



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO CIVIL

VICTOR SARDEIRO FRANCA

**DE LOUCOS DE TODO GÊNERO À PLENA CAPACIDADE. OS
IMPACTOS DA LEI 13.146/2015 COMO INSTRUMENTO DE
GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA E CONCRETIZAÇÃO DA
IGUALDADE**

**Salvador
2017**

VICTOR SARDEIRO FRANCA

**DE LOUCOS DE TODO GÊNERO À PLENA CAPACIDADE. OS
IMPACTOS DA LEI 13.146/2015 COMO INSTRUMENTO DE
GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA E CONCRETIZAÇÃO DA
IGUALDADE**

Monografia de TCC apresentada ao curso de pós-graduação de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito, como exigência para obtenção do grau de especialista.

**Salvador
2017**

VICTOR SARDEIRO FRANCA

**DE LOUCOS DE TODO GÊNERO À PLENA CAPACIDADE. OS
IMPACTOS DA LEI 13.146/2015 COMO INSTRUMENTO DE
GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA E CONCRETIZAÇÃO DA
IGUALDADE**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Civil, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, __ / __ / 2017.

De loucos de todo gênero à plena capacidade. Os impactos da Lei 13.146/2015 como instrumento de garantia da dignidade humana e concretização da igualdade.

(VICTOR SARDEIRO FRANCA)

RESUMO

O presente trabalho tem como tema a travessia da pessoa com deficiência que, por dentro de uma perspectiva histórica, sempre teve necessariamente sua condição como causa correlata à incapacidade, até o seu reconhecimento pleno da capacidade após a vigência da Lei 13.146 de 2015, denominada Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Parte-se de aspectos históricos no tratamento da matéria, bem como uma averiguação das principais modificações da Norma Estatutária no Código Civil, a fim de se verificar se há realmente um alinhamento deste às perspectivas constitucionais de igualdade à propiciar uma vida digna a seu público alvo.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa com Deficiência. Deficiência e incapacidade. Tomada de Decisão Apoiada. Curatela.

ABSTRACT

The present work aims to study the journey of the disabled person who, historically, had their condition linked to the incapacity until the moment of the full recognition of their capacity that happened after the validity of Law 13,146 of 2015, denominated Law for Inclusion of the Person with Disability. In order to achieve this objective, this study intends to deal with historical aspects that surround the matter and to investigate the main modifications of the Statutory Norms in the Civil Code, in order to verify if there is compatibility between this instruction and the constitutional perspectives of equality that seek to provide a dignified Life to its target audience.

Keywords: Status of Persons with Disabilities. Disability. Decision Making Support. Curatorship.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E ASPECTOS HISTÓRICOS NA SUA PROTEÇÃO A LUZ DA DIGNIDADE HUMANA	9
3	O DIREITO À IGUALDADE E SUAS ACEPÇÕES	12
3.1	O ALINHAMENTO DA LEI 13.146/15 AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA	15
3.2	AÇÕES AFIRMATIVAS NO ÂMBITO DA LEI 13.146/15	16
4	IMPACTOS GERAIS DA LEI 13.146 NO CÓDIGO CIVIL	18
5	HÁ UMA NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES?	19
5.1	A INCAPACIDADE DE FATO (EXERCÍCIO) PROTEGE OU DISCRIMINA? NECESSÁRIAS REFLEXÕES HISTÓRICAS DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	23
5.2	A NOVA TEORIA DA INCAPACIDADE CONFORME A LEI 13.146 DE 2015	29
6	REFLEXOS INTERMEDIÁRIOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	35
7	O REDESENHAMENTO DA CURATELA E E O NOVO INSTITUTO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA	47
7.1	ASPECTOS GERAIS	47
7.2	A CURATELA E O NOVO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	49
7.3	A TOMADA DE DECISÃO APOIADA COMO REMÉDIO JURÍDICO NA PRESERVAÇÃO DA CAPACIDADE	57
8	CONCLUSÃO	65
	REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

É sabido que a Constituição Federal de 1988 impôs uma nova ordem jurídica, irradiando em todo o sistema novos valores a serem observados obrigatoriamente, decorrendo prática da supremacia das normas por ela albergadas. Nesse sentido, a dignidade humana vem alcançando dia após dia mais espaço no processo legislativo, emanando normas que objetivem tutela-lo. Neste cenário é que entra em vigor a famigerada Lei 13.146 de 2015, assim denominada como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, impactando vigorosamente em notáveis institutos do direito civil: teoria das incapacidades, contratos, curatela, entre outros.

De imediato, ou melhor, até mesmo antes da sua entrada em vigor, acalorados debates vem permeando ilustres juristas de todo o país, que embora concordem com a imperativa necessidade de proteção das pessoas com deficiência, divergem drasticamente quanto aos meios para tal, enquanto alguns aplaudem o Estatuto em questão, por considerar um claro avanço na promoção de uma vida digna e inclusiva, outros chegam até mesmo considerar uma “*autofagia legislativa*”, que invés de proteger o público alvo, acabou, por fim, expondo-os a própria sorte.

São nessas circunstâncias que o presente estudo se desdobra, analisando os principais impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência frente o Código Civil, sobretudo no que tange a teoria das incapacidades, o redesenho do procedimento de interdição, e a estréia de um novo instituto: a tomada de decisão apoiada, almejando ao final responder concretamente: A Lei 13.146/15, é instrumento adequado e eficaz de proteção das pessoas com deficiência como sujeito inserido no meio social? Certamente, as alterações implementadas pela referida lei por serem de altíssima envergadura, não poderia pretender estar imune a relevantes críticas, contudo, os estudiosos devem alcançar de forma mais célere possível uma razoável pacificação em sua interpretação e efeitos práticos, visto que em pelo menos uma coisa não há, como dito, divergências: a necessidade de tutelar eficazmente as pessoas com de deficiência.

Para o aprofundamento deste trabalho, essa pesquisa pretende analisar, com base bibliográfica, o texto constitucional no que se refere a dignidade da pessoa humana, inserida em seu art. 1º, inciso III, bem como o direito à igualdade e suas

acepções, demonstrando que a isonomia formal deve cada vez mais, em tempos hodiernos ceder as imposições de uma isonomia concreta, material. Ademais, importa breve análise na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência de Nova York, que ingressou-se no sistema jurídico com status constitucional, bem como a Lei 13.146/2015 e suas principais modificações em face do Código Civil, como salientado.

2 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E ASPECTOS HISTÓRICOS NA SUA PROTEÇÃO A LUZ DA DIGNIDADE HUMANA

Ao longo da história da humanidade as pessoas com deficiência afirma-se cada vez mais como sujeito de direitos e cidadãos em igualdade de condições com as demais pessoas. Em determinados momentos, por ora eram vistos como doentes, pecadores, ou qualquer outra situação que por fim, não incluíam no seio da sociedade plenamente.

Resumidamente, Flávia Piovesan destaca quatro momentos históricos da luta das pessoas com deficiência:

A da **intolerância**, período, em que, na história, se o repudiava, por ser tido como impuro, sendo sua deficiência um castigo de Deus pela prática de algum pecado; b) a da **invisibilidade**, fase em que os direitos do portador de deficiência eram, simplesmente, ignorados; c) a **assistencialista**, período em que se considerava o deficiente como um doente e como tal devia ser auxiliado, terapeuticamente, para obtenção de sua cura; d) a **humanista**, que procura sua inclusão social e a superação de obstáculos para a consecução de seus direitos, que devem ser resguardados normativamente.¹

Depreende-se, assim, a alteração de enfoque nos tempos atuais, preocupado quanto aos aspectos de inclusão e cidadania das pessoas com deficiência, não se coadunando mais com um sistema “protetivo” que alijava o exercício dos direitos existências e patrimoniais destes a uma outra pessoa mediante um procedimento de interdição, exclusivo e segregador, por assim dizer.

Nesta senda é que, a Organização das Nações Unidas em 2007 edita a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), e seu Protocolo Facultativo, no escopo de ser mais um instrumento de alcance internacional, na promoção e garantia dos direitos da pessoa com deficiência, com viés inclusivo e igualitário.

¹ PIOVESAN, Flávia. In: Garcia e Lazari, **Manual de direitos humanos**. Salvador: JusPodivm, vol. único, 2015, p.241.

Em seu primeiro artigo, confirma seu ideal ao delinear que “o propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e eqüitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”, renunciando, deste modo, que o enfrentamento sobre as questões ligadas às pessoas com deficiência se daria por um viés social e ligado aos direitos humanos.

Significativo são os princípios adotados pela CDPD, em seu art. 3º, ao estipular, dentre estes, “o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas”; “A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade”; “A igualdade de oportunidades”; O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade, devendo os Estados partes “adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção”.

Neste sentido, sendo o Brasil signatário da CDPD, reforça-se ainda mais a importância do princípio da dignidade da pessoa humana como epicentro do sistema jurídico, impondo reformas legislativas que estivesse atento aos valores elencados pela mencionada Convenção.

Não há como exercer qualquer atividade hermenêutica em nosso sistema jurídico sem que, atualmente, se verifique o primado da dignidade da pessoa humana. Este após a Constituição da República de 1988, foi erigido como princípio basilar de todo o ordenamento, e não se deu por acaso. Após a segunda grande guerra, se tornou imprescindível o reconhecimento da pessoa humana como destinatária das normas emanadas, devendo o Direito estar alinhando e comprometido com a pacificação dos conflitos, servindo assim as necessidades humanas, isto é, a pessoa humana como centro e destinatária de toda a ordem jurídica. Marcante, neste ponto, a lição expressada pela corrente Kantiana “Enquanto o preço representa um valor exterior e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior e de interesse geral. As coisas tem preço, as pessoas dignidade”, que há muito já se discutia o sentido de dignidade em aspecto filosófico.

Este festejado reconhecimento em âmbito jurídico advém, sobretudo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que considerando a indispensável necessidade de tutelar a pessoa humana, proclama em seu artigo inaugural que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Hoje diversos Estados são signatários, inclusive a República Federativa do Brasil, o que significa que o princípio da dignidade humana integra substancialmente sistemas jurídicos de diversas nações, denotando sua peculiar importância para a história da humanidade.

Entretanto, por ser princípio, o seu texto naturalmente foge a estrutura normativa clássica, de conteúdo fechado e dirigido a um caso específico que visa regular: as regras. O singelo texto expresso no art. 1º, inciso III, da Carta da República, também são normas, o que pela teoria consagrada por Robert Alexy, também são dotadas de igual efetividade ao lado das regras, exigindo interpretação que esteja além da mera formalidade, mas preenchida de conteúdo.

Assim, nas lições de Antônio Junqueira de Azevedo, em sua obra “Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana”, a dignidade humana como princípio preenche-se pelo 1º) respeito a integridade física e psíquica das pessoas 2º) condições mínimas, inclusive matérias, para seu exercício 3º) respeito aos direitos fundamentais de liberdade e igualdade. Quanto a este último (igualdade), para o exercício de uma vida digna, especificadamente nos casos relacionados as pessoas com deficiência, sua concretização mostra-se de todo indispensável, sob pena de sufragar mínimas noções do que se considera uma vida com dignidade, em indesejável situação de reconhecimento de direitos em âmbito meramente formal, sem que possa efetivamente ser concretizado.

3 O DIREITO À IGUALDADE E SUAS ACEPÇÕES

Indispensável ainda é tecer considerações a respeito do direito fundamental a igualdade, para que se possa compreender adequadamente e teleologicamente os fins almejados pela Lei 13.146/15, restando infrutífera quaisquer tentativas de leitura do Estatuto em cerne sem pleno entendimento das suas motivações.

Em um primeiro momento, após as atrocidades perpetradas pelo Nazifascismo, o reconhecimento da dignidade humana e a necessária igualização dos seres humanos ganhou amplo reconhecimento internacional, consubstanciada sobretudo na Convenção Internacional dos Direitos Humanos, e na Convenção para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, ambos de 1948. Nota-se ainda, no continente Americano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica).

Contemporaneamente, a igualdade é princípio estruturalmente de qualquer regime democrático de direito, no qual incorporou-se expressamente à Constituição Federal de 1988, estabelecendo, de logo, como objetivo fundamental da República “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as **desigualdades** sociais e regionais (art. 3º, III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (art. 3º, IV).

Notável ainda o texto constitucional, que em seu art. 5º, CAPUT, abrindo capítulo dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais, ligado intimamente aos interesses dos Direitos Humanos, proclama “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade[...]”.

Preliminarmente, é preciso esclarecer que os direitos fundamentais não passam de direitos humanos positivados nas Constituições Estatais. Nessa perspectiva, há forte tendência doutrinária, à qual aderimos, em reservar a expressão “direitos fundamentais” para designar os direitos humanos positivados em nível interno, enquanto a concernente a “direitos humanos” no plano das declarações e convenções internacionais[...]. Não obstante, em que pese o reconhecimento formal de direitos fundamentais alheios à ideia de dignidade humana, é esse princípio que serve de critério vetor para a identificação dos típicos direitos fundamentais, em atenção ao respeito à vida, à liberdade e **a igualdade** de cada ser humano, de modo que esses

direitos, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade humana.²

Em verdade, o referido artigo constitucional consagra a igualdade em seu aspecto formal, de suma importância, pois se alinha às Convenções Internacionais, suplantando definitivamente a idéia que não mais se tolera diferenciações entre os seres humanos perante a lei, sendo que em um regime ditatorial, como na época do nazismo, tais diferenciações marcou-se pelo genocídio. Em um regime democrático, afasta a intenção de haver privilégios e perseguições.

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes” (MELLO, Celso Antonio Bandeira; **Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade. p. 10. 3ª ed. São Paulo – Ed. Malheiros. 2002)**

Se o reconhecimento meramente formal das pessoas perante à lei foi uma necessidade à sua época, devendo ser preservado, não se mostrou eficaz na busca de uma sociedade pautada na redução das desigualdades entre as pessoas, que carecem de meios para melhor se incluírem no seio social de modo pleno e satisfatório a suas peculiares necessidades, podendo exercer plenamente suas faculdades e liberdades.

Neste sentido, o princípio da isonomia abrange um aspecto material ou substancial, que se abre aos aspectos da realidade, identificando grupos historicamente vulneráveis, a fim de afastar desigualdades, mesmo que isto importe em tratamento normativo diferenciado, sem que haja violação ao princípio da isonomia.

