

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
MARIA RITA OLIVEIRA DA SILVA EVANGELISTA**

**ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: uma análise crítico-reflexiva das
alterações no regime das incapacidades**

**Juiz de Fora
2017**

MARIA RITA OLIVEIRA DA SILVA EVANGELISTA

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: uma análise crítico-reflexiva das alterações no regime das incapacidades

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob orientação da Prof. Dra. Aline Araújo Passos

**Juiz de Fora
2017**

FOLHA DE APROVAÇÃO

MARIA RITA OLIVEIRA DA SILVA EVANGELISTA

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: uma análise crítico-reflexiva das alterações no regime das incapacidades

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientadora: Prof. Dra. Aline Araújo Passos
Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

Prof. Dra. Raquel Bellini de Oliveira Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

Prof. Me. Felipe Fayer Mansoldo
Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 22 de novembro de 2017

RESUMO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº13.146/15) representa um grande avanço para as pessoas com deficiência ao determinar que elas possuem capacidade em igualdade de condições com as demais, sendo a incapacidade medida excepcional. Dessa forma, a deficiência deixou de ser considerada critério incapacitante, ensejando novos contornos ao sistema das incapacidades. A Lei Brasileira de Inclusão, além de flexibilizar o instituto da curatela, que passou a observar as singularidades de cada indivíduo, também perpetrou alterações no artigo 3º do Código Civil de 2002, mantendo no rol dos absolutamente incapazes somente os menores de dezesseis anos. Nesse ponto a nova lei se equivocou. Ao considerar as pessoas sem qualquer discernimento e as que se encontram impossibilitadas de exprimirem a sua vontade como relativamente incapazes, o Estatuto não se ateve ao fato de que elas dependem em absoluto de terceiros que exerçam os atos da vida civil em seu nome e em prol dos seus interesses. Em razão dos numerosos efeitos negativos que a situação pode causar na vida dessas pessoas no que tange a questões de nulidade e anulabilidade, prescrição e decadência, vislumbra-se a necessidade de alteração legislativa, sem abertura a retrocessos. A dignidade, no caso delas, não é efetivada com maior autonomia, mas sim com proteção efetiva e que respeite as suas preferências e necessidades. Nesse sentido, o presente trabalho, pelo método indutivo e pesquisas bibliográficas, apresenta reflexões quanto às mudanças promovidas pelo Estatuto, especialmente em relação às hipóteses de incapacidade absoluta, apontando como possível solução o Projeto de Lei do Senado nº757/2015, desde que submetido a algumas alterações pontuais.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa com Deficiência; regime das incapacidades; dignidade da pessoa humana; Projeto de Lei nº 757/2015.

ABSTRACT

The Statute on Person with Disability (Law n° 13.146/15) known as Brazilian Law of Inclusion, represents a big step forward for people with disabilities to guarantee them the equal effective enjoyment of human rights, being the inability an exceptional measure. Therefore, disability is no longer considered as a disabling criterion, bringing new outlines to the disability regime. The Brazilian Law of Inclusion, besides making the curatorship regime more flexible, which observes the singularities of each individual, also carried out changes in article 3 of the Brazilian Civil Code of 2002, keeping the list of absolutely incapable only children under sixteen years old. The new Law might be a mistake at this point. Once the Statute considers as relatively incapable persons without any discernment as well as the ones who cannot temporarily express their will, one may say that the Statute has not observed that in both cases people are fully dependent on others for the acts of civil life on their behalf and in defense of their interests. Due to the broad range of negative effects brought by the new Law with reflexes in people's lives with disabilities regarding to important issues such as nullity and annulment, prescription and lapsing, arises the need for legislative amendment, without opening space for step backwards in legislative terms. Human dignity, in case of them, is not effective with greater autonomy, but with effective protection and respecting their preferences and needs. Therefore, the present work, based on the inductive method and bibliographic researches, presents reflections on changes brought by the Statute, especially with regard to the cases of absolute incapacity, pointing as possible solution the Senate Bill n° 757/2015, since the undergoing amendments be submitted as specific modifications.

Keywords: Statute of the Disabled People; regime of disabilities; human dignity; Law Project n° 757/2015.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 O REGIME DAS INCAPACIDADES.....	9
• 2.1 Aspectos conceituais.....	9
• 2.2 Uma análise histórico-jurídica.....	11
3 UM NOVO OLHAR PARA A DEFICIÊNCIA.....	13
• 3.1 A influência dos tratados internacionais.....	13
• 3.2 O ordenamento jurídico brasileiro.....	16
4 A MUDANÇA DAS INCAPACIDADES.....	20
• 4.1 O equívoco da Lei nº 13.146/15.....	20
• 4.2 Projeto de Lei nº 757/15, uma solução?.....	22
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	26
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CDPD	Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
CF	Constituição Federal
EPD	Estatuto da Pessoa com Deficiência
LBI	Lei Brasileira de Inclusão
PLS	Projeto de Lei do Senado

1 INTRODUÇÃO

Durante muitos anos, as pessoas com deficiência sofreram com a marginalização e a ausência de medidas que visassem a sua inclusão social. Essa situação somente começou a mudar com a ratificação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Brasil e o advento da Constituição Federal de 1988, a qual, pautada na igualdade e na dignidade da pessoa humana, busca promover o bem de todos, sem quaisquer tipos de discriminação.

Ocorre que, mesmo sob a égide dos valores constitucionais, o Código Civil de 2002 manteve um regime das incapacidades que refletia o preconceito sofrido pelas pessoas com deficiência – assim como fazia a Codificação de 1916. Isso porque, embora o novo diploma tenha abolido o uso do termo “loucos de todo o gênero”, continuou a utilizar a deficiência como critério incapacitante, o que não condiz com os valores da sociedade contemporânea e plural em que nos inserimos.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, realizada em Nova York, representa um grande salto na conquista de direitos pelas pessoas com deficiência, que finalmente passaram a ser reconhecidas como plenamente capazes. Para tanto, o referido diploma rompeu com a ideia de que a deficiência e a incapacidade se confundem ao determinar que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais.

Alinhada à Convenção, a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/15), também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, reconhece que, a princípio, todas as pessoas com deficiência possuem capacidade jurídica plena, sendo sua incapacidade declarada somente quando estritamente necessário. Para tanto, não se considera mais a deficiência por si só, mas se os efeitos causados por ela comprometem o discernimento da pessoa. Desse modo, a deficiência deixou de ser utilizada como critério incapacitante.

