitar me orientar nesta caminhada, por todo o conhecimento e sabedoria transmitidos ao longo desses meses. Obrigada por demonstrar-se sempre prestativo e disposto a ajudar quando precisei, pela sua compreensão, paciência e carinho diante dos seus orientandos.

Gostaria de agradecer também aos meus examinadores, que aceitaram o convite para compor a banca, demonstrando muito interesse e disposição. Obrigada por disponibilizarem um tempinho de vocês para fazer parte deste meu objetivo que está se concretizando e pelos ensinamentos durante o curso.

Agradeço também a todos os professores do Centro Universitário Toledo, por toda sabedoria transmitida durante as aulas e fora delas, pois são pessoas que nos inspiram e nos incentivam a atingir o êxito no caminho jurídico, e por tudo que sei até hoje, desde conhecimentos jurídicos até experiências da vida profissional, devo a vocês por terem me concedido.

Por fim, agradeço também a todos os meus amigos, que sempre acreditaram em meu potencial e me incentivaram nos momentos de estresse, cansaço e insegurança, assim como por dividirem momentos muito importantes comigo. Todos tiveram uma parcela de contribuição durante toda a faculdade. Estarão sempre em meu coração e levarei a amizade de vocês para a vida toda.

RESUMO

A proposta deste presente trabalho monográfico é apresentar um panorama geral do tratamento à personalidade e à capacidade civil disposta pelo Código Civil de 2002, com ênfase nas questões interligadas às pessoas com deficiência e como se apresentarão diante das alterações feitas pela Lei 13.146/15, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou também chamada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que desatrelou a noção de incapacidade com a condição de deficiência. Para tanto, utiliza-se da metodologia de pesquisa bibliográfica para fazer uma análise mais minuciosa dos conceitos pré-determinados, bem como da sistemática jurídica atinente às pessoas com deficiência e a influência da Convenção Internacional de Nova Iorque, ratificada em 2009 pelo Brasil, para dar origem ao mencionado Estatuto, trazendo à tona seus preceitos fundamentais, como o da proteção à dignidade da pessoa humana. A partir daí, é possível apresentar as novas nuances do Código Civil, bem como uma nova releitura a respeito do regime de incapacidades, identificando as consequências que refletirão no direito material e processual, além da mudança de paradigma no tratamento a essas pessoas. Faz-se, também, uma análise sobre as mudanças trazidas em institutos inerentes ao Direito Civil, como a interdição e o casamento, e na normatização do Novo Código de Processo Civil, concernente à capacidade, a exemplo do novo instrumento de tomada de decisão apoiada e os reflexos na prescrição e decadência, que ocasionarão efeitos jurídicos, senão sequelas, nas disposições do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Por fim, far-se-á uma análise sobre como o Estatuto deverá se impor para que alcance sua efetividade e concretização da inclusão social das pessoas com deficiência de qualquer tipo, considerando-as plenamente capazes para o Direito Civil, em prol de sua dignidade.

Palavras-chaves: Dignidade da Pessoa Humana. Convenção Internacional. Personalidade. Capacidade Plena. Pessoa com Deficiência. Direitos Existenciais. Inclusão.

ABSTRACT

The proposal of this monographic work is to present a general panorama of the personality and civil capacity treatment disposed in the 2002 Civil Code, with an emphasis on matters interconnected to people with disabilities and how these matters will present themselves facing the alterations made by the Law 13.146/15, which introduced to the Brazilian legal system the Person with Disability Statute, also called the Brazilian Law of Person with Disability's Inclusion, which separated the notion of incapacity from the condition of disability. To do so, the bibliographic research's methodology was used to make a more thorough analysis of the pre-determined concepts, as well as the legal systematic pertinent to the people with disabilities and the New York International Convention's influence, ratified by Brazil in 2009, to originate the Statute mentioned, calling into question its fundamental precepts, as such as the protection to the dignity of the human person. Thenceforward it is possible to present the new nuances of the Civil Code, as well as a new reading about the incapacities regime, identifying the consequences that will reflect on material and procedural rights, in addition to the paradigm change on the treatment to these people. It is also made an analysis about the changes brought in Civil Law's inherent institutes, as the interdiction and the marriage; and in the normalization of the New Code of Civil Procedure, concerning capacity, as an example of the new supported decision-making instrument and the reflexes in prescription and decadency, that will cause legal effects, or even sequels, on the Person with Disability Statute's dispositions. Finally, an analysis will be made of how the Statute should be enforced in order to achieve its effectiveness and concretization of the social inclusion of people with disabilities of any kind, considering them fully capable of Civil Law, for the sake of their dignity.

Keywords: Dignity of Human Person. International Convention. Personality. Full Capacity. Disabled Person. Existential Rights. Inclusion.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	PESSOA NATURAL	12
2.1	Personalidade Jurídica	13
2.2	Breves Considerações Sobre os Direitos de Personalidade	16
2.3	Capacidade	18
2.3.1	A mudança no sistema de incapacidades do Código Civil de 2002	20
2.4	Deficiência como Elemento da Personalidade e Capacidade	22
3	BREVES NOÇÕES SOBRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS	26
3.1	O Processo de Formação dos Tratados Internacionais	29
3.1.1	Apontamentos sobre a hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento brasileiro	32
3.2	Estatuto como Fonte de Norma Jurídica	34
3.3	A Evolução da Legislação Brasileira sobre as Pessoas com Deficiência	35
3.4	A Convenção Internacional Sobre Os Direitos Das Pessoas Com Deficiência	38
3.4.1	O propósito	41
3.4.2	Definições	43
3.4.3	Princípios gerais	45
3.5	O Estatuto Da Pessoa Com Deficiência	47
4	REFLEXOS ADVINDOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/15) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	51
4.1	Da Identificação das Mudanças Práticas e Processuais	51
4.1.1	A plena capacidade civil do enfermo ou deficiente mental	53
4.1.2	Da prescrição e decadência	55
4.1.3	Da nulidade e anulabilidade dos negócios jurídicos	56
4.1.4	Da responsabilidade da pessoa com deficiência por danos a terceiros	58
4.1.5	Do casamento	59
4.1.6	Do procedimento registrário	61
4.2	O Instituto da Interdição e Curatela	62
4.2.1	Tomada de decisão apoiada como regime alternativo à curatela	67
4.3	O Relacionamento entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Novo Código de Processo Civil	70
4.4	Ponderações para a Eficácia do Estatuto	75
5	CONCLUSÃO	77
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80

1 INTRODUÇÃO

O Direito nasce com a civilização da sociedade e seu objetivo se resume em regular as relações jurídicas do homem, de modo que suas condutas atinjam uma harmonia social.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a pessoa passou a ser o centro do ordenamento jurídico e, com isso, consagrou como postulado máximo o princípio da dignidade da pessoa humana, visando assegurar a todos uma existência digna e de justiça social, sempre respeitando as particularidades de cada ser humano e tutelando de maneira efetiva o indivíduo possuidor de alguma vulnerabilidade.

O Código Civil de 2002 trata das relações entre uma ou mais pessoas no interior de um grupo social, seja pessoa física ou jurídica, que produzem efeitos no âmbito do direito, e se refere justamente aos direitos e garantias das pessoas desde o seu nascimento, em que adquirem a personalidade, até posteriormente a sua morte. Fulcrado no postulado da Constituição Federal de 1988, o Código Civil trouxe a previsão da proteção jurídica das pessoas com deficiência, com a finalidade de propiciar a elas os meios necessários para a inclusão e acessibilidade social.

É de fundamental relevância o estudo da pessoa natural no ordenamento jurídico, especificamente no que tange a sua personalidade e capacidade civil. Isto se dá em razão de que, muitos são os conceitos positivados a respeito do assunto ora apresentado. Em vista disso, primeiramente elaborou-se um breve esboço sobre a sistemática do Código Civil de 2002, ressaltando o reconhecimento da personalidade jurídica de toda pessoa humana, que decorre do simples nascimento com vida, de modo a permitir que todos desfrutem do potencial de adquirir direitos e contrair obrigações na esfera civil.

Assim como, o instituto da capacidade deve ser observado juntamente com a personalidade, vez que são medidas complementares. A capacidade consiste em duas dinâmicas, a primeira é a capacidade de ter direitos ou de ser titular de direitos; e a outra é a capacidade de exercer tais direitos. O Código Civil pátrio é bem claro ao definir sua teoria de capacidades a partir do grau de aptidão dos sujeitos de direito.

A circunstância primordial que pondera a exposição do tema concerne aos novos marcos regulatórios dos direitos das pessoas com deficiência trazidos

pela Lei 13.146/15, vez que eram classificados como absolutamente ou relativamente incapazes, porém passaram por diversas modificações, sendo importante vislumbrar uma breve análise aos dispositivos alterados do Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, com uma exposição antes e após a vigência de tal.

O segundo capítulo cuida substancialmente de como os tratados internacionais formam-se no âmbito do Direito Internacional para se chegar à aprovação de tratados internacionais de direitos humanos, em especial, na ratificação pelo Brasil da Convenção Sobre Pessoas Com Deficiência das Nações Unidas, que serviu de base para criação do Estatuto das Pessoas com Deficiência, pois a deficiência, em tempos remotos, foi vista pela sociedade como um atributo de discriminação e marginalização daqueles que a possuíam, vez que foram colocados em patamar inferior àqueles considerados “normais” ou “sem deficiência”. Tornaram-se vítimas até mesmo dos órgãos públicos, que diante das omissões do Estado, os locais públicos, as instituições de ensino, as empresas, dentre outros locais, não estavam preparados para recebê-los e atendê-los diante de suas necessidades especiais.

A Lei se dedicou com veemência e sob amparo dos direitos humanos a tratar de um tema pertinente e complexo: a capacidade plena dos deficientes. Deste modo, imprescindível se faz nortear em qual momento a pessoa com deficiência ganha reconhecimento pelo direito. Logo, no terceiro capítulo, pontuaram-se os reflexos da reformulação da teoria das incapacidades, com o propósito de acentuar os meios de tutela proporcionados pelo ordenamento jurídico, dando o devido respaldo aos sujeitos possuidores de alguma deficiência.

E, ademais, analisou-se a maneira como esta Lei repercutiu diretamente no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo reflexos processuais e práticos, principalmente nos institutos do casamento, da curatela e da interdição, bem como em demais direitos existenciais da pessoa com deficiência. Por fim, analisaram-se os atropelamentos legislativos surgidos com o Novo Código de Processo Civil de 2015 em relação às inovações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo tratamento dado às pessoas com deficiência.

Em sede conclusiva, com o presente trabalho, foi possível um estudo mais pormenorizado do Estatuto da Pessoa com Deficiência e presenciar os seus desdobramentos, não somente no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, mas também na sociedade e na vida de seus destinatários, buscando soluções para romper com a exclusão sofrida pelas pessoas deficientes, conferindo-lhes um tratamento mais digno.

Para tanto, o presente trabalho se utilizou do método dedutivo, pois construiu uma premissa teórica geral, apreciados em teses e entendimentos de estudiosos e profissionais do Direito, que será aplicada a todos os casos particulares que a ele se amoldem. Assim como, o método dialético, importante para identificar o objeto de estudo, os conflitos existentes e as contradições envolvidas na pesquisa, e o método histórico, que auxiliou em uma análise sobre as mudanças que ocorreram na sociedade no que se refere à inclusão da pessoa com deficiência, mostrando a evolução e as conquistas pela igualdade de direitos e oportunidades, bem como o respeito pela sua condição.

2 PESSOA NATURAL

O Código Civil de 2002, em seu Título I do Livro I dispõe sobre as pessoas iniciando com o instituto das “pessoas naturais”. A palavra pessoa proveio do termo em latim “*persona*”, que originalmente significava máscara, o personagem de teatro representado por um ator e, com o transcorrer do tempo, assumiu a definição de ser humano. Entre os juristas romanos, passou a se designar como o ser possuidor de direitos e obrigações.

O conceito de pessoa natural pode ser definido como todo o ser humano com vida, dotado de uma estrutura biopsicológica, sem qualquer tipo de discriminação, podendo ser o recém-nascido, a criança, o adolescente, o idoso, os absolutamente incapazes, os relativamente incapazes, bastando tão somente o nascimento com vida. A pessoa natural pode assumir obrigações e titularizar direitos.

Vale lembrar que este conceito possui uma relação intrínseca com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o Direito Civil passou por um aspecto de modificação, pois antigamente o que importava era o indivíduo ser detentor de propriedades e bens, não se tinha um viés de olhar para a pessoa humana dentro de sua dignidade. Todavia, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, passou-se a proteção à pessoa humana ser o valor primordial do ordenamento jurídico.

Para o doutrinador Washington de Barros Monteiro¹, o conceito em questão pode se estender e possuir vários entendimentos, dentre eles, destacam-se três: o popularmente dito, o filosófico e o jurídico, conforme leciona:

Na concepção vulgar, a pessoa é sinônimo de ente humano. Essa acepção não se adapta à técnica jurídica [...]. Na acepção filosófica, pessoa é o ente que realiza o seu fim moral e emprega sua atividade de modo consciente. Nesse sentido, pessoa é o homem, ou qualquer coletividade, que preencha aquelas condições. Na acepção jurídica, **pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações**. Nesse sentido, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica. Mas, além dos homens, são também dotadas de personalidade certas organizações ou coletividades, que tendem à consecução de fins comuns (*grifo nosso*).

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. vol. 1, 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 57.

Os ensinamentos da Professora Maria Helena Diniz² reforçam a acepção jurídica supracitada, entendendo que pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito, ou seja, titular de relações jurídicas (tanto o sujeito ativo como o sujeito passivo das relações).

Entretanto, no período clássico, nem todos os seres humanos eram considerados como possuidores de direitos e deveres, tendo em vista que no Direito Romano, os escravos eram desprovidos de personalidade, não sendo titulares de direitos, mas meros objetos das relações jurídicas, tratados como coisa.

Somente no decorrer da Idade Média, principalmente na visão do Cristianismo, houve uma ampliação quantitativa do conceito de pessoa, que passou a ser estendido a todos os seres humanos³.

Desta forma, sabe-se que todo ser humano recebe a denominação de pessoa natural e, através deste atributo, decorrem direitos e deveres na esfera civil, isto é, todas as pessoas têm a possibilidade de exercê-los e, nesse cenário, surge a personalidade jurídica, inerente a todas as pessoas, sem qualquer restrição.

2.1 Personalidade Jurídica

Em decorrência da pessoa natural, existe a personalidade. Vocabulário surgido do latim “*personalitas*”, de “*personal*”, que significa “qualidade de ser pessoa”, isto é, qualidades que definem individualmente uma pessoa (natural ou jurídica), sendo o meio pelo qual esta constrói sua própria identidade. Possui formação complexa, gradual e autônoma, não podendo ser imposta.

A respeito do assunto, explica Diogo Luna Moureira⁴:

² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.1, 34ª ed., Saraiva: São Paulo, 2015, p.129.

³ COSTA, Lorena Xavier da. **Sujeito de direito e pessoa: conceitos de igualdade?**. Rio de Janeiro, Disponível em: <apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisauugustus/article/view/534/445>. Acesso em: 10 de março de 2017, v. 4, p. 2, dezembro de 2013.

⁴ MOUREIRA, Diogo Luna. **Os Desafios Dos Transtornos Mentais E Do Comportamento Para O Direito Civil: Dialética do reconhecimento e sofrimento de indeterminação como pressupostos para a reconstrução da Teoria das Incapacidades**. Belo Horizonte, Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica De Minas Gerais, 2013, p. 49. Disponível em <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MoureiraDL2_1.pdf>. Acesso em: 18 de março de 2017.

Pessoalidade implica, portanto, no processo de construção da identidade de um ser livre e autônomo que se reconhece a si mesmo através do outro (*alter*), em um constante processo de autodeterminação de si e de reconhecimento de si pelo outro e vice-versa. Até mesmo em se tratando de indivíduos humanos com dificuldades ou incapacidade de afirmação de uma identidade esse processo de reconhecimento é presente, uma vez que o reconhecimento de si pelo outro se concretiza enquanto uma realidade intrínseca ao próprio convívio.

Nesse sentido, nas palavras de Haroldo Valladão e Maria Helena Diniz⁵, toda pessoa é dotada de personalidade, é conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens indistintamente, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. É a qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres.

Desta maneira, a rigor, o conceito de personalidade está intimamente associado ao de pessoa, vez que se caracteriza como a qualidade ou condição para ser sujeito de direito, bem como traz um conjunto de atributos da pessoa humana, cuja proteção é prestigiada pelo ordenamento jurídico.

Clóvis Beviláqua⁶ pontifica que a personalidade nada mais é do que a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações.

No âmbito do direito, o ser humano possui aptidão genérica para desenvolver relações jurídicas e, nesse sentido, mais do que ser um sujeito de direito, envolve uma série de situações subjetivas existenciais que requerem uma tutela jurídica diferenciada⁷. Com efeito, pode-se dizer que se há a qualidade pessoa, existe a personalidade.

Atualmente, Caio Mário da Silva Pereira⁸ expõe que o direito reconhece os atributos da personalidade com um sentido de universalidade, e o Código Civil o exprime, afirmando que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, conforme o artigo 1º.

⁵ VALLADÃO, Haroldo. **Capacidade de Direito**, in Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 13, p. 34. São Paulo: Saraiva. 1977; e DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, São Paulo, Saraiva, 34ª ed., v. 1, 2015, p.130-131;

⁶ BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas, São Paulo: Editora Red Livros, 2001, p. 116.

⁷ JÚNIOR, Sérgio Cardoso. **Personalidade e Capacidade no Direito Civil**. Rio de Janeiro. Artigo publicado em: <<https://sergiocardosojr.jusbrasil.com.br/artigos/170930718/personalidade-e-capacidade-no-direito-civil>>. Acesso em: 10 de março de 2017.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol.1, 24ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011, p. 179.

Neste contexto, o Código Civil dispõe em seu artigo 2º que o ser humano é dotado de personalidade desde o momento de seu nascimento, somente se encerrando com a morte, embora a Lei coloque a salvo os direitos dos nascituros desde a concepção.

Entende-se, assim, que a personalidade surge com o nascimento com vida, revestindo-se de dois pressupostos: respiração própria e batimento cardíaco próprio. Ressalta-se a questão daquele que nasceu sem vida, logo, se não teve vida, não se adquiriu a personalidade. Maria Helena Diniz⁹, ao doutrinar à luz do Código Civil brasileiro, esclarece que:

Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, que permanecem em estado potencial. Se nascer com vida adquire personalidade, mas se tal não ocorrer nenhum direito terá.

Por conseguinte, em relação ao nascituro, é aquele que já foi concebido, mas ainda não nasceu, embora a lei proteja os seus direitos. Esta questão, no Brasil, ainda é alvo de muitas divergências doutrinárias, prevalecendo o entendimento da teoria concepcionista, que aduz que a personalidade plena ocorre quando estão presentes simultaneamente a personalidade formal (que permite a aquisição dos direitos de personalidade e que surge desde a concepção) e a personalidade material (relacionada aos direitos patrimoniais, que somente ocorre com o nascimento com vida).