Certo da possibilidade de se desigualar para igualar, dentro da máxima dita por Aristóteles “Tratar os iguais de forma igual, e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades”, a própria Constituição Federal de 1988 consagrou a isonomia material, quando por exemplo, iguala homens e mulheres em direitos e

² JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.485.

obrigações (art. 5º, I), inclusive na constância de sociedade conjugal (art. 226, §5º), determina criação de incentivos específicos para a proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX), bem como a garantia de reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII), garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família entre outros (art. 203, V), determina ainda que o Estado prestará atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (art. 208, III), entre outros.

No âmbito infraconstitucional, ainda se pode citar algumas leis que são consideradas genuínas demonstrações de alinhamento à isonomia substancial, como a Lei nº 11.340, popularmente denominada Lei Maria da Penha, que visa inibir e reprimir a violência contra a mulher, mediante mecanismos diferenciados de tutela material e processual, a Lei nº 12.711, que garante uma reserva de quota para acesso de determinadas pessoas a Universidades Federais e Instituições Federais de ensino técnico de nível médio, entre estas afrodescendentes.

Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença, percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção.³

Certo que a isonomia material permeia o ordenamento jurídico brasileiro, seja em dispositivos constitucionais, como visto, ou até mesmo em leis, sempre visando equilibrar históricas desigualdades, imperioso destacar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência também vem neste esforço do legislador em detectar grupos que outrora eram marginalizados, discriminados, alçando-os em uma perspectiva de

³ Cadernos de pesquisa quadrimestral. Jan/Abr 2005. V. 35. Nº 124. Flávia Piovesan. **Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos**. Fundação Carlos Chagas. São Paulo, p.46.

dignidade, laçando em diversos dispositivos instrumentos através das chamadas ações afirmativas.

3.1 O ALINHAMENTO DA LEI 13.146/15 AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

Neste ambiente de inclusão, em que a própria Constituição e as leis preconizam instrumentos em favor de setores e grupos da sociedade para que alcancem de modo mais equilibrado os bens da vida, como demonstrado, surge Lei 13.146/15, que nos termos do seu art. 1º, parágrafo único “tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no §3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto no 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.”

De início, deixa logo claro seu alinhamento ao princípio constitucional da isonomia, ao preceituar em seu art. 1º, caput “É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, **em condições de igualdade**, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”.

Almejando tal desiderato, o Estatuto da Pessoa com Deficiência lança mão de extensivo rol de direitos fundamentais à pessoa portadora de deficiência, muitos destes se caracterizando o que se denomina de ações afirmativas, isto é, mecanismos que permitem a transição de uma igualdade formal, genérica e abstrata, à uma igualdade concreta, que desce e enxerga efetivamente às dificuldade e peculiaridades de certos grupos no meio social, para que possam melhor exercer seus direitos como cidadão.

Por vezes, a implementação do ***princípio da isonomia*** ou igualdade exigirá, dos entes legitimados para tanto, a adoção de medidas que visem à

efetivação dos direitos assegurados na Constituição. A isso se dá o nome de **ações afirmativas**, isto é, quando o Estado, objetivando compensar os desequilíbrios, cria mecanismos em prol de um grupo de pessoas, visando compensar desigualdades históricas, ainda que conferindo um tratamento diferenciado a eles, quando comparados aos demais.⁴

Embora muito controvertida as discussões sobre os reais avanços do Estatuto na promoção de uma vida dignidade, independente e pautada na igualdade, sobretudo substancial, das pessoas portadoras de deficiência, mediante análise do seu texto, percebe-se que embora possa haver equívocos legislativos, o Estatuto de fato entra no ordenamento jurídico brasileiro empenhado em reforçar os comandos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Deste modo, antes de se adentrar em questões polêmicas implementadas pela Lei 13.146/15, não há como deixar de se identificar dentre seus 91 artigos, afora espaço destinado às disposições finais, normas que concretamente servem, assistem, enfim, fornecem às pessoas com deficiência mecanismos de superação das dificuldades decorrentes da vida em sociedade.

Assim, em campo relativo a direitos humanos, prestigia-se e efetiva-se o que é bom, e reavalia-se os eventuais equívocos.

3.2 AÇÕES AFIRMATIVAS NO ÂMBITO DA LEI 13.146/15

Sabido que o Estatuto da Pessoa com Deficiência trás em seu texto normativo ações afirmativas, como já esposado, cumpre trazer a baila rapidamente algumas destas, com intuito de demonstrar com clareza que a referida lei se empenha na tutela dos interesses das pessoas com deficiência.

Preliminarmente, porém, importa conceituar, a luz do EPD em seu art. 2º, que “as pessoas 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”, ou seja, o público alvo da lei.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspdvm, 2016, p.35.

Neste diapasão, identifica-se como importantes exemplos de ações afirmativas preconizadas pelo EPD: atendimento prioritário, seja em situações de socorro ou em instituições públicas ou privadas que prestem atendimento ao público (art. 9º); serviços médicos de habilitação e reabilitação residencial (art. 15, V); direito à acompanhante ou atendente pessoal, quando internadas ou em observação (art. 22); vedação de cobrança diferenciada em planos e seguros privados de saúde, em razão de sua peculiar condição (art. 23); os espaços de serviço de saúde, públicos ou privados, devem estar arquitetonicamente projetados para o atendimento às pessoas com deficiência (art. 25); notificação compulsória em casos de suspeita ou confirmação de agressão, física ou psicológica, pelos serviços de saúde público ou privados à autoridade pública competente (art. 26); adaptações dos processos seletivos de instituições de ensino superior ou educação profissional ou tecnológica às peculiaridades de quaisquer candidatos que sejam portadoras de deficiência (art. 30); garantia de percentual mínimo de unidades residenciais em programas de habitação para pessoas portadoras de deficiência (art. 32); reserva de vagas em estacionamento aberto ao público, de uso público ou privado, próximas aos acessos de circulação de pedestres (art. 47); imposição ao Estado em incentivar a fabricação de veículos acessíveis a todas as pessoas (art. 50).

Nesta rápida enumeração de situações, prestigia-se notadamente a isonomia material, de índole constitucional, não se tratando, pois, de privilégios. São aspectos que em que a lei cumpre o que se espera, alinhada que esta aos ditames constitucionais de dignidade e igualdade. Esta é a perspectiva e norte do Estatuto.

Entretanto, da mesma maneira que objetiva fortemente tutelar seu público alvo, impactou em institutos consagrados do Código Civil, sobretudo no que tange a teoria das incapacidades, de modo que estas alterações, conseqüentemente, trazem como efeito colateral novas interpretações em outros institutos, como os contratos e a interdição, entre outros, como se observará.

4 IMPACTOS GERAIS DA LEI 13.146 NO CÓDIGO CIVIL

Pelo capítulo atinente as disposições finais transitórias do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), pode se depreender a dimensão das alterações perpetradas, ora revogando artigos de diversas leis, em outros instantes alterando-os, e até mesmo incluindo novos institutos.

Quanto a lei 10.406 de 2002 (Código Civil), pode-se afirmar que estes impactos atuaram de dois modos: diretamente e indiretamente. Conforme os artigos 114 a 116 do referido Estatuto, impactou-se diretamente em institutos como: teoria das incapacidades, alterando o rol dos absolutamente e relativamente incapazes; provas, estipulando que pessoas com deficiência não é causa, por si só, de impedimento para testemunhar; casamento, quanto a capacidade para sua celebração e causas de invalidação; interdição, curatela, inovando ainda com novo instituto protetivo: a tomada de decisão apoiada.

Todas estas modificações devem ser estudadas com as devidas cautelas, pois possíveis equívocos legislativos não podem ensejar campanhas destinadas à abolição do EPD, que pelo seu alinhamento aos ditames de igualdade e dignidade, perfilhada assim aos direitos humanos, já é por si só, vitoriosa.

5 HÁ UMA NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES?

Na esteira do art. 1º do Código Civil vigente “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Sinteticamente, isto traduz a então capacidade de direito (ou de gozo), no qual confundindo-se com a própria idéia da personalidade jurídica, reconhece o direito de todas as pessoas naturais em adquirir direitos e deveres no âmbito da vida civil. Todos possuem, pelo simples fato de ser pessoa humana, expressão da própria idéia de dignidade. Assim, sua aquisição não se condiciona a qualquer requisito, a não ser a própria existência, não havendo no sistema jurídico atual a chamada incapacidade geral de direito, equivalente que era a uma morte civil.

Doutro lado, não confunde-se com a capacidade de fato (ou exercício), que traduz-se pela aptidão em exercer, em nome próprio, os atos da vida civil. Nem todos a possuem, visto que a lei civil trás rol taxativo “*números cláusus*” dos chamados absolutamente incapazes, que devem ser representados, e os relativamente incapazes, a conjuntamente atuarem nos atos da vida civil devidamente assistidos.

Como assevera Caio Mário da Silva Pereira:

Tendo em vista esta diversidade de condições pessoais dos incapazes e a maior ou menor profundidade da redução no discernimento, o Código Civil destaca, de um lado, os que são inaptos para a vida civil na sua totalidade, e de outro lado, os que são incapazes apenas quanto a alguns direitos ou à forma de seu exercício. E, atendendo à extensão da incapacidade, gradua a forma da proteção, que para os primeiros assume o aspecto de representação, de vez que são completamente impedidos de agir juridicamente, e para os segundos a modalidade de assistência, já que têm o poder de atuar na vida civil, porém sob condição de serem autorizados. Aos primeiros chama absolutamente incapazes e aos segundos relativamente incapazes.⁵

O ápice das controvérsias residem justamente em torno das alterações na teoria das incapacidades, visto que a Lei 13.146/2015 alterou sobremaneira o rol dos absolutamente e relativamente incapazes, sendo que para alguns, trouxe uma nova

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de Direito Civil**. Vol. 01. 28.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.231.

teoria. Isto ocorre visto que as alterações implicam conseqüentemente em novas abordagens em tema de negócio jurídico, prescrição etc.

RELATIVAMENTE INCAPAZES	ABSOLUTAMENTE INCAPAZES
Menores de 16 anos	Maiores de 16 e menores de 18 anos
Ébrios habituais e os viciados em tóxicos	
Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade	
Pródigos	

Pela leitura dos dispositivos legais acima após a vigência do Estatuto, vê-se que apenas consta como absolutamente incapaz, atualmente, os menores de 16 (dezesseis) anos, revogando-se os incisos que mencionavam 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”. Por igual, revogado pelo EPD do rol dos relativamente incapazes a menção aos excepcionais sem o desenvolvimento mental completo.

Houve uma desvinculação clara entre incapacidade e deficiência. Há uma reformulação de idéias no sentido de que não se pode tolerar, a luz dos princípios de dignidade humana e isonomia substancial preconizados pela Constituição Federal, que o simples fato da deficiência, seja física, sensorial ou mental, *de per si*, implique em tolher sua capacidade para o exercício da vida civil.

Nova teoria das incapacidades: pessoa com deficiência não é incapaz por esse simples fato – Alterando sobremaneira a teoria das incapacidades consagra na redação primitiva do Código Civil de 2002, a Norma Estatutária desatrelou os conceitos de incapacidade e de pessoa com deficiência. Não mais há, efetivamente, uma relação implicacional entre deficiência (física, mental ou intelectual) e a incapacidade para os atos da vida civil. Até porque uma pessoa com deficiência pode não sofrer qualquer restrição à possibilidade de expressar as suas vontades e preferências. E, a outro giro, uma pessoa sem qualquer deficiência pode não ser capaz de exprimir a sua vontade, como na hipótese do menor de dezesseis anos de idade. Modifica-se, assim, a estruturação das incapacidades absoluta e relativa.⁶

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspdvfm, 2016, p.309.

Entre os debates acadêmicos, duas correntes se formam, no instante em que de um lado acredita-se que a proteção às pessoas com deficiência não está inserida necessariamente em taxa-los como incapazes, e outros que acreditam que as inovações foi um retrocesso.

Percebemos, pela leitura de textos publicados na internet, que duas correntes se formaram a respeito da norma. A primeira – à qual estão filiados José Fernando Simão e Vitor Kumpel - condena as modificações, pois a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada por meio de sua proteção como vulneráveis (**dignidade-vulnerabilidade**). A segunda vertente – liderada por Joyceane Bezerra, Paulo Lôbo, Nelson Rosendal, Jones Figueiredo Alves, Rodrigo da Cunha Pereira e Pablo Stolze – aplaude a inovação, pela tutela da **dignidade-liberdade** das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão. Entre uma e outra visão, a priori, estamos alinhados aos segundos juristas citados⁷.

Vitor Frederico Kumpel, ao comentar o novo rol das incapacidades, destaca a seu ver algumas das impropriedades do EPD, ao dizer:

A situação é inconcebível. Os portadores de deficiência mental passam a ter plena capacidade, podendo inclusive casar, constituir união estável e exercer guarda e tutela de outrem. Isso vem afirmado explicitamente no art. 6º da lei 13.146/2015.[...] Imagine-se um indivíduo deficiente e que tenha idade mental calculada em 10 anos. Ele, sendo faticamente maior de 18 anos, será tão ou mais capaz que outro indivíduo, não deficiente, de 17 anos.⁸

Mais adiante, no que tange aos relativamente incapazes por impossibilidade de expressar a vontade de modo transitório ou permanente, assevera:

Os sujeitos em estado de coma – absolutamente impossibilitados de manifestar vontade – passam a ser *relativamente* incapazes.[...] Levada a pessoa em coma à qualidade de relativamente incapaz, o negócio praticado por ela passa a ser meramente *anulável* (art. 171, I do CC/02), em não sendo provada a simulação (art. 167, parágrafo 1º. Não haverá mais a tutela do art. 166, inc. I. O sujeito acometido por esse mal passa a ser assistido. Como é possível apenas assistir aquele que não manifesta qualquer vontade? Estará tal negócio sujeito a prazo decadencial? Estará

⁷ TARTUCE, Flávio. **Alterações do CC pela Lei 13.146/2015**. Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II.