A nova lei também promoveu outras significativas mudanças estruturais e funcionais no regime das incapacidades. É o caso, por exemplo, da flexibilização do instituto da curatela, que passou a depender da análise do caso concreto e das singularidades de cada indivíduo, independente de ele ter ou não deficiência, e, principalmente, da revogação dos incisos do artigo 3º do CC/02, mantendo como absolutamente incapazes somente os menores de dezesseis anos.

Apesar das opiniões divergentes que se formaram em torno da nova lei, em um ponto a maioria dos doutrinadores brasileiros concorda: o Estatuto da Pessoa com Deficiência não considerou a situação das pessoas sem qualquer discernimento e daquelas que se

encontram impossibilitadas de manifestarem a sua vontade. Embora elas tenham passado a ser consideradas relativamente incapazes, continuaram a depender, em absoluto, de seus curadores para a prática dos atos da vida civil.

Nesse ponto, a mudança acarretou, na doutrina brasileira, numerosos questionamentos sobre os possíveis efeitos negativos na vida dessas pessoas. As dúvidas recaem sobre questões como nulidade e anulabilidade dos atos praticados por elas e contagem da prescrição e decadência.

O Estatuto não considerou que conceder maior autonomia a essas pessoas não garante necessariamente a sua dignidade, tendo em vista que elas continuam dependendo de terceiros para defenderem os seus interesses. É preciso reconhecer que a limitação – e não a supressão pura e simples – da autonomia, considerando as particularidades de cada um, é essencial para a proteção dessas pessoas e, conseqüentemente, a efetivação da sua dignidade.

O presente trabalho, pautado no método de abordagem indutiva e em pesquisas bibliográficas, busca analisar e promover reflexões acerca das mudanças perpetradas pela Lei nº 13.146/15 no regime das incapacidades, mais precisamente no artigo 3º do CC/02, demonstrando que, além dos avanços, existem impropriedades a serem corrigidas. Para tanto, será defendida a necessidade de alteração legislativa, apontando as propostas do Projeto de Lei do Senado nº 757/2015 e a possibilidade de este ser uma solução para o problema apresentado, sem que haja retrocessos nos direitos das pessoas com deficiência.

2 O REGIME DAS INCAPACIDADES

2.1 Aspectos conceituais

A personalidade jurídica, entendida como a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres, é intrínseca ao ser humano e garantida por lei desde o nascimento com vida¹. “Titularizar a personalidade jurídica significa, em concreto, ter uma tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos fundamentais, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.165).

A ordem jurídica também reconhece ao indivíduo a capacidade para a aquisição de direitos e para o seu exercício. Trata-se de uma “espécie de medida jurídica da personalidade” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.304), podendo ser dividida em capacidade de direito e capacidade de fato.

¹Art. 2º, Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL, 2002)

A capacidade de direito (de aquisição ou de gozo) é reconhecida a todos, indistintamente, tendo em vista sua condição de sujeito de direitos. A capacidade de fato (ou de exercício), por sua vez, é admitida àqueles que conseguem praticar, por si mesmos, os atos da vida civil (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.304).

Fato é que toda pessoa, em razão da personalidade que lhe é inerente, está apta a adquirir direitos, mas nem toda tem o poder de gozar deles pessoalmente, dependendo de terceiros para auxiliarem ou até mesmo exercerem os atos da vida civil em seu nome e em prol dos seus interesses.

Nesse sentido, reconhece-se que, a princípio, todas as pessoas têm capacidade jurídica plena². Somente por exceção, e expressamente decorrente da lei, se pode recusar ao indivíduo a capacidade de fato, declarando-o incapaz (PEREIRA, 2017, p.223).

Distintamente da capacidade de direito é a capacidade de fato, que pertine à aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil. Admite, por conseguinte, variação e gradação. Comporta verdadeira diversidade de graus, motivo pelo qual se pode ter pessoas plenamente capazes e, de outra banda, pessoas absolutamente incapazes e pessoas relativamente incapazes. É aqui que incidirá a teoria das incapacidades, eis que não é possível gradar a capacidade de direito, por ser absoluta, como a personalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 305).

A incapacidade traduz-se no reconhecimento da inexistência dos requisitos que a lei entende serem essenciais para que a pessoa possa exercer, por si mesma, os seus direitos (RODRIGUES, 2002, p.41), podendo ser subdividida em absoluta e relativa.

A incapacidade absoluta é declarada no caso das pessoas que não possuem capacidade para exercerem pessoalmente os atos da vida civil, dependendo de representantes legais para atuarem em seu nome. Já a incapacidade relativa faz referência às pessoas que demandam proteção jurídica em situações determinadas, sendo capazes de decidir sobre os atos da vida civil em conjunto com os seus assistentes, de modo que o sistema jurídico não ignora a sua vontade.

Em ambos os casos, restringe-se a autonomia para efetivar a dignidade, considerando-se que “o incapaz reclama um tratamento diferenciado, na medida em que não possui o mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos cotidianos das pessoas plenamente capacitadas. É a simples aplicação da conhecida regra de que a igualdade se consubstancia tratando desigualmente quem está em posição desigual” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.307).

Sendo assim, o regime das incapacidades foi instituído sob a justificativa de proteção das pessoas consideradas inaptas para exercerem livremente os atos da vida civil.

²Art. 1º, Código Civil: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” (BRASIL, 2002)

Nas palavras de RODRIGUES (2002, p.41), “o legislador incluiu todos esses indivíduos na classe dos incapazes a fim de submetê-los a um regime global privilegiado capaz de preservar os seus interesses”. No entanto, para que essa proteção seja efetiva, a incapacidade deve ser proporcional à exata medida do discernimento do indivíduo (OLIVA; TEPEDINO, 2016, p.227-247).

2.2 Uma análise histórico-jurídica

É possível distinguir quatro etapas relativas à forma como a deficiência foi tratada ao longo da história: a) intolerância, caracterizada pelo repúdio por parte da sociedade, que considerava as pessoas com deficiência seres impuros, sendo a sua condição um castigo de Deus; b) invisibilidade, determinada pelo desprezo e ignorância absoluta quanto aos direitos e a dignidade dessas pessoas; c) assistencialista, definida pelo reconhecimento de que as pessoas com deficiência eram doentes e, por essa razão, deveriam ser submetidas a tratamentos que visassem a sua cura; d) humanista, qualificada pela defendida inclusão social, a garantia de direitos e a promoção da dignidade dessas pessoas (PIOVESAN, 2015, p.241).

Vê-se que, por muitos anos, as pessoas com deficiência foram submetidas a situações desumanas e degradantes até alcançarem uma posição de visibilidade na sociedade e, conseqüentemente, conquistarem os direitos e a dignidade que lhes são inerentes.