Se o nascituro é aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu, significa que este somente possui a personalidade formal, embora ainda não tenha adquirido a personalidade plena. O nascituro não poderia ser considerado pessoa, exigindo-se, para tanto, o nascimento com vida, havendo anteriormente apenas uma mera expectativa de direito, entretanto não restam dúvidas sobre o seu direito à vida.

Por efeito da instituição do nascituro, o professor Washington de Barros Monteiro¹⁰, salienta que:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem in spem. Seja qual for a conceituação, **há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e**

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.1, 34ª ed., Saraiva: São Paulo, 2015, p. 225.

¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 38º ed. V 1. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 61.

por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra **o nascimento com vida**. Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade. (*grifo nosso*).

Por derradeiro, a personalidade jurídica termina com a morte, conforme estipula o artigo 6º do Código Civil, sendo essencial que fique estipulado o momento da morte ou fazer provas desta, para que ocorram os efeitos inerentes do desaparecimento da pessoa humana.

2.2 Breves Considerações Sobre os Direitos de Personalidade

Como visto anteriormente, a partir do momento em que surge a personalidade, a pessoa humana adquire direitos, chamados de direitos de personalidade, sendo valor fundamental de cada indivíduo.

Aos poucos, foi reconhecida pelo ordenamento jurídico e pela doutrina a disciplina dos direitos de personalidade, que trata de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem uma série de valores não redutíveis pecuniariamente tutelados pela ordem jurídica.

Ensina Carlos Alberto Bittar *apud* Elesbão¹¹, que “são da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico, exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros”.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹² caracterizam os direitos de personalidade como “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”.

Para a Professora Maria Helena Diniz¹³, os direitos de personalidade referem-se a:

¹¹ ELESBÃO, Elisita Collor. **Os direitos da Personalidade no Novo Código Civil brasileiro**. In: Pessoa, gênero e família. Adriana Mendes Oliveira de Castro et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 11-20.

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. **Novo curso de direito civil**. vol. 1, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 186.

¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.1, 34ª ed., Saraiva: São Paulo, 2015, p.134.

Direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).

Ou ainda, nas palavras de Orlando Gomes¹⁴:

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.

Deste modo, a partir dos conceitos transcritos, observa-se que os direitos de personalidade são inerentes à pessoa e à dignidade, sendo tutelado o modo de ser físico e moral do ser humano.

São direitos inseparáveis de seus titulares, nascem e se extinguem com o indivíduo e, em razão disso, caracterizam-se por serem direitos irrenunciáveis, intransmissíveis, inalienáveis e imprescritíveis, que embora considerados absolutos, são suscetíveis de limitação.

É possível compreender duas categorias gerais dos direitos de personalidade: direitos adquiridos, que têm sua existência vinculada ao direito positivo que os disciplina, e os direitos inatos, que independem de legislação, pois estão ligados ao seu titular¹⁵. Os direitos adquiridos podem ser examinados em relação ao Estado, e ingressam no campo das liberdades públicas, dependendo necessariamente de positividade. Enquanto os direitos inatos, por serem inerentes ao homem, consideram-se acima do direito positivo, devendo o Estado reconhecê-los e protegê-los, através das normas positivas¹⁶.

Assim, pode-se concluir que os direitos de personalidade são prerrogativas individuais e subjetivas do ser humano, com fundamento ético e

¹⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 156.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol.1, 24ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011, p. 202.

¹⁶ BULOS, Jaime Leandro. **Da reparação civil dos danos sociais através de instrumentos processuais coletivos**. Ribeirão Preto: Dissertação apresentada à Universidade de Ribeirão Preto UNAERP, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, ano 2014, p.43. Disponível em: <<http://www.unaerp.br/documentos/1633-jaime-leandro-bulos/file>>. Acesso em: 18 de março de 2017.

constitucional na dignidade da pessoa humana, garantindo o próprio desenvolvimento da personalidade dos indivíduos (como o direito à vida, à integridade física, à privacidade, ao nome, à imagem, à honra, à liberdade de expressão e manifestação de pensamento, ao convívio social, entre outros).

Importante ressaltar que, ao se falar em personalidade, necessário se faz uma remissão à capacidade, pois esta justamente se refere ao direito de gozar e exercer os direitos e obrigações, como será tratado a seguir.

2.3 Capacidade

O artigo 1º do Código Civil de 2002 harmoniza o conceito de capacidade com o de personalidade ao dizer que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Para Washington de Barros Monteiro¹⁷, afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos.

Dessa maneira, é possível dizer que a capacidade é medida pela personalidade, uma vez que ela pode ser definida como plena ou limitada. Segundo José Carlos Moreira Alves¹⁸, personalidade jurídica é um conceito absoluto, enquanto que a capacidade jurídica é um conceito relativo (pode-se ter mais capacidade jurídica, ou menos). A personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos e de contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade.

Percebe-se, neste primeiro momento, que a personalidade é conceituada como a aptidão genérica (abstrata e absoluta) da pessoa para adquirir direitos e contrair deveres, mas sua concretização ocorrerá pelo exercício da capacidade ou pelos institutos da representação e assistência¹⁹.

Existem duas espécies de capacidades: a capacidade de direito ou de gozo; e a capacidade de fato ou de exercício.

¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. vol. 1, 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 61.

¹⁸ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.103.

¹⁹ COUTO, André e MATTOS, Gama Bruno Ferreira Bini de. **PERSONALIDADE JURÍDICA: análise dos artigos 2º e 9º da Lei n. 10.406/02**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 83-87, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1275/1342>>. Acesso em: 25 de abril de 2017

O primeiro tipo de capacidade é também chamado de capacidade de aquisição de direitos, que vai ser entendida na medida da intensidade da personalidade. É a capacidade de ser sujeito de direitos, que decorre do nascimento com vida. A todo ser humano é reconhecida esta capacidade, sem qualquer distinção, bastando o nascimento com vida, independente dos requisitos formais exigidos pelo nascimento, como a certidão de nascimento, cédula de identidade, entre outros.

Todavia, não são todos que podem exercer pessoalmente os atos da vida civil, uma vez que para isso será necessário adquirir também a capacidade de fato ou de exercício. Esta segunda espécie de capacidade possui estágios definidos pelo próprio Código Civil, distinguindo as modalidades de capacidade e incapacidade. Refere-se justamente ao poder de exercer por si só os atos da vida civil, embora nem todos sejam aptos a possuí-la, em razão da falta de alguns requisitos materiais, como maioridade, saúde e desenvolvimento mental. A lei possui o intuito de protegê-los, ainda que não lhes negue a capacidade de adquirir direitos, subtrai-lhes os de se autodeterminarem, de exercê-los pessoal e diretamente, exigindo sempre a participação de outra pessoa para representá-los ou assisti-los.

Destarte, conclui-se que todos que nascem com vida possuem a capacidade de direito, mas nem todos têm a capacidade de fato ou de exercício, podendo estar condicionada a uma determinada situação e, logo, a capacidade plena será atingida pela união da capacidade de direito e a capacidade de fato.

Nesse sentido, cumpre invocar as palavras de Orlando Gomes²⁰:

A capacidade de Direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de direitos. Ninguém pode ser totalmente privado dessa espécie de capacidade. E mais adiante: A capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade.

Quem possui os dois tipos de capacidade, pode dizer que tem a capacidade plena. Por outro lado, aqueles que apenas ostentam a capacidade de direito, possui a capacidade limitada, fazendo necessário outra pessoa que complete a sua vontade ou a substitua.

²⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 172.

2.3.1 A mudança no sistema de incapacidades do Código Civil de 2002

O estudo de incapacidade se resume tão somente a capacidade de fato ou de exercício, já que no direito brasileiro todos ao nascer se tornam capazes de adquirir direitos, não existindo a incapacidade de direito.

Aqueles que não possuem a capacidade de fato são classificados em absolutamente incapazes ou relativamente incapazes, pois se leva em consideração o grau de inaptidão das pessoas para praticar os atos da vida civil.

Maria Helena Diniz²¹ discorre que a incapacidade é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela Lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra. Decorre aquela do reconhecimento da inexistência, numa pessoa, dos requisitos indispensáveis ao exercício dos direitos.

Inicialmente, ao tratarmos sobre a incapacidade absoluta, estamos nos referindo aos absolutamente incapazes, isto é, aqueles que não podem exercer os atos da vida civil pessoalmente. Para o exercício dos atos será necessário que sejam devidamente representados pelos seus pais ou representantes legais.

Sílvio de Salvo Venosa²² reforça o entendimento dizendo que a incapacidade absoluta tolhe completamente a pessoa que exerce por si os atos da vida civil, uma vez que sua manifestação de vontade é considerada juridicamente irrelevante, bem como suas vontades ficam condicionadas ao de seu representante.

Por outro lado, os relativamente incapazes se encontram entre a incapacidade absoluta e a capacidade civil plena, tendo em vista que podem exercer alguns atos da vida civil, desde que com assistência dos pais ou representantes. Trata-se de uma incapacidade limitada, sendo juridicamente relevante sua manifestação de vontade, desde que assistidos por seus respectivos representantes.

Nesse contexto, os efeitos da incapacidade absoluta geram a nulidade de pleno direito do ato praticado, enquanto que os efeitos da

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria geral do Direito Civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012, p. 168-170.

²² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**, v. 1, 13ª. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p.169.

incapacidade relativa geram a anulabilidade dos atos praticados sem a devida assistência. Essa diferença decorre em razão do grau de inaptidão ser menor para os relativamente incapazes em face dos absolutamente incapazes, visto que estes não possuem qualquer qualidade que os permitam a liberdade de ação para procederem com alguma autonomia.

O artigo 3º²³ do Código Civil, até o ano de 2015, dispunha sobre as três hipóteses de absolutamente incapazes: os menores de 16 (dezesesseis) anos; os que não possuem o necessário discernimento para a prática de atos, por enfermidade ou deficiência mental e; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (por exemplo, os surdos-mudos que não podem expressar sua vontade).

Todavia, com o advento da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), essas três hipóteses foram reduzidas a uma, sendo atualmente considerados somente absolutamente incapazes os menores de 16 (dezesesseis) anos.

No caso dos relativamente incapazes, disciplinava o artigo 4º²⁴ do Código Civil, o qual também passou por alteração, que nesta condição enquadravam-se os maiores de 16 (dezesesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que por deficiência mental tem o discernimento reduzido; os excepcionais sem desenvolvimento mental completo e os pródigos.

No entanto, com o advento da referida Lei, passou a serem considerados relativamente incapazes somente os maiores de 16 (dezesesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir a sua vontade e; os pródigos. Além disso, o Código Civil nos remete à Legislação Especial para a questão da capacidade dos indígenas.

²³ “Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.”

²⁴ “Art. 4º - São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único - A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.”

Ainda merece destaque a questão dos absolutamente incapazes que eram impedidos de serem testemunhas ou de realizarem testamentos, admitindo tais prerrogativas somente para os relativamente incapazes, conforme mencionava os antigos artigos 228, inciso I, e 1.860, parágrafo único do Código Civil de 2002.

Portanto, evidente se faz a situação de excepcionalidade dos casos em que o indivíduo é privado total ou parcialmente do seu poder de autorregular-se para a prática de ações pessoais, sendo sempre a lei que irá determinar quando estará presente a incapacidade do sujeito.

A regra geral é que a capacidade civil plena será adquirida com a maioridade civil, ou seja, com os completos 18 (dezoito) anos, apesar de haver algumas possibilidades de adquirir esta capacidade plena antes dos 18 (dezoito) anos, sendo, por exemplo, por meio da emancipação, quer seja ela voluntária, judicial ou legal. Além disso, ocorrerá a cessação da incapacidade nos casos de desaparecimento dos motivos que a determinaram.

2.4 Deficiência como Elemento da Personalidade e Capacidade

No dia 6 de julho de 2015 foi promulgada a Lei 13.146, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Com Deficiência, chamado de Estatuto da Pessoa Com Deficiência, adaptando nosso sistema legal às exigências da Convenção das Nações Unidas de 2007 e modificando vários dispositivos do Código Civil de 2002, dentre eles, aqueles que tratavam do regime de capacidades e curatela.

Em especial, houve a desvinculação da deficiência com a condição de incapacidade, proporcionando as condições de vida com maior dignidade a todas as pessoas que tenham alguma deficiência, de modo a garantir a igualdade, acessibilidade e inclusão social.

Necessário se faz, primordialmente, definir o conceito de deficiência, inclusive, muito bem apresentada por Luiz Alberto David Araújo²⁵, em sua obra A Proteção Constitucional da Pessoa Portadora de Deficiência, concluindo que:

O conceito de deficiência reside na incapacidade do indivíduo para certas tarefas, não na falta de qualquer capacidade física ou mental. A análise

²⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3º. ed. Brasília, Corde, 2002, p. 140.

isolada não poderá ser feita; pelo contrário: a deficiência deverá ser sempre correlacionada à tarefa ou atividade. E mais, a última expressão, “pessoas portadoras de deficiência”, tem o condão de diminuir o estigma da deficiência, ressaltando o conceito de pessoa; é mais leve, mais elegante, e diminui a situação de desvantagem que caracteriza esse grupo de indivíduos.

Maria Elisa Gonzalez Manso²⁶ ensina que: “A deficiência permanente é aquela que não permite recuperação ou alteração apesar do aparecimento de novos tratamentos, por já ter corrido tempo suficiente para a sua consolidação”.

Para os fins da lei, conforme seu artigo 2º²⁷, “considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Assim como, no âmbito civil, determinou-se no artigo 6º da Lei que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

Diante desse cenário, é naturalmente certo que todas as pessoas com deficiência possuem aptidão para adquirir direitos. Significa que, de modo geral, possuem personalidade, pois esta é um atributo indissociável do homem dentro da ordem jurídica, não dependendo do seu nível de consciência ou vontade.

Noutro giro, parte-se também da premissa de que a deficiência não é mais considerada causadora de limitações à capacidade civil, vez que a pessoa pode ser deficiente e ao mesmo tempo ter plena capacidade de exprimir sua

²⁶ MANSO, Maria Elisa Gonzalez. **Os portadores de necessidades especiais e o novo Código Civil**. Publicado em 09/2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4314/os-portadores-de-necessidades-especiais-e-o-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 10 de março de 2017.

²⁷ Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 08 de março de 2017.

vontade. É o que aduz o parecer do projeto de lei, que deu origem ao Estatuto analisado no Senado Federal²⁸:

Para facilitar a compreensão, optamos por fazer uma análise conjunta dos dispositivos constantes dos arts. 6º e 84, além de algumas das alterações contidas no art. 114, uma vez que dispõem sobre a capacidade civil das pessoas com deficiência. Seu cerne é o reconhecimento de que condição de pessoa com deficiência, isoladamente, não é elemento relevante para limitar a capacidade civil. Assim, a deficiência não é, a priori, causadora de limitações à capacidade civil. Os elementos que importam, realmente, para eventual limitação dessa capacidade, são o discernimento para tomar decisões e a aptidão para manifestar vontade. Uma pessoa pode ter deficiência e pleno discernimento, ou pode não ter deficiência alguma e não conseguir manifestar sua vontade.

(...)

Entendemos, na linha da Convenção, que as pessoas com deficiência não podem sofrer limitações na sua capacidade civil. Assim, impõe-se a revogação de toda a legislação que dispõe em sentido contrário.

Nesse contexto, revogaram-se expressamente os incisos II e III do artigo 3º do Código Civil que tratava dos absolutamente incapazes, não sendo mais considerados “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” e “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. Já em relação à incapacidade relativa, foi excluída do artigo 4º do Código Civil a menção aos excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

Por fim, uma última questão a tratar é sobre a possibilidade dos longos intervalos de lucidez da pessoa que era considerada incapaz, tendo em vista que o referido Estatuto não previu esta hipótese, mas disciplinou que a alteração legislativa que suprimiu a expressão "deficiência mental" do texto do artigo 4º, não veda a interdição quando o deficiente não possa, por causa transitória ou permanente, manifestar sua vontade.

É possível que a pessoa incapaz tenha intervalos de lucidez tornando-se um ser plenamente capaz de exercer os atos da vida civil nesse período, visto que hoje os intervalos lúcidos são caracterizados como o retorno ao estado de sanidade plena por um longo período, ou seja, patologias que possibilitam o acontecimento dos intervalos de lucidez, tendo uma completa sanidade em longo

²⁸ Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=167262&tp=1>>. Acesso em 15 de abril de 2017; e TOMAZETTE, Marlon; e ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/42271/critica-a-nova-sistematica-da-incapacidade-de-fato-segundo-a-lei-13-146-15>>. Acesso em: 16 de abril de 2017.

prazo. Contudo, tais atos eram levados em consideração pelo Direito, sendo amplamente criticado pela doutrina, segundo João Baptista Villela²⁹:

Hoje, segundo depoimentos dos especialistas na área médica, é possível por meio do controle por drogas, se não eliminar totalmente o período de enfermidade, reverter a situação para o estado anterior; ou seja, podemos ter longos períodos de sanidade pontuada por pequenos lapsos de enfermidade. Então, não há mais sentido estabelecermos uma incapacidade de caráter permanente e duradouro, quando a situação, em razão dos progressos médicos, mudou radicalmente.

Diante a todo o exposto, não pode ser afirmado categoricamente que toda pessoa com deficiência é incapaz, posto que o Novo Estatuto veio como uma forma de concretização da dignidade da pessoa humana para as pessoas com qualquer modalidade de deficiência, proporcionando oportunidades para diminuir a exclusão social e tratamento igualitário diante da sociedade.

²⁹ VILLELA, João Baptista. **Capacidade Civil e Capacidade Empresarial: Poderes de Exercício no Projeto do Novo Código Civil**. Conselho Da Justiça Federal. Comentários Sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro. Série de Cadernos do CEJ, volume 20. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2002, p. 44-45. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/serie-cadernos/Volume%2020%20%20COMENTARIOS%20SOBRE%20O%20PROJETO%20DO%20CODIGO%20CIVIL%20BRASILEIRO.pdf/view>>. Acesso em: 20 de abril de 2017.

3 BREVES NOÇÕES SOBRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS

Considerados como fonte principal do Direito Internacional Público, os tratados internacionais dão mais segurança às relações internacionais, tendo em vista que são elaborados com a participação dos Estados e Organizações Internacionais.

Historicamente, a Convenção de Viena de 1969 trata-se de um dos mais importantes documentos que faz referência ao direito dos tratados, não se limitando somente à codificação de normas gerais entre Estados, como também a qualquer tipo de matéria ainda não consolidada no Direito Internacional e a codificação ou alteração de regras preexistentes derivadas do costume internacional.

A mencionada Convenção preocupou-se em um conceito para “tratado”, dispondo em seu artigo 2º, §1º, “a”, que se refere a “um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. Em outras palavras, entende-se por um acordo formal convencionado por sujeitos do Direito Internacional, para a veiculação de regras jurídicas e produção de efeitos entre as partes-membros.

Para Paul Reuter *apud* Juliano Rossi³⁰, a definição mais correta para tratado seria “uma manifestação de vontades concordantes, imputável a dois ou mais sujeitos de direito internacional, e destinada a produzir efeitos jurídicos de conformidade com as normas do direito internacional”.

Posteriormente, surgiu a Convenção de 1986 sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, que complementou a Convenção de 1969.