⁸ KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **As aberrações da lei 13.146/2015. As aberrações da lei 13.146/2015**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+i+131462015>>. Acesso em: 19 dez.2016.

sujeito à confirmação? Já os deficientes mentais, levados à plena capacidade, poderão negociar validamente. Há aí algum indício de proteção?⁹

Por fim, destaca sua impressão quanto às modificações empregadas pelo EPD no instituto em questão, afirmando:

O que protege melhor, a flexibilidade ou a rigidez? A possibilidade do amplo exercício do estado de direito por meio da jurisdição ou a sua inibição? Façamos um esforço mínimo de racionalidade. As ideias mais funestas buscam se concretizar sob o manto da ética e moralidade. O diabo nunca se apresenta com chifres e tridente; normalmente aparece como um anjo de luz. E, em relação à lei 13.146/2015, uma de duas: ou alguém se descontrolou e fez o que não deveria, ou alguém nasceu mal-intencionado e fez, vejam só, o que não deveria. A certeza fica na incorreção do ato, que jamais poderia ter saído do papel. Aliás, não deveria ter sequer entrado no papel!¹⁰

Neste instante, cabe ressaltar que por tudo que se demonstrou até aqui, impossível rechaçar a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência como um todo, pois em sua maioria, ao contrário, trouxe nítidos avanços na concretização de uma vida digna e mais igualitária as pessoas com deficiência. Equívocos pontuais, por mais graves que porventura sejam identificados, podem (e devem) ser corrigidos.

Pablo Stolze, sensível ao evidente erro legislativo neste ponto, sem deixar de aplaudir a referida lei nos seus propósitos, sugere:

Não convence inserir as pessoas sujeitas a uma causa temporária ou permanente, impeditiva da manifestação da vontade (como aquela que esteja em estado de coma), no rol dos relativamente incapazes. Se não podem exprimir vontade alguma, a incapacidade não poderia ser considerada meramente relativa. A impressão que tenho é a de que o legislador não soube onde situar a norma. Melhor seria, caso não optasse por inseri-lo no próprio

⁹ KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **As aberrações da lei 13.146/2015. As aberrações da lei 13.146/2015.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+i+131462015>>. Acesso em: 19 dez.2016.

¹⁰ Idem.

artigo art. 3º (que cuida dos absolutamente incapazes), consagrar-lhe dispositivo legal autônomo.¹¹

Para além dos atuais debates em relação a teoria das incapacidades frente ao EPD, trata-se de instituto que se mostrou, ao longo do tempo, tema ligado diretamente ao tecnicismo jurídico, o que se mostra louvável, pelas implicações práticas dela decorrentes. Mas não se deve perder de vista, neste instante, que é instituto como qualquer outro, não ficando imune a reformulações, desde que se mostrem adequadas.

Dentro da própria história das codificações privatistas, verifica-se uma constante evolução quanto à abordagem do instituto em questão, seja através da linguagem utilizada, ou até mesmo as próprias pessoas que estariam inseridas no rol de absolutamente ou relativamente incapazes. Marcante em tempos contemporâneos a utilização do termo “*loucos de todo gênero*”, no Código Civil de 1916, ao inclui-los no rol de absolutamente incapazes. Quem são os “loucos de todo o gênero”? Em conceito nitidamente aberto, caberia aos operadores do direito interpreta-los de acordo com o subjetivismo discriminador, a final, são loucos.

Por isto, seria possível pensar em uma ligação direta entre o instituto da teoria das incapacidades e aspectos discriminatórios? Esta questão deve ser enfrentada, pois o que discrimina, evidentemente, não protege.

5.1 A INCAPACIDADE DE FATO (EXERCÍCIO) PROTEGE OU DISCRIMINA? NECESSÁRIAS REFLEXÕES HISTÓRICAS DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Como visto, a incapacidade de fato ou exercício, é a inaptidão de certas pessoas elencadas pelo legislador em rol exaustivo, que em decorrência de não poderem expressar sua vontade com pleno discernimento, devem ser assistidas (relativamente incapazes) em determinados atos da vida civil, ou até mesmo representadas (absolutamente incapazes).

¹¹STOLZE, Pablo. É o fim da interdição?. **Jus Navigandi**. Fev.2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao>>. Acesso em: 12 fev.2017.

O que se extrai com facilidade dos diversos manuais e trabalhos científicos que versem sobre o tema, é o aparente consenso que o incapaz, por ser alguém vulnerável aos olhos do legislador, carece e necessita de proteção, ou seja, esse seria o espírito e razão de ser do instituto, razão pelo qual a retirada das pessoas com deficiência deste rol poderia insinuar ausência de tutela por parte do Estado. Este é um ponto nodal de toda a estrutura do instituto, que em face de sua análise histórica, se este é efetivamente seu objetivo, em determinados momentos não se figurou a este propósito.

Assim é que, o rol das incapacidades vem alterando-se sensivelmente no decorrer do tempo em face da evolução científica, desde a época da pré-codificação, nas Ordenações Filipinas, até as codificações civilistas de 1916 e 2002, sem perder, contudo, uma possível linha de integração, se não vejamos.

As Ordenações Filipinas, principal compilação jurídica do direito português que vigorou no Brasil de 1603 até a independência do Brasil, em 1822, trás em seu texto aspectos interessantes no que se refere ao instituto das incapacidades, ligando-se à época de plena intolerância no trato com as pessoas portadoras de deficiência, associados que eram à prática de pecados.

Nesta linha, o eminente civilista Maurício Requião:

[...] Assim é que, por exemplo, no art. 66, 3, do seu Livro I, determinava que pudesse o poder de polícia ser utilizado, dentre outras providências, “contra o perigo proveniente da divagação dos loucos, dos embriagados, de animais ferozes, ou danados, e daqueles, que, correndo, podem incomodar os habitantes”. Curioso notar que já aí se encontram sob possibilidade do julgo do poder de polícia, sem maiores necessidades de justificativa, dois daqueles futuramente seriam sujeitos considerados incapazes: o louco e o embriagado. Mas, ainda mais digno de destaque, é notar que são colocados ao lado dos animais ferozes”.¹²

Em tema de interdição por loucura, as Ordenações em seu Título CIII, 2, explicitava seu viés patrimonialista, ao estipular que retornando a pessoa ao seu “perfeito siso e entendimento, ser-lhe-ão tornados e restituídos seus bens com toda livre administração, como a tinha, antes que perdesse o entendimento”, não

¹² REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição**. Salvador: Juspdvm.. 2016, p.62.

havendo preocupação com as necessidades da pessoa, e como se observará, tal paradigma parece ter se perpetuado nas codificações brasileiras que viriam a regular o tema.

É assim que em 1917 o primeiro codificação civil brasileiro entra em vigor, após vacatio legis de um ano, o então denominado Código Civil de Beviláqua, que sistematizando o instituto da incapacidade, estruturava-se demasiadamente na proteção do homem (gênero); contratos; propriedade; família. Destaca-se inicialmente, entre diversas atrocidades perpetradas pelo legislador à época, nos quais não mais compreendem juristas contemporâneos, o papel da mulher.

Em lapso temporal histórico, marcado pelo patriarcalismo e individualismo, as mulheres deveriam ter autorização do marido para que pudesse trabalhar. Espanto ainda maior ao se negar dignidade no instante em que era possível anular o casamento por erro essencial sobre a pessoa caso verifica-se o “defloramento da mulher, ignorado pelo marido” antes do casamento, em caso de desquite, apenas teria direito aos alimentos caso fosse “inocente e pobre”. Ademais, não exercia na constância do matrimônio a chefia, e no que se relaciona a suas aptidões para o exercício dos atos da vida civil, era tida como **relativamente incapaz (CC/16, art. 6º, II).**

O Código Civil de 1916 era uma codificação do século XIX, pois foi no ano de 1899 que Clóvis Beviláqua recebeu o encarrego de elaborá-lo. Retratava a sociedade da época, marcadamente conservadora e patriarcal. Assim, só podia consagrar a superioridade masculina. Transformou a força física do homem em poder pessoal, em autoridade, outorgando-lhe o comando exclusivo da família. Por isso, a mulher ao casar perdia sua plena capacidade, tornando-se relativamente capaz, como os índios, os pródigos e os menores. Para trabalhar precisava da autorização do marido.¹³

Com o amadurecimento cultural e desenvolvimento científico e social, aos poucos esta situação foi alterando-se, inicialmente com o Estatuto da Mulher Casada em 1962, posteriormente com a Lei do Divórcio em 1977, mas decerto, nenhuma foi tão impactante quanto a Constituição Federal de 1988, firmando a

¹³DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf>. Acesso em: 22 fev.2016.

plena igualdade entre os gêneros em direitos e obrigações, alçando a dignidade humana como valor basilar do sistema.

Portanto, conclui-se que à época do código de Beviláqua, imputado-se às mulheres casadas a pecha de relativamente incapazes, por todo o exposto, não parece que o intuito era a tutela e satisfação dos interesses das mulheres. Muito pelo contrário, era o coroamento de um sistema engendrado numa perspectiva discriminatória e segregadora. Mas não é só.

O Código Civil de 1916 empunhava aos ausentes a incapacidade absoluta **(CC/16, art. 5º, IV)** Nestas condições, quando devidamente fundamentado o pedido por quaisquer uns dos interessados, ou pelo Ministério Público, caberia ao juiz nomear um curador **(art. 463 CC/16)**. Saltava-se aos olhos a inadequação, no instante em que, se de fato há necessidade de tutelar o patrimônio deixado por pessoa que não mais se encontra em seu domicílio, sem notícias, por todo não incorria em falta de aptidão para o exercício dos atos vida civil onde quer que se encontre.

O Código Civil revogado, estranhamente, contemplava o ausente no rol dos absolutamente incapazes, laborando em lamentável equívoco, uma vez que não se pode estender a incapacidade aos ausentes, assim declarados por ato judicial (CC/16, art. 5º, IV), por não existir, concretamente, uma incapacidade por ausência, mas sim a necessidade de proteção dos interesses do desaparecido.”¹⁴

De clareza solar a confusão perpetrada pelo legislador à época, do modo que a imposição de incapacidade atingia, sem dúvidas, a dignidade do ausente, caso vivo estivesse, em prol da necessidade de tutelar o patrimônio deixado.

Nesta ambientação, colocava-se o patrimônio à frente da pessoa humana, o que não corresponde aos ditames preconizados pelo princípio da dignidade humana. O Código Civil de 2002, atento as novas imposições axiológicas decorrentes da Constituição Federal de 1988, trouxe nova regulamentação à curadoria dos bens do ausente, extirpando sua vinculação à teoria das incapacidades.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 14.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.388.

Não se pode deixar de notar ainda a menção do Código Civil de 1916 aos “surdos e mudos, que não puderem exprimir sua vontade”, no rol dos absolutamente incapazes (**CC/16, art. 5º, III**).

O texto em referência, parece-nos, não conseguir superar tal indagação: Excetuando-se os surdos e mudos, qual seria a situação jurídico de outras pessoas que não fossem surdos e mudos, mas por algum motivo não podem exprimir igualmente sua vontade? Insere-se no jargão “loucos de todo gênero”? Por óbvio, o que se visa tutelar não é o surdo ou mudo que não possui capacidade de exteriorizar sua vontade, mas sim toda e qualquer pessoa que, infelizmente, por algum motivo, não pode exprimir sua vontade. Tal designação apenas tinha uma (des)utilidade: estigmatizar os surdos e mudos.

O texto final do Código Civil de 2002, já percebera que a deficiência do surdo mudo não lhe retiraria o discernimento para realizar as suas escolhas e que a linguagem de sinais (Libras) lhe permitiam comunicar-se com as demais pessoas, o que não lhe trazia qualquer necessidade de lhes limitar a capacidade civil. Assim, atribuiu uma nova hipótese de incapacidade absoluta que seriam os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir a vontade, que abrangeriam os surdos mudos que não conseguissem se comunicar com as demais pessoas para externar sua vontade e outras pessoas em situações especiais que não lhe permitissem expressar a vontade, p.ex.: que estivessem em coma”.¹⁵

Por fim, e não menos estarrecedor, vinculado diretamente aos propósito combatidos pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e pela Lei 13.146/2015, o Código Civil de 1916 insere na lista de inaptos a exercer os atos da vida civil os “loucos de todo o gênero” (**CC/16, art. 5º, II**). “Louco: Que perdeu a razão; doido maluco; Loucura: Estado ou condição de louco; insanidade mental; (**Dicionário Aurélio**)”.

No âmago da teoria da incapacidade, pelas hipóteses elencadas até então, confirma-se o viés discriminador, definitivamente aquém de noções atinentes à igualdade de pessoas perante à lei. A mulher, o ausente, surdos e mudos e os “loucos” não são sujeito de direitos que o ordenamento jurídico vigente à época via

¹⁵ FRANÇA, Artur da Gam. **Os últimos cem anos do instituto da incapacidade no Código Civil**. 13/03/2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/1341250-arthur-da-gama-franca/publicacoes>>. Acesso em: 11 fev.2017.

dignidade, aptos a exercerem seus direitos. Não era visto a pessoa humana, com todas as suas fragilidades, culturas e vulnerabilidades.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a ultrapassada codificação de 1916 não resistiu à uma nova perspectiva valorativa. A dignidade humana (art. 1º, III), a isonomia de todos perante à lei (art. 5º, CAPUT), e o escopo se alcançar uma sociedade solidária, justa e livre (art. 3º, I), empenhada em combater quaisquer formas de discriminação (art. 3º, IV), deixava claro às incompatibilidades. O sistema passa então a ser inclusivo.

O Código Civil atual então, necessariamente passa a ter que se adequar as novas diretrizes constitucionais, e em relação a rol das incapacidades no que toca às pessoas com deficiência, retirando o termo “louco de todo o gênero”, mas elencando ainda em seu texto originário como absolutamente incapaz “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” (**CC/02, art. 3º, II**) e ainda os “excepcionais sem o desenvolvimento mental completo” (**CC/02, art. 4º, III**), bem como os que, por “deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” (**CC/02, art. 4º, II**), no rol dos relativamente incapazes.

Embora estas alterações demonstrem um avanço nos termos utilizados pela codificação de 1916, bem como uma abertura para gradações da deficiência, visto que a depender do seu estado poderia ser considerado, pela primeira vez, relativamente e não necessariamente absolutamente incapaz, definitivamente não atendia os paradigmas de igualdade e dignidade.