Na Grécia Antiga, os filósofos Platão³ e Aristóteles⁴ escreveram sobre a necessidade de eliminação das pessoas nascidas “disformes” como requisito para o planejamento das cidades. Para tanto, elas poderiam ser abandonadas ou atiradas do aprisco de uma cadeia de montanhas. Em Esparta, somente os fortes deveriam sobreviver para servir ao exército (GUGEL, 2017).

Na Roma Antiga não era diferente. As leis permitiam que os pais de crianças com deformidades físicas as matassem por afogamento (GUGEL, 2017). As pessoas com deficiência mental, por seu turno, sobreviviam, mas eram consideradas absolutamente incapazes e enquadradas no grupo dos *furiosus* ou dos *mentecaptus*.⁵

³A *República*, Livro I, 460 c. “Pegarão então os filhos dos homens superiores, e levá-los-ão para o aprisco, para junto de amas que moram à parte num bairro da cidade; os dos homens inferiores, e qualquer dos outros que seja disforme, escondê-los-ão num lugar interdito e oculto, como convém.” (PLATÃO *apud* GUGEL, 2017).

⁴A *Política*, Livro VII, Cap.XIV, 1335b. “Quanto a rejeitar ou criar os recém-nascidos, terá de haver uma lei segundo a qual nenhuma criança disforme será criada.” (ARISTÓTELES *apud* GUGEL, 2017).

⁵O *furiosus* era o alienado que tinha, vez ou outra, momentos de lucidez (*lucido intervallo*). Nos momentos de lucidez o *furiosus* é plenamente capaz, mas o furor sobrevindo, pode-se reear que ele dissipe os seus bens e comprometa dessa forma os direitos dos seus herdeiros legítimos. Assim, ele era considerado absolutamente incapaz, não podendo gerir o próprio patrimônio, um curador administrava em seu lugar. *Mentecaptus*

No Brasil, as pessoas com deficiência também sofreram com a marginalização e o abandono. Prova disso é a Colônia, manicômio construído na cidade de Barbacena/MG no ano de 1903, e que recebia, diariamente, nos “trens de doidos”, pessoas consideradas socialmente indesejáveis, com ou sem deficiência. Os constantes abusos contra os institucionalizados somente começaram a perder força com a luta antimanicomial. Antes, porém, milhares de pessoas morreram na internação (ARBEX, 2013).

O preconceito se refletiu no próprio Código Civil de 1916, que utilizou a expressão genérica “loucos de todo o gênero” para se referir a todas as pessoas com deficiência mental, independentemente do seu grau de discernimento.

(...) quando o Código de 1916 fazia referência à loucura, não se queria limitar àqueles casos de distúrbio mental que faziam do enfermo um furioso, mas aludia a toda espécie de desequilíbrio das funções cerebrais, sejam as que provinham de qualquer malformação congênita, sejam as que fossem subsequentes a uma enfermidade geral ou específica, sejam as que decorressem de um acidente e, no seu alcance, compreendiam toda enfermidade, vício ou lesão que afetasse o comportamento psíquico do indivíduo na sua vida de relação em sociedade. (PEREIRA, 2017, p.232)

A Codificação em comento estabelecia hipóteses de incapacidade absoluta e relativa em seus artigos 5º e 6º, respectivamente⁶. Entre os absolutamente incapazes estavam elencados os “loucos de todo o gênero” e os surdos-mudos que não conseguissem expressar a sua vontade. Assim, a incapacidade não se limitava à ausência ou redução do discernimento, mas à existência da deficiência, que era, nesse sentido, utilizada como critério incapacitante.

Considerando a taxatividade dos dispositivos, nota-se que as pessoas com deficiência somente podiam ser consideradas absolutamente incapazes, posto que as únicas hipóteses que as abrangiam estavam previstas no artigo 5º do CC/16, mais precisamente nos incisos II e III, não havendo disposição no artigo 6º que fizesse referência a elas.

Essa situação de desamparo começou a ganhar novos contornos com a ratificação de tratados internacionais pelo Brasil e o advento da Constituição Federal de 1988, pautada na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e na promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, inciso IV).

(*mentecapti*) e dementes (*dementes*) eram os loucos irrecuperáveis, necessitando de um curador permanente. (ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. p.140)

⁶Art. 5º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I. Os menores de dezesseis anos; II. Os loucos de todo o gênero; III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade; IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz. (BRASIL, 1916)

Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156); II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal; III. Os pródigos; IV. Os silvícolas. (BRASIL, 1916)

Em consonância com os valores constitucionais, o Código Civil de 2002 promoveu alterações nas hipóteses de incapacidade absoluta e relativa, passando a elencá-las nos artigos 3º e 4º, respectivamente⁷. A expressão “loucos de todo o gênero”, por exemplo, foi extirpada do texto legal por possuir um teor discriminatório.

O tema passou a ser tratado de forma mais técnica tendo em vista a catalogação, pela ciência médica, da imensa variedade de estados patológicos e sua gradação (PEREIRA, 2017, p.232). Assim, a definição do grau de discernimento tornou-se essencial para a distinção das pessoas com deficiência em absoluta ou relativamente incapazes.

A menção aos “surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade” também foi retirada do rol da incapacidade absoluta, inserindo-se, em seu lugar, “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade” (artigo 3º, inciso III, CC/02).

Embora as mudanças tenham sido realizadas acertadamente, a deficiência continuou a ser utilizada como critério incapacitante pela Codificação de 2002, o que é possível perceber pela leitura dos artigos 3º e 4º, com referência expressa à “enfermidade ou deficiência mental” e “sem desenvolvimento mental completo”.

De fato, a possibilidade de as pessoas com deficiência mental serem declaradas relativamente incapazes representa, de certa forma, uma conquista do Código Civil de 2002 quando comparado à Codificação anterior. Elas puderam ocupar um lugar intermediário, entre a capacidade plena e a incapacidade total, alcançando, dessa forma, o poder de exercer os atos da vida civil, ainda que mediante a assistência de terceiros.

Fato é que o regime das incapacidades continuou a merecer reparos, tendo em vista que a proteção deve se pautar não na deficiência em si, mas nos impedimentos que ela pode causar na vida das pessoas. Tornou-se necessário, portanto, repousar um novo olhar sobre as pessoas com deficiência, respeitando a sua autonomia e a sua dignidade.

3 UM NOVO OLHAR PARA A DEFICIÊNCIA

3.1 A influência dos tratados internacionais

⁷ Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. (BRASIL, 2002)

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002)

A preocupação em efetivar um sistema de proteção internacional dos direitos humanos ganhou projeção em meados do século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial. Em razão das atrocidades da guerra, surgiu a “necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional” (PIOVESAN, 2003, p.30).