Os tratados internacionais possuem natureza obrigacional e vinculante, assim como ocorrem com os contratos, possuindo elementos essenciais para a sua formação, dentre eles podemos destacar: configuram-se como acordos internacionais que prezam pelo livre consentimento das nações, de modo que só existirá tratado válido se as vontades das partes convergirem; os tratados são celebrados por escrito, ou seja, dotados de formalidade para o melhor entendimento

³⁰ ROSSI. Juliano Scherner. **A Operação Interna Dos Tratados Internacionais**. REVISTA DA ESMESC, v. 21, n. 27, p. 331, 2014.

de seu propósito e negociação; também só podem ser concluídos por Estados ou entes personalizados com capacidade internacional para assumir direitos e contrair obrigações, como por exemplo, além dos Estados, as Organizações Internacionais que passaram a possuir essas prerrogativas (ONU, OEA, entre outras), havendo diferença somente na matéria de alcance, pois os Estados podem acordar sobre quaisquer matérias, já as Organizações Internacionais apenas matérias relacionadas às suas finalidades e misteres; todo tratado internacional também deve ser regido pelo direito internacional, caso contrário terá apenas efeito de contrato internacional; deve ainda ser celebrado em instrumento único ou em dois ou mais conexos, isto é, pode haver outros documentos que acompanham o tratado internacional, por exemplo, protocolos adicionais; por fim, não ter denominação particular, sendo que “tratado” é uma expressão genérica, dependendo de suas qualidades específicas (forma, conteúdo, objeto, finalidade) para nomeá-lo.

Se assim é, diversas outras terminologias além de “tratado” são utilizadas para se referir aos acordos celebrados entre os sujeitos de Direito Internacional, dentre elas, as mais comuns são: Acordo, Carta, Compromisso, Convenção, Estatuto, Pacto e Protocolo.

Além disso, os tratados internacionais possuem inúmeras classificações, devendo maior importância às classificações quanto ao número de partes, à sua natureza jurídica, à possibilidade de adesão posteriormente e execução no tempo.

Em geral, os tratados internacionais podem ser divididos em bilaterais (particulares), ou multilaterais (coletivos), em razão do número de partes que compõem. São bilaterais aqueles celebrados entre dois Estados, ou entre um Estado e uma Organização Internacional, ou entre duas Organizações Internacionais, portanto, entre duas partes contratantes. Já os multilaterais, são celebrados por três ou mais partes, podendo participar qualquer Estado, sem nenhuma restrição, que tem por finalidade tratarem de regras e questões de comum interesse.

A segunda classificação nos remete à natureza jurídica dos tratados, que podem ser tratados-lei e tratados-contrato. O primeiro refere-se a tratados que possuem o objetivo de disciplinar regras gerais de direito internacional público, sendo equiparados a verdadeiras leis. Os Estados contratantes desse tipo de tratado são obrigados a cumprir com tudo aquilo que foi acordado, prestigiando o princípio

do *pacta sunt servanda*. Normalmente, tratam-se de tratados multilaterais, em que um grande número de Estados assume o compromisso. Por outro lado, o segundo tipo refere-se a tratados, cujas vontades das partes são diferentes, não estabelecendo uma norma geral, mas prestações e contraprestações entre si, objetivando um único fim, como se fosse um verdadeiro contrato, que se resume no cumprimento de determinada obrigação para cada uma das partes. Em outras palavras, tratam-se de concessões mútuas dos Estados, com finalidades diversas, priorizando justamente oferecer aquilo que possui de bom para o outro e vice-versa.

A terceira classificação diz respeito à possibilidade de os Estados aderirem posteriormente determinado tratado, mesmo não tendo participado de suas fases de formação. Classificam-se em abertos ou fechados. Os abertos autorizam a adesão posterior de outros Estados, dividindo-se em limitados ou ilimitados. Nos limitados, somente é permitido a adesão para um grupo específico de Estados, como por exemplo, no caso do Mercosul, em contrapartida, nos tratados abertos ilimitados não há qualquer tipo de restrição, podendo qualquer Estado interessado fazer a adesão depois. Em sentido diverso, os tratados fechados proíbem a adesão posterior de Estados (ou Organizações Internacionais) que não participaram das negociações ou não ratificaram no momento certo o tratado internacional.

A última classificação refere-se à execução no tempo dos tratados internacionais, sendo transitórios ou permanentes. Os primeiros são tratados que têm sua execução exaurida de forma imediata, ou seja, não se prolonga no tempo, ocorrendo através de um único ato. Por sua vez, os tratados permanentes são aqueles que têm execução por tempo indeterminado, independentemente de sua vigência ser longa ou curta, não se exaure num exato momento.

Torna-se importante esclarecer, por fim, que os tratados internacionais vinculam somente Estados que os assinam e os ratificam, não podendo estes invocar normas de seu direito interno como justificativa para o descumprimento de determinada disposição do tratado, conforme aduz o artigo 27 da Convenção de Viena³¹.

³¹ Artigo 27 da Convenção de Viena de 1946. “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”. (BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2017).

3.1 O Processo de Formação dos Tratados Internacionais

Estudadas as principais considerações sobre os tratados internacionais, é imprescindível ainda observar seu processo de formação.

O processo de formação dos tratados é um ato solene que requer uma série de formalidades sucessivas, desde a sua celebração até sua entrada em vigor no âmbito internacional, quais sejam: negociações preliminares; assinatura ou adoção; aprovação parlamentar (referendo parlamentar) por parte de cada Estado que está interessado em fazer parte do tratado; ratificação; promulgação e publicação.

A Convenção de Viena de 1969 elencou requisitos para possibilitar a conclusão e a efetiva entrada em vigor dos tratados. Dessa maneira, exige-se que as partes possuam capacidade e sejam legalmente habilitadas para tal, bem como que haja o consentimento mútuo entre os Estados e o objeto seja lícito e possível. O instrumento hábil para a autorização dos agentes signatários de cada Estado é a chamada Carta de Plenos Poderes, assinada pelo Chefe do Executivo e confirmada pelo Ministro das Relações Exteriores.

Dito isso, inicia-se o processo de formação com as negociações preliminares, de competência normalmente do Poder Executivo, em que serão discutidas as possibilidades do texto do tratado, por meio de uma troca de propostas, contrapropostas e vontades de uns Estados em relação aos outros. Quando houver a correspondência de arbítrios, o texto final do tratado será elaborado e concluído, estando apto para prosseguir para as demais fases.

A próxima fase é da adoção do tratado. É cediço que todo acordo para que seja válido, deva resultar de um ato de vontades entre as partes, e a adoção é justamente um procedimento jurídico em que todos os Estados pactuantes (ou pelo menos a maioria deles) aceitam o texto final como harmônico às suas exigências, resultando na definitiva redação do tratado. Segundo entendimento de Valério Mazzuoli³² *apud* Adolfo Maresca:

A adoção do texto efetua-se – como se falou – pelo consentimento de todos os Estados que participam da sua elaboração, salvo quando se dá em uma conferência internacional, caso em que se considera efetuada pela maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes (podendo também esses

³² Mazzuoli, Valério de Oliveira. **Curso De Direito Internacional Público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 238, 2015.

Estados, pela mesma maioria, decidirem de forma diversa). Trata-se, portanto, de um ato jurídico em sentido estrito: a vontade dos Estados, que participaram da elaboração do tratado, de assumirem certo texto como conveniente; ou a vontade de assumirem esse texto como um documento sobre o qual deverá formar-se, ao seu tempo, o consenso conclusivo.

No caso do Brasil, encontrando-se o tratado nesta fase, o texto é submetido à apreciação da Consultoria Jurídica do Itamaraty (CJI) e da Divisão de Atos Internacionais (DAI), que analisarão respectivamente o aspecto jurídico e processual do tratado internacional, podendo também ser submetido ao controle de constitucionalidade.

Seguindo cronologicamente à adoção, o procedimento posterior é o da autenticação do tratado, que se refere ao ato de dar legalidade ao texto, isto é, passar a ser “autêntico e definitivo”, conforme artigo 10 da Convenção de Viena de 1969. É um ato de caráter meramente notorial, intrinsecamente ligado com o ato da adoção, pois, na perspectiva de Mazzuoli, o que o procedimento autenticatório faz é documentar que a adoção (que lhe foi anterior) realizou-se com sucesso³³.

O ato jurídico subsequente é a assinatura do tratado. Significa um aceite formal e precário, que ainda não acarreta a obrigatoriedade e a vinculação dos efeitos jurídicos aos Estados-partes, apenas coloca fim as negociações gerais e expressa o mínimo de consenso dos Estados quanto ao texto, ou seja, refere-se a uma intenção dos membros pactuantes para que, futuramente, aceitem definitivamente o tratado na fase de ratificação. Após a assinatura, o tratado será submetido à apreciação e à aprovação do Poder Legislativo.

Em sequência, passando o tratado pelo crivo do Poder Legislativo, será de competência do Poder Executivo a sua ratificação. Para Mazzuoli, a ratificação do tratado é o segundo momento que o Poder Executivo se manifesta no processo de formação dos atos internacionais, definindo-a como³⁴:

O ato por meio do qual a mais alta autoridade do Estado, com competência constitucional para concluir tratados, confirma a assinatura do acordo elaborado pelos seus plenipotenciários e exprime, definitivamente, no plano internacional, a vontade do Estado em obrigar-se pelo tratado, com o compromisso de fielmente executá-lo.

³³ Mazzuoli, Valério de Oliveira. **Curso De Direito Internacional Público**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 240, 2015.

³⁴ Apud V. Hildebrando Accioly. Tratado de direito internacional público, vol. I, cir., p. 574; José Francisco Rezek, Direito dos tratados, cit., p. 267; Dinh, Daillier & Peller, Direito internacional público, cit., p. 1 40; e Francisco de Assis Maciel Tavares, Ratificação de tratados internacionais, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 3 5-37.

Em outras palavras, ato de ratificação é aquele capaz de vincular obrigatoriamente todos os Estados nas cláusulas que o tratado possui, bem como irradiar efeitos para o âmbito internacional.

O próprio artigo 11 da Convenção de Viena disciplina que “o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado pode ser expresso mediante a assinatura, troca de instrumentos constituintes do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou através de qualquer outro meio acordado”.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 determina que é de competência privativa do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República ou Ministro das Relações Exteriores) a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a aprovação do Congresso Nacional. Assim como, também há a competência exclusiva do Congresso Nacional em resolver definitivamente questões atinentes aos atos internacionais, prestigiando uma colaboração entre os Poderes Executivo e Legislativo para a validação dos tratados, que não se aperfeiçoam enquanto a vontade do Poder Executivo, não se somar à vontade do Congresso Nacional³⁵.

Ressalta-se que após a um Estado aderir, ratificar e aprovar um determinado tratado, ele poderá ainda fazer, se lhe convier, uma declaração unilateral com o objetivo de modificar ou excluir efeitos jurídicos de alguns dispositivos do tratado. É o que se denomina de reservas aos tratados. Excepcionalmente, não poderá ser feita quando o próprio tratado proibir, ou quando tais reservas sejam incompatíveis com o objeto e a finalidade do tratado.

Ao final, após a ratificação, o tratado deverá ser promulgado e publicado. A promulgação possui a finalidade de confirmar que o ato internacional já existe e é juridicamente exigível, assim como atestar que foram cumpridos seus requisitos internos de celebração. Todavia, para que se considere o tratado efetivamente promulgado, deve-se ainda dar publicidade a todas as pessoas e fixar o início de vigência. A publicação se dará pelo Diário Oficial da União e a partir daí possuirá força normativa, capaz de revogar disposições ordinárias contrárias às suas.

³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 111, 2013.

3.1.1 Apontamentos sobre a hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento brasileiro

Os tratados internacionais, no cenário das relações exteriores, não possuem nenhuma hierarquia entre si, ou seja, todos são juridicamente iguais. No entanto, quando um tratado internacional é incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, ele passa a obedecer a uma determinada hierarquia. Essa hierarquia mostra sua face com a pirâmide de Hans Kelsen, que estabelece uma hierarquia entre as normas do ordenamento jurídico de determinado Estado. No Brasil, a orientação também se mostra presente na forma do artigo 59 da Constituição Federal de 1988.

Levando em consideração esse aspecto, o primeiro posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia dos tratados é proveniente de um julgamento de 1977, no Recurso Extraordinário 80.004, em que se afirmou que os tratados internacionais comuns, quando adentrarem ao ordenamento jurídico brasileiro, possuem paridade normativa com Lei Ordinária. Vale dizer que, caso haja algum conflito entre um Tratado e uma Lei, este será resolvido a partir da aplicação do critério cronológico (lei posterior revoga lei anterior) ou do critério da especialidade (lei especial prevalece sobre lei genérica), possibilitando a revogação de legislação antecedente de mesma hierarquia e sendo revogados pela subsequente, ainda que for uma legislação interna.

Com o transcorrer do tempo, e especialmente no momento em que o Brasil se vinculou aos principais Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como por exemplo, o Pacto de São José da Costa Rica de 1992, o país quis promover uma proteção especial a esses tratados, e para isso criou o §2º no artigo 5º da Constituição Federal.

O referido dispositivo consagra que os direitos e garantias expressos na própria Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Ora, ao dizer isso, a Carta está a incluir os direitos elencados em tratados internacionais em que o Brasil seja parte no rol de direitos constitucionalmente protegidos.

Em outras palavras, significa dizer que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que forem incorporados no ordenamento jurídico brasileiro são

direitos fundamentais e como tais, configuram-se como cláusulas pétreas, e aquela regra impetrada aos tratados internacionais comuns não poderá ser aplicada aos tratados internacionais que visam direitos humanos.

Sob o entendimento de Flávia Piovesan, “os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais³⁶”.

À luz do mencionado dispositivo, encontrou-se o problema de o quórum não ser diferenciado para a aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos. Na forma do artigo 5º, §2º, o quórum de aprovação para esses tratados é o mesmo dos demais, ou seja, o quórum de lei ordinária. A posição do Supremo Tribunal Federal foi que, apesar da provisão do §2º do artigo 5º, não se pode considerar um tratado mesmo que de direitos humanos como tendo hierarquia constitucional, na medida em que esse tratado não foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro com quórum adequado.

Por esta razão, depois de repetidas críticas, houve uma alteração do artigo 5º com a incorporação do §3º, dando um rito especial aos tratados internacionais de direitos humanos, com quórum mais difícil de ser alcançado, qual seja o quórum de emenda, isto é, dois turnos em cada casa do Congresso por três quintos dos membros. Assim, a partir de 2004, com a criação da Emenda Constitucional nº 45, para aqueles tratados de direitos humanos que forem aprovados pelo rito de emenda, terão equivalência a emendas constitucionais.

A dificuldade constatada foi que a maioria dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, foram incorporados antes da Emenda nº 45, então, em tese, pela posição do Supremo Tribunal Federal, esses tratados continuariam com a hierarquia de lei ordinária, o que é muito pouco dada à provisão do §2º do artigo 5º. Por conseguinte, o próprio Supremo Tribunal, em um caso de referência, no Recurso Extraordinário 466.343 de São Paulo, mudou o seu entendimento para dizer que aqueles tratados que não foram aprovados com quórum de emenda e, portanto, não são equivalentes a ela, com base no mencionado RE, assumem o status de supralegalidade. Melhor dizendo, terão hierarquia supralegal quando forem aprovados pelo rito ordinário, ou seja, da mesma

³⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 117, 2013.

forma que são aprovadas leis ordinárias, pela maioria dos membros das Casas Legislativas, conquistando uma hierarquia acima da legislação infraconstitucional e abaixo da Constituição Federal.

Logo, pela própria previsão e posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, existem três tipos de hierarquia dos tratados: a hierarquia geral dos tratados internacionais comuns como lei ordinária; os tratados internacionais de direitos humanos que foram aprovados antes do Emenda Constitucional nº 45/2004 como supralegais, e os de direitos humanos aprovados após a referida Emenda, poderão ser supralegais ou equiparados à emenda, dependendo do rito adotado.

3.2 Estatuto como Fonte de Norma Jurídica

As normas jurídicas concernem em normas éticas fundamentais para a estruturação do Direito, responsáveis por orientar condutas dos indivíduos e fixar regulamentos sobre a organização do Estado e sociedade, gravando valores para compor a ordem jurídica. Essas normas constituem-se na medida em que a sociedade apresenta uma série de preceitos e condutas sociais.

Nesse sentido, as normas jurídicas nascem das chamadas fontes do direito. As fontes referem-se ao local de onde nascem as regras jurídicas ainda não existentes na sociedade. Diversos são os tipos de fontes de norma jurídica, dentre eles, podemos dividi-las em fontes materiais e fontes formais.

As fontes materiais referem-se ao organismo encarregado de sua criação e elaboração. Por outro lado, as fontes formais tratam-se dos mecanismos pelos quais o direito se manifesta, sendo imediatas (normas legais) ou mediatas (costumes, princípios gerais do direito, jurisprudência e doutrina).

Partindo dessa análise, as normas podem ser classificadas quanto ao objeto a ser atingido, ou seja, aos destinatários dessas normas, possuindo três classificações básicas e distintas.

A primeira refere-se às normas jurídicas gerais, aquelas que se destinam a uma universalidade de pessoas, coordenando comportamentos de um número indeterminado de pessoas perante a sociedade. Em contrário senso, também pode haver normas jurídicas individuais, ou seja, aquelas que se destinam a determinadas pessoas, com comportamentos específicos, como, por exemplo, em

caso de uma sentença ou um contrato em que vinculam as partes participantes. Por derradeiro, em uma posição intermediária, encontram-se as normas particulares, que diferentemente das normas individuais, regem o comportamento de um número indeterminado de pessoas, porém que pertencem a uma categoria especial, e neste caso, encontramos o Estatuto como uma fonte material de produção específica para essa norma jurídica.

Assim, de uma maneira geral, o Estatuto refere-se a uma regulamentação unitária dos interesses de um determinado grupo de pessoas. Em outras palavras, rege o comportamento de uma quantidade de pessoas pertencentes a uma categoria especial, visando à concretização e normatização de direitos e interesses dessa determinada categoria dentro de um contexto jurídico, social e cultural, amenizando barreiras impostas a esse grupo. Justamente, a finalidade do objeto de estudo deste trabalho, conforme será demonstrado à frente.

3.3 A Evolução da Legislação Brasileira sobre as Pessoas com Deficiência

Ao longo da história, as pessoas que possuíam algum tipo de limitação, seja ela física, intelectual ou sensorial, foram tratadas com indiferença e marginalização pelas mais diversas sociedades e culturas. Principalmente no Brasil, era possível identificar a chamada “política de exclusão ou rejeição” das pessoas com algum tipo de deficiência.

Os primeiros povos indígenas que habitavam as terras que viria a ser o Brasil praticavam a exclusão especialmente de crianças que nasciam com algum defeito ou o abandono daquelas que adquiriam a deficiência posteriormente. Tais costumes não se diferem daqueles que eram praticados pelos povos da História Antiga e Medieval, em que a constatação da deficiência, quando ocorria no nascimento da criança, era entendida como castigo dos deuses ou punições para a família.

Essas superstições ligadas às pessoas com deficiência continuaram sendo repetidas por muito tempo na história brasileira, consolidando a associação de que pessoas deficientes eram doentes ou vieram como castigo das forças superiores.