Pessoas com deficiência mental ou intelectual deixaram de ser consideradas absolutamente incapazes. O Código Civil de 1916 qualificava-as como “louco de todo o gênero” e as impedia, pela interdição, de praticar qualquer ato da vida civil. O Código Civil atenuou essa discriminatória qualificação, mas manteve a incapacidade absoluta para pessoas com “enfermidade ou deficiência mental”, sem o necessário discernimento para a prática desses atos.¹⁶

¹⁶ LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. **Conjur – Consultor Jurídico**. 15/08/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 12 jan.2017.

Ainda dentro de uma perspectiva histórica, para além dos documentos legais que vigoraram no Brasil regulando a incapacidade, salienta o professor Maurício Requião que em Roma, o instituto das incapacidades se aproximava de autênticas penalidades, ao dizer:

Destaca a doutrina que a ocorrência da incapacidade podia ser classificada em naturais, inclusas aí a condição da mulher, ser de idade menor, estar privado da vontade, ser ancião (60 anos) e, em causas não naturais, como os “condenados a determinadas penas, cujas causas podem ser agrupadas em duas – infâmia e ignomínia. [...] Mesmo para os indivíduos inicialmente titulares da plenitude de direitos, existia a possibilidade de perda da capacidade de direito, como modo de penalidade, através da *capitis diminutione*, ou diminuição da capacidade. A *capitis diminutione* definida como a modificação de um status que pode refletir-se no aumento, na diminuição e na extinção da capacidade jurídica, podia ocorrer em diversos graus, de acordo com a gravidade da infração cometida, sendo máxima, pequena (ou média) e mínima. A cada grau correspondia à perda de diversos direitos, podendo o antes cidadão romano chegar a condição similar a de escravo”.¹⁷

O eminente jurista, com forte embasamento ao final concluí afirmando que: “a incapacidade em Roma não se fundava na ideia de proteção, muito pelo contrário.[...] Não é, portanto, à incapacidade necessariamente um instrumento de proteção do sujeito.”¹⁸

Portanto, o instituto das incapacidades mostra-se intrinsecamente ligado a perspectivas que se afastam demasiadamente ao ideal de tutela de vulneráveis, mesmo após a código civil de 2002, havendo clara necessidade de uma nova lei que de fato rompesse os paradigmas e atendesse os comandos da Constituição de 1988, e veio com o Estatuto da Pessoa com deficiência.

5.2 A NOVA TEORIA DA INCAPACIDADE CONFORME A LEI 13.146 DE 2015

Com a edição da lei 13.146 de 2015, constata-se que houve a implementação de uma nova teoria das incapacidades, com viés igualitário e alinhados às

¹⁷ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição**. Salvador: Juspdvm, 2016, p.74.

¹⁸ *Ibidem*.

perspectivas constitucionais, sobre tudo de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (CF/88, art. 3º, III).

Com a vigência da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) no ordenamento jurídico brasileiro, desde 2009, com *status* de Emenda Constitucional, como determina a CF/88 em seu art. 5º, §2º, as pessoas com deficiência já não mais poderiam ter sua capacidade questionada pelos simples fato da sua vulnerabilidade, conforme art. 12 da CDPD, *in verbis*:

Artigo 12 - Reconhecimento igual perante a lei:

1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.

2.Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida[...]

Por este motivo, a Lei 13.146 de 2015 regulamentou a mencionada CDPD, reformulando o CC/02 em seus arts. 3º e 4º, constando atualmente como absolutamente incapaz apenas os menores de 16 anos de idade, e como relativamente incapazes, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; os pródigos. Portanto, adota-se critérios mais objetivos, atentos as normas (princípios e regras) constantes na CF/88, sobretudo de igualdade e dignidade, e ainda da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

Não resta mais no sistema privado brasileiro, portanto, qualquer vinculação entre incapacidade e deficiência, independentemente de sua origem, possuindo aptidão plena para o exercício de seus direitos existências, conforme se depreende das normas do EPD a seguir.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

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

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Nota-se, por conseguinte, diante das modificações elencadas, que houve uma considerável ampliação das pessoas plenamente capazes, e uma respectiva diminuição do rol das incapacidades, deixando o art. 6º supramencionado que a deficiência não afeta a plena capacidade para prática de determinados atos que estipulou de modo meramente exemplificativo, de cunho fortemente ligado à autonomia existencial da pessoa.

Em apurado estudo quanto as diversas acepções da palavra autonomia dentro do direito civil, o professor Maurício Requião propõe a desvinculação da autonomia privada, vinculada que é a questões negociais, da autonomia existencial, ao ensinar que:

A despeito disso, acredita-se aqui que outro sentido se pode dar à palavra autonomia retirando-a do contexto meramente patrimonialista e transportando-a até a esfera identificada com as liberdades pessoais do sujeito. É nesse sentido que se fala aqui de autonomia existencial. A autonomia existencial, portanto, se identifica com a liberdade do sujeito em gerir sua vida, sua personalidade, de forma digna. É nesse ponto que se encontram questões delicadas como o uso ativo dos direitos da personalidade em situações não negociais e discussões sobre o direito a morte digna, eutanásia, aborto, manipulação de embriões, direitos pessoais de família, sexualidade e identidade de gênero”.¹⁹

Nesta linha, as pessoas com deficiência física, sensorial, mental ou intelectual, estarão sujeitas à hipóteses gerais de incapacidade, não ligando-se umbilicalmente sua deficiência com a incapacidade. Explica-se: A pessoa com deficiência poderá ser tida como relativamente incapaz, quando se verificar que por algum motivo, não

¹⁹ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição**. Salvador: Juspdvm, 2016, p.31.

pode exprimir sua vontade, ou até mesmo esta esteja prejudicada por questões de alcoolismo ou drogas (**CC/02, art. 4º, II e III**).

Os que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (CC, art. 4º, III). Expressão muito abrangente que, com base em posição fundada em subsídios mais recentes da ciência médico-psiquiátrica, alarga, na nossa opinião, os casos de incapacidade relativa. Por tal razão, entendemos, que pela lógica do razoável (Recaséns Siches), ante o disposto no art. 4º, III poderão estar, por serem considerados relativamente incapazes, sob curatela, se, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, por não terem a livre disposição de volição para cuidar dos próprios interesses, devendo ser assistidos por um curador (CC, art. 1767, I) ou apoiados por apoiadores: a) portadores de enfermidade físico-psíquicas, que impedem o discernimento como: [...] b) deficiência mental ou anomalia psíquica, congênita (Síndrome de Down) ou adquirida. [...]. Como se pode ver o art. 4º, III não impede interdição do deficiente mental que não pode, por causa transitória ou permanente, manifestar sua vontade. Nada obsta a que se inclua, entendemos, o portador de deficiência no rol dos relativamente incapazes, porque isso em nada afetaria sua dignidade como ser humano.²⁰

Na mesma linha de raciocínio obtempera Flávio Tartuce:

Todas as pessoas com deficiência, das quais tratava o comando anterior, passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua plena inclusão social, em prol de sua dignidade.[...] Eventualmente, e em casos excepcionais, tais pessoas podem ser tidas como relativamente incapazes em algum enquadramento do novo art. 4º do Código Civil. Cite-se, a título de exemplo, a situação de um deficiente que seja viciado em tóxicos, podendo ser tido como incapaz como qualquer outro sujeito.” (**TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 Parte I**)

A condição da pessoa com deficiência não trás mais, pode-se dizer, uma presunção ***juris et de jure*** de incapacidade. Percebe-se que agora há uma genuína proteção, ligada a exteriorização da vontade, que deve ser lúcida e sem vícios de quaisquer circunstâncias, de modo esclarecido, importante que é para o exercício pleno dos atos da vida civil, extirpando-se discriminações indevidas sobre o rótulo de pessoas “protegidas”. Todos nós somos pessoas capazes, sujeito de direitos e obrigações, que circunstancialmente, podem não estar em

²⁰ DINIZ, Maria Helena. A Nova Teoria das Incapacidades. **Revista Thesis Juris**. mai-ago2016, Vol. 5 Issue 2, p263-288. 26p.

condições de se expressar, não havendo pessoas que sejam capazes e outras incapazes pelas suas características pessoais. Este é o espírito, ao nosso ver, da Lei 13.145 de 2015.

Neste sentido, explicita o eminente mestre e jurista Cristiano Chaves de Farias, ao pronunciar:

Nova teoria das incapacidades: pessoa com deficiência não é incapaz por esse simples fato [...]. **Não mais há, efetivamente, uma relação implicacional entre a deficiência (física, mental ou intelectual) e a incapacidade para os atos da vida civil.** Até porque uma pessoa com deficiência pode não sofrer qualquer restrição à possibilidade de expressar as suas vontades e preferências. E, a outro giro, uma pessoa sem qualquer deficiência pode não ser capaz de exprimir a sua vontade, como na hipótese de menor de dezesseis anos de idade. Modifica-se, assim, a estruturação das incapacidades absoluta e relativa.²¹

Há sim uma repaginação na teoria das incapacidades, submetida aos valores implementados pela CF/88 e a CDPD, esta regulamentada pela lei 13.145/15, a qual o CC/02 teve que se submeter, visto seu status infraconstitucional. Repaginação ligada a um sistema voltado à inclusão das pessoas com deficiência, desatrelando-se a tratamentos jurídicos discriminatórios de outrora, não podendo-se concordar, data vênia, com o eminente jurista Vitor Frederico Kumpel, ao afirmar que “a lei 13.146/2015, enfim, é um excelente exemplo do pensamento de uma geração caótica e recheada de artificialismos, onde duas palavras de afeto tardio valem mais que duzentos anos de proteção verdadeira.”, visto a mudança de paradigma imposto pela EPD, que vem para promover a igualdade e dignidade das pessoas portadoras de deficiência.

Contudo, como já delineado, as profundas alterações inseridas pelo EPD nos róis de incapacidade dos arts. 3º e 4º do Código Civil, refletiu diretamente em outros em outros institutos, tanto da parte geral quanto especial deste. Todos estes devem ser interpretados adequadamente, que podemos nomear de reflexos intermediários, deixando para uma análise mais detida em tópico específico os grandes impactos em sede de direito de família, no que se refere aos institutos

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspdvm, 2016, p.309.

protetivos da curatela e a então nova tomada de decisão apoiada, tudo em esforço que prestigie os direitos das pessoas com deficiência, a luz dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana.

6 REFLEXOS INTERMEDIÁRIOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

As modificações da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência no Código Civil 2002 foram profundas, e por tais motivos os debates acadêmicos se voltam para algumas preocupações e dúvidas legitimamente levantadas.

Assim é que, dentro do instituto das invalidades do negócio jurídico, com a retirada das pessoas portadoras de deficiência do rol das incapacidades, em uma interpretação técnica e imediata, não se poderia ser mais considerado nulo ou anuláveis quaisquer negócios por estes celebrados, visto que agora são plenamente capazes, conforme art. 166, I c/c 171, I, *in verbis*:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I – por incapacidade relativa do agente;

Esta interpretação poderia sugerir uma ausência de proteção instituída pelo EPD, que desvinculou a deficiência, por si só, como causa para a incapacidade absoluta ou relativa.

Nessa linha asseverou José Fernando Simão:

Sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, poderá celebrar negócios jurídicos sem qualquer restrição, pois não se aplicam as invalidades previstas nos artigos 166, I e 171, I do CC. Isso significa que hoje, se alguém com deficiência leve, mas com déficit cognitivo, e considerado relativamente incapaz por sentença, assinar um contrato que lhe é desvantajoso (curso por correspondência de inglês ofertado na porta do metrô) 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.²²

Embora com forte base teórica, não convence a aludida ausência de proteção, pois como visto em tópico anterior, ao desvincular a deficiência das causas de incapacidade, o EPD dirigiu a tutela jurídica ao que realmente importa: a declaração livre e consciente da vontade. Em regra, os negócios celebrados pela pessoa com deficiência serão válidos, contudo, se não pôde no momento da conclusão exprimir concretamente e validamente sua vontade, poderá ser decretada sua incapacidade relativa, nos termos do art. 4º, III do CC/02, isto é, passível de anulabilidade.

Isto por óbvio não exclui a possibilidade da verificação de eventuais existências de defeitos do negócio jurídico, como o erro, dolo, como supramencionado pelo renomado jurista.

Ademais, a impossibilidade de se considerar nulo qualquer negócio praticado pela pessoa com deficiência, somente passível de anulabilidade por impedimento na expressão de sua vontade, atende melhor aos seus interesses. Explica-se: como sabido, o negócio jurídico nulo, diferentemente do anulável, opera-se de pleno direito, não havendo necessidade de declaração judicial de invalidade. Neste cenário, mesmo que a conclusão de determinado negócio sejam benéfica ao portador de deficiência, não surtiria efeitos jurídicos, vista a sua nulidade. Isto não atende a indícios de proteção, definitivamente.

Com o EPD, torna-se viável uma modulação dos atos celebrados, posto que a única via de invalidação quando uma das partes for pessoa com deficiência, será sua anulabilidade por impedimento na declaração de sua vontade, sendo que determinado negócio considerado vantajoso produzirá produzindo efeitos até eventual decretação judicial, convalidando-se por força do art. 169 do CC/02, caso não ocorra.

²²SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade. Parte I. **Consultor Jurídico**. 06/08/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 02 fev.2017.

Neste cenário, inclusive, propõe o professor Maurício Requião que todos os atos dos incapazes (e não apenas da pessoa com deficiência) fossem passíveis de anulabilidade e não nulidade, ao dizer:

Uma quarta proposta, que aqui se apresenta, seria a de realizar modificação legislativa nas causas de invalidade, para que os atos dos incapazes, qualquer que seja seu grau, sejam apenas anuláveis, nunca nulos.[...] A nulidade por conta da incapacidade do sujeito, prevista no art. 166, I, parece deslocada em relação as demais causas. Como se sabe, o fundamento pela qual se tornam inválidos os atos praticados pelos incapazes, é da própria proteção destes. [...] Ora, nem todo negócio jurídico praticado por um incapaz, notadamente por um absolutamente incapaz, lhe será necessariamente prejudicial, razão porque a aplicação da nulidade parece de todo desmedida. A anulabilidade, por sua vez, mantém o caráter protetivo que se quer oferecer ao incapaz, ao mesmo tempo que libera o tráfego negocial, e poupa a doutrina de buscar explicações mirabolantes para a manutenção dos negócios realizados pelos incapazes.²³

Outro tema que se tem discutido é o que toca a prescrição e decadência. Ocorre que com as modificações implementadas pelo EPD na teoria das incapacidades refletiu-se também neste instituto, pois determina o art. 198, I c/c 208 do CC/02, que tanto a prescrição quanto a decadência não tem seus prazos deflagrados em favor dos absolutamente incapazes, o que teria trazido enormes prejuízos as pessoas portadoras de deficiência. E de fato trouxe.