O movimento internacional dos direitos humanos se pautou na premissa de que todas as nações têm a obrigação de respeitar esses direitos, bem como a responsabilidade de pleitear a sua proteção pelos Estados (BILDER, 1992 *apud* PIOVESAN, 2003, p.31).

No ano de 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que se impôs como a afirmação de uma ética universal. De acordo com ela, todas as pessoas são titulares de direitos e têm a dignidade como valor inerente à sua condição humana, o que inclui as pessoas com deficiência.

A proteção das pessoas portadoras de deficiência nesta esfera reflete o processo denominado especificação do sujeito de direitos, em que, segundo Norberto Bobbio, “o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc”. São, desta forma, considerados critérios de diferenciação como sexo, idade, condição física, dentre outros, que passam a demandar tratamento especializado. (PIOVESAN, 2003, p.303)

Nesse sentido, alguns instrumentos internacionais se consolidaram com o intuito de efetivar a dignidade e garantir maior proteção às pessoas com deficiência. Dentre eles, destacam-se a Declaração de Direitos do Deficiente Mental (1971), a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes (1975), a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência (1999) e, mais recentemente, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2009).

O Brasil somente começou a ratificar tratados internacionais de direitos humanos de grande relevância a partir de 1985, com a redemocratização do país. Essa aderência aos diplomas internacionais se deve à necessidade de adequação do Estado Brasileiro à ética universal, considerando a sua nova conformação política, bem como à Constituição Federal de 1988, que “constitui o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil”(PIOVESAN, 2003, p.41-44).

A Carta Magna de 1988 incorpora os direitos enunciados nos tratados internacionais subscritos pelo Estado Brasileiro como direitos fundamentais, ao lado daqueles

que já estão expressamente previstos no diploma legal⁸. Busca-se, sobremaneira, efetivar a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art.1º, inciso III, CF/88), a fim de garantir a todo indivíduo tratamento respeitável e viabilizar condições de vida para que se adquira liberdade de projeçãodos contornos de sua existência.

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2002, p. 62).

Dentre os instrumentos internacionais em defesa dos direitos das pessoas com deficiência, o mais relevante é, sem dúvida, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, realizada em Nova York e promulgada pela Organização das Nações Unidas no ano de 2007.

Constitui o primeiro tratado do sistema universal de direitos humanos do Século XXI, cujos princípios cardiais são o “*in dubio pro capacitas*” e o da “intervenção mínima” e, nesse aspecto, promove uma reviravolta no regime das incapacidades e no sistema de direito protetivo pautado na substituição de vontades (MENEZES, 2015).

No Brasil, a CDPD foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186 de 2008, com quórum qualificado de três quintos, nas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, conforme previsão do artigo 5º, parágrafo 3º, da CF/88, logrando status de norma constitucional. Com a promulgação do Decreto Presidencial nº 6.949 de 25 de agosto de 2009, teve início sua vigência⁹.

A CDPD, pautada em princípios norteadores¹⁰, assume um papel importante na busca pela proteção, dignidade e visibilidade das pessoas com deficiência. Representa “uma

⁸Art. 5º, § 2º, Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL, 1988)

⁹ Art. 4. Item 4. CDPD: “Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau”. (BRASIL, 2009)

¹⁰ Art. 3, CDPD: “Os princípios da presente Convenção são: a)O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas e a independência das pessoas;b)A não-discriminação;c)A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;d)O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;e)A igualdade de oportunidades;f)A acessibilidade;g)A igualdade entre o homem e a mulher;h)O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade. (BRASIL, 2009)

nova visão sócio humanitária e jurídica do deficiente, procurando sua reabilitação no seio da comunidade, sua independência e sua igualdade no exercício da capacidade jurídica” (DINIZ, 2016).

A CDPD abandona a compreensão da deficiência como um aspecto intrínseco à pessoa, para entendê-la como uma limitação duradoura que se agrava pela interação dos impedimentos naturais com as barreiras sociais, institucionais e ambientais, excluindo ou dificultando a participação do sujeito no meio social (MENEZES, 2015, p.4)

Com o propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente (artigo 1), a CDPD desvincula os conceitos de deficiência e incapacidade, determinando que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida (artigo 12). Isso significa que, em regra, elas passaram a ser reconhecidas como plenamente capazes.

Para que essa igualdade de condições seja efetivada, a Convenção determina que os Estados adotem medidas de apoio ao exercício da capacidade legal pelas pessoas com deficiência, incluindo salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, excessos e ilegalidades, em conformidade com os direitos humanos (artigo 12, itens 3 e 4).

O Brasil, por exemplo, optou por adotar, além da curatela, a tomada de decisão apoiada como medida a viabilizar a prática dos atos da vida civil por pessoas com deficiência, isto é, o exercício da sua capacidade jurídica.

Ante o exposto, vislumbra-se que a sociedade caminha rumo à valorização da diversidade e da inclusão e, partindo do reconhecimento da dignidade em cada ser humano, ampliou os espaços de liberdade no que diz respeito às situações subjetivas existenciais, inclusive para as pessoas com deficiência.

3.2 O ordenamento jurídico brasileiro

Com o objetivo de alinhar o ordenamento jurídico brasileiro à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, foi editada a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015), mais conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou, sobremaneira, o tradicional sistema das incapacidades, revogando algumas disposições do Código Civil de 2002.

Apesar da delonga entre a ratificação da CDPD pelo Brasil e a edição da Lei nº 13.146/15, as principais propostas realizadas pela Convenção foram reproduzidas pelo Estatuto. Assim, todas as formas de deficiência continuaram a ser protegidas, sem ressalvas.

O propósito da nova lei consiste em assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência¹¹, com vistas a sua inclusão social e cidadania (artigo 1º, *caput*). Manteve-se, portanto, a preocupação em garantir a igualdade de condições das pessoas com deficiência, efetivando a sua dignidade.

Também, por meio dos artigos 6º e 84¹², o EPD assegurou a expressa desvinculação de deficiência e incapacidade, de forma que o simples fato de uma pessoa possuir algum tipo de deficiência, por si só, não é suficiente para que seja declarada incapaz.

Assiste razão ao Estatuto tendo em vista que não é a deficiência que retira da pessoa o direito de praticar os atos da vida civil, mas sim a ausência de discernimento, da capacidade de manifestação da vontade e de compreender as consequências da escolha (MENEZES, 2017).