Embora vistos como punição, a deficiência física ou sensorial que os escravos negros adquiriram derivou-se, em inúmeras vezes, de violências e

condições desumanas que eram submetidos pelos seus senhores, isto é, nas palavras de Gonçalves, “já representava um meio de disseminação de doenças incapacitantes, que deixavam sequelas e não raro provocavam a morte de um número considerável de escravos”³⁷.

Na mesma toada, os colonizadores portugueses sofreram para a adequação das características tropicais do território, repercutindo em sua saúde e bem-estar, adquirindo muitas enfermidades desconhecidas por eles à época, que geravam graves limitações.

A partir do século XIX até a metade do século XX, a questão da deficiência refletiu em função dos conflitos militares que o país estava vivenciando. E nesta época, o nível de desconhecimento das deficiências ainda era muito elevado, bastando para eles que a pessoa fosse internada em instituições e completamente excluída do convívio social.

À vista disso, é imprescindível uma breve trajetória sobre a evolução legislativa protetiva dada às pessoas com deficiência dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Nas primeiras Constituições, de 1824 e de 1891, não houve nenhum tipo de regulamentação no que se refere às pessoas com deficiência. Daí em diante, sob a Constituição de 1934, Luiz Alberto David Araújo³⁸ enfatiza que houve o nascimento de “um embrião do conteúdo do direito à integração social da pessoa deficiente”, ao assegurar o amparo às pessoas com determinadas limitações, disponibilizando-as serviços sociais e especializados.

Posteriormente, as Constituições de 1937, 1946 e 1967, não trouxeram nenhuma novidade para o âmbito jurídico, apenas delimitando a garantir o direito à igualdade e na criação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 4.024 de 20 de dezembro de 1961), que se derivou das entendidas conhecidas até hoje, como a Sociedade Pestalozzi de São Paulo (1952) e a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE) do Rio de Janeiro (1954), que pressionaram o poder público para a realização do projeto “educação especial” para as chamadas

³⁷ GONÇALVES, Marien Fabiane. **Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas Mudanças no Direito Civil**. Curitiba, p. 13, 2016

³⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, p. 58, 1997.

crianças excepcionais, ou seja, aquelas que se desviavam do “grupo normal” por possuir uma ou várias características mentais, sociais ou físicas.

Segundo GONÇALVES *apud* ARAÚJO, no Ano Internacional da Pessoa Deficiente, em 1981, ocorreram significativas melhoras, fazendo o Brasil avançar muito no atendimento às pessoas com deficiência, no modelo de integração, vigente naquele período³⁹. Em explicação de Emílio Figueira⁴⁰:

Se até aqui a pessoa com deficiência caminhou em silêncio, excluída ou segregada em entidades, a partir de 1981 – Ano Internacional da Pessoa Deficiente - tomando consciência de si, passou a se organizar politicamente. E, como consequência, a ser notada na sociedade, atingindo significativas conquistas em pouco mais de 25 anos de militância.

Entretanto, o verdadeiro marco ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, assegurando em diversos dispositivos a proteção específica das pessoas com deficiência. As regras disciplinam desde a dignidade da pessoa humana; o princípio da igualdade; os valores sociais do trabalho; acessibilidade, permanência e atendimento especializado, habitação e reabilitação, até chegar à eliminação de barreiras arquitetônicas, com o objetivo de integrar o grupo de pessoas com deficiência no contexto social.

Nesse sentido, o tratamento esperado da sociedade em face das pessoas com deficiência era o reconhecimento de que todos são possuidores de direitos humanos e liberdades fundamentais, inclusive os deficientes e, dessa maneira, aquela pessoa com determinada limitação, deveria receber uma atenção especial, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento máximo de sua personalidade, bem como comprovar que nem todos são incapazes ou ineficientes nas atividades que lhe são estipuladas. Além disso, criaram-se programas internacionais para assistência e desenvolvimento social, promovendo a acessibilidade desse grupo em todos os projetos da comunidade.

No ano seguinte, editou-se a Lei nº 7.853 de outubro de 1989, que criou a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE), que dispõe, entre outros pontos, o apoio às pessoas com deficiência, visando garantir ações governamentais necessárias para a integração e a prestação de bens, serviços, instalações e atividades (educação, saúde, transporte, emprego,

³⁹ GONÇALVES, Marien Fabiane. **Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas Mudanças no Direito Civil**. Curitiba, p. 15, 2016.

⁴⁰ FIGUEIRA, Emílio. **Caminhando em Silêncio: Uma introdução à trajetória das pessoas com deficiência na história do Brasil**. 2.ed., São Paulo: Giz Editora, p. 115, 2008.

recursos humanos), como também o afastamento de discriminações e preconceitos, propiciando o bem-estar pessoal, social e econômico dessa categoria de pessoas.

Por conseguinte, de acordo com o Decreto nº 3.298 de 1999, chamado de Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, compreendeu-se em um conjunto de orientações normativas, a fim de garantir o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência⁴¹, estabelecendo a responsabilidade aos órgãos e entidades públicas em oferecer programas para o desempenho de seus direitos.

Depois disso, várias medidas legais vieram à tona, como, por exemplo, a conquista de cotas em empresas privadas, o acesso à educação, o princípio da não discriminação, entre outros, que contribuíram para a busca incessável de melhores garantias aos direitos das pessoas com deficiência, todos sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo com que resultasse, no século XX, a criação da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, considerada como um grande marco na história dos deficientes, contribuindo para a concretização da atual legislação (Lei de Inclusão das Pessoas com Deficiência).

3.4 A Convenção Internacional Sobre Os Direitos Das Pessoas Com Deficiência

O atual cenário internacional sobre os direitos humanos teve seu surgimento em meados do século XX, em razão das monstruosas violações aos direitos humanos que foram suportadas pelas pessoas que viviam sob as grandes guerras.

Como visto anteriormente, ao longo do desenvolvimento das civilizações, a deficiência passou por diversos estágios e conceitos, acreditando, inclusive, ser uma espécie de punição para aqueles que nasciam com tal. Na época, as pessoas portadoras de algum tipo de deficiência eram tratadas de forma agressiva e com repúdio, sendo segregadas, discriminadas e até mesmo exterminadas.

⁴¹ BRASIL, **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1990**. Art. 1º. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2017.

À luz desse cenário, surgiu a necessidade de um consenso mundial para estimular o respeito e a dignidade entre os seres, isto é, a criação de mecanismos para a proteção dos direitos humanos, em especial, de grupos específicos e considerados vulneráveis, como negros, crianças, mulheres e deficientes.

Dessa maneira, a preservação dos direitos humanos passou a ser preocupação internacional, conforme assevera Leonart⁴²:

No princípio do século XX, a ocorrência de duas abomináveis guerras mundiais fez com que aumentasse demasiadamente o número de pessoas com deficiência, particularmente de natureza física, expondo de uma maneira bem mais incisiva à sociedade o considerável drama vivenciado por esse importante segmento, exigindo do Estado a adoção de políticas públicas consistentes e a consequente tomada de posição como agente protetor.

A partir do período pós-guerra, nasceu a Organização das Nações Unidas (ONU), que aprovou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, um código de princípios e valores universais que enobrece a igualdade e dignidade de todo ser humano. A partir daí, estimulou o chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, que adota inúmeros tratados internacionais para proteção dos direitos fundamentais.

No que se refere às pessoas com deficiência, inicialmente a ONU aprovou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes em 1975, com o intuito de garantir à pessoa com deficiência o tratamento dispensável a qualquer cidadão, bem como o direito inerente de sua dignidade.

Segundo explicação de Geraldo Nogueira⁴³:

O objetivo foi estabelecer um consenso acerca de uma “ética universal”, através da qual todos os países pudessem **compartilhar valores básicos do bem comum e de garantia da dignidade humana**. Estes procedimentos levaram a uma perspectiva que confirmou a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos, presentemente incorporando três dimensões fundamentais: os direitos civis e políticos, tidos como de primeira geração; os direitos econômicos, sociais e culturais, de segunda geração e os direitos ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, os de terceira geração. Desde então, estas três dimensões dos direitos humanos foram

⁴² LEONART, Ana Paula De Souza. **A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 2, n. 2, Julho de 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/187>>. Acesso em 15 de julho de 2017.

⁴³ NOGUEIRA, Geraldo. **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada** /Coordenação de Ana Paula Crosara Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, p. 26-27, 2008.

desdobradas e alguns dos temas regulamentados a partir da promulgação de documentos internacionais [...] (*grifo nosso*).

No ano de 2006, em Nova Iorque, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e foi assinada pelo Brasil em 30 de março de 2007, juntamente com o seu Protocolo Facultativo, com o objetivo de produzir políticas de inclusão a essas pessoas, minimizando barreiras sociais e funcionais.

A convenção é um tratado internacional que preconiza a segurança jurídica de proteção aos direitos humanos, podendo ser considerada um instrumento facilitador para o exercício dos direitos universais, em especial a igualdade e acessibilidade com as demais pessoas. Proíbe qualquer meio de discriminação contra a pessoa com deficiência e garante os direitos humanos.

Sua internalização no estado brasileiro se deu através do Decreto Legislativo nº 186/2008 e do Decreto nº 6.949/2009. Merece destaque por ser o primeiro tratado de direitos humanos recepcionado com força de emenda constitucional, isto é, aprovada nas duas casas legislativas do Congresso Nacional, por três quintos de seus respectivos membros, em dois turnos, conforme aduz o artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal, equivalendo-se a uma norma constitucional, cuja posição hierárquica é superior às demais normas do sistema.

Nesse viés, com o reconhecimento de sua hierarquia especial, após sua ratificação, a Convenção disciplina a legislação ordinária, visto que toda e qualquer norma anterior a ela será implicitamente revogada caso não seja compatível com os seus valores, deixando claro que seus efeitos são imediatos, revogando qualquer legislação contrária a ela.

Assim como, a Convenção também disciplina a normatividade da Administração Pública, relacionando os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), por proporcionar princípios que se apliquem as suas atividades jurídicas e cotidianas. Isso significa que os princípios estarão presentes não só na formulação das futuras leis, como também estarão presentes, de forma obrigatória, nas decisões dos juízes, nos atos da Administração Pública⁴⁴. Deste modo, em nenhuma hipótese poderá decidir de forma que viole as regras e princípios estabelecidos pela

⁴⁴ DEFICIÊNCIA, **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com/** Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) • Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: SNPD – SDH-PR, p. 42, 2014.

Convenção, pois a partir do momento que foi recepcionada como emenda constitucional, vinculou todos os poderes.

Por fim, deve-se ressaltar que a Convenção refere-se a um grande marco histórico de conquista dos direitos humanos, uma vez que esta assegura proteção especial às pessoas deficientes, tendo como princípios basilares a dignidade da pessoa com deficiência, sua autonomia individual, o livre exercício de sua própria cidadania, não discriminação, dentre outros que serão tratados mais à frente. Todos são interligados com um único fim: a promoção da inclusão social.

Com a Convenção, também houve mudanças significativas na legislação pátria no sentido de promover a acessibilidade e igualdade das pessoas com deficiência, sendo base para a criação da Lei 13.146/15, chamada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, objeto do presente estudo.

3.4.1 O propósito

Especificado na primeira parte do artigo 1º, a Convenção tem o propósito de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

Dessa forma, partindo-se de uma nova concepção e com base nos direitos humanos é que a Convenção trouxe uma conceituação de “pessoa deficiente”, privilegiando o princípio da isonomia e sua capacidade legal para exercer os atos da vida civil, senão vejamos:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Em regra, a questão da deficiência é caracterizada diante de constatações médicas, que leva à análise do estado físico, mental e/ou psíquico do indivíduo. Esta abordagem considera-se ultrapassada, uma vez que provoca a incapacitação completa da pessoa com deficiência. A partir da Convenção, objetiva-se um novo modelo social, alterando a forma de enfrentamento da deficiência, sugerindo que deve ser entendida como um conjunto de fatores sociais, físicos,

psicológicos e, inclusive, ambientais. Entende que a própria sociedade, diante das condições apresentadas pelas pessoas com deficiência, impõe barreiras que agravam a sua limitação.

Nesse sentido, Laís de Figueiredo Lopes⁴⁵:

O novo modelo social determina que a deficiência não está na pessoa como um problema a ser curado, e sim na sociedade, que pode, por meio das barreiras que são impostas às pessoas, agravar uma determinada limitação funcional.

A partir dessa constatação, a Convenção é um meio capaz de alterar a exclusão social das pessoas com deficiência, que apesar de suas limitações, tratam-se de seres humanos, sujeitos de direito e titulares de dignidade, que precisam de um reconhecimento igualitário perante a sociedade atual, visando a concretização de sua plena capacidade legal.

Segundo Ivan Gustavo Trindade, para se alcançar a inclusão social dessas pessoas “a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência propõe essencialmente aos estados signatários a minimização dos obstáculos sociais e institucionais, ressaltando que várias desses obstáculos é fruto de um ordenamento jurídico falho”⁴⁶.

Além disso, a Convenção ainda trouxe a possibilidade de mudança na nomenclatura, abandonando os termos “pessoas portadoras de deficiência”, “pessoas com necessidades especiais”, ou somente “deficientes”, atualizando o termo para pessoa com deficiência. Isso se deve ao fato de que a palavra “portadora de deficiência” leva a entender que a pessoa porta alguma coisa, remetendo a algo que pode ser retirado ou colocado, o que não é compatível com a deficiência, por ter seu caráter permanente. Já a segunda expressão “com necessidades especiais”, é plausível que todos possuem alguma necessidade, com mais ou menos intensidade, não sendo adequado a sua utilização. Por último, somente a utilização “deficiente” não é suficiente para caracterizar a pessoa em si, apenas demonstrando sua condição de deficiência.

⁴⁵ LOPES, Laís de Figueirêdo. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) • Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: SNPD – SDH-PR, p. 27, 2014.

⁴⁶ TRINDADE, Ivan Gustavo Junio Santos. **Os reflexos do estatuto da pessoa com deficiência (lei n. 13.146/15) no sistema brasileiro de incapacidade civil**. Goiânia, p. 57, 2016.

Destarte, as transformações trazidas pela Convenção demonstram não somente uma evolução nas questões conceituais, como também na forma como as pessoas com deficiência são encaradas diante da sociedade, envolvendo uma mudança cultural da sociedade e de sistemas políticos que eram preservados desde os primórdios.

3.4.2 Definições

O artigo 2º da Convenção traz uma compreensão muito mais dinâmica sobre a pessoa com deficiência, privilegiando os direitos humanos e o desenvolvimento social.

Esta nova perspectiva preserva em primeiro lugar a pessoa, antes de sua deficiência, como um ser capaz de adquirir direitos e ser o protagonista de sua própria vida mesmo com a deficiência, seja ela física, intelectual ou psíquica. O principal objetivo é entender que a pessoa com deficiência, antes de mais nada, é uma pessoa que possui experiências de vida, como uma estrutura familiar, um contexto social e cultural, e renda econômica, atuando como um sujeito ativo e em constante desenvolvimento com o meio que lhe é oferecido.

O reconhecimento da diversidade humana pela sociedade promove oportunidades mais favoráveis para as pessoas com deficiência, de maneira que elas se sintam mais integradas, assegurando o seu desenvolvimento pessoal e social. Segundo Lilia Pinto Martins⁴⁷, “quanto mais a pessoa com deficiência estiver num ambiente que lhe restrinja a mobilidade, a comunicação, o acesso à informação e aos bens sociais para uma vida plena e autônoma, mais vai encontrar-se numa situação de desvantagem”.

É nesse sentido que o artigo 2º⁴⁸ estipula quatro atos (comunicação, discriminação, adaptação razoável e desenho universal) para promover uma sociedade mais inclusiva e acolhedora de diversidades.

⁴⁷ MARTINS, Lilia Pinto. **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada** /Coordenação de Ana Paula Crosara Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, p. 29, 2008.

⁴⁸ “Artigo 2º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: “Comunicação” abrange as línguas, a visualização de textos, o braille, a comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos de multimídia acessível, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizada e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, inclusive a tecnologia da informação e comunicação acessíveis; “Língua” abrange as

A comunicação e a língua são os meios utilizados pelas pessoas para aprender, transmitir e conectar-se. As limitações funcionais que as pessoas com deficiência possuem nem sempre proporcionam a utilização da comunicação de maneira tradicional. Por isso, são necessários mecanismos alternativos que oportunizem o alcance dela, como o Braille, a comunicação pelos dedos, sinais, sistemas auditivos, escrita, visualização de textos, legendas, leitura labial, entre outros.

Dessa maneira, enfatiza-se que existem novas e várias formas de comunicação que devem ser tratadas de maneira igualitária e reconhecidas pelo Estado, já que este deve estar preparado para receber pessoas com esse tipo de deficiência, bem como para proteger suas necessidades básicas.

O segundo ato refere-se à discriminação por motivo de deficiência. Como dito anteriormente, a própria sociedade impõe barreiras que incapacitam ainda mais a pessoa deficiente, empurrando-a para um estado de desvantagem. Para Débora Diniz e Lívia Barbosa⁴⁹:

A discriminação não é um dado da natureza, não está na essência de nenhum corpo, mas **no olhar do outro que o desqualifica como um ser abjeto**. Essa é a essência da discriminação: uma recusa pela igualdade de existência àqueles que escapam a um padrão ideal do humano (*grifo nosso*).

Isso significa que, a sociedade impõe padrões ideais que impossibilitam as pessoas com deficiência de receberem o tratamento igualitário. A busca incessante pela perfeição está ligada ao desejo de sentir-se inseridos e bem integrados no grupo social, acarretando impedimentos para uma pessoa deficiente.

línguas faladas e de sinais e outras formas de comunicação não-falada; “Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas 3de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável; “Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais; “Desenho universal” significa a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O “desenho universal” não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias”.

⁴⁹ DINIZ, Débora; BARBOSA, Lívia. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) • Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: SNPD – SDH-PR, p. 38, 2014.

Nesse sentido, chega-se ao quarto e último ato: o desenho universal. Refere-se justamente ao tipo ideal criado pela sociedade no que diz respeito a bem-estar, mobilidade e consumo. É o pensamento humano universalizado, isto é, todos experimentarão algum tipo de impedimento em determinado tempo da vida, bastando o reconhecimento e aceitação de si mesmo, como exemplo a velhice e a gravidez que podem causar impedimentos no próprio corpo. Isso também ocorre com a deficiência, é necessária a aceitação de que os corpos estão em desacordo com o padrão ideal, embora não seja impedimento para que se tenha uma vida digna. É o que enfatiza mais uma vez DINIZ e BARBOSA⁵⁰:

Assim ocorre no campo da deficiência – é preciso provocar a imaginação que se crê normal e perfeita sobre os corpos fora da norma. Assim, uma rampa é um ajuste razoável não apenas para cadeirantes, mas também para idosos, pessoas com marcha reduzida ou mulheres grávidas. Ou simplesmente para os usuários de outros meios de transporte, como patins, skates ou bicicletas.

Diante dessas quatro vertentes é que se apresenta um novo quadro social que deverá ser atingido para que possibilite a igualdade entre as pessoas sem um olhar de diferenciação. É preciso o razoável reconhecimento da diversidade de condições físicas, emocionais, econômicas, sociais e culturais, para proporcionar a justa acessibilidade e a proteção de todos.