Contudo, como se pode perceber, com a alteração dos rois da incapacidade, necessariamente outros institutos devem se adequar aos ditames do EPD, e ainda da Constituição Federal.

A norma deve servir e integra-se aos propósitos que garantam a dignidade humana, desacorrentando-se do puro tecnicismo, podendo-se construir alternativas.

Num primeiro momento, verificado que as pessoas com deficiência, seja mental ou física, apenas podem ser tidas como relativamente incapazes por impossibilidade de exprimir vontade, o que não impediria que se corresse os prazos prescricionais e decadências, uma alteração legislativa poderia pacificar os debates e harmonizar o sistema.

²³ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição**. Salvador: Juspdvm, 2016, p.191.

Para além das hipóteses previstas no próprio código civil, a inclusão de uma nova hipótese de suspensão e impedimento dos prazos para quem estivesse impedido de manifestar sua vontade resolveria tal impasse.

Alternativa outra se encontra numa discussão ao se indagar: as causas de interrupção, suspensão e impedimento previstos no Código Civil são taxativas? O professor Cristiano Chaves de Farias, atento que por questões de segurança jurídica, bem como pelo fato do ordenamento jurídico brasileiro estar alinhando a codificação civil francesa, concorda que, *a priori*, as causas de suspensão e interrupção seriam taxativas. Porém, a fim de harmonizar o sistema e evitar injustiças propõe:

Prospectando uma solução efetiva para o problema, propomos invocar a teoria do “contra non valentem”, por meio da qual se admitem outras hipóteses de suspensão ou impedimento de prazo prescricional, para além daquelas previstas no texto legal. daquelas previstas no texto legal. O fundamento seria a impossibilidade concreta do titular de uma pretensão exercer os seus direitos. Exatamente o que ocorre no caso vertente. Se o relativamente incapaz não pode exprimir vontade, pode estar impossibilitado de exercer a sua pretensão. Por isso, entendemos que, contra ele, não pode fluir o prazo prescricional, interpretando construtivamente a norma legal.”²⁴

Em conformidade com art. 189 do código civil, violado o direito, surge para o titular a pretensão, que é extinta (ou para alguns, neutralizada) pela inércia deste durante a fluência do prazo prescricional. Logicamente que, para exercer a pretensão que lhe assiste, o elemento volitivo deve estar presente, não sendo razoável considerar que o prazo prescricional ou mesmo decadencial seja deflagrado, ou continue a ser contabilizado, contra quem esteja impossibilitado de exprimir sua vontade. Esse entendimento certamente atende aos preceitos do EPD, bem como aos preconizados pela Constituição Federal de 1988, que tem a dignidade humana como valor basilar.

Instituto outro que sofreu impacto direto do EPD foi o atinente as provas, mais especificamente à prova testemunhal. Pode-se afirmar que, em face dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, dentro dos primados do devido processo legal (art. 5, LIV), e do contraditório e ampla defesa (art. 5, LV), há

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 14.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.723.

implicitamente o reconhecimento do direito à prova, de modo a demonstrar a verdade dos fatos em juízo, influenciando assim na cognição e convicção do julgador (art. 369, CPC).

Numa perspectiva de quem está produzindo a prova, tal garantia não poderia, de modo algum, ser limitada sem justificativas razoáveis e que se coadunem no próprio sistema. Em face daquele que porventura, colabore com o juízo no descobrimento da verdade (art. 378, CPC), deve obter tratamento isonômico, sem diferenciações descabidas.

Ocorre que, o Código Civil excluía determinadas pessoas como aptas a prestar testemunho no art. 228, por motivos diversos. Porém, com a vigência do EPD, dois incisos deste dispositivo foram revogados expressamente, quais sejam:

Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:

II - aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil;

III - os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam;

De viés discriminador, tais inadmissibilidades quanto às condições para prestar testemunho não poderia perdurar, como dito, quando da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Na esteira das modificações empregadas na teoria das incapacidades, não há como inviabilizar o testemunho de qualquer pessoa em decorrência única das suas condições, seja com deficiência física e mental ou não.

A abertura do instituto as imposições de isonomia material se verifica, com mais amplitude, no instante que houve a inclusão de um segundo parágrafo no artigo, firmando que “§2º A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva”. Trata-se esta de mais uma alteração bastante salutar do EPD na codificação privatista.

A Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência gerou igualmente impactos consideráveis em termos de responsabilidade civil. Isto porque, ao elevar as pessoas com deficiência como plenamente capazes, haveria, numa primeira

abordagem, uma ausência de proteção em face do art. 928, que regulamenta a responsabilidade civil do incapaz, in verbis:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Este dispositivo legal trata-se de uma inovação do Código Civil vigente, que impôs a viabilidade de responsabilização do incapaz de modo subsidiário, pois em princípio a pessoa lesada deverá propor ação indenizatória em face do responsável pelo incapaz, nas regras estipuladas pelo art. 932, I e II (responsabilidade objetiva dos pais, tutores e curadores), sendo certo que se não tiverem obrigação de indenizar, ou não dispuserem de recursos suficientes, será instado o incapaz responder pelos seus atos.

Contudo, ainda que seja responsabilizado pelos seus atos, o incapaz indenizará de modo equitativo, não podendo ser privado, juntamente com aqueles de que dele dependem, do necessário à subsistência.

Comentando o aludido dispositivo legal, pontua Cristiano Chaves:

Temos, portanto, a partir do Código Civil vigente, dispositivo legal que autoriza responsabilizar pessoalmente o incapaz por um dano que cause. Duas conclusões, desde logo, extraem-se do texto legal: (a) a responsabilidade civil do incapaz, à luz do art. 928, é subsidiária; (b) a indenização, na espécie, deverá ser equitativa, e só terá lugar se não privar o incapaz do mínimo existencial.²⁵

Como se vê, os incapazes, embora não estejam alheios integralmente a serem responsabilizados pelos seus atos, visto a ausência de pleno discernimento para praticar os atos da vida civil, gozam de certa “blindagem legislativa”, pois deve ser observadas as regras de subsidiariedade e equidade.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.561.

Dentro do novo status das pessoas com deficiência, capazes que são, respondem sempre de modo direto, não se aplicando o art. 928 do CC/02, objeto assim de críticas, como salientou José Fernando Simão:

Sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, terá uma outra desvantagem em termos jurídicos: passará a responder com seus próprios bens pelos danos que causar a terceiros, afastando-se a responsabilidade subsidiária criada atualmente pelo artigo 928 do CC. Pela sistemática do Código Civil, quem responde precipuamente pelos danos causados pelos incapazes são seus representantes legais (pais, tutores e curadores). 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.²⁶

Contudo, dentro de uma análise prospectiva, outras abordagens podem ser construídas no intuito de fortalecer ainda mais os propósitos do EPD.

É sabido que, em regra geral, o pagamento numa relação jurídica contratual ou extracontratual deverá se dar de modo integral, não sendo por outro motivo o código civil determinar que “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”, e que “a indenização mede-se pela extensão do dano”, conforme os arts. 391 e 944, respectivamente, de modo que os atos executivos devem, o tanto quanto possível, satisfazer o direito de crédito do credor.

A preocupação levantada pelo professor José Fernando Simão ao que parece, como se viu acima, decorre justamente do receio de que as pessoas com deficiência caiam nesta regra geral, não havendo mais a genuína tutela de pagamento equitativo de uma eventual indenização, nos moldes do art. 928 em seu parágrafo único.

Entretanto, deve-se atentar que o pagamento equitativo, em verdade, tem fundo constitucional, ligado diretamente à dignidade da pessoa humana, que mesmo sendo devedor, haverá de ser resguardados bens que garantam uma sobrevivência digna, preservando seus direitos existenciais.

²⁶ SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade. Parte I. **Consultor Jurídico**. 06/08/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 02 fev.2017.

Isto, aliás, já é tratado e brilhantemente argumentado pelo professor Luiz Edson Fachin em sua obra intitulada “Estatuto jurídico do patrimônio mínimo”, que procura de modo universal, aplicável que é a todas as pessoas, estabelecer que nem todo o patrimônio, de quem quer que seja, deve ser objeto de constrição judicial, pois uma parte deve ser preservada em prol da prevalência de uma vida digna. Neste sentido, a própria legislação parece se harmonizar com este entendimento, quando prevê um rol de bens impenhoráveis (art. 833, CPC), viabilizando ainda instituição de bem de família (art. 1.711, CC/02), e a restrição da totalidade dos bens sem resguardo de parte ou renda suficientes a sobrevivência (art. 548, CC/02), entre outros.

Sendo assim, a garantia de um pagamento equitativo que não prive a pessoa com deficiência do necessário, esta garantido pelo próprio ordenamento jurídico em si, fruto de uma interpretação civil-constitucional, e que se aplica a todas as pessoas, sejam com deficiência ou não.

De maneira perspicaz assevera o jurista Maurício Requião:

Parece, entretanto, que considerando de modo estrito o novo texto legal, este é o caminho que se terá que seguir. A pessoa com deficiência responderá de modo direto. O ideal seria, em verdade, que houvesse mudança legislativa para considerar estendida a proteção do parágrafo único, do art. 928, ao sujeito protegido pelo Estatuto., a fim de evitar que o dever de pagar indenização de valor excessivo, venha a lhe privar do mínimo existencial. Esta solução, alias, independentemente de mudança legislativa, pode ser utilizada para limitar eventual indenização a ser paga, com base na teoria do patrimônio mínimo, já acolhida pela doutrina brasileira.²⁷

Ademais, adentro de uma discussão estrita do art. 928, as pessoas com deficiência podem ser consideradas relativamente incapazes quando inviabilizados de manifestarem sua vontade (art. 4º, III, CC/02).

Por todo exposto, não há como considerar que pelo fato de serem capazes, as pessoas com deficiência estejam alheias à proteção legal, sugerindo-se, neste instante, que o momento é propício para o fortalecimento ainda mais da teoria do patrimônio mínimo, muitas vezes desrespeitada que é pelo Poder Judiciário.

²⁷ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição**. Salvador: Juspdvm, 2016, p.188.

Em relação ao direito de família o EPD também provocou fortes impactos, tanto em matéria de casamento, quanto nos institutos protetivos.

Em relação ao casamento, não há o que se questionar quanto à sua manifestação cultural, de existência milenar, atravessando fronteiras e presente na vivência de inúmeros povos. Tal alcance, pode-se dizer, tem haver demasiadamente com a influência religiosa, que há muito, inclusive, estabelece como sendo o único meio legítimo de organização familiar.

Contudo, a desvinculação do Estado com a Igreja, e conseqüente garantia de livre manifestação cultural e religiosa (Estado Laico), embora o matrimônio se mantenha como instituição familiar forte, não se vislumbra, nem de modo longínquo, sua extinção (muito pelo contrário). O certo é que, ao lado deste, outras formas de organização familiar surgiram, de modo que pela sua ampla presença no cotidiano da sociedade, algumas até foram reconhecidas expressamente pela Constituição Federal de 1988, como a família decorrente da união estável e da monoparentalidade.

Com a passar do tempo, mediante a evolução científica e cultural, o casamento além de deixar de ter fito de exclusividade, convivendo agora com outros arranjos familiares, que também gozam de proteção, também passou por alterações significativas, tomando-se como exemplo a possibilidade de sua dissolução a qualquer tempo, sem estar adstrito a nenhum tipo de prazo após a Emenda Constitucional 66/10, a igualdade de direitos dos filhos havidos ou não da relação matrimonial (art. 227, §6º, da CF/88), ou até mesmo a distribuição igualitária na chefia da família entre homens e mulheres (art. 226, §5º, da CF/88).

Isto significa, claramente, que institutos por mais enraizados que se encontrem na convivência social, não estão imunes a modificações.

Ao longo da história o casamento sido, nas diferentes civilizações, a fórmula jurídica de constituição da família. [...] A sua importância advém do significado que a sociedade tradicionalmente atribui à família. Envolto a ritos e costumes os mais variados, o instituto jurídico atravessou séculos e se mantém nas legislações, embora com disciplina diversificada em função da experiência de cada povo.²⁸

²⁸ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense. 2013, p.38.

Com o advento da Estatuto da Pessoa com Deficiência, diversas modificações foram implementadas em todo o sistema jurídico, de modo que entre estes, o Código Civil se viu premido e instado a se adequar aos propósitos do Estatuto, de modo que nem institutos consagrados, como a teoria das incapacidades e agora, o casamento, estiveram alheios. E não poderia ser diferente, como se observará.

Em tema atinente a capacidade para o casamento, prevê o art. 1.517 que “O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.”, ou seja, a idade núbil para o matrimônio se adquiri, em regra, aos 16 anos de idade, havendo necessidade do responsável legal autorizar.

Por outro lado, a texto original do art. 1.518 viabilizava a revogação da autorização pelos “pais, tutores ou **curadores**”, sendo que a Norma Estatutária revogou, acertadamente, a possibilidade em relação ao curador.

Isto porque, o curador no sentido empregado pelo norma material, se relaciona ao instituto da curatela de caráter protetivo voltado aos maiores incapazes, e como se observará mais detalhadamente ao longo deste trabalho, com a vigência do EPD em face curatela, a decretação deste não mais atinge os direitos existenciais do curatelado, adstrito agora, excepcionalmente quando necessário, aos aspectos patrimoniais e negociais, conforme art. 85, caput e §1º, da Norma Estatutária, *in verbis*:

Art. 85. A curatela afetarã tão somente os atos relacionados aos direitos de **natureza patrimonial e negocial**.

§ 1º 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.

Nesta linha, houve também alterações atinente a invalidade do casamento, tanto nas hipóteses de nulidade, ao atingir interesses reconhecidamente de ordem pública, quanto nas de anulabilidade, vício menos grave de interesse eminentemente particular.

Assim é que o art. 1.548 da codificação material, estabelecia em sua redação originária que estaria eivado de nulidade o casamento que fosse contraído por enfermo mental ou por infringência de hipóteses de impedimento, *in verbis*:

Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:

I - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - por infringência de impedimento.