Um dos grandes méritos do Estatuto da Pessoa com Deficiência é o absoluto desatrelamento entre os conceitos de incapacidade civil e de deficiência. São ideias autônomas e independentes. Uma pessoa com deficiência, em regra, é plenamente capaz e, por outro lado, um ser humano pode ser reputado incapaz independentemente de qualquer deficiência. Bastaria pensar no exemplo de uma pessoa que esteja internada na UTI. Não podendo exprimir vontade, será considerada incapaz, mesmo não possuindo qualquer tipo de deficiência. De todo modo, um surdo-mudo que pode declarar sua vontade, malgrado a deficiência, é reputado plenamente capaz. (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p.241)

A proteção jurídica dos incapazes continuou a se realizar por meio do instituto da curatela, que, com o advento do EPD, experimentou o fenômeno da flexibilização. Trata-se de um instituto muito diferente daquele até então vigente, o qual, em vez de ser decidido com base nas singularidades de cada indivíduo, tolhia a autonomia dos incapazes, especialmente no que concerne às situações existenciais. A preocupação do legislador circundava, eminentemente, os interesses patrimoniais do curatelado (MENEZES, 2015, p.2).

¹¹ Art. 2º, Lei n.13.146/15: “Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.” (BRASIL, 2015)

¹² 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 à informação 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; 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. (BRASIL, 2015)

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas (...). (BRASIL, 2015)

A curatela tornou-se medida protetiva personalizada, atenta às singularidades de cada indivíduo. Por essa razão, para ser determinada, é necessário que o juiz seja assistido por equipe multidisciplinar, apresentando decisão motivada e que preserve os interesses do curatelado¹³.

Excepcionalmente, verificada a ausência do discernimento, por meio das cautelas devidas e, no âmbito do devido processo legal, é que será possível restringir-lhe a autonomia e fixar-lhe a curatela. Aqui teríamos uma medida protetiva mais extremada com o efeito de restringir a capacidade para a prática dos atos da vida civil. No entanto, será sempre proporcional à demanda específica do curatelado e durará pelo menor tempo possível. Ainda assim, conforme se verá, o curatelado terá direito a que as decisões praticadas em seu nome visem alcançar os seus interesses fundamentais (MENEZES, 2015, p.12)

A princípio, a curatela atinge somente os direitos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto (artigo 85, *caput* e parágrafo 1º, Lei nº 13.146/15). Contudo, a LBI, ao dispor que a curatela deve ser “proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso” (artigo 84, parágrafo 3º), possibilita o entendimento de que os direitos existenciais não são intangíveis. Nesse diapasão, tem-se admitido a extensão do poder do curador, a depender da situação específica e concreta do curatelado, e desde que por decisão fundamentada, respeitando-se, ao máximo, as suas preferências. A seguir, importante voto do Desembargador Francisco Loureiro¹⁴:

Uma interpretação sistemática e teleológica do Estatuto da Pessoa com Deficiência impõe a conclusão de que as pessoas que não consigam exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente devem ser consideradas relativamente incapazes, pois em geral conservam sua autonomia para a prática de atos de natureza existencial, relacionados aos direitos da personalidade, a exemplo dos direitos sexuais e reprodutivos, e aqueles relacionados ao planejamento familiar. Todavia, dependendo do grau de comprometimento das faculdades mentais da pessoa, poderá ela submeter-se à curatela total ou parcial, que abrangerá eminentemente os atos de natureza patrimonial e negocial.

Com o objetivo de garantir a presença do curador no cotidiano do curatelado, especialmente do institucionalizado, a LBI admitiu a possibilidade da curatela compartilhada, permitindo que o juiz, de ofício ou a requerimento, nomeie duas ou mais pessoas para exercerem o múnus conjuntamente (artigo 1.775-A, CC/02).

Quanto às pessoas com deficiência que conseguem exprimir sua vontade e, por essa razão, são consideradas plenamente capazes, é facultado recorrer à tomada de decisão apoiada caso entendam ser medida necessária à sua proteção (artigo 84, parágrafo 2º, Lei nº

¹³ Art. 85, §2º, Lei n.13.146/15: “A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado” (BRASIL, 2015)

¹⁴ TJ/SP, 1ª Câmara de Direito Privado, ApCív. 0307037-84.2009.8.26.0100 – comarca de São Paulo, rel. Des. Francisco Loureiro, voto 29.643.

13.146/15). Trata-se de uma “medida promocional de autonomia que resguarda a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente os seus desejos e anseios vitais” (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2017, p.304).

O Código Civil, no artigo 1.783-A, prevê que a tomada de decisão apoiada é um procedimento de jurisdição voluntária destinado à nomeação de pelo menos duas pessoas idôneas para prestar apoio nas decisões sobre os atos da vida civil, fornecendo à pessoa com deficiência elementos e informações necessários para que esta possa exercer sua capacidade com a ciência de todos os efeitos da sua escolha.

O pedido é realizado pela pessoa que necessita do apoio e deve estar acompanhado de termo assinado por ela e por seus apoiadores, estabelecendo os limites e o prazo do apoio a ser oferecido (artigo 1.783-A, parágrafo 1º, CC/02). O juiz deve ouvir o Ministério Público, o requerente e os possíveis apoiadores para só então decidir sobre a homologação do termo apresentado (artigo 1.783-A, parágrafo 3º, CC/02).

Nota-se que o Estatuto alterou significativamente o regime das incapacidades até então vigente, tornando-o “mais maleável, pensado a partir das circunstâncias do caso concreto e em prol da inclusão das pessoas com deficiência, tutelando a sua dignidade e a sua interação social” (TARTUCE, 2015a).

Por meio do artigo 114¹⁵, o EPD revogou expressamente os incisos I, II e III do artigo 3º e modificou os incisos II e III do artigo 4º do CC/02. Inicialmente, retirou do rol dos absolutamente incapazes “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos [da vida civil]” e “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. Dessa forma, a incapacidade absoluta se restringiu aos menores de dezesseis anos.

Do inciso II, artigo 4º do CC/02 foram extirpados “os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido”; já o inciso III, que se referia aos “excepcionais, sem

¹⁵ Art. 114. A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art.3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

I – (Revogado);

II – (Revogado);

III – (Revogado).”

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

.....

II – os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

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

.....

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.” (BRASIL, 2015)

desenvolvimento mental completo” passou a vigor como “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”.

Ao alterar os artigos 3º e 4º do CC/02, o Estatuto pretendeu implementar o disposto no artigo 12 da CDPD- segundo a qual os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida - para suprimir a referência que os dispositivos faziam à deficiência mental como critério incapacitante.

Sendo assim, o EPD reconheceu que todas as pessoas com deficiência são capazes, condicionando a declaração da incapacidade aos casos em que forem verificadas condições permanentes ou transitórias que impeçam a livre manifestação da vontade pelo indivíduo (artigo 4º, inciso III, CC/02).