3.4.3 Princípios gerais

A Convenção assegura, em seu artigo 3^{o51}, oito princípios gerais fundamentais para a inclusão social da pessoa com deficiência, formando um

⁵⁰ DINIZ, Débora; BARBOSA, Lívia. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) • Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: SNPD – SDH-PR, p. 39, 2014.

⁵¹ “Artigo 3º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: 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;
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;

conjunto, que funciona de maneira interligada, isto é, se houver a violação de um deles, todos se considerarão violados.

O primeiro princípio refere-se ao “respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas e a independência das pessoas”. Nota-se que, é fundamental o reconhecimento da dignidade humana da pessoa com deficiência, uma vez que toda e qualquer pessoa é digna de respeito, quer tenha deficiência ou não, pelo simples fato de existir. Assim como, busca-se a possibilidade de as pessoas realizarem suas escolhas e decisões sem o auxílio de terceiros em seu entorno (cônjuges, pais, filhos, curadores), se pautando em uma vida independente. É o que preconiza, inclusive, o novo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O segundo princípio trata da “não-discriminação”. Conforme visto anteriormente, o Estado deve oferecer oportunidades às pessoas com deficiência, contando com sua participação em atividades públicas. Um exemplo disso é o que estipula o artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, ao fazer reservas de vagas para as pessoas deficientes como uma maneira de manifestação do princípio da igualdade e da inclusão desse grupo. A partir deste princípio, chega-se ao terceiro princípio que assegura “a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade”. Conforme entende Luiz Alberto David Araújo⁵²:

Se tivermos dúvidas se uma pessoa tem capacidade, em virtude de sua deficiência, para exercer tal ou qual função, **a solução se dará pela inclusão**, ou seja, permitir que ela tenha a **oportunidade de tentar** [...]. No entanto, vedar, a priori, a sua participação seria agir contra o princípio da inclusão social constante no artigo terceiro, da Constituição e contra o princípio da Convenção (*grifo nosso*).

Percebe-se que há uma ligação inequívoca dos princípios apresentados, e diante dos princípios supracitados é que se pode chegar ao quarto princípio que garante a “aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana”. E quando se leva em conta a diversidade, priorizando a não

h) O respeito pelas capacidades de desenvolvimento de crianças com deficiência e respeito pelo seu direito a preservar sua identidade”.

⁵² ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) • Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: SNPD – SDH-PR, p. 45, 2014.

discriminação e o dever de inclusão, juntamente deve-se assegurar a “igualdade de oportunidades” (quinto princípio), bem como a sua “acessibilidade” (sexto princípio).

Entende-se por igualdade de oportunidades a criação de condições diversificadas, atendendo as necessidades de cada pessoa, sendo capaz de eliminar os instrumentos fomentadores da desigualdade. Já a acessibilidade, pode ser entendida como o “ingresso e permanência aos meios físicos e aos de comunicação e aos sistemas, políticas, serviços e programas implementados pela comunidade⁵³”. Estão intimamente ligados aos outros princípios, pois sem eles a pessoa com deficiência não consegue exercer outros direitos (direito de ir e vir, saúde, educação, liberdade de expressão, entre outros).

Nesta mesma seara, o sétimo princípio traz “a igualdade entre o homem e a mulher”, que já está presente na própria Constituição Federal, mas deve ser reforçada pela Convenção, tendo em vista a necessidade de explicitar a igualdade de gêneros, pois, particularmente, na condição da mulher, ela ainda é vista como um ser vulnerável, e quando possui alguma deficiência, a sociedade tende a colocá-la em uma posição ainda maior de desvantagem social.

Por fim, o último princípio refere-se à capacidade de desenvolvimento das crianças com deficiência, bem como a preservação de sua identidade, uma vez que a criança deficiente se destaca também como um grupo vulnerável que merece respeito e oportunidades para se desenvolver no meio em que é inserida.

Portanto, deve-se entender o conteúdo dos princípios tanto de uma forma individual, como em um conjunto harmônico, garantindo um comportamento do Estado no que se refere à inclusão e integração das pessoas com deficiência na sociedade. Deve haver um processo de construção de outros espaços socioculturais e políticos, inclusive nos serviços de atendimento à população, permitindo o convívio com a deficiência de maneira igualitária.

3.5 O Estatuto Da Pessoa Com Deficiência

A Lei nº 13.146 que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência, denominada também como Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi

⁵³ PAULA, Ana Rita de. **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada** /Coordenação de Ana Paula Crosara Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, p. 32, 2008.

sancionada em 06 de julho de 2015 e publicada em 07 de julho, tendo a *vacatio legis* de 180 dias, entrou em vigor recentemente no dia 04 de janeiro de 2016.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi é um dos mecanismos desenvolvidos pelo Estado para regulamentar as garantias estipuladas na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ONU), que demanda uma readequação social das pessoas com deficiência, por entender que possuem “o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”⁵⁴, em todos os seus aspectos da vida.

É de tamanha importância evidenciar, em um primeiro momento, a dignidade da pessoa humana, uma vez que o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi uma forma de promoção deste princípio fundamental, pois a própria Constituição Federal de 1988 consagra este princípio como o postulado máximo para os demais direitos e garantias fundamentais, o que inclui uma existência digna a todos os seres humanos, bem como o respeito às características distintivas de cada um.

Nesse contexto é que o Estatuto da Pessoa com Deficiência utiliza-se do princípio da dignidade da pessoa humana como veículo para a efetivação de direitos da pessoa com deficiência, proporcionando-as maior igualdade e inclusão no meio social. Nas palavras de Pablo Stolze⁵⁵, explica-se a nova perspectiva que almeja alcançar:

Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser rotulada como incapaz, para ser considerada – em uma perspectiva constitucional isonômica – dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil.

À vista disso, pode-se dizer que o referido Estatuto foi uma conquista social para a proteção dos direitos das pessoas com deficiência, pois reflete em um verdadeiro sistema normativo inclusivo que traz em seu âmago a dignidade da pessoa humana. Seu objetivo principal foi reconhecer a capacidade civil da pessoa

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em 15 de julho de 2017.

⁵⁵ STOLZE, Pablo. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Sistema Jurídico Brasileiro de Incapacidade Civil**. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v.17, n. 99, p.19, 2016.

com deficiência e proibir qualquer tipo de discriminação em razão de deficiência física, intelectual, psíquica e sensorial, entrando em convergência com o que inspira a Convenção de Nova Iorque.

Ainda deve ser levado em conta que as pessoas com deficiência possuem mais limitações em relação aos demais cidadãos e, dessa forma, é preciso uma proteção mais abrangente, sobretudo para a concretização de seus direitos, entre eles a capacidade jurídica, a externalização de vontades e decisões, e o incentivo à cidadania.

Segundo esclarece Costa e Martinez⁵⁶:

Neste sentido, a proposta consiste em não entender o deficiente por “aquilo que falta” ou “pelo que não tem”, mas, ao revés, **pelos “oportunidades” que se permitem as pessoas em se desenvolver enquanto pessoa**. Empregando uma comparação, seria a situação de um famoso piloto do automobilismo dirigir o automóvel em uma pista irregular, cheia de buracos e desníveis. Será que conseguirá desenvolver bem a sua direção? Provavelmente não. É neste raciocínio que se deve ser pensado a pessoa com deficiência, isto é, **conforme as condições que lhe são oportunizadas** no âmbito da locomoção, das relações de trabalho, etc. (*grifo nosso*).

Na realidade, a Lei 13.146/15 não veio com a intenção de elevar as diferenças das pessoas com deficiência com relação às outras, mas sim para dar um equilíbrio, isto é, busca-se uma discriminação positiva, dando um maior grau de acessibilidade e proteção, para que aquelas possam viver em uma situação de absoluta igualdade, exercendo os direitos humanos e prerrogativas fundamentais.

Inclusive, o Código Civil sofreu alterações bastante significativas em questões atinentes à incapacidade civil da pessoa deficiente, mitigando a concepção de que são vulneráveis por apresentarem determinadas qualidades, com o propósito de revelar um Código mais sensível e preocupado com as necessidades humanas, principalmente diante daqueles que, historicamente, foram excluídos pela sua condição de deficiência.

Nessa linha de raciocínio, Igor Fontenele de Sousa⁵⁷, concluiu que:

⁵⁶ COSTA, Alexander Seixas da; MARTINEZ, Regina Celia. **A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**. Anais III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais. São Paulo, p.10, 2016.

⁵⁷ SOUSA, Igor Fontenele de. **O Estatuto da pessoa com deficiência**. Publicado em Revista Jus Navegandi, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54721/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>>. Acesso em: 08 de agosto de 2017.

[...] ocorreu um empenho do legislador em incluir o deficiente, seja qual for sua limitação, a não ser mais visto como um ser condenado ao isolamento, ou como segregado, mas, como uma pessoa que mereça viver em sua plenitude, francamente integrado na sociedade que o cerca.

Destarte, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência é medida imprescindível para a promoção da dignidade das pessoas com deficiência, bem como é instrumento garantidor para que a pessoa deficiente exerça todos os direitos que lhe são inerentes, em sua plenitude. Não basta somente a responsabilização dos operadores do direito para a efetiva inclusão desses sujeitos, mas uma conscientização geral da população com o apoio de entes públicos, promovendo medidas mais integradoras e acessíveis.

4 REFLEXOS ADVINDOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/15) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Não restam dúvidas de que a mencionada Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência ancorou ao ordenamento jurídico pátrio um sistema mais inclusivo e de respeito à autonomia das pessoas com deficiência, estabelecendo várias garantias a esses sujeitos, embora também tenha sido alvo de diversas críticas de doutrinadores, pois trouxe grandes mudanças sensíveis às áreas do Direito.

Em linhas gerais, no âmbito do Direito Civil, o diploma trouxe a alteração e revogação de alguns importantes artigos, repercutindo na estrutura e funcionamento da incapacidade civil, o que influenciou de maneira direta o Direito de Família, como nos institutos do casamento e curatela.

As disposições legais presentes no novel diploma visam estabelecer regras que regulamentem o direcionamento para a promoção de direitos, liberdades e autonomia das pessoas com deficiência, abrangendo as necessidades básicas que todo ser humano deve possuir, como educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, cultura e assistência social.

Apesar das críticas, o certo é que o Estatuto buscou concretizar a dignidade e inclusão das pessoas com deficiência, instrumentalizadas em uma aplicação isonômica, eliminando a concepção patrimonialista surgida desde a primeira codificação do Código Civil de 1916, uma vez que este ignorava as questões existenciais relativas ao ser humano.

A partir daqui, os fragmentos abaixo elencaram as principais práticas que o diploma normativo impõe, identificando quais as consequências que recairão tanto sobre o direito material, quanto sobre o direito processual.

4.1 Da Identificação das Mudanças Práticas e Processuais

É cediço que o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro alterações no que concerne à teoria das incapacidades, significando um progresso para a defesa e proteção dessas pessoas, pois se elevou o princípio da dignidade humana em conjunto aos preceitos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, implantando a concepção existencialista para as situações que cercam as pessoas com deficiência.

Pelos ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁵⁸, entende-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência:

Induvidosamente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência implantou consideráveis avanços na teoria das incapacidades e no sistema jurídico brasileiro, por dedicar atenção à dignidade da pessoa com deficiência, a partir da substituição de um conceito estritamente médico pelo conceito biopsicossocial de deficiência.

Assim como, Flávio Tartuce⁵⁹ defende que:

Verificadas as alterações, parece-nos que o sistema de incapacidades deixou de ter um modelo rígido, passando a ser maleável, pensado a partir das circunstâncias do caso concreto e em prol da inclusão das pessoas com deficiência, tutelando a sua dignidade e a sua interação social. Isso já tinha ocorrido na comparação das redações do Código Civil de 2002 e do seu antecessor.

Em que pese os avanços apontados pela legislação, não se pode esquecer-se de que a alteração sistemática originou efeitos que extrapolaram o sistema de incapacidades, atingindo outras áreas do Direito Civil e Processual Civil. Como exemplo de algumas críticas sobre o novel sistema normativo, José Fernando Simão⁶⁰ entende que o princípio da dignidade da pessoa humana para essas pessoas seria mais bem resguardado se fossem reconhecidas como vulneráveis, senão vejamos:

O Estatuto é fruto de um momento histórico em que há, sob o argumento de se evitar discriminações, uma “negação” injustificada das diferenças, o que acaba por gerar o abandono jurídico de uma importante parcela da população que dela necessita.

Se em termos gerais o Estatuto é positivo, inclusivo e merece nosso aplauso, em termos de direito civil temos problemas incontornáveis e atecniais seríssimas (*grifo nosso*).

Nesse mesmo raciocínio, Vitor Kumpel⁶¹ advoga que:

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB** 15ª ed. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2017, p 344.

⁵⁹ TARTUCE, Flávio. **Alterações do código civil pela lei 13.146/2015 (estatuto da pessoa com deficiência). Repercussões para o direito de família e confrontações com o novo CPC. Parte 1.** Migalhas, São Paulo, 29 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048Alteracoes+do+Codigo+Civil+ela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 10 de setembro de 2017.

⁶⁰ SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I).** Revista Consultor Jurídico, 06 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia--causa-perplexidade>>. Acesso em: 26 de setembro de 2017.

⁶¹ KUMPEL, Vitor Frederico. **A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes.** Migalhas, São Paulo, 12 agosto 2015, p. 03. Disponível

O afã de promover essa etapa (inclusão) pode resultar em grandes fracassos, se não houver critérios equilibrados e racionalidade no processo legislativo acerca da matéria. Eis o erro trazido pela lei 13.146/2015. Ela não consagra os direitos humanos. Ela os contradiz, e uma simples colocação dos termos das convenções internacionais já o demonstra.

Deste modo, pela leitura inicial da legislação, causa preocupação e perplexidade àqueles que se dedicam ao estudo do Direito Civil, diante das lacunas apresentadas. Como também, para aqueles que defendem que o Estatuto não protege de maneira efetiva as pessoas com deficiência, preocupam-se com os problemas materiais e processuais que poderá ocasionar, uma vez que o diploma legal não encontra conexão com alguns dispositivos vigentes no ordenamento jurídico.

4.1.1 A plena capacidade civil do enfermo ou deficiente mental

O primeiro grande marco enfrentado pelo advento do Novo Estatuto é com relação à dotação de plena capacidade civil para o enfermo ou deficiente mental. Isto significa que, o Código Civil passou a ter somente uma hipótese de incapacidade absoluta, qual seja o indivíduo menor de 16 (dezesseis) anos de idade.

Em outras palavras, a Lei 13.146/15 estabeleceu nova redação para o artigo 3º do Código Civil, excluindo do rol de absolutamente incapazes aqueles indivíduos que, “por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil”, e qualificando aqueles que “por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade” como relativamente incapazes.

Fato é que o Código de 2002 instituía que os absolutamente incapazes deveriam ser representados em todos os atos da vida civil, ao passo que os relativamente incapazes seriam apenas assistidos para alguns atos. Deste modo, o próprio Código colocou a capacidade como regra, sendo a incapacidade a exceção (decretada somente nos casos em que não tinham discernimento necessário para a prática de determinado ato).

À vista disso, a grande crítica prática que se faz é que se eventualmente uma pessoa enferma ou com alguma deficiência psíquica não conseguir expressar suas vontades, sob a luz do Estatuto, esta pessoa deve ser

ainda assim considerada como plenamente capaz, não havendo o que se falar em representação ou assistência de um curador, conforme dispunha legislação anterior.

Nesse viés, para parte da doutrina pátria, as alterações realizadas no regime de capacidades podem ser prejudiciais às pessoas com deficiência, tendo em vista que ao elevarem essas pessoas a um patamar de plena capacidade, muitas delas ainda não conseguirão praticar atos da vida civil pessoalmente e não poderão exercer os meios de representação ou assistência, ficando completamente desamparadas. Um dos maiores problemas, infelizmente, ainda é o Estado, omissos na criação de instrumentos e políticas públicas que promovem a inclusão das referidas pessoas. Como leciona José Fernando Simão⁶²:

(...) qual o efeito prático da mudança proposta pelo Estatuto? Esse descompasso entre a realidade e a lei será catastrófico. Com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não podem exprimir sua vontade e não poderão ser representadas, pois são capazes por ficção legal. Como praticarão os atos da vida civil se não conseguem fazê-lo pessoalmente? A situação imposta pelo Estatuto às pessoas que necessitam de proteção é dramática.

Por outro lado, parcela de doutrinadores que defendem o Estatuto de forma gradativa, afirmam que ainda existe a possibilidade da pessoa com deficiência, quando não puder expressar suas vontades de forma válida, ser declarada como relativamente incapaz. O grande ponto aqui é que a incapacidade se desvincula da deficiência, passando a ser relativa à impossibilidade de expressão de sua vontade livre e consciente, ou seja, pela falta de discernimento mental.

Além disso, contam com o instituto da curatela como uma medida protetiva e excepcional, sendo aplicado segundo cada caso concreto e limitando-se apenas aos atos de natureza patrimonial, proporcionando liberdade para o curatelado exercer os seus direitos existenciais, que será objeto de estudo mais a frente.

Assim, daqui em diante, as pessoas com deficiência que não puderem expressar sua vontade, serão consideradas apenas como relativamente incapazes particularmente quanto aos atos que não puderem exteriorizar suas vontades. Isso não ocorria com a disposição legal anterior, já que diante da constatação da

⁶² SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (parte 1)**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 06 agosto 2015, p. 01. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causaperplexidade>>. Acesso em: 22 de setembro de 2017.

incapacidade absoluta, o incapaz era representado por seu curador em todos os atos da vida civil.

4.1.2 Da prescrição e decadência

Uma segunda situação que provoca discussões acerca da mudança no regime das capacidades refere-se à fluência dos prazos de prescrição e decadência em desfavor das pessoas com deficiência.

Os referidos institutos são disciplinados pelos artigos 198, inciso I e 208, ambos do Código Civil, estipulando que estes não correm contra os absolutamente incapazes. Todavia, a partir do momento em que a Lei 13.146/2015 entrou em vigor, os prazos de prescrição e decadência passam a correr em desfavor das pessoas com deficiência, uma vez que são consideradas plenamente capazes, causando um grave prejuízo a essas pessoas. Ademais, pela própria dicção da lei, mesmo aqueles que não conseguem expressar suas próprias vontades e, portanto, considerados relativamente incapazes, os prazos ainda assim correrão normalmente contra eles.

José Fernando Simão⁶³ critica severamente esta situação:

Isso significa que quando o absolutamente incapaz é credor não terá a desvantagem de ver suas pretensões prescritas. Assim, se um menor com 10 anos de idade é credor de aluguel, a prescrição fica impedida de correr até que ele complete 16 anos. O tempo decorrido não prejudica o absolutamente incapaz, mas apenas o favorece. Assim, se o mesmo menor for devedor, o prazo prescricional transcorre normalmente, pois isso o beneficia.

Como, com o Estatuto, os deficientes e excepcionais são capazes, a prescrição correrá contra eles, prejudicando-os, portanto.

Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma (*grifo nosso*).