Por inegável incompatibilidade dentro de um sistema que se propõe inclusivo, atento às imposições decorrente da dignidade da pessoa humana, o primeiro inciso do mencionado dispositivo normativo foi expressamente revogado pelo art. 123, IV, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que propõe um sistema como dito, inclusivo, atento ainda a refutar qualquer tipo de ação discriminatória.

Com efeito, portadores de moléstia mental permanente (revogado o artigo 1.548, I, CC) poderão contrair núpcias ou conviver em união estável, reconhecido o direito de constituírem família. Como observado, o casamento é aspecto relevante no processo de inserção social que portadores de doenças e deficiências mentais devem obter. Mais que simples exercício de um direito, constitui uma afirmação de suas individualidades. Que assim seja, por dignidade de sua condição humana, para que se concretizem como pessoas. Suficiente entender que a expressão da vontade começa pelo permissivo da nova lei. **(Jones Figüeiro Alves. Casamento do incapaz é mais que simples exercício de um direito)**

Em relação às hipóteses de vício concernentes à esfera privada, o codificação material enumera uma série de hipóteses em que o casamento é passível de anulabilidade, dentre as quais as decorrentes “por vício de vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558” (art. 1.550, III, do CC/02).

Dentro das causas de anulabilidade por vício de consentimento, ganha especial relevo os arts. 1556 e 1.558, *in verbis*:

Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

III - a ignorância, anterior ao casamento, de **defeito físico irremediável**, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência; IV - a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

IV - a ignorância, anterior ao casamento, de **doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.**

Em tempo, sabe-se que as hipóteses de erro essencial quanto a pessoa advém pelo fato de desconhecimento anterior ao casamento da verdadeira condição da pessoa no qual se contraiu matrimônio. Trata-se de evidente erro ou ignorância substancial, de modo que se conhecesse as verdadeiras condições do seu cônjuge, não teria celebrado o casamento.

Porém, no quem se refere a uma parte do inciso III e do IV da norma supracitada, faz-se referências direta a pessoa com deficiência, não se justificando que apenas por sua condição, seja conduzido a um processo de anulação do casamento. Extrai-se da norma entendimento que se havia conhecimento da deficiência antes do casamento, não há causa para anulação, mas se soube posteriormente, por si só a deficiência é causa para invalidação.

Não se trata, por óbvio, de qualquer menção a indissolubilidade do casamento. Caso a deficiência seja algo intransponível para a manutenção do casal, que se recorra a via ordinária: o divórcio. Assim, os direitos decorrentes do casamento serão integralmente mantidos, e nesse caso, de forma justa.

O Estatuto, pelo que foi exposto, não poderia acertadamente manter tais dispositivos, por isso revogou expressamente o inciso IV e modificou a redação do inciso III, deixando claro que o “defeito físico irremediável não caracterize deficiência”.

Dentro do direito de família, porém, as modificações perpetradas pela Norma Estatutária de maior envergadura, sem dúvidas, se revela nas novidades atinentes aos institutos protetivos, remodelando a curatela e, concomitantemente, implementando a Tomada de Decisão Apoiada.

7 O REDESENHAMENTO DA CURATELA E E O NOVO INSTITUTO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

7.1 ASPECTOS GERAIS

Em linhas gerais, aquele que alcançou a maioridade, e por conseguinte atinge a capacidade plena, já está autorizado pelo ordenamento jurídico a atuar validamente nos atos da vida civil, sem qualquer tipo de representação ou assistência, isto é, por intermédio de uma terceira pessoa.

Contudo, há pessoas maiores que embora possuam a capacidade de direito, inerente que é a todas as pessoas, por algum motivo, dos mais diversos, não consegue exprimir validamente sua vontade, devendo assim atuar com a intervenção de um curador, designada em procedimento judicial que denominamos de curatela.

Não se deve confundir a curatela com a tutela, pois embora integrem institutos protetivos e tenham características comuns, possuem claras diferenças. Enquanto a curatela tem como alvo a proteção de uma pessoa maior de idade, tida como incapaz por uma das hipóteses previstas no Código Civil, a tutela dirige-se a proteção de alguém menor de idade que se encontre despedido do poder familiar, seja por morte ou ausência dos pais, bem como por decisão judicial.

Nesta ambientação, o instituto da curatela liga-se diretamente a nova teoria das incapacidades implementada pelo EPD, no instante em que desatrelou a deficiência, por si só, como causa suficiente para incapacidade absoluta ou relativa, atento assim aos primados constitucionais de igualdade substancial e garantia de uma vida digna. Afastou-se, deste modo, causas de incapacidade ligadas a aspectos discriminatórios de outrora, deixando claro que nem toda pessoa com deficiência é incapaz, do mesmo modo que nem toda pessoa incapaz é deficiente. Concretiza-se um novo momento no tratamento da matéria, que se alinha a uma noção humanista, de inclusão social.

Contudo, é possível verificar que há pessoas inseridas no contexto social que, embora preservem sua capacidade volitiva (expressar vontade), possam eventualmente possuir algum tipo de deficiência que enseje algum tipo de proteção, pois efetivamente se encontram em uma situação de vulnerabilidade. Como visto, não poderá se cogitar a curatela, em procedimento que culminará na incapacidade relativa do sujeito, pois ainda que rudimentar, sua vontade, seus gostos, ainda se faz entender.

É nesse exato e preciso momento que surge a tomada de decisão apoiada, novo instituto protetivo preconizado pelo EPD, destinado as pessoas com deficiência que preservam a sua capacidade plena.

Na lição de Cristiano Chaves:

Descortina-se, assim, uma verdadeira trilogia na intervenção estatal (jurídica) na autonomia privada, com vistas a assegurar a dignidade humana: i) pessoas sem deficiência, reputadas por conseguinte, plenamente capazes; ii) pessoas com deficiência – física, mental ou intelectual – que podem expressar a sua vontade e se autodeterminar. Estas, podem, eventualmente, se beneficiar da tomada de decisão apoiada, a fim de que exerçam a sua capacidade de exercício em condição de igualdade com os demais, com absoluta proteção de seus interesses existenciais e patrimoniais; iii) pessoas com deficiência – física, mental ou intelectual – qualificada pela curatela em razão da impossibilidade de autogoverno e de expressar a sua vontade, enquadradas na incapacidade relativa. Aqui, há um regime especial de curatela, que levará em conta as crenças, desejos e vicissitudes do sujeito. A incapacidade relativa será materializada alternativamente pelas técnicas da representação e assistência, a depender do grau de possibilidade de externar a vontade.²⁹

Realmente, a implementação da Tomada de Decisão Apoiada cumulada com as alterações no procedimento da curatela, mais uma vez demonstra toda força do EPD em seus propósitos inclusivos e isonômicos, devendo ser analisado pelo intérprete com intuito de fortalecê-lo, buscando saídas construtivas quando verificado eventuais incongruências.

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 14.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 922.

7.2 A CURATELA E O NOVO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Após a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência - EPD, a curatela sofreu grandes impactos, haja vista a revogação expressa de alguns dos seus artigos no Código Civil, bem como da implementação da nova teoria das incapacidades.

Como visto, a curatela é instituto protetivo dirigido às pessoas maiores de idade, que por se incluir em alguma das restritas hipóteses do art. 4º, do CC/02, é tida como relativamente incapaz. De logo, se verifica a impossibilidade de se ter alguém maior absolutamente incapaz, sendo certo que o art. 3º da codificação privatista adota o critério cronológico, isto é, apenas os menores de 16 anos podem ser tidos como absolutamente incapazes.

Importante ainda, destacar, o que se tem denominado de “atropelo legislativo” no que se refere a matéria. Como pode se observar pelo art. 1.072 da Lei nº 13.105 de 2015 (Código de Processo Civil), os arts. 1.768 a 1.773 da codificação material foram expressamente revogados, passando a incidir as normas constantes dos arts. 747 a 758 do CPC/2015.

Acontece que, estes dispositivos do Código Civil supramencionados, tinham sido substancialmente alterados quando da vigência da Norma Estatutária, conferindo nova roupagem, por assim dizer, ao instituto da curatela. Como o EPD entrou em vigor no início do mês de janeiro de 2016, e o CPC/15 no dia 18 de março de 2016, prevalece assim as disposições do desta última, trazendo assim um evidente retrocesso que tinha se iniciado com a vigência do EPD.

Tal imbróglio legislativo não passou despercebido por diversos juristas, entre estes Fredie Didier, ao dizer:

O CPC-2015 alterou profundamente o procedimento da interdição. Em razão disso, promoveu expressamente a revogação de artigos do Código Civil. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, no entanto, alterou artigos que o CPC havia revogado. É preciso compatibilizar isso, portanto. Os arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil disciplinavam aspectos do processo de interdição. O Código de Processo Civil passou a consolidar todo o regramento sobre o assunto, exatamente por ser o local mais apropriado; o regramento da interdição, inclusive, sofreu inúmeras mudanças (arts. 747-758 do CPC). Por isso, esses artigos do Código Civil foram revogados.

Sucedde que, após a publicação do CPC-2015, foi editada a Lei n. 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência.[...] Sucede que a Lei n. 13.146/2015 alterou a redação de artigos do Código Civil relacionados à interdição que o CPC-2015 havia revogado – sem ter revogado a revogação promovida pelo inciso II do art. 1.072 do CPC. Nesse ponto, a desatenção legislativa é evidente.³⁰

Para além dos aspectos meramente procedimentais, nas quais tratava o Código Civil nos arts. 1.768 a 1.773, revogados que estão pelo Código de Processo Civil de 2015, ganha relevo a nomenclatura na qual as duas codificações se refere ao instituto.

Pela leitura desses artigos, o EPD ao modifica-los se refere a uma ação que, ao final, será nomeado um curador, enquanto o norma procedimental refere-se ao tradicional processo típico e antiquado de interdição. Por exemplo: enquanto no art. 1.768 em seu CAPUT estipula que “o processo que define os termos da curatela deve ser promovido..”, o CPC/2015 em seu art. 747 fala que “a interdição pode ser promovida..”.

Feitas tais considerações, importa destacar as principais modificações empregadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência na codificação material, no qual buscou trazer, o tanto quanto possível, harmonia ao sistema, á luz da nova teoria das incapacidades.

O primeiro aspecto a salientar refere-se a legitimidade passiva do procedimento de curatela, no qual o art. 1.767 do CC/02 e seus incisos atualmente correspondem, de modo idêntico, ao previsto no art. 4º, incisos II a IV do mesmo diploma, isto é, “estão sujeitos a curatela aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; ébrios habituais e os viciados em tóxico; os pródigos”.

Tais alterações possuem um claro avanço de cunho humanitário, sendo que estes já foram mencionados quando dá abordagem em tópico específico da teoria das incapacidades, pois correlacionam-se diretamente.

De outro lado, a legitimidade ativa para a demanda estava prevista no art. 1.768 do CC/02, e como visto, foi uma das disposições que sofreu o então chamado

³⁰ DIDIER, Fredie. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão.** Editorial 187. 2015.

“atropelo legislativo”, vigorando a partir de então o art. 747 do CPC/15. Ao lado dos pais, tutores, qualquer parente ou mesmo cônjuge, bem como o Ministério Público, como se via na redação originária do mencionado dispositivo legal do código civil, o EPD inseriu um novo inciso, autorizando a própria pessoa a iniciar o procedimento.

Trata-se da autointerdição, situação peculiar em que a própria pessoa que estará submetida ao regime da curatela vai a juízo requerer sua interdição. Tal hipótese se vê com bons olhos, afinal de contas, o processo que irá se instaurar tem unicamente como objeto as condições mais íntimas da pessoa, averiguando-se seu estado e autonomia na expressão de sua vontade. Não há, de fato, alguém com mais interesse, e por assim dizer, com mais legitimidade do que qualquer outra pessoa para iniciar o processo.

Não se averigua minimamente razoável alguém que, ciente das suas condições de vulnerabilidade, mesmo que em curto lapso temporal (intervalos lúcidos), tenha que suplicar um terceiro para que pleiteie em juízo sua interdição. O Estatuto da pessoa com deficiência contempla assim a autonomia da pessoa humana.

Cristiano Chaves, ao comentar sobre o acerto do Estatuto da Pessoa com deficiência e a conseqüente revogação do art. 1.768 do CC/02 pelo CPC/15, menciona:

Curatela promovida pela própria pessoa – Promovendo uma interpretação sistêmica e finalística, não há qualquer sombra de dúvidas, sequer longínqua, de que a revogação do art. 1.768 do Código Civil pelo Código Instrumental não afastou a legitimidade da própria pessoa para requerer a sua curatela. É o que se chama de autocuratela. A justificativa salta aos olhos: ninguém mais do que a própria pessoa tem interesse em sua proteção jurídica. Assim, há de se interpretar que ao revogar o multicitado dispositivo do Código Civil, o Código de Processo Civil de 2015 não poderia ter afastado a legitimidade da própria pessoa para a curatela, o que só veio a ser reconhecido pelo legislador posteriormente, durante a *vacatio legis* do Novo Código de Ritos. A harmonização legislativa é imperativa no caso.³¹

Vale anotar ainda que, embora o texto da Lei 13.105 de 2015 não tenha contemplado a autocuratela, ao lado do cônjuge, trouxe a figura do companheiro com legitimidade ativa, como se vê em seu art. 747, I.

³¹FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspddivm, 2016, p. 324.

Aspecto crucial, de notáveis mudanças, capitaneados pelos propósitos isonômicos do EPD, advém da entrevista que realizará o magistrado com o interditando acerca dos aspectos de sua vida, negócios etc.

De início, quanto ao aspecto terminológico, o art. 1.181 do CPC/73 referia-se nessa fase processual a necessidade do juiz “*interrogar*” o interditando, terminologia por todo inadequado. O art. 1.771 do CC/02 ainda falava, em melhor tom, que haveria necessidade se “*examinar o interditando*”. Com o advento do EPD, este último dispositivo foi alterado pelo EPD, determinando que o juiz “*entrevistará pessoalmente o interditando*”, mantida a expressão pelo CPC/15 em seu art. 751, o que atende melhor os propósitos do procedimento.