Contudo, a Lei Brasileira de Inclusão, ao promover alterações no sistema das incapacidades, não se atentou às pessoas sem qualquer discernimento e àquelas que se encontram impossibilitadas de manifestarem a sua vontade, inserindo-as no rol dos relativamente incapazes, mais precisamente no inciso III do artigo 4º do CC/02, juntamente com os indivíduos que não conseguem exprimir o seu querer apenas em relação a determinados atos da vida civil.

4 A MUDANÇA NAS INCAPACIDADES

4.1 O equívoco da Lei nº 13.146/15

Embora o Estatuto da Pessoa com Deficiência seja muito recente, as alterações que promoveu no regime das incapacidades já ensejou a formação de duas correntes doutrinárias. A primeira, à qual se filiam José Fernando Simão e Vitor Kümpel, não aprovou as modificações por entender que a dignidade das pessoas com deficiência só é promovida através da sua proteção como vulneráveis (dignidade-vulnerabilidade). A segunda, por sua vez, representada por Joyceane Bezerra de Menezes e Nelson Rosenthal, apoia as inovações partindo da premissa da dignidade-liberdade (TARTUCE, 2015b).

Apesar das numerosas divergências de pensamento, em um ponto a maioria dos doutrinadores concorda: o Estatuto, ao promover mudanças nas hipóteses de incapacidade absoluta, não considerou os casos das pessoas sem discernimento e daquelas que estão impossibilitadas de manifestarem a sua vontade, ainda que de forma temporária. Trata-se de um grande equívoco que demanda a busca por uma solução que ampare devidamente essas pessoas.

Entre os absolutamente incapazes restaram apenas as pessoas menores de dezesseis anos. Nisso o EPD pecou – por excesso de cuidado. Deixou de considerar absolutamente incapaz aquela pessoa completamente faltosa de discernimento, sem qualquer capacidade de entendimento ou de manifestação de um querer. Transpôs para o rol dos relativamente incapazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não podem exprimir sua vontade (art. 4º, III). Nesse ponto, merece ser retificado, pois aquele que não tem condições de manifestar a sua vontade por estar em coma, por exemplo, não pode praticar quaisquer atos da vida civil. De igual modo, não terá vontade jurígena aquele que não dispõe de nenhum discernimento. Quanto ao mais, fez bem o EPD. (MENEZES, 2017)

De fato, a mudança que o Estatuto promoveu no regime das incapacidades, ao retirar essas pessoas do rol dos absolutamente incapazes e inseri-las no rol dos relativamente incapazes – mais precisamente no inciso III do artigo 4º –, causou um sério problema. Em tese, elas passaram a ser assistidas – e não mais representadas –, tendo em vista sua condição de relativamente incapazes.

Ocorre que a assistência somente se caracterizase os curatelados tiverem alguma condição de, em conjunto com os seus curadores, decidirem sobre os atos da vida civil. Não é o caso, afinal, as pessoas em comento continuaram a depender de terceiros para atuarem em seu nome e em favor dos seus interesses, o que configura, na prática, representação. Os comatosos, por exemplo, não apresentam a mínima condição de praticarem os atos da vida civil com o auxílio dos seus curadores, necessitando deles para tudo.

A alteração tem por consequência que, com a vigência do Estatuto, aquele que não puder exprimir sua vontade passa a ser assistido, ou seja, participa do ato juntamente com seu representante legal. Pergunto: se uma pessoa estiver em coma induzido por questões médicas e, portanto, temporariamente sem discernimento algum, como pode ela realizar o ato com a assistência ou auxílio? A interdição que, por fim, declarar a pessoa relativamente incapaz será inútil em termos fáticos, pois o incapaz não poderá participar dos atos da vida civil. O equívoco do Estatuto, neste tema, é evidente. A mudança legislativa é extremamente prejudicial àquele que necessita de representação e não de assistência e acarreta danos graves àquele que o Estatuto deveria proteger. (SIMÃO, 2015)

Portanto, a alteração promovida pela Lei Brasileira de Inclusão, inserindo as pessoas sem discernimento e as que não conseguem exprimir a sua vontade no rol dos relativamente incapazes, foi equivocada. Conceder a elas mais autonomia, por si só, não promove maior dignidade, pelo contrário, reduz sua proteção. Nesse ponto, há outro problema, que se traduz nas consequências dessa mudança.

Primeiramente, a modificação perpetrada pelo EPD causa questionamentos quanto à natureza dos atos praticados pelas pessoas sem qualquer compreensão.

O dilema desdobra-se, entretanto, em outro. Haveria aí, nessa situação “sui generis”, nulidade ou mera anulabilidade? Como se sabe, o regime de incapacidade relativa, leva à anulabilidade. Por outro lado, quem haveria de manifestar a vontade para, antes do prazo decadencial, impedir a convalidação? Acredito, nesse campo de primeiras reflexões, que deva prevalecer o regime de nulidade, mais benéfico ao deficiente. (CORREIA, 2015)

Pelo antigo regime das incapacidades, os atos praticados por essas pessoas eram nulos por serem elas consideradas absolutamente incapazes (artigo 166, inciso I, CC/02). Com o advento da LBI, os atos tornaram-se anuláveis, tendo em vista sua condição de relativamente incapazes (artigo 171, inciso I, CC/02). A consequência prática negativa da alteração é que, agora, os atos terão efeitos normais até que algum provimento judicial cesse a sua eficácia (KÜMPEL; BORGATELLI, 2015).

Contudo, os atos anuláveis, ao contrário dos nulos, convalidam com o passar do tempo. Isso significa que, se ninguém se manifestar, dentro do prazo decadencial, pela cessação da eficácia do ato praticado, ele se convalidará. Os atos nulos, por sua vez, não se convalidam, razão pela qual é mais benéfico às pessoas sem discernimento, que ficam protegidas contra terceiros de má-fé.¹⁶

Diferentemente do que ocorre com os absolutamente incapazes – menores de dezesseis anos –, os prazos prescricionais e decadenciais se operam em face dos relativamente incapazes¹⁷. A problemática reside no fato de que esses prazos passaram a ser contabilizados em desfavor das pessoas sem qualquer discernimento, posto que elas tiveram sua incapacidade relativa reconhecida.

Isso significa que quando o absolutamente incapaz é credor não terá a desvantagem de ver suas pretensões prescritas. Assim, se um menor com 10 anos de idade é credor de aluguel, a prescrição fica impedida de correr até que ele complete 16 anos. O tempo decorrido não prejudica o absolutamente incapaz, mas apenas o favorece. Assim, se o mesmo menor for devedor, o prazo prescricional transcorre normalmente, pois isso o beneficia. (SIMÃO, 2015)

Portanto, conclui-se que o Estatuto, apesar de apresentar muitas conquistas, não se atentou para as consequências apontadas e para a necessidade de proteger as pessoas que detêm dependência absoluta de terceiros para a prática dos atos da vida civil.