Como forma de solucionar este problema não observado pelo legislador do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o doutrinador Cristiano Chaves de Faria, em conjunto com Nelson Rosendal, propõe a aplicação da teoria da *contra non valentem*, isto é, contra aqueles que não podem agir não se pode aplicar a

⁶³ SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (parte 1)**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 06 agosto 2015, p. 04-05. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causaperplexidade>>. Acesso em: 22 de setembro de 2017.

fluência dos prazos prescricionais, abrangendo não somente os absolutamente incapazes.

Embora não seja causa prevista pelo legislador, vem se admitindo uma interpretação explicativa da referida norma, pois se trata de um fundamento ético, em que o prazo prescricional não pode correr contra aqueles que são impossibilitados de agir, prestigiando uma interpretação equitativa.

A fim de complementar o raciocínio exposto acima, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald⁶⁴ afirmam que:

Propomos como critério para a solução do problema o uso da teoria *contra non valentem*. Louvando-nos, declaradamente, da teoria aludida, pensamos que em casos especiais, com fundamento em algum fortuito, não imaginado pelo legislador, mas que retirou, por completo, do titular da pretensão à possibilidade de agir, exercendo-a, poder-se-ia admitir a suspensão ou interrupção do prazo prescricional contra o relativamente incapaz. Tratar-se-ia de situação nitidamente casuística e episódica. E a boa-fé objetiva (comportamento ético do titular) deve ser o referencial a ser utilizado para a admissão de outras hipóteses suspensivas ou interruptivas não contempladas em lei. **Se o seu comportamento revela, de fato, uma absoluta impossibilidade de exercício da pretensão, deve se admitir uma ampliação do rol previsto em lei. Seria exatamente a hipótese do relativamente incapaz que não pode exprimir vontade, consoante as novas regras de incapacidade emanadas do Estatuto da Pessoa com Deficiência (grifo nosso).**

Dessa forma, em que pese ser uma falha legislativa, poderá ser retificada com a admissão da ampliação do rol previsto em lei, levando-se em conta a boa-fé objetiva e o princípio da dignidade da pessoa humana em relação às pessoas com deficiência que não podem exprimir sua vontade, em sobreposição aos interesses patrimoniais envolvidos de cada caso concreto.

4.1.3 Da nulidade e anulabilidade dos negócios jurídicos

Conforme será tratado mais a frente, a interdição ou a curatela tinha a finalidade de preservar o patrimônio das pessoas consideradas incapazes, protegendo-as de negócios jurídicos vantajosos, em que terceiros de má-fé aproveitam-se de suas condições especiais para tirar benefícios. Assim como, tinha o objetivo de assegurar sobre os negócios jurídicos que essas pessoas faziam parte,

⁶⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB** 15ª ed. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2017, p 344.

preenchendo o requisito da validade, dando estabilidade para as relações jurídicas obrigacionais.

O que importa discutir agora é que, com o novo regime de incapacidades, os negócios jurídicos praticados pelas pessoas com deficiência (física, psíquica, intelectual ou sensorial), são considerados válidos, podendo ser anuláveis, e não mais nulos, somente em relação àqueles que não possam exprimir suas vontades.

Desse modo, observa-se como consequência principal “o fato de que os atos praticados por essas pessoas com deficiência que não consigam externar sua vontade, produzirão efeitos normais até que haja algum provimento jurisdicional que impeça a incidência de sua eficácia”⁶⁵.

Nesse contexto, com relação aos atos praticados pelas pessoas com deficiência que são consideradas capazes, só poderão ser anulados se houver a presença dos chamados vícios de consentimento, exigindo-se provas de maior complexidade. Anteriormente, não havia esta necessidade, pois os atos pessoalmente praticados pelos absolutamente incapazes já eram considerados nulos (necessidade somente de uma sentença declaratória de interdição) e para os relativamente incapazes eram anuláveis (observando cada caso concreto).

Para alguns doutrinadores, este incidente causa uma diminuição da proteção das pessoas com deficiência, uma vez que, dada a condição de plenamente capazes, o negócio jurídico realizado pela pessoa com deficiência será válido quanto a sua capacidade (preenchendo um dos requisitos de validade do negócio jurídico), podendo ser anulável somente nos casos em que há objeto impossível, ilícito ou indeterminável ou pela ocorrência dos vícios de consentimento. Entende-se, assim, por uma maior dificuldade para invalidar os negócios jurídicos realizados por pessoas com deficiência, pois os atos anuláveis não podem ser reconhecidos de ofício pelo juiz e nem suscitados pelo Ministério Público.

Quanto aos relativamente incapazes (aqueles que não podem exteriorizar sua vontade), também se enquadrarão no regime jurídico da anulabilidade. Para eles, enquanto não sobrevier decisão anulatória do ato praticado, o negócio jurídico produzirá seus efeitos normalmente, e se não ocorrer esta decisão anulatória, prolongará seus efeitos eternamente.

⁶⁵ TRINDADE, Ivan Gustavo Junio Santos. **Os reflexos do estatuto da pessoa com deficiência (lei n. 13.146/15) no sistema brasileiro de incapacidade civil**. Goiânia, p. 90, 2016.

José Fernando Simão⁶⁶ traz o seguinte exemplo:

(...) se alguém com deficiência leve, mas com déficit cognitivo, e considerado relativamente incapaz por sentença, assinar um contrato que lhe é desvantajoso esse contrato é anulável, pois não foi o incapaz assistido. Com a vigência do Estatuto esse contrato passa a ser, em tese, válido, pois celebrado por pessoa capaz. Para sua anulação, necessária será a prova dos vícios do consentimento (erro ou dolo) o que por exigirá prova de maior complexidade e as dificuldades desta ação são enormes.

Destarte, segundo entendimento doutrinário, apesar da situação ser prejudicial às pessoas com deficiência, inclusive aquelas que não podem exprimir suas vontades, pois ficam expostas a violações de seus próprios direitos, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva juntamente com a confiança para a prática de atos jurídicos é a maneira mais eficaz para minimização de tais circunstâncias prejudiciais, devendo ser sopesado pelo magistrado.

4.1.4 Da responsabilidade da pessoa com deficiência por danos a terceiros

Outro efeito prático não disciplinado de forma convincente pelo Estatuto é a responsabilidade civil subsidiária do incapaz na obrigação de danos causados a terceiros, exposto no artigo 928 do Código Civil, em que a redação atual coloca a figura dos representantes, quais sejam pais, tutores, curadores, na primeira ordem de pagamento.

A partir da vigência do Novo Estatuto, as pessoas com deficiência respondem pessoalmente pelos danos causados a terceiros, inclusive, os seus bens patrimoniais podem responder pelo custeio das despesas originárias do ilícito civil causado. Com isso, a responsabilidade que antes era subsidiária foi fulminada pelo Novo Estatuto desde o momento em que considerou a pessoa com deficiência como sendo plenamente capaz para praticar atos da vida civil, obrigando esta a responder exclusivamente por tudo aquilo que causou a terceiros. A única exceção diz respeito aos casos em que o deficiente não possuir condições de expressar suas próprias vontades e possuir uma declaração da incapacidade relativa, que, neste caso, responderá somente se as pessoas por ele responsáveis não tiverem a obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes, nos termos do supracitado artigo.

⁶⁶ SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (parte 1)**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 06 agosto 2015, p. 04. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causaperplexidade>>. Acesso em: 22 de setembro de 2017.

Vejamos um exemplo de José Fernando Simão⁶⁷:

Imaginemos uma pessoa que, por problemas psicológicos, tem perda ou séria redução de discernimento e, tendo acessos de fúria, gera graves danos a terceiros. Tal pessoa, sendo interditada por força da doença será cuidada por seu curador. Se causar danos, o patrimônio do curador responderá. O incapaz só responde subsidiariamente. Com o Estatuto, a responsabilidade será exclusiva da pessoa que causou o dano.

Por conseguinte, há ainda entendimentos de que não só a pessoa com deficiência poderá sofrer prejuízos com a situação em apreço, mas também o terceiro de boa-fé poderá ser afetado, tendo em vista que corre o risco da pessoa com deficiência não ter bens patrimoniais que assegurem o reparo dos danos.

4.1.5 Do casamento

O Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe mudanças significativas na matéria atinente ao casamento que envolve uma ou duas pessoas com deficiência, consagrando-o como válido em respeito aos direitos existenciais dessas pessoas, não sendo mais necessária a autorização de responsável ou curador, o que implicou em consequências intimamente relacionadas ao Direito de Família.

De acordo com a nova legislação, dentre as alterações, a primeira delas foi a revogação do artigo 1.548, inciso I, do Código Civil que previa ser nulo o casamento do enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil. O próprio Estatuto fez questão de regulamentar a validade do casamento em seu artigo 6º, inciso I, dizendo que: “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável.”.

Deste modo, ficou estabelecido que a pessoa com deficiência que deseja se casar, deve-se regular pelos mesmos procedimentos das demais pessoas, bastando o comparecimento em Cartório com os respectivos documentos exigíveis, dar entrada ao processo de habilitação, o agendamento da data e apresentação do dia marcado, com testemunhas.

⁶⁷ SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (parte 1)**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 06 agosto 2015, p. 04. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causaperplexidade>>. Acesso em: 22 de setembro de 2017.

O objetivo do Estatuto foi garantir que as pessoas com deficiência não sejam privadas de seu direito existencial de planejamento familiar, constituído através do matrimônio ou, até mesmo, da união estável.

Além disso, importante ressaltar que o Cartório não deve se negar a realização do casamento, não cabendo a ele analisar quanto à capacidade civil das partes, ficando restrito a analisar se o casamento não se dará de forma coagida e que as partes estejam conscientes do ato, como em qualquer outro caso.

A segunda alteração que se deve apontar trata-se de um novo parágrafo incluído no artigo 1.550 do Código Civil, dispondo que a pessoa com deficiência mental ou intelectual que possua idade para o casamento poderá contrair matrimônio por sua vontade diretamente expressa ou através de seu responsável ou curador, assegurando mais uma vez a possibilidade das pessoas com deficiência terem um casamento válido.

Ainda, o Estatuto retirou o que disciplinava o artigo 1.518 do Código Civil, não havendo mais o curador legitimidade para revogar a autorização de casamento, passando a se falar somente nos pais ou tutores que podem revogar tal autorização até a celebração do casamento.

Acerca do assunto, José Fernando Simão⁶⁸ expõe seu posicionamento:

Não é toda a deficiência que retira o discernimento para a tomada de decisão de constituição de família e de sua formação. Contudo, há de se salientar, que mesmo com a mudança legal, a decisão de se casar é um ato de vontade. Se a vontade não existir em razão da deficiência, inexistente será o casamento.

Nesse sentido, alguns doutrinadores ainda discordam fervorosamente, adotando o posicionamento de que para o ato de casar depende expressamente da vontade do nubente, partindo-se da premissa de que a vontade deve subsistir frente à deficiência, pois caso contrário, o casamento será inexistente.

Fato é que a maioria dos civilistas aceita bem o entendimento dado pelo Estatuto ao casamento, já que foi um meio de assegurar a formação de uma família para as pessoas com deficiência, recebendo o mesmo tratamento que as demais pessoas.

⁶⁸ SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (parte 2)**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 06 agosto 2015, p. 02. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-trazmudancas>>. Acesso em: 22 de setembro de 2017.

4.1.6 Do procedimento registrário

A respeito da atividade notarial e registral, estipula o artigo 83 do Estatuto que: “os serviços notariais e de registro não podem negar ou criar óbices ou condições diferenciadas à prestação de seus serviços em razão de deficiência do solicitante, devendo reconhecer sua capacidade legal plena, garantida a acessibilidade”, configurando-se em discriminação em razão de deficiência caso haja o descumprimento do dispositivo.

Inicialmente, deve-se entender que o notário e o registrador são os profissionais que desempenham função pública, no sentido de analisar elementos apresentados por particulares para a realização de algum ato, pareces jurídicos e alterações legislativas de determinado ato jurídico, bem como a instrumentalização da vontade das partes, sempre com o objetivo de conferir autenticidade, publicidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Considerando que o Estatuto retirou os enfermos e os deficientes mentais da condição de absolutamente ou relativamente incapazes, atualmente, cabe aos Tabeliães e Cartórios reconhecerem essas pessoas como legalmente capazes para a prática de atos jurídicos perante suas delegações. Além disso, devem disponibilizar instrumentos que auxiliem as pessoas com deficiência a realizarem seus atos da vida civil, sem qualquer discriminação ou exposição constrangedora.

Entretanto, a mudança legislativa não pode impedir a atuação do notário ou do registrador para que conservem a segurança jurídica dos atos. Dessa maneira, encontrando-se em uma situação de dúvida, não poderá ser ignorada a impossibilidade de manifestação de vontade ou a incompleta sanidade mental da pessoa com deficiência, podendo o agente público exigir documentos que entenda imprescindíveis para a formação de seu convencimento sobre a lucidez da pessoa, como por exemplo, a exigência de atestados médicos. Caso ainda os documentos não sejam capazes de formar o convencimento, a questão poderá ser levada ao juízo competente de Registros Públicos para dar a decisão sobre a prática do ato jurídico pela pessoa com deficiência.

Nesse cenário, Gustavo Casagrande Canheu⁶⁹ defende que a atividade notarial ou registral não pode ser negada pelo simples motivo de que a pessoa tem alguma limitação, senão vejamos:

Se um deficiente visual deseja lavrar uma escritura pública, por exemplo, deve-se dar a ele a oportunidade de acessar, por leitura em braile ou arquivo sonoro, a própria escritura e a tabela de emolumentos, se assim desejar. **O que não se pode é negar a prática de ato notarial ou registral pela simples limitação funcional ou até mental da pessoa que procura tais serviços** (*grifo nosso*).

Resta claro que o Estatuto tentou normatizar a proibição ao Tabelião ou Registrador de fazer a análise do grau de deficiência da pessoa que comparece a esses locais para a prática de seus atos civis, podendo apenas questionar a respeito se a pessoa possui curadores ou apoiadores (designados pelo novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada, conforme mais a frente será tratado) para assisti-los no ato que se deseja praticar.

Se não houver curadores ou apoiadores, qualquer pessoa com deficiência será tratada como plenamente capaz para a prática dos atos que pretender, como por exemplo, lavratura de escritura pública, reconhecimento de firma, dentre outros atos de caráter registral, assegurando a efetiva participação na sociedade.

4.2 O Instituto da Interdição e Curatela

A interdição é um processo judicial intentado no âmbito cível que tem por finalidade a declaração de que uma pessoa é civilmente incapaz, total ou parcialmente, para gerenciar seus atos da vida civil. Por consequência, uma vez decretada a interdição, a pessoa interditada não poderá mais manejar seus atos da vida civil, devendo ser nomeado um curador (pessoa civilmente capaz) para representá-la ou assisti-la.

Por sua vez, a curatela é justamente o instituto jurídico que dá poderes a uma pessoa, no caso o curador, para que administre, oriente e proteja os bens de

⁶⁹ CANHEU, Gustavo Casagrande. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e a atividade notarial e registral. Primeiras impressões.** Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal (CNB-CF). Brasília-DF. Publicado em 04/09/2015, p. 01-02. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=Njl4OA>>. Acesso em: 26 de setembro de 2017.

do interdito que não pode mais exercer os seus atos civis. A decretação da curatela é medida que depende do magistrado, assim como para a nomeação do curador, que representará o indivíduo nas manifestações de sua vontade, isto é, agirá em nome do curatelado. Quando a interdição é parcial, a figura do curador também estará presente, entretanto somente será responsável pela prática de determinados atos civis, dentro dos limites da incapacidade da pessoa.

A curatela se dava em razão de todos aqueles que eram considerados incapazes por problemas mentais (deficientes e doentes), aos ébrios habituais, aos viciados em tóxicos e aos pródigos. Entretanto, conforme visto anteriormente, não existe mais no ordenamento jurídico brasileiro pessoa absolutamente incapaz, senão os menores de 16 (dezesseis) anos, não havendo o que se falar em interdição absoluta, pois os menores não podem ser interditados. Dessa maneira, todas aquelas pessoas que possuem alguma deficiência serão tratadas como plenamente capazes para o Direito Civil, restringindo a interdição para os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os pródigos.

Acerca do assunto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal⁷⁰ atentam que:

É preciso sublinhar, ademais, que a decisão judicial de curatela não pode atingir valores constitucionalmente preservados em favor da pessoa, como a liberdade e a intimidade. É por isso que, como já afirmávamos desde a primeira edição desta obra, com o advento da norma estatutária não é possível para a curatela de uma pessoa a pura e simples existência de uma deficiência. É necessário atentar que a medida judicial tem cunho protecionista, somente se justificando para a tutela avançada de uma pessoa humana que se emoldura em um dos standard's previstos na norma (não poder exprimir vontade, prodigalidade ou embriaguez habitual ou toxicomania). Daí a compreensão de que toda e qualquer curatela tem de estar fundada na proteção da dignidade da pessoa, e não de terceiros, sejam parentes ou não.

O questionamento que surge, então, é como ficaria o instituto da interdição a partir da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que colocam esses sujeitos na posição de plenamente capazes?

Diante da questão supracitada, Atalá Correia⁷¹ disciplina que:

⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB** 15ª ed. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 347.

⁷¹ CORREIA, Atalá. **Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas**. Revista Consultor Jurídico, ano de 2015, p. 01-02. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>>. Acesso em: 24 de setembro de 2017.

Deve-se frisar que pessoas com deficiência mental severa continuam sujeitas à interdição quando relativamente incapazes. A alteração legislativa, que excluiu a expressão "deficiência mental" do texto do artigo 4º, CC, **não veda a interdição quando o deficiente não possa, por causa transitória ou permanente, manifestar sua vontade**. O artigo 84, §1º, EPD, enfatiza que, "quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida a curatela", "proporcional às necessidades às circunstâncias de cada caso", durando o menor tempo possível (§3º) (*grifo nosso*).

Assim como, Pablo Stolze Gagliano defende, na mesma linha de raciocínio que "ainda que, para atuar no cenário social, precise se valer de institutos assistenciais e protetivos como a tomada de decisão apoiada ou a curatela, a pessoa com deficiência deve ser tratada, em perspectiva isonômica, como legalmente capaz"⁷².

À vista disso, o Estatuto produziu significativas alterações nos dispositivos que versam sobre a ação de curatela, observando-a sob um viés inclusivo da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência em conjunto com a Lei 13.146/15, definindo-a como um instrumento excepcional, que será utilizado apenas em extremas situações, com a finalidade de assegurar os direitos fundamentais e interesses da pessoa curatelada, devendo ainda ser constatada como uma medida extremamente necessária para a pessoa.

Nesse ínterim, Flávio Tartuce⁷³ traz uma crítica sobre o que a Lei de Inclusão tentou regulamentar, senão vejamos:

Aliás, aqui pode ser feita uma crítica em relação ao novo sistema de interdição inaugurado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Isso porque, não só o sociopata como também o psicopata, anteriormente enquadrados como absolutamente incapazes, deveriam continuar a ser interditados. Ora, com a mudança engendrada pela Lei 13.146/2015, somente são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, não sendo possível enquadrar tais pessoas no rol de relativamente incapazes do art. 4.º do CC/2002. Em suma, serão tais pessoas plenamente capazes, para fins civis, o que não parece fazer sentido. Infelizmente, o legislador pensou apenas na pessoa com deficiência, deixando de lado situações concretas.