Uma vez instaurado o processo de interdição, determina o NCPC que deve o juiz realizar entrevista com o interditando. O procedimento, de certa maneira, constava também no CPC-1973, mas com algumas diferenças cruciais. A primeira é a própria substituição da terminologia “*interrogatório*” presente no CPC-1973, por “*entrevista*”. Em que pese ambas envolverem o contato do juiz com o interditando, o novo termo traduz caráter mais adequado do procedimento. O que deve ocorrer aqui não é um interrogatório regular, como quando busca o juiz verificar se determinada testemunha diz a verdade ou não sobre um pagamento que se discute se foi realizado. Não há aspecto inquisitorial.³²

Como outra inovação, a redação do art. 1.771 do CC/02 dada pelo EPD, impõe a necessidade do magistrado, quando do momento da entrevista, estar assistido por equipe multidisciplinar. Contudo, revogado que está a presente norma face a vigência do CPC/15, vigora a partir de então o art. 751, que embora possibilite a assistência do juiz por especialista durante a entrevista, retirou essa obrigatoriedade, talvez por questões de custos, encarecendo assim o processo. Parece acertada a medida, pois deixa ao prudente alvedrio do juiz.

Neste instante da entrevista, garante o art. 751, §3º do CPC/2015, ainda com natureza inovadora no procedimento, a possibilidade de “*emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas.*” Isto remete à conclusão que a simples impossibilidade de comunicação não será obstáculo para a

³² REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição**. Salvador: Juspdvm, 2016, p. 174.

realização da entrevista, que deverá assim ser realizada com mecanismos que a viabilizem, tampouco como causa conclusiva para a concessão da curatela.

Após a realização da entrevista e respectiva etapa de impugnação, outros aspectos interessantes e de suma importância se nota no art. 753 do CPC/2015, pois mesmo não havendo alterações diretas do EPD no diploma procedimental, de certo modo o influenciou na sua elaboração.

Isto porque estipula o mencionado artigo e respectivos parágrafos que, a perícia designada deve ser “realizada por equipe composta por expertos em formação multidisciplinar”, e o laudo extraído de suas conclusões “indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela”. Trata-se de laudo pormenorizado, que de modo claro dirá quais as impossibilidades identificadas, auxiliando o magistrado para a decretação (ou não) da curatela.

Caso se convença da necessidade de decretação da curatela, a sentença deverá fixar os limites desta, nomeando ainda o curador, sempre respeitando as preferências, gostos e potencialidades da pessoa submetida ao procedimento.

Nesta linha é que o art. 1.772 do CC/2002 em seu parágrafo único, com redação dada pelo pelo EPD, posteriormente revogado pelo CPC/2015, estipulava que “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.”

Contudo, tal entendimento pode ser extraído do art. 755 do CPC/2015, que garante a preservação das preferências e potencialidades de quem se submete ao procedimento de curatela na escolha do curador e na fixação dos limites do mesmo.

A decisão que determina a curatela tem de nomear um curador para zelar pelos interesses do incapaz, sendo, preferencialmente, o seu cônjuge ou companheiro ou parente mais próximo (ascendente, descendente ou colateral). Estremes, é preciso averiguar quem reúne as melhores condições para a preservação dos interesses do incapaz. Bem por isso é indiscutível a possibilidade de nomeação, como curador, de terceiros que demonstrem compatibilidade com o múnus e revelem uma relação de afinidade com o incapaz. Aliás, o magistrado pode aferir essa situação na

entrevista do curatelando, descobrindo as suas vontades, preferências e afinidades.³³

Deste modo, incabível qualquer sentença genérica, sem vasto leque argumentativo demonstrando de fato a incapacidade total ou parcial para a realização dos atos da vida civil, culminando assim na decretação da curatela.

Ademais, a Norma Estatutária trás em seu texto algumas características essenciais desse instituto protetivo, que agora deve ser utilizado estritamente no melhor interesse do curatelando.

Pela leitura do art. 84 e §§ 1º, 2º e 3º do EPD, ao reconhecer a igualdade das pessoas com deficiência perante a lei, como não poderia deixar de ser, estabelece o caráter residual e extraordinário da medida, sempre limitado as necessidades do curatelando, não ultrapassando o tempo necessário.

A excepcionalidade da medida significa dizer que será a última alternativa, quando não se vislumbrar outra possibilidade intermediária para o caso, como o TDA – Tomada de Decisão Apoiada, que preserva a capacidade do sujeito, embora precise de auxílio para a prática dos atos da vida civil.

Esta nova roupagem da curatela insere-se também no contexto e noção de cidadania, inclusão e evolução do pensamento psiquiátrico. Quando se interdita alguém, retira-lhe a capacidade civil e conseqüentemente expropria-se sua cidadania. O curatelado, ou interditado, é retirado do lugar de sujeito de desejo e sujeito social. A própria expressão curatelado e interditado já veiculam significados e significantes de exclusão. No ambiente da psiquiatria recebem a denominação de “Portadores de sofrimentos psíquico”, introduzindo um novo significante para as pessoas interditáveis, suavizando assim o preconceito e o estigma que recaem, principalmente, para os denominados loucos. A curatela, ou melhor, a interdição da pessoa só deveria ser feita como último recurso, uma vez que significa simbolicamente uma “morte civil”.³⁴

Outrossim, a curatela tem cunho necessariamente patrimonial e negocial, não atingindo de modo algum aspectos de sua autonomia existencial, não afetando “o

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspdivm, 2016, p. 328.

³⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>>. Acesso em: 20 fev.2017.

direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”, como previsto no art. 85, §1º, do Estatuto.

Em relação ao reconhecimento do curatelado em estabelecimento apropriado, houve uma renovação quanto ao tema, visto que o EPD buscou esclarecer, dentro de uma perspectiva humanista e menos assistencialista, que esta medida definitivamente não deve ser visto como uma primeira opção, preconizando o direito à convivência familiar e comunitária.

Sendo assim, é que o art. 1.776 do CC/02 foi expressamente revogado pelo Estatuto, no qual estipulava que “havendo meio de recuperar o interdito, o curador promover-lhe-á o tratamento em estabelecimento apropriado”, conferindo ainda uma nova redação ao art. 1.777, estabelecendo agora que:

As pessoas referidas no inciso I do art. 1.767 (aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade) receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio.³⁵

Não se pode perder de vista, aliás, que o Estatuto em seu art. 11º e parágrafo único, trás norma impeditiva a qualquer tipo de tratamento médico ou institucionalização forçada no que se refere à pessoa com deficiência, e caso esteja submetida a situação de curatela e sem o devido consentimento, o suprimento deste apenas pode se dar judicialmente

Digno de nota também é a viabilização pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência da curatela compartilhada, incluindo o art. 1.775-A na codificação material, “na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa.” Deste modo, este importante *múnus público* que desempenha o curador poderá se dar de modo compartilhado, atendendo muitas vezes, melhor os interesses do curatelado.

A presente norma, embora apenas tenha inserido-se no sistema jurídico após a vigência do Estatuto, já era possível vislumbrar tal medida, inclusive em julgados

³⁵BRASIL. CC - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10608683/artigo-1776-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>>. Acesso em: 22 nov.2016.

anteriores, que deferia tais pretensões com escopo no melhor interesse do curatelado.

APELAÇÃO CÍVEL. **CURATELA COMPARTILHADA**. INTERDIÇÃO. NOMEAÇÃO DE CURADOR. INTERDITO PORTADOR DE SÍNDROME DE DOWN. PRETENSÃO DOS GENITORES DO INTERDITO DE EXERCER A CURATELA DE FORMA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. MEDIDA QUE SE COADUNA COM A FINALIDADE PRECÍPUA DO INSTITUTO DA CURATELA. PROTEÇÃO DOS INTERESSES DO INCAPAZ. PRECEDENTES.

1. A curatela, assim como a tutela, é um múnus público a ser exercido na proteção dos interesses do curatelado e de seus bens, incumbindo aos curadores aos curadores, por exemplo, o dever de defesa, sustento e representação do interdito. Assim, a designação de curador deve se pautar pela prevalência dos interesses do incapaz.

2. Nessa perspectiva, revela-se possível o exercício da curatela compartilhada, conforme postulado pelos autores, que são pais do interdito, **considerando que, embora não haja regra expressa que a autorize, igualmente não há vedação à pretensão. Em situações como a dos autos, em que expressamente requerido o exercício da curatela compartilhada e que não há, sob qualquer perspectiva, conflito entre os postulantes, nada obsta que seja ela concedida**, notadamente por se tornar, na espécie, uma verdadeira extensão do poder familiar e da guarda - que, como sabido, pode ser compartilhada.

3. Além de se mostrar plausível e conveniente, no caso, a curatela compartilhada bem atende à proteção do interdito, tratando-se de medida que vai ao encontro da finalidade precípua do instituto da curatela, que é o resguardo dos interesses do incapaz, razão pela qual é de ser deferido o pleito. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. **(Apelação Cível Nº 70054313796, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 01/08/2013)**

Por todo exposto, não há como deixar de ressaltar que efetivamente o instituto da curatela, como sempre deveria ter sido, se consolida como instrumento de proteção ao incapaz, de forma que a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência assumiu, assim, papel fundamental e indispensável nessa genuína mutação legislativa, ora revogando ou modificando o texto do Código Civil, e sem dúvida alguma influenciando na elaboração e normas do Código de Processo Civil de 2015.

Contudo, evidente que há muitos aspectos que podem (e devem) ser aperfeiçoados, visto que embora a matéria tenha sido tratada pela codificação material com as modificações do EPD, com a vigência posterior do CPC/2015, houve então diversos atropelos legislativos, como já salientado, que trouxe retrocessos, como a retirada, a priori, da possibilidade da autocuratela.

Mas não para por aí. O Estatuto na sua perspectiva de inclusão, humanista, à luz dos princípios constitucionais de isonomia material, com escopo de garantir uma vida digna e livre de preconceitos as pessoa com deficiência, instituiu um novo instrumento de proteção no sistema jurídico brasileiro, então denominado Tomada de Decisão Apoiada – TDA, conferido assistência jurídica na exata medida e necessidade da pessoa com deficiência, caso necessário seja.

7.3 A TOMADA DE DECISÃO APOIADA COMO REMÉDIO JURÍDICO NA PRESERVAÇÃO DA CAPACIDADE

A pessoa com deficiência, seja física, mental ou mesmo intelectual, a partir da implementação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, passou a ter assegurada a plena capacidade civil, não restando quaisquer dúvidas quanto a isso, mormente pela leitura dos arts. 6º e 84 deste.

Em consequência direta, o art. 114 da Norma Estatutária modificou o rol das pessoas consideradas incapazes relativamente ou absolutamente, presente nos arts. 3º e 4º do Código Civil, desvinculando a deficiência como causa necessária a condição de incapaz.

Neste diapasão, ciente da possibilidade de se verificar uma pessoa com deficiência, que embora plenamente capaz, necessite de algum auxílio na prática dos atos da vida civil, a própria Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência em seu art 12.3, determina que “Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.”.

Assim, o Estatuto implementou a Tomada de Decisão Apoiada (TDA) em seu art. 116, inserindo o art 1.783-A e diversos parágrafos no Código Civil. Em seu caput trás todos os contornos deste instituto, ao estabelecer que “A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-

lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade”.

Trata-se de instituto protetivo que esta ao lado da tutela, quanto da curatela. Contudo, há claras diferenciações, sendo que a principal é tratar-se estas duas últimas de medidas direcionadas as pessoas incapazes, enquanto a Tomada de Decisão Apoiada visa um sujeito plenamente capaz.

O art. 1.783-A em seu caput, de maneira muito didática até, esclarece que o instituto é instrumento jurídico colocado a favor das pessoas com deficiência, que elege duas pessoas de sua confiança com fulcro a apoiá-la nos atos da vida civil, para que exerça assim sua capacidade assegurada por lei. Deste modo, não há que se falar em incapacidade, frise-se.

Sendo instituto de assistência com a preservação da capacidade plena, é instrumento facultado e jamais imposto à pessoa com deficiência, consoante disposto no art. 84, §2º do Estatuto “ É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.”

Destarte, o eminente e singular professor Cristiano Chaves de Farias, do qual desde já respeitosa e se discorda, em atenção a matéria, propõe que a Tomada de Decisão Apoiada (TDA) possa ser utilizada como meio preparatório à decretação da curatela, asseverando que:

Nada impede, demais de tudo isso, que uma pessoa vulnerável seja submetida, preventivamente, a uma tomada de decisão apoiada para, posteriormente, ter reconhecida a sua capacidade relativa, em procedimento judicial com prova efetiva de que não pode exprimir a sua vontade, passando a se submeter ao regime da curatela.³⁶

Tal entendimento, contudo, não parece se compatibilizar com o próprio espírito do instituto em questão, pois guarda uma incoerência em si. O próprio Estatuto estabelece, como já mencionado, que o submissão a TDA é uma faculdade colocado à disposição da pessoa com deficiência (art. 84, §2º), mediante um procedimento mais simplificado que o da curatela.

³⁶FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 525.

Embora tanto no procedimento da Tomada de Decisão Apoiada, quanto da curatela, o juiz deva ser assistido por equipe multidisciplinar na oitiva do sujeito (arts. 1.783-A do CC/02 e 751 do CPC/15), apenas neste haverá designação de perícia com objetivo de extrair laudo pormenorizado das incapacidades eventualmente averiguadas (art. 753 do CPC/15), sendo certo que, após a realização da entrevista com equipe multidisciplinar e perícia por expertos pairar quaisquer dúvidas quanto a capacidade do sujeito, impossível cogitar qualquer decisão que não seja o indeferimento do pedido para a decretação da curatela, e como possibilidade alternativa a imposição da TDA.

Seguir nessa linha de interpretação pode abrir margens a arbitrariedades indevidas, de modo que, apenas acredita-se ser possível a colocação em TDA em um processo originariamente de curatela, quando uma pessoa com deficiência houver aceitado de modo irrestrito. Frise-se: em procedimento de curatela, havendo dúvidas quanto a incapacidade do sujeito, apenas o indeferimento do pedido será possível, não podendo-se impor a TDA. Este apenas, e exclusivamente, com aceite prévio da pessoa.

Adentro ainda das principais diferenças entre a TDA e curatela, deve-se lembrar que este tem cunho necessariamente patrimonial, não atingindo seus direitos existenciais (art. 85, §2º da Lei 13.146 de 2015), enquanto que naquele o que se tem por objeto é o apoio, ou seja, auxílio personalizado e de acordo com o que a pessoa com deficiência acredita ser necessário para atuar nos atos da vida com seus apoiadores, que envolvem aspectos patrimoniais e existenciais, precipuamente.