4.2 Projeto de Lei nº 757/15, uma solução?

Diante do impasse causado pela alteração no artigo 3º do CC/02, verifica-se a necessidade de mudança legislativa. Caso contrário, a solução será admitir a manutenção da incapacidade relativa, mas mediante representação de terceiros, em uma verdadeira hibridização de institutos:

¹⁶ Art. 169, Código Civil: “O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo” (BRASIL, 2002)

¹⁷ Art. 198, Código Civil: “Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; (...)” (BRASIL, 2002)

Art. 208, Código Civil: “Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.” (BRASIL, 2002)

(...) se o interditado não detém qualquer possibilidade de manifestação de vontade, a nova legislação o colocou diante de um impasse: seu curador não pode representá-lo, pois ele não é absolutamente incapaz, e tampouco conseguirá praticar qualquer ato da vida civil, pois não conseguirá externar seus interesses para que alguém lhe assista. Caso o quadro legislativo não se altere, será razoável tolerar uma hibridização de institutos, para que se admita a existência de incapacidade relativa na qual o curador representa o incapaz, e não o assiste (CORREIA, 2015).

O problema consiste no fato de que a permanência do quadro legislativo pode ensejar, além do entendimento pela hibridização dos institutos, várias outras interpretações, dando margem à insegurança jurídica.

Pensando na mudança legislativa, destaca-se o Projeto de Lei do Senado Federal nº 757 de 2015¹⁸, proposto, dentre outros, pelos senadores Antonio Carlos Valadares e Paulo Paim. Alega-se que, embora o EPD apresente muitos avanços, também está eivado de inconsistências que acabarão por desproteger as pessoas sem qualquer discernimento.

Enfim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, se entrar em vigor sem retificações, recolherá o manto protetor que o Direito reservou para as pessoas sem discernimento ou sem capacidade de manifestar a própria vontade, não importando se essas condições resultam de deficiência, de enfermidade ou de qualquer outra causa. Para impedir essa tragédia jurídica, propõem-se ajustes no Estatuto da Pessoa com Deficiência, no Código Civil e no Código de Processo Civil, sem vincular automaticamente a condição de pessoa com deficiência a qualquer presunção de incapacidade, mas garantindo que qualquer pessoa com ou sem deficiência tenha o apoio de que necessita para os atos da vida civil.¹⁹

Considerando que o texto original foi modificado pela Emenda nº1 proposta pelo senador Telmário Mota, com aprovação pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa em 08 de junho de 2016, a análise recai sobre a versão substitutiva do PLS nº757/2015.

O referido projeto propõe uma série de alterações em dispositivos do Código Civil, do Código de Processo Civil e do EPD, dentre os quais se destaca aquela perpetrada no artigo 3º do CC/02, que passaria a vigorar da seguinte forma:

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

.....
IV – os menores de dezesseis anos;

V – os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial;

VI – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

¹⁸ Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada.

¹⁹ Trecho da justificção do Projeto de Lei do Senado nº757/2015. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=574431&disposition=inline>> Acesso em: 08 de out. 2017.

Com a nova redação, o rol dos absolutamente incapazes seria ampliado, incluindo, além dos menores de dezesseis anos, “os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos [da vida civil], conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial”, bem como “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”.

É importante notar que os incisos V e VI do artigo 3º proposto pelo PLS nº 757/2015 não se confundem. No caso do inciso V, a incapacidade absoluta somente poderá ser reconhecida se a pessoa não apresentar nenhum discernimento. Já no inciso VI, a declaração de incapacidade dependerá da total impossibilidade de manifestação da vontade.

O projeto de lei, acertadamente, não utilizou a deficiência como critério incapacitante, apresentando uma redação bem elaborada. No entanto, MENEZES (2017) aponta a necessidade de se acrescentar no inciso V do artigo 3º que a avaliação biopsicossocial seja realizada por equipe multidisciplinar, em conformidade com o disposto no artigo 2º, parágrafo 1º do EPD:

(...) § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:
 I – os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
 II – os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
 III – a limitação no desempenho das atividades; e
 IV – a restrição de participação

A avaliação biopsicossocial é importante por considerar não apenas os dados médicos que demonstrem a incapacidade, mas também os aspectos sociais que circundam o indivíduo. (CUNHA; FARIAS; BRITO, 2017, p.25). É prudente que ela seja realizada por equipe multidisciplinar para a formação de um juízo mais seguro quanto à real aferição da incapacidade.

O excesso de zelo visa a evitar que a aferição do discernimento seja pautada apenas em face da limitação natural da pessoa e não na interação desta com as barreiras sociais (art. 1º, CDPD, e art. 2º, EPD). De igual modo, visa a evitar os riscos do poder psiquiátrico, segundo a crítica realizada por Michel Foucault. (MENEZES, 2017)

As barreiras sociais, referidas pela autora, traduzem-se nos entraves, obstáculos, atitudes ou comportamentos que limitam ou impeçam a participação social, bem como o gozo, a fruição e o exercício dos direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à circulação com segurança, entre outros (artigo 3º, inciso IV, Lei nº 13.146/15). Portanto, a análise sobre a pessoa deve ser ampla para que, só então, ela possa ser declarada incapaz.

Para que não haja dúvida quanto ao fato de que a incapacidade absoluta só pode se justificar se a pessoa não apresentar qualquer discernimento ou se estiver totalmente impossibilitada de manifestar a sua vontade, MENEZES (2017) também sugere um ajuste à redação do inciso VI do artigo 3º proposto pelo projeto de lei em comento. Segundo ela, o dispositivo deveria ser alterado para “os que, mesmo por causa transitória, não puderem, sob qualquer forma, exprimir sua vontade”. Desse modo, evita-se que o entendimento seja relativizado nos Tribunais.

A redação proposta pelo PLS nº 757/15 para o artigo 4º do CC/02 também deve ser modificada a fim de coibir que as pessoas sem qualquer compreensão sejam, porventura, declaradas relativamente incapazes. De acordo com o projeto de lei, o dispositivo passaria a ser escrito da seguinte forma:

Art. 4º (...)

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que tenham o discernimento reduzido de forma relevante, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial; (...)