Embora sujeito a severas críticas, o Instituto da curatela passou por mudanças no sentido de atender à perspectiva internacional de inclusão da pessoa com deficiência. As novas alterações guiam para que o tratamento dado ao instituto da curatela seja como medida extraordinária, reforçando sua excepcionalidade, somente sendo adotado nos casos em que a pessoa com deficiência apresente o

⁷² STOLZE, Pablo. **É o fim da interdição?**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao>>. Acesso em: 02 de outubro de 2017.

⁷³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Volume 5 - Direito de Família**. 11. ed., Rio de Janeiro: Ed. GEN/Forense, 2016, p. 656.

comprometimento dos seus atos civis e precise da intervenção de um terceiro para auxílio, priorizando as vontades existenciais da pessoa com deficiência. Nesse sentido, Joyceane Bezerra de Menezes⁷⁴ entende que:

A curatela perde o fôlego enquanto medida de substituição de vontade e, no seu estabelecimento, passa-se a atribuir maior relevo às circunstâncias pessoais do próprio curatelado, notadamente às suas preferências, aos seus vínculos de afetividade e aos seus interesses fundamentais. Consolida-se aquele perfil funcional que determina o respeito às escolhas de vida que o deficiente psíquico for capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão.

O artigo 84 e os seus parágrafos do Estatuto dispõem que a pessoa com deficiência somente será submetida à curatela na medida de suas necessidades e analisando todas as circunstâncias do caso concreto. Deixa-se, portanto, a interdição de ser o meio imediato para cuidar dos interesses da pessoa incapaz de praticar seus atos civis, transformando-se em uma medida extrema, sem a necessidade de interditar e afastar os interesses da pessoa curatelada – a isso se denomina de curatela por representação, e não mais por interdição, referindo-se a uma forma de auxílio às pessoas com deficiência para que pratiquem seus atos civis, nomeando um curador para a prática específica de determinado ato a ser efetivado, contudo, não autoriza a prática do ato sem a participação da pessoa com deficiência, diferentemente do que ocorria na sistemática anterior, em que o representante legal do incapaz detinha todos os poderes para representá-lo.

O que pode gerar um problema, nesse contexto, é quando a pessoa com deficiência não tem o discernimento necessário para a decisão de uma questão existencial, encontrando-se solução no que diz respeito ao artigo 84, §3º do Estatuto, que autoriza uma curatela mais aberta e ampla, com o objetivo de suprir as necessidades da pessoa que não possui o discernimento para exercer sua autonomia.

Nesse sentido, conforme normatiza o artigo 85 do referido Estatuto, outra alteração que ocorreu foi no sentido de limitar a curatela apenas para os atos de caráter patrimonial, amparando a pessoa com deficiência que se submeter à

⁷⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência**. Civilística.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan–jun/2015, p. 15. Disponível em: <http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigo_Joyceane_Bezerra_de_Menezes.pdf/>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.

medida, especificamente aos atos no qual não pode expressar sua vontade. Entretanto, o §1º desse mesmo artigo assevera que “a definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”, ou seja, a curatela não atinge os direitos existenciais da pessoa com deficiência. Nas palavras de Menezes⁷⁵, “em verdade, o dispositivo procura evitar a coisificação da pessoa curatelada que não pode ter a sua integridade fisiopsíquica comprometida pela atuação indevida do curador”.

Sobre este ponto, deve-se ressaltar que a possibilidade de o curador ingerir-se nos direitos existenciais da pessoa curatelada é medida excepcional, manifestando-se nas situações em que a pessoa com deficiência não apresente discernimento para exercer seus direitos, ou estiver sob tratamento e acompanhamento médico, impedindo-a de se manifestar, ou, ainda, não tiver pessoa próxima que possa decidir sobre eventual questão, preservando os interesses pessoais e identidade da pessoa com deficiência.

Em suma, Joyceane Bezerra de Menezes⁷⁶ novamente ensina que:

A fixação dos limites da curatela deve evitar dois extremos: de um lado, a proteção excessiva que aniquila toda autonomia da pessoa, lançando-a em um estado semelhante ao da morte civil. De outro lado, a limitação da curatela apenas à administração do patrimônio, excluindo, em abstrato e a priori, eventual e necessária proteção no plano das questões existenciais. Se houver necessidade de proteger o interdito no âmbito dessas questões não patrimoniais, a curatela deverá recair também sobre tais interesses, respeitadas as salvaguardas importantes à efetivação dos direitos humanos.

Enfim, diante de todas as alterações estabelecidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, percebe-se que a pessoa deficiente que possui dificuldade para determinação e exercício de seus atos da vida civil, poderá se valer da curatela (devido à incapacidade relativa), ou pelo instituto da Tomada de Decisão Apoiada, que será tratado logo abaixo.

⁷⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência**. Civilística.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan–jun/2015, p. 18. Disponível em: <http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigo_Joyceane_Bezerra_de_Menezes.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.

⁷⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência**. Civilística.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan–jun/2015, p. 18. Disponível em: <http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigo_Joyceane_Bezerra_de_Menezes.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.

4.2.1 Tomada de decisão apoiada como regime alternativo à curatela

Conforme tratamos acima, a interdição era estabelecida pelos artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil, em que os absolutamente incapazes não possuíam discernimento para exercer os atos da vida civil e não manifestavam a sua vontade de forma válida, podendo ser submetidos à curatela (interdição).

Porém, atualmente, essa curatela, ao contrário da interdição total anterior, pode ser entendida juntamente com a Tomada de Decisão Apoiada, isto é, ao lado da curatela, existe agora um processo que visa o apoio à pessoa com deficiência que deve ser de interesse exclusivo da pessoa e não de familiares ou terceiros. Bem como, conforme a curatela, o procedimento deve ser de acordo com o artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso e durará o menor tempo possível.

O doutrinador Nelson Rosenvald⁷⁷ explica de uma maneira bem clara como deverá ser tratado este novo instituto para as pessoas com deficiência:

A tomada de decisão apoiada não surge em substituição à curatela, mas lateralmente a ela, em caráter concorrente, jamais cumulativo. Em razão dessa forçosa convivência, paulatinamente a doutrina terá que desenvolver critérios objetivos para apartar a sutil delimitação entre o âmbito de aplicação de cada uma dessas medidas. Desde já podemos cogitar das zonas cinzentas em que concorrem todos os pressupostos legais para a incapacitação judicial, porém, antes que se inicie o processo de interdição, o vulnerável delibera por requerer a Tomada de Decisão Apoiada.

Por determinação do artigo 116 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi acrescentado ao Código Civil o artigo 1.783-A e seus parágrafos, regulamentando tal instituto.

A tomada de decisão apoiada refere-se a um instituto bem mais flexível que a curatela, sendo uma medida para atender as necessidades existenciais da pessoa com deficiência e não um ato limitador à capacidade de agir, prevalecendo o cuidado assistencial com o ser humano.

Deste modo, a tomada de decisão apoiada, conforme disciplina o *caput* do artigo 1.783-A, é um processo de jurisdição voluntária, em que a pessoa com deficiência escolhe no mínimo duas pessoas para auxiliá-las em determinadas

⁷⁷ ROSENVALD, Nelson. **A tomada da decisão apoiada**. Jornal Carta Forense, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-tomada-da-decisaoapoiada/15956>>. Acesso em: 02 de outubro de 2017.

decisões sobre atos da vida civil, fornecendo informações imprescindíveis para o exercício da capacidade.

Os apoiadores serão escolhidos pelo apoiado e deverão ser pessoas idôneas, que mantenham vínculos ou possuam a confiança da pessoa com deficiência, respeitando os limites e compromissos do apoio expressos no termo, devendo conter ainda o prazo de vigência do acordo (geralmente o acordo é celebrado por prazo determinado, embora haja discussão que possa ser realizado por prazo indeterminado) e, acima de tudo, não podendo desprezar a vontade, os direitos e os interesses da pessoa apoiada, isto é, a vontade do apoiado não pode ser substituída pela de outrem (§1º, do artigo 1.783-A).

O pedido de tomada de decisão apoiada deve ser requerido pela pessoa que irá ser apoiada, quando esta necessitar de esclarecimentos e consideração de apoiadores para prática de determinado ato, indicando expressamente os seus apoiadores que deseja constituir (§2º, do artigo 1.783-A). O termo será homologado pelo juiz, após serem ouvidos o Ministério Público, o Requerente, as pessoas que prestarão apoio e a equipe multidisciplinar ou profissional especializado na área (§3º, do artigo 1.783-A).

Nas decisões que estiverem previstas pelo termo homologado, os apoiadores deverão prestar auxílio ao apoiado dentro dos limites acordados, sob pena de anulação do ato (§4º, do artigo 1.783-A). Em contrapartida, o apoiado conservará sua autonomia em todos os atos que não estejam inseridos no acordo, considerando a total validade das decisões que a pessoa apoiada tomar.

Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano⁷⁸ assevera que:

Pessoas com deficiência e que sejam dotadas de grau de discernimento que permita a indicação dos seus apoiadores, até então sujeitas a uma inafastável interdição e curatela geral, poderão se valer de um instituto menos invasivo em sua esfera existencial.

Além disso, o §6º do mesmo artigo, estipula que, se eventualmente o negócio jurídico possa trazer prejuízo ou algum risco relevante à pessoa apoiada, em caso de divergência de opiniões entre um dos apoiadores, ou até mesmo entre o apoiado e os apoiadores, o juiz decidirá sobre a questão, após a oitiva do Ministério

⁷⁸ STOLZE, Pablo. **É o fim da interdição?**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao>>. Acesso em: 02 de outubro de 2017.

Público. À vista disso, nos estudos de Daniele de Carvalho Haurani⁷⁹, constatou-se que:

Nos casos em que o negócio jurídico realizado no caso concreto for de menor monta, levando em conta a interpretação sistemática do Estatuto da Pessoa com Deficiência, **prevalecerá a escolha do apoiado em detrimento da vontade dos apoiadores**, vez que na tomada de decisão apoiada o ordenamento busca **privilegiar a autonomia do beneficiário o que se demonstra**, inclusive, pelo fato dele ser o único legitimado a requerer o apoio, aconselha-se contudo, que o apoiador divergente registre sua opinião contrária ao negócio jurídico realizado para evitar que seja acusado futuramente de negligência, no caso de eventuais danos causados ao apoiado em razão do negócio jurídico realizado (*grifo nosso*).

Deste modo, o ideal seria que a vontade da pessoa apoiada prevalecesse sempre nos casos em que houver divergência de opiniões, independente da relevância do ato. Inclusive, há críticas no sentido de que se, nas situações em que existir divergência do negócio jurídico, a decisão judicial prejudicar o apoiado, caracterizar-se-ia como uma afronta ao instituto da tomada de decisão apoiada, pois refuta o próprio interesse do beneficiado, não devendo haver substituição de suas vontades.

Ademais, o §5º disciplina que terceiros poderão solicitar a assinatura dos apoiadores no negócio jurídico realizado com a pessoa apoiada, embora a lei não exija a assinatura dos apoiadores na celebração de contratos ou acordos. Todavia, a finalidade do terceiro em pedir a assinatura dos apoiadores é justamente para que dê segurança ao negócio realizado, e nunca para o fim de dar anuência ao negócio, pois a função daqueles é apenas prestar auxílio ao apoiado, não podendo representar suas decisões.

Ainda, o apoiado pode, a qualquer tempo, solicitar o término do acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada, mesmo se não houver justificativas para isso, uma vez que se trata de direito potestativo do apoiado (§9º do artigo 1.783-A). Por outro lado, o apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação, que dependerá da manifestação do juiz sobre o assunto (§10º do artigo 1.783-A), bem como poderá ser destituído de seu cargo por não adimplir as obrigações assumidas ou exercê-las de forma indevida, se houver denúncia fundada

⁷⁹ HAURANI, Daniele de Carvalho. **Do Novo Estatuto de Pessoas com Deficiência e seus Reflexos no Regime das Incapacidades do Código Civil**. Presidente Prudente, São Paulo, p. 48, 2016.

feita ao Ministério Público ou ao juízo, devendo o apoiado ser ouvido para a nomeação de novo apoiador, conforme os §§ 7º e 8º do artigo 1.783-A.

Por fim, é importante destacar que a homologação do termo de tomada de decisão apoiada não retira a capacidade civil plena do apoiado, continuando ser plenamente capaz para a prática de todos os seus atos da vida civil, sendo os apoiadores encarados como prestadores de orientações nas escolhas de vontades das pessoas apoiadas.

Tem natureza, portanto, de medida protetiva e não de interdição de exercício de direitos⁸⁰, de maneira a não permitir que a pessoa humana com deficiência sofra restrições em sua autodeterminação e veda-se a delegação de um direito de personalidade a um curador. Embora não objetiva a extinção do instituto da curatela do sistema jurídico brasileiro, avança de modo a provocar o seu desuso.

4.3 O Relacionamento entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Novo Código de Processo Civil

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) efetuou mudanças significativas de cunho procedimental no sistema jurídico brasileiro, ajustando-se com diversos ramos do Direito, especialmente com o Direito Processual Civil, uma vez que o referido Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) passou por alterações na iminência da criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ambas as leis foram editadas quase que concomitantemente, sendo o Novo Código de Processo Civil aprovado em março de 2015 e o Estatuto da Pessoa com Deficiência em julho de 2015, dialogando-se entre si.

À vista disso, o que se pretende analisar é se as disposições legais do Novo Código de Processo Civil estão em conformidade com as normas inclusivas presentes no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A princípio, observa-se que o artigo 199 do novo Código de Processo Civil fala diretamente sobre os direitos da pessoa com deficiência quando incube ao Poder Judiciário que as suas unidades assegurem “acessibilidade aos seus sítios na

⁸⁰ LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.** Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 02 de outubro de 2017.

rede mundial de computadores, ao meio eletrônico de prática de atos judiciais, à comunicação eletrônica dos atos processuais e à assinatura eletrônica”, ressaltando a preocupação que o Novo Código tomou com essas pessoas.

Um segundo dispositivo do Novo Código que deve ser analisado é o artigo 236, §3º, que trata sobre a comunicação dos atos processuais, estando em plena conformidade com o artigo 95 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que versa sobre o comparecimento da pessoa com deficiência perante os órgãos públicos somente quando seu deslocamento não importar-lhe prejuízos e violar seus direitos básicos em razão de sua limitação ou condições de acessibilidade. O próprio §3º do artigo 236 do Código de Processo Civil admite a prática dos atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso da tecnologia que possibilite a transmissão de sons e imagens no tempo real. Isso é também reafirmado pelos §§ 1º e 3º do artigo 751 e o inciso II do artigo 755 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 751. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas.

§1º Não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver.

(...);

§3º Durante a entrevista, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas.

(...);

Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz:

(...);

II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.

(...).

Nesse contexto, apesar da convergência de finalidades, a Lei 13.146/2015 provocou, por fruto de uma desatenção legislativa, a alteração de artigos do Código Civil que tratavam da interdição e, posteriormente, foram revogados pelo Novo Código de Processo Civil, quais sejam: artigos 1.768, 1.769, 1.771 e 1.772 do Código Civil.

Desse modo, o doutrinador Flávio Tartuce⁸¹ assevera a primeira divergência entre as normas do Novo Código de Processo Civil e o Estatuto:

A primeira alteração diz respeito, a saber, se ainda será cabível o processo de interdição ou se viável juridicamente apenas uma demanda com nomeação de um curador. Por certo é que a Lei 13.046/2015 altera o art. 1.768 do Código Civil, deixando de mencionar que a “interdição será promovida”; e passando a enunciar que “o processo que define os termos da curatela deve ser promovido”. O grande problema é que esse dispositivo material é revogado expressamente pelo art. 1.072, inciso II, do CPC/2015. Sendo assim, pelo menos aparentemente, ficará em vigor por pouco tempo, entre janeiro e março de 2016, quando o Estatuto Processual passar a ter vigência. Pensamos que será necessária uma nova norma, que faça com que o novo dispositivo volte a vigorar, afastando-se esse primeiro atropelamento legislativo.

Ainda no que tange ao artigo 1.768⁸² do Código Civil, este dispunha sobre a legitimidade para a propositura da ação de interdição, sendo atualmente regido pelo artigo 747⁸³ do Código de Processo Civil, com algumas modificações. Ocorre que, antes da revogação do artigo 1.768, o Estatuto da Pessoa com Deficiência acrescentou o inciso IV⁸⁴ em sua redação, estipulando que a própria pessoa pudesse requerer a sua interdição, denominando-se o instituto de “autointerdição”.

A redação original do Código Civil previa que a interdição poderia ser requerida pelos pais, tutores, cônjuges ou qualquer parente, e ainda o Ministério Público. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, além dos legitimados citados acima, trouxe para a hipótese de legitimados o companheiro e o representante da entidade em que se encontra o interditando. Logo, entende-se que a redação do artigo 747 do Código de Processo Civil utilizou como base a redação

⁸¹ TARTUCE, Flávio. **Alterações do código civil pela lei 13.146/2015 (estatuto da pessoa com deficiência). Repercussões para o direito de família e confrontações com o novo CPC. Parte 2.** Migalhas, São Paulo, 26 agosto 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045Alteracoes+do+Codigo+Civil+pe+ela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.

⁸² Art. 1.768 do CC. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido:

- I - pelos pais ou tutores;
- II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente;
- III - pelo Ministério Público.

⁸³ Art. 747 do NCP. A interdição pode ser promovida:

- I - pelo cônjuge ou companheiro;
- II - pelos parentes ou tutores;
- III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando;
- IV - pelo Ministério Público.

⁸⁴ Art. 1768 do CC. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido: (...);
IV - pela própria pessoa.

original do artigo 1.768 do Código Civil, havendo necessidade apenas de ser acrescentada a possibilidade do próprio interditando de requerer a sua interdição, conforme regula o Estatuto, uma vez que a intenção do legislador é ampliar o rol de legitimados para o requerimento da curatela, com o objetivo de proteger aqueles que precisam de alguma assistência, com aplicação do critério da especialidade e o cronológico.

Outro dispositivo que foi passível de revogação foi o artigo 1.769⁸⁵ do Código Civil, tendo em vista que o artigo 748⁸⁶ restringiu a possibilidade de o Ministério Público promover a interdição somente no caso de pessoa com doença mental grave. Pela redação original do dispositivo do Código Civil, a doença mental grave já era uma das hipóteses em que o Ministério Público era legitimado para promover a interdição, entretanto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência não observou a mudança processual, continuando com a mesma estrutura original, trazendo apenas alteração quanto à expressão “doença mental grave” para “doença mental ou intelectual”. Neste caso, seria mais vantajoso entender que houve a revogação tácita do Código de Processo Civil de 2015 pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, utilizando-se do critério da especialidade, devendo o Ministério Público observar sua legitimação diante das regulamentações do Estatuto.

Outro artigo do Código Civil que também foi revogado foi o 1.771⁸⁷, pois sua redação passou a ser prevista pelo artigo 751⁸⁸ do Código de Processo

⁸⁵ Art. 1.769. O Ministério Público só promoverá interdição:

I - em caso de doença mental grave;

II - se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do artigo antecedente;

III - se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas no inciso antecedente.