Aspecto que reforça ainda mais à autonomia que se pretende preservar a pessoa com deficiência, é no que se refere a legitimidade ativa para o procedimento judicial em questão. Estipula o art. 1.773-A, §2º da codificação material que “o pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo”, ou seja, há uma legitimidade exclusiva do futuro beneficiário, não havendo abertura normativa para outras pessoas.

Salienta-se que, a autonomia do beneficiário se mantém intacta para a realização de todos os atos da vida civil que não estejam inseridas no acordo.

Assim, os apoiadores deverão estar presente, somente, para os atos no qual se comprometeram auxilia-lo.

Dentro das responsabilidades dos apoiadores, poderá ser destituído caso venha “agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz”, consoante art. 1.773, §7º da codificação material.

Contudo, embora a Tomada de Decisão Apoiada traga em sua essência os propósitos isonômicos e perfilhados aos ditames da dignidade humana, críticas construtivas podem ser identificadas com intuito de aperfeiçoa-lo.

Com a plena capacidade assegurada as pessoas com deficiência, a TDA adentra no sistema jurídico com o objetivo de auxilia-los na pratica dos atos da vida, mediante apoiadores assim designados. Caso contrário, seja pessoa com deficiência que esteja impossibilitada de exprimir sua vontade, de modo transitório ou permanente, deverá ser considerada relativamente incapaz, e conseqüente decretação da curatela.

Neste ambiente, questiona-se a necessidade da intervenção do Ministério Público no procedimento, sendo esta medida preparatória a decisão a ser proferida pelo magistrado, como determina o art. 1.773-A, §3º do Código Civil.

Tal determinação normativa, aliás, não se harmoniza com o previsto no art. 178 do CPC/2015, que trás aspectos ligados à atuação do Ministério Público, in verbis:

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

I - interesse público ou social;

II - **interesse de incapaz**;

III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.

Como visto, a pessoa com deficiência submetida ao processo da TDA não é incapaz, ao contrário, trata-se de pessoa plenamente capaz e que apenas busca apoio para as decisões da vida que assim considere necessário.

A oitiva do Ministério Público, aliás, é uma exigência equivocada. Trata-se, aqui, de pessoa que, segundo o próprio Estatuto, é plenamente capaz, de modo que a intervenção do Parquet não encontra fundamento jurídico senão no próprio preconceito que o Estatuto pretendia extirpar: o de se tratar a pessoa com deficiência como alguém inapto a decidir sobre seus próprios rumos.³⁷

Mostra-se ainda equivocada a prévia determinação de duas pessoas a exercerem tal função de apoiadores (art. 1.773 caput, do CC/02), visto que interfere diretamente, e de modo antecipado nas preferências do futuro beneficiário, em prol de evitar qualquer abuso, caso fosse apenas um apoiador.

Há claro cerceamento da livre escolha da pessoa que busca apoio na tomada de decisões, que é plenamente capaz e não pode deliberar, sequer, a quantidade de apoiadores que apenas irá fornecer “elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade” .

Ademais, a própria curatela, que é instrumento destinado a pessoa incapaz, em regra, é exercido por apenas um curador, podendo o juiz na nomeação deste estabelecer a curatela compartilhada, isto é, a mais de uma pessoa (1.775-A, do CC/02), devendo esta medida certamente encontrar amparo nas preferências e melhor interesse do curatelado (art. 755, II e §1º, do CPC/2015).

Estas inadequação foi também brevemente pontuada, de maneira magistral, pelo professor Anderson Schreiber, ao dizer:

Na mesma direção, é criticável a opção do legislador brasileiro pela indicação de “pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas” para o exercício da função de apoiador. Se a idéia era prevenir abusos da pessoa indicada, o fato de que formem um par contribui muito pouco para a prevenção, ao mesmo tempo em que dificulta sobremaneira a vida do apoiado, que não poderá contar com apenas uma pessoa de confiança, mas terá que ter, no mínimo, duas para se valer do novo instituto. Pior: a exigência promete

³⁷SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual a sua utilidade? **Carta Forense**. São Paulo, 03 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 16 set.2016.

repelir candidatos a apoiadores que, conquanto mantenham vínculo sólido com o apoiado, podem não se sentir confortáveis de exercer a função em conjunto com outra pessoa, com quem não terão necessariamente afinidade e relação de confiança. Aliás, o Estatuto desestimula fortemente o exercício do múnus de apoiador, na medida em que, embora sua participação seja restrita por termo escrito a ser aprovado pelo juízo com a descrição dos “limites do apoio a ser oferecido” (art. 1.783-A, §1º), o apoiador fica sujeito à ampla responsabilidade, inclusive pelo exercício de “pressão indevida” (art. 1.783-A, §7º), expressão aberta que traz significativo risco para aqueles que se dispõem à nobre função.³⁸

Não há como deixar de pontuar, ainda, que embora seja um direito fundamental o pleno acesso ao Poder Judiciário pelos cidadãos (art. 5º, XXXV, da CF/88), bem como a garantia de acompanhamento técnico àqueles que não disponham de recursos suficientes através da Defensoria Pública (art. 5º LXXIV c/c 134, da CF/88), a realidade nacional é a dificuldade de acesso pleno aos órgãos judicantes, e déficit no quadro de defensores que consigam atender satisfatoriamente a quantidade da demanda a que são diariamente convocados.

Neste sentido, atento a este intolerável quadro que o Estado Brasileiro impõe aos seus cidadãos, não se vislumbra, a priori, prejuízos consideráveis que a Tomada de Decisão Apoiada possa ser processada administrativamente, reduzindo custos, conferindo celeridade e deixando de atolar ainda mais o Poder Judiciário em causas que não necessitem sua atuação.

Aspecto ainda de interesse eminentemente prático, se refere os processos de interdição em curso após a vigência da Norma Estatutária que, como visto, alterou significativamente os contornos da curatela, introduzindo ainda a Tomada de Decisão Apoiada.

Deve-se ater, primeiramente, que “o processo de interdição” ele não deixou de existir, até mesmo porque o CPC/2015 trás um procedimento específico para tal. Ocorre que as demandas já em curso devem, a partir da vigência do Estatuto, se atear as novas normas incidentes ao instituto. Há, deste modo, uma adaptação do procedimento em curso as novas perspectivas, devendo-se avaliar se deverá seguir, se for o caso, o procedimento para ao final decretar a

³⁸ SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual a sua utilidade? **Carta Forense**. São Paulo, 03 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 16 set.2016.

incapacidade relativa e consequente curatela, ou, converter para a Tomada de Decisão Apoiada.

Com efeito, estando em curso um procedimento de interdição - ou mesmo findo - o interditando (ou interditado) passa a ser considerado, a partir da entrada em vigor do Estatuto, pessoa legalmente capaz. [...] Vale dizer, não sendo o caso de se converter o procedimento de interdição em rito de tomada de decisão apoiada, a interdição em curso poderá seguir o seu caminho, observados os limites impostos pelo Estatuto, especialmente no que toca ao termo de curatela, que deverá expressamente consignar os limites de atuação do curador, o qual auxiliará a pessoa com deficiência apenas no que toca à prática de atos com conteúdo negocial ou econômico. O mesmo raciocínio é aplicado no caso das interdições já concluídas. Não sendo o caso de se intentar o levantamento da interdição ou se ingressar com novo pedido de tomada de decisão apoiada, os termos de curatela já lavrados e expedidos continuam válidos, embora a sua eficácia esteja limitada aos termos do Estatuto, ou seja, deverão ser interpretados em nova perspectiva, para justificar a legitimidade e autorizar o curador apenas quanto à prática de atos patrimoniais.³⁹

A título ilustrativo, cita-se recente aresto adotando a mencionada perspectiva:

APELAÇÃO CÍVEL. CURATELA. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR SUPERVENIENTE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. FUNDAMENTO SOBRE O QUAL NÃO FOI OPORTUNIZADA A MANIFESTAÇÃO DOS CONTENDORES. OFENSA AO ART. 10 DO CPC/15. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 285, § 2º, DO CPC/15. POSSIBILIDADE DE DECIDIR-SE O MÉRITO EM FAVOR DA PARTE QUE APROVEITARIA A DECRETAÇÃO DE SIMPLES NULIDADE. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PROSSEGUIMENTO DAS AÇÕES DE INTERDIÇÃO JÁ EM CURSO, COM OBSERVÂNCIA DAS NOVAS DIRETRIZES TRAZIDAS PELO REFERIDO ESTATUTO.

3. É certo que, com a entrada em vigor da Lei n.º 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - o Estatuto da Pessoa com Deficiência -, houve drástica alteração da legislação no que tange à capacidade civil: as definições de capacidade civil foram reconstruídas para dissociar a deficiência da incapacidade. O art. 84, caput, do Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece que "a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas", apresentando os parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo as formas para o exercício da capacidade legal: a tomada de decisão apoiada e a curatela, sendo esta última medida excepcional, que tão somente poderá afetar os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (art. 85). Não obstante isso, as ações de interdição já em curso não devem ser sumariamente extintas, como ocorreu na espécie, impondo-se ao Juízo analisar o pedido formulado sob a nova ótica dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, isto é, avaliando-se a pertinência

³⁹ STOLZE, Pablo. É o fim da interdição?. **Jus Navigandi**. Fev.2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao>>. Acesso em: 12 fev.2017.

da conversão do procedimento para o rito da tomada de decisão apoiada, ou, se for o caso, o prosseguimento do feito visando à submissão da pessoa à curatela, d... interpretado conforme as novas diretrizes trazidas pelo referido Estatuto. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. **(Apelação Cível Nº 70070389911, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/11/2016).**

Pelo exposto, resta claro o acerto do legislador em incluir a Tomada de Decisão Apoiada dentro dos então chamados institutos protetivos. Isto não significa, por óbvio, que a sua normatização esteja isenta de eventuais equívocos, no qual o intérprete não se deve calar, ao contrário, devendo buscar sua harmonização dentro do sistema jurídico, e quando necessário, apresentar críticas para seu aperfeiçoamento, e jamais, a nosso ver, para rechaçar o Estatuto, que se perfilha aos ditames da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, com status de emenda constitucional, inclusive.

7 CONCLUSÃO

Como se viu, o presente trabalho teve como objeto as implicações no Código Civil quando da vigência da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que dentro do seu título referente às disposições finais e transitórias, arts. 114 a 116, mediante revogações e modificações, trouxe uma série de impactos em institutos consagrados, como a teoria das incapacidades, o casamento, curatela e ainda a inclusão da Tomada de Decisão Apoiada, que não existia no ordenamento jurídico pátrio até então. Indiretamente, impactou ainda em institutos correlatos aos negócios jurídicos, como a invalidade destes, a prescrição e decadência, bem como no que tange a responsabilidade civil, em nítida projeção decorrente da nova teoria das incapacidades que foi implementada pela Norma Estatutária.

Contudo, tais abordagens tinha como plano de fundo averiguar se o Estatuto, que regulamentado a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, que possui status de Emenda Constitucional, de fato é um novo instrumento na garantia dos direitos e inserção das pessoas com deficiência no seio da sociedade, à luz dos primados da isonomia e da dignidade da pessoa humana, afastando assim dispositivos legais nitidamente discriminatórios que ligava-se aos tempos de mero assistencialismo, passando-se para aspectos humanistas, inclusivos.

Neste sentido, embora se tenha verificado possíveis equívocos no Estatuto, indiscutivelmente trouxe infindáveis avanços no trato da matéria, desvinculando a deficiência como causa absoluta para a incapacidade, prevendo inúmeras ações afirmativas, restringindo a curatela aos aspectos eminentemente patrimoniais, e garantindo auxílio àqueles que embora tenham alguma deficiência física, mental ou sensorial, quando tenham preservada sua manifestação de vontade, possam se valer da Tomada de Decisão Apoiada. Longa vida ao Estatuto da Pessoa com Deficiência!

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo; **Casamento do incapaz é mais que simples exercício de um direito**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/jones-figueiredo-casamento-incapaz-simples-direito>>. Acesso em: 20 nov.2016.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de; **Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67536/70146>>. Acesso em: 22 nov.2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 nov.2016.

_____. CC - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10608683/artigo-1776-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>>. Acesso em: 22 nov.2016.

CADERNOS de pesquisa quadrimestral. V. 35. Nº 124. Flávia Piovesan. **Ações Afirmativas da Perspectiva dos Direitos Humanos**. Fundação Carlos Chagas. São Paulo, Jan/Abr 2005.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 09 dez.2016.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf>. Acesso em: 22 dez.2016.

DICIONÁRIO Aurélio. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/dicionario/home.asp>>. Acesso em: 19 dez.2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Código de Processo Civil de 2015: uma primeira reflexão. Editorial 187. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 11 dez.2016.

DIDIER, Fredie. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil**: uma primeira reflexão. Editorial 187. 2015.

DINIZ, Maria Helena. A Nova Teoria das Incapacidades. **Revista Thesis Juris**. maio-ago2016, Vol. 5 Issue 2, p.263-288. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/426>>. Acesso em: 26 dez.2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 14.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **Curso de Direito Civil: famílias**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FRANÇA, Artur da Gam. **Os últimos cem anos do instituto da incapacidade no Código Civil**. 13/03/2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/1341250-arthur-da-gama-franca/publicacoes>>. Acesso em: 11 dez.2016.

KUMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-a+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>>. Acesso em: 19 dez.2016.

_____. **As aberrações da lei 13.146/2015**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015>>. Acesso em: 19 dez.2016.

LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. **Conjur – Consultor Jurídico**. 15/08/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 19 dez.2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Conteúdo Jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de Direito Civil**. Vol. 01. 28.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>>. Acesso em: 19 dez.2016.
PIOVESAN, Flávia. In: Garcia e Lazari, **Manual de direitos humanos**. Salvador: JusPodivm, vol. único, 2015, p.241.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição**. Salvador: Juspodivm.. 2016.

SCHREIBER, Anderson. Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual a sua utilidade? **Carta Forense**. São Paulo, 03 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 16 set.2016.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade. Parte I. **Consultor Jurídico**. 06/08/2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 22 nov.2016.

STOLZE, Pablo. É o fim da interdição?. **Jus Navigandi**. Fev.2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao>>. Acesso em: 12 fev.2017.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do CC pela Lei 13.146/2015**. Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048->>. Acesso em: 02 nov.2016.