Para MENEZES (2017), além da necessidade de se acrescentar ao inciso II do artigo 4º que a avaliação biopsicossocial deve ser realizada por equipe multidisciplinar, pelos motivos já expostos, um outro inciso deveria ser inserido para fazer referência às pessoas que não conseguem exprimir a sua vontade apenas com relação a determinados atos da vida civil e, por essa razão, necessitam de assistência. Em relação aos que têm discernimento reduzido, não devem ser abarcados pelo artigo, pois, para eles, é possível a tomada de decisão apoiada. Nesse sentido, ela propõe alterações no projeto de lei, de forma que sua redação passe a ser:

Art. 4º (...)

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multidisciplinar; (...)

V - os que não tenham qualquer discernimento para a prática de determinados e específicos atos civis, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial, realizada por equipe multidisciplinar.

As sugestões proferidas por MENEZES (2017) são adequadas na medida em que permitem eliminar qualquer tipo de lacuna e evitar interpretações que, de alguma forma, prejudiquem as pessoas sem discernimento e as que se encontram impossibilitadas de manifestarem a sua vontade, ainda que temporariamente.

As mudanças no artigo 3º do CC/02 não alterariam a nova faceta do instituto da curatela, que “perdeu o fôlego enquanto medida de substituição de vontade” (MENEZES, 2015, p.15). Mesmo em relação às pessoas sem discernimento algum, é preciso que os seus interesses e preferências sejam, ao máximo, garantidos. Sendo assim, cabe ao juiz continuar

analisando caso a caso, acompanhado por equipe multidisciplinar, e respeitando as particularidades de cada indivíduo.

Caso o curatelado houver nascido sem qualquer competência volitiva e, por isso, não houver registrado por seu modo de viver quais seriam esses interesses fundamentais, a atuação do curador deverá se guiar pelo princípio da beneficência, seguindo os padrões respeitáveis à dignidade da pessoa humana e os direitos do curatelado, na tentativa de atender, sempre que possível, às suas inclinações e relações afetivas. Dito isto, a fixação dos limites da curatela deve evitar dois extremos: de um lado, a proteção excessiva que aniquila toda autonomia da pessoa, lançando-a em um estado semelhante ao da morte civil. De outro lado, a limitação da curatela apenas à administração do patrimônio, excluindo, em abstrato e a priori, eventual e necessária proteção no plano das questões existenciais. Se houver necessidade de proteger o interdito no âmbito dessas questões não patrimoniais, a curatela deverá recair também sobre tais interesses, respeitadas as salvaguardas importantes à efetivação dos direitos humanos. (MENEZES, 2015, p.18).

Nota-se que a limitação da autonomia pela declaração da incapacidade é medida extrema, não significando necessariamente o cerceamento da dignidade da pessoa humana. Pelo contrário, em determinadas situações, a proteção e a dignidade se efetivam justamente com a restrição da autonomia. É o caso das pessoas sem competência volitiva e daquelas que se encontram impossibilitadas de exprimirem sua vontade, seja temporária ou permanentemente, que precisam de uma proteção mais significativa por parte do Estado para que sua inclusão social seja viabilizada e seus direitos garantidos.

Como se vê, o PLS nº757/15 necessita de alguns ajustes em relação à redação dos dispositivos propostos, mas, de maneira geral, é satisfatório quanto à tentativa de corrigir o equívoco causado pelo EPD no regime das incapacidades. Isso porque, além de promover maior proteção às pessoas em comento, se alinhou à ideia de desvinculação entre deficiência e incapacidade, compreendendo que a deficiência em si não faz de ninguém um incapaz.

Em relação às mudanças que almeja promover no artigo 3º do CC/02, o PLS nº757/15 merece ser aprovado, mediante os ajustes já comentados. Só não é possível afirmar que sua aprovação deve ser total porque isso demandaria uma análise minuciosa acerca das demais alterações propostas em relação a outros dispositivos legais, como é o caso dos artigos 123 da Lei nº13.146/15 e 1.548, 1.767, 1.769 e 1.777 do CC/02, entre outros. No ponto analisado, porém, o referido projeto de lei se apresenta como solução ao equívoco provocado pelo Estatuto, estando, atualmente, pronto para pauta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sob a relatoria de Lídice da Mata.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar a discussão por meio de uma solução única e definitiva sobre o assunto. Objetivou-se, na verdade, a reflexão sobre as mudanças perpetradas pela Lei nº 13.146/15 no regime das incapacidades até então vigente, com foco no artigo 3º do CC/02, que dispõe sobre a incapacidade absoluta.

Pela análise histórico-jurídica realizada, pode-se perceber que as Codificações de 1916 e de 2002 trataram a deficiência como critério incapacitante, refletindo a discriminação que as pessoas com deficiência sofreram, durante muitos anos, frente à sociedade brasileira.

Com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e da Lei Brasileira de Inclusão, as pessoas com deficiência passaram a gozar de capacidade legal em igualdade de condições com as demais. Essa desvinculação de deficiência e incapacidade ensejou novos contornos ao sistema das incapacidades.

A incapacidade deixou de ser declarada única e exclusivamente em razão da deficiência, considerando, em seu lugar, a existência ou não de impactos significativos no discernimento e na capacidade de manifestação da vontade pelo indivíduo. A curatela, por sua vez, passou por um processo de flexibilização, sendo determinada com base nas particularidades de cada pessoa, respeitando, ao máximo, suas preferências e escolhas.

Sendo assim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência representa, sem dúvida, uma grande conquista para as pessoas com deficiência, consistindo em um reflexo da pluralizada sociedade contemporânea em que nos inserimos, que busca cada vez mais a inclusão social, a igualdade e a garantia da dignidade da pessoa humana.

Todavia, ainda que com boa intenção, a Lei Brasileira de Inclusão não se atentou às pessoas sem qualquer discernimento ou impossibilitadas de exprimirem a sua vontade ao considerá-las relativamente incapazes, mesmo sendo totalmente dependentes de terceiros para representá-las. A mudança deveria ter sido realizada com cautela e observância à situação de todos aqueles sob sua proteção, compreendendo que não somente a autonomia assegura a dignidade.

Muitos doutrinadores se mostram preocupados com os efeitos negativos que a alteração realizada pelo EPD, mantendo como absolutamente incapazes somente os menores de dezesseis anos, pode causar na vida daqueles que dependem, em absoluto, de seus curadores. Os questionamentos relacionam-se à nulidade ou anulabilidade dos atos, bem como à contagem de prescrição e decadência.

Entre as soluções apontadas para se resolver o problema, o que parece mais efetivo e capaz de evitar futuras interpretações divergentes é a alteração legislativa. Contudo, ela deve ser realizada com razoabilidade e de forma pontual, resguardando todos os direitos

conquistados pelas pessoas com deficiência bem como a sua dignidade, vedando-se o retrocesso.

O Projeto de Lei do Senado nº 757/2015 mostra-se apto a solucionar o equívoco do Estatuto