⁸⁶ Art. 748 do NCPC. O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave:

I – se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição;

II – se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747.

⁸⁷ Art. 1.771 do CC. Antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinará pessoalmente o arguido de incapacidade.

⁸⁸ Art. 751 do NCPC. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas.

§1º Não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver.

§2º A entrevista poderá ser acompanhada por especialista.

Civil, embora esta última tenha sofrido alterações pela Lei 13.146/15⁸⁹. Dessa forma, as alterações trocam as expressões “exame ou interrogatório do interditando” pela “entrevista do interditando”, bem como o dispositivo da legislação processual prevê que a entrevista poderá ser acompanhada por especialista, já o dispositivo do Estatuto prevê a possibilidade do juiz ser acompanhado por uma equipe multidisciplinar durante a entrevista. Fato é que a melhor solução para esta antinomia seria entender pela revogação do artigo 751 do Código de Processo Civil pela legislação especial (Estatuto), todavia há críticas sobre a utilização da equipe multidisciplinar, uma vez que implica em altos custos para o processo, devendo ser convocada somente nos casos em que se constatar sua imprescindível necessidade, dispensando-se nos casos menos complexos.

Por último, o artigo 1.772⁹⁰ do Código Civil também foi revogado pelo artigo 775⁹¹ do Código de Processo Civil e sofrendo modificações do Estatuto⁹², contudo, os dispositivos encontram-se em sintonia, visto que ambos visam atender as vontades e preferências do curatelado quando da escolha de seu curador. Bem

§3º Durante a entrevista, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas.

§4º A critério do juiz, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e de pessoas próximas.

⁸⁹ Art. 1.771 do CC. Antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando.

⁹⁰ Art. 1.772 do CC. Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782.

⁹¹ Art. 755 do NCP. Na sentença que decretar a interdição, o juiz:

I – nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;
II – considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.

§1º A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado.

§2º Havendo, ao tempo da interdição, pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses do interdito e do incapaz.

§3º A sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente e publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente.

⁹² 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.

como, há entendimentos de que não existe mais o processo de interdição, e sim o processo de curatela, diferença meramente formal da nomenclatura.

4.4 Ponderações para a Eficácia do Estatuto

A nova perspectiva do Estatuto da Pessoa com Deficiência acarretou reflexões acerca do tratamento dado às pessoas com deficiência, eliminando a concepção da legislação civil anterior que estava extremamente preocupada com matérias atinentes ao patrimônio da pessoa incapacitada de seus atos da vida civil.

Torna-se medida indispensável a reanálise do sistema de incapacidades do Código Civil para que as normas inclusivas do Estatuto da Pessoa com Deficiência sejam efetivadas concretamente.

Os propósitos demonstrados pela novel legislação devem ser trilhados por todos os cidadãos, inclusive pelos operadores do Direito, com a finalidade de concretizar o espírito da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência e do novo Estatuto, com tendência à proteção da pessoa com alguma debilidade que lhe acometa, promovendo a sua dignidade e não a redução de suas vontades e direitos.

Para o alcance da plena efetividade do Estatuto da Pessoa com Deficiência, é necessário um olhar mais sensível e atencioso a essas pessoas, encarando-as como sujeitos capazes de adquirir direitos e contrair obrigações, como qualquer ser humano, trazendo uma abordagem mais digna diante de uma sociedade com um histórico de que sempre as desprezou. Ademais, a sua capacidade legal deve ser reconhecida e estendida, sobretudo para a concretização de seus interesses existenciais e não apenas para questões puramente patrimoniais.

Deixando as críticas à parte, Euclides de Oliveira⁹³ admite que é inegável o alcance social da Lei 13.146/15, e “representa uma evolução notável como instrumento da inclusão social da pessoa que seja portadora de deficiência, seja física, mental, sensorial ou de outra ordem”. Acrescenta ainda que:

Trata-se de um verdadeiro microssistema normativo, a ser melhor analisado e aplicado, estendendo-se por 127 artigos, com extenso rol de medidas protetivas na parte geral e modificações importantes no Código Civil, no Código Penal, na Consolidação das Leis do Trabalho e em outros diplomas

⁹³ IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Especialistas questionam capacidade civil prevista no Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5998/Especialistas+questionam+capacidade+civil+prevista+no+Estatuto+da+Pessoa+com+Defici%C3%Aancia>>. Acesso em: 12 de outubro de 2017.

legislativos. Eventuais desacertos na fase inicial de sua vigência serão corrigidos por interpretações doutrinárias e da jurisprudência, para adaptação aos casos concretos. A filosofia do novo diploma é o de promover a mais ampla proteção à pessoa, nunca o de desempará-la.

No mesmo raciocínio, Nelson Rosenvald⁹⁴ assevera que:

Por mais que o legislador pretendesse (e ele não pretendeu!) criar o mundo ideal e “politicamente correto” das pessoas plenamente capazes, não há como desconstruir a realidade inerente à imperfeição humana e às vicissitudes que a todos afetam, em maior ou menor grau. Num Estado Democrático de Direito, **o pluralismo demanda o respeito pelas diferenças e não o seu aniquilamento. O Estatuto da Pessoa com Deficiência não eliminou a teoria das incapacidades, porém, adequou à Constituição Federal e a CDPD.** Tratando-se a incapacidade de uma sanção normativa excepcionalíssima, que afeta o estado da pessoa a ponto de restringir o exercício autônomo de direitos fundamentais, o que corretamente a Lei 13.146/2015 impôs foi **a necessidade da mais ampla proteção ao direito fundamental à capacidade civil** (*grifo nosso*).

Deste modo, é medida que se impõe a aplicação das disposições estatutárias para que se alcance a plena efetividade de suas salvaguardas, pois estas assegurarão providências relativas ao exercício da capacidade legal da pessoa com deficiência em respeito aos seus direitos, vontades e preferências, estando isentas de conflitos de interesses, influência indevida e discriminações.

⁹⁴ ROSENVALD, Nelson. **Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** GEN Jurídico, Grupo Editorial Nacional, São Paulo, 2015. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 12 de outubro de 2017.

5 CONCLUSÃO

É cediço que, por muito tempo, desde o início da civilização humana, em diferentes contextos históricos, os indivíduos que possuíam algum indício ou grau de limitação (seja de caráter físico, psíquico, intelectual ou sensorial), eram tratados com discriminação e marginalização, excluídos das relações sociais. O desenvolvimento das sociedades em diversas nações e a crescente ascensão dos direitos humanos dentro da ordem jurídica acarretaram novas concepções e instrumentos para atingir a inclusão social das pessoas com deficiência.

Decorrente de um verdadeiro sistema inclusivo, a proteção jurídica das pessoas com deficiência foi valorizada de modo imprescindível na Constituição Federal de 1988, deparando-se com o princípio da dignidade da pessoa humana como seu preceito fundamental. Nada obstante tenha diretrizes traçadas na Lei Maior, e ainda que o Brasil faça parte da Convenção de Nova Iorque de 2007, a efetivação dos direitos e garantias fundamentais das pessoas com deficiência não era satisfatória no país.

Partindo-se de algumas considerações sobre a dignidade da pessoa humana, é imprescindível o direito à integração da pessoa com deficiência associado ao princípio da igualdade, como forma de efetivação dos direitos e garantias individuais das pessoas com determinada condição, que outrora eram colocadas em um patamar inferior.

Ao tratarmos sobre a sistemática do Código Civil, foi possível reconhecer a personalidade para toda pessoa natural (ser humano), bem como entender que a capacidade civil plena é adquirida quando o indivíduo além de adquirir direitos e obrigações, é capaz de exercê-los pessoalmente. E a partir desses conceitos sedimentados, foi possível construir o regime de incapacidades do Código Civil, impondo qualidades às pessoas na medida de sua capacidade.

Nesse contexto, com o objetivo de reverter a realidade do Estado brasileiro, a nova perspectiva trazida pela Lei 13.146/15 refletiu diretamente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo de suma importância tanto para os beneficiários da Lei, quanto para os aplicadores e profissionais do Direito, pois estruturou um sistema normativo específico para tratar das pessoas com deficiência, assim como há de se considerar que existe uma nova concepção quanto à deficiência, adequando o deficiente como um sujeito igualmente de direito

que pode ter função socialmente ativa, resguardando sua autonomia individual e a plena e efetiva participação na sociedade.

Desse modo, com o presente trabalho, pretendeu-se esclarecer as repercussões advindas pela Lei 13.146/15, uma vez que esta alterou e revogou alguns artigos do Código Civil de 2002, trazendo grandes modificações na teoria das capacidades, especialmente no tocante daqueles que são enfermos ou deficientes mentais (transtornos mentais e intelectuais), reconstruindo e ampliando o conceito de capacidade civil, de modo que anteriormente as hipóteses de incapacidade absoluta passaram a ensejar apenas e excepcionalmente a incapacidade relativa. Nesse sentido, houve a segmentação do conceito de capacidade à condição de deficiência de qualquer tipo.

Ademais, vários foram os reflexos práticos e processuais operados pela Lei 13.146/15, como se pode citar, o instituto da curatela, com o inegável propósito de valorizar as vontades das pessoas com deficiência, sendo medida imposta proporcionalmente às necessidades e às circunstâncias de cada pessoa, com propósitos de prevenção aos aspectos patrimoniais e negociais, com tempo determinado e reduzido, deixando os direitos existenciais sobre o poder do próprio curatelado. Com isso, a Lei construiu um novo instrumento para apoio às pessoas com deficiência, chamado de tomada de decisão apoiada, que tem a finalidade de preservar a autonomia e a capacidade jurídica da pessoa com deficiência, auxiliando-as nas decisões mais complexas. Por sua vez, subsiste ainda a ação de interdição, necessária para a nomeação do curador, devendo se sujeitar as limitações presentes no Estatuto da Pessoa com Deficiência, todavia observando a seção específica sobre o assunto no Novo Código de Processo Civil.

Embora existam construtivas e coerentes críticas por parte dos estudiosos sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência, observa-se que a maioria da doutrina aprova as inovações trazidas, pois mitiga a concepção de hipervulnerabilidade das pessoas com deficiência, importando ao ordenamento jurídico pátrio uma norma inclusiva, que deverão ser paulatinamente alcançados com a gerência correta da nova legislação, bem como com a mudança de concepção do meio social. Além do mais, é responsabilidade dos entes públicos zelar pelo cumprimento do novel Estatuto, invocando os princípios da igualdade, respeito e não discriminação, propiciando verdadeira integração desses indivíduos.

Destarte, a pessoa com deficiência, ainda que obtenha limitações impostas pelo ordenamento jurídico e pela mentalidade social, deve ter garantida a sua autonomia reconhecida pelo direito, tendo em vista que, pelos novos conceitos, podem ser deficientes e possuir a capacidade plena para exercer pessoalmente seus direitos existenciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Carolina. **Estatuto da pessoa com deficiência – Principais alterações.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235297,51045-Estatuto+da+pessoa+com+deficiencia+Principais+alteracoes>>. Acesso em 02 de março de 2017.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência.** 3º ed. Brasília, Corde, 2002.

_____. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) • Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: SNPD – SDH-PR, 2014.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano.** 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ASCENSÃO, José Oliveira. **Teoria Geral do Civil.** Coimbra: Editora Coimbra, 1997.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil.** ed. 2. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1929.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade.** ed. 4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. **Os direitos da Personalidade.** 7ª ed., revista e atualizada com o novo Código Civil por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** de 05 de outubro de 1988. 29 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1990. **Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2017.

_____. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York.** Brasília, DF: 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 25 de outubro de 2017.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em 15 de julho de 2017.

BULOS, Jaime Leandro. **Da reparação civil dos danos sociais através de instrumentos processuais coletivos**. Ribeirão Preto: Dissertação apresentada à Universidade de Ribeirão Preto UNAERP, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, ano 2014.

CANHEU, Gustavo Casagrande. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e a atividade notarial e registral. Primeiras impressões**. Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal (CNB-CF). Brasília-DF. Publicado em 04/09/2015. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=Njl4OA>>. Acesso em: 26 de setembro de 2017.

CORREIA, Atalá. **Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas**. Revista Consultor Jurídico, ano de 2015, p. 01-02. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>>. Acesso em: 24 de setembro de 2017.

COSTA, Lorena Xavier da. **Sujeito de direito e pessoa: conceitos de igualdade?** Rio de Janeiro, Disponível em: <apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisAugustus/article/view/534/445>. Acesso em: 10 de março de 2017, v. 4, dezembro de 2013.

COSTA. Alexander Seixas da; MARTINEZ, Regina Celia. **A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**. Anais III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais. São Paulo, 2016.

COUTO, André e MATTOS, Gama Bruno Ferreira Bini de. **PERSONALIDADE JURÍDICA: análise dos artigos 2º e 9º da Lei n. 10.406/02**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 49, abr./jun. 2010.

DEFICIÊNCIA, **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com/ Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) • Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: SNPD – SDH-PR, 2014.**

DINIZ, Débora; BARBOSA, Livia. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) • Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: SNPD – SDH-PR, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral do Direito Civil.** v.1, 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DUQUE, Bruna Lyra. **Estatuto da pessoa com deficiência: Novos rumos da autonomia existencial.** Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 13 Jul. 2015. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/331086>>. Acesso em 10.04.2017

ELESBÃO, Elsita Collor. **Os direitos da Personalidade no Novo Código Civil brasileiro.** In: Pessoa, gênero e família. Adriana Mendes Oliveira de Castro et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB.** 15ª ed. Vol. I. Salvador: Juspodivm, 2017.

FIGUEIRA, Emilio. **Caminhando em Silêncio: Uma introdução à trajetória das pessoas com deficiência na história do Brasil.** 2.ed., São Paulo: Giz Editora, p. 115, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. **Novo curso de direito civil.** vol. 1, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil,** Rio de Janeiro, Forense, 2001.

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

GONÇALVES, Marien Fabiane. **Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas Mudanças no Direito Civil.** Curitiba-PR, 2016.

HAURANI, Daniele de Carvalho. **Do Novo Estatuto de Pessoas com Deficiência e seus Reflexos no Regime das Incapacidades do Código Civil.** Presidente Prudente, São Paulo, 2016.

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Especialistas questionam capacidade civil prevista no Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5998/Especialistas+questionam+capacidade+civil+prevista+no+Estatuto+da+Pessoa+com+Defici%C3%Aancia>>. Acesso em: 12 de outubro de 2017.

JÚNIOR, Sérgio Cardoso. **Personalidade e Capacidade no Direito Civil.** Rio de Janeiro. Artigo publicado em:

<<https://sergiocardosojr.jusbrasil.com.br/artigos/170930718/personalidade-e-capacidade-no-direito-civil>>. Acesso em: 10 de março de 2017.

KUMPEL, Vitor Frederico. **A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes**. Migalhas, São Paulo, 12 agosto 2015, p. 03. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048A+destruicao+da+teoria%20das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>>. Acesso em: 09 de setembro de 2017.

LEONART, Ana Paula De Souza. **A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 2, n. 2, Julho de 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/187>>. Acesso em 15 de julho de 2017.

LÔBO, Paulo. **Com Avanço Legal Pessoas com Deficiência Mental não são mais Incapazes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em 17 de março de 2017.

LOPES, Laís de Figueirêdo. **Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência** / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) • Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: SNPD – SDH-PR, 2014.

MANSO, Maria Elisa Gonzalez. **Os portadores de necessidades especiais e o novo Código Civil**. Publicado em 09/2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4314/os-portadores-de-necessidades-especiais-e-o-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 10 de março de 2017.

MARTINS, Lilia Pinto. **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada** / Coordenação de Ana Paula Crosara Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência**. Civilística.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan–jun/2015, Disponível em: <[http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigo Joyceane Bezerra de Menezes.pdf](http://www.civel.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigo%20Joyceane%20Bezerra%20de%20Menezes.pdf)>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. vol. 1, 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

MOUREIRA, Diogo Luna. **Os Desafios Dos Transtornos Mentais E Do Comportamento Para O Direito Civil: Dialética do reconhecimento e sofrimento de indeterminação como pressupostos para a reconstrução da Teoria das Incapacidades**. Belo Horizonte, Minas Gerais. Programa de Pós-

Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica De Minas Gerais, 2013.

NEME, Eliana Franco; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Capacidade Civil E As Pessoas Portadoras De Deficiência**. São Paulo, Universidade de São Paulo (USP).

NOGUEIRA, Geraldo. **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada** /Coordenação de Ana Paula Crosara Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

PAULA, Ana Rita de. **A Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada** /Coordenação de Ana Paula Crosara Resende e Flavia Maria de Paiva Vital. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1., 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. vol. 1, 34ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003.
SOUSA, Igor Fontenele de. **O Estatuto da pessoa com deficiência**. Publicado em Revista Jus Navegandi, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54721/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>>. Acesso em: 08 de agosto de 2017.

ROSENVALD, Nelson. **A tomada da decisão apoiada**. Jornal Carta Forense, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-tomada-da-decisaoapoiada/15956>>. Acesso em: 02 de outubro de 2017.

_____. **Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. GEN Jurídico, Grupo Editorial Nacional, São Paulo, 2015. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em: 12 de outubro de 2017.

ROSSI. Juliano Scherner. **A Operação Interna Dos Tratados Internacionais**. REVISTA DA ESMESC, v. 21, n. 27, 2014.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I)**. Revista Consultor Jurídico, 06 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia--causa-perplexidade>>. Acesso em: 26 de setembro de 2017.

_____. **Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade (parte 2)**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 06 agosto 2015, p. 02. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-trazmudancas>>. Acesso em: 22 de setembro de 2017.

STOLZE, Pablo. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Sistema Jurídico Brasileiro de Incapacidade Civil**. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v.17, n. 99, 2016.

_____. **É o fim da interdição?**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao>>. Acesso em: 02 de outubro de 2017.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do código civil pela lei 13.146/2015 (estatuto da pessoa com deficiência). Repercussões para o direito de família e confrontações com o novo CPC. Parte 1**. Migalhas, São Paulo, 29 jul. 2015.

Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 10 de setembro de 2017.

_____. **Alterações do código civil pela lei 13.146/2015 (estatuto da pessoa com deficiência). Repercussões para o direito de família e confrontações com o novo CPC. Parte 2**. Migalhas, São Paulo, 26 agosto 2015. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 05 de outubro de 2017.

_____. **Direito Civil - Volume 5 - Direito de Família**. 11. ed., Rio de Janeiro: Ed. GEN/ Forense, 2016, p. 656.

TRINDADE, Ivan Gustavo Junio Santos. **Os reflexos do estatuto da pessoa com deficiência (lei n. 13.146/15) no sistema brasileiro de incapacidade civil**. Goiânia, 2016.

VALLADÃO, Haroldo. **Capacidade de Direito**, in Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 13, p. 34. São Paulo: Saraiva. 1977; e DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 34ª ed., v. 1, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. vol. 1, 13ª ed., São Paulo Editora Atlas S.A., 2013.

VILLELA, João Baptista. Capacidade Civil e Capacidade Empresarial: Poderes de Exercício no Projeto do Novo Código Civil. In: Conselho Da Justiça Federal. **Comentários Sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro**. Série de Cadernos do CEJ, volume 20. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2002. Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf>> Acesso em: 20 de abril de 2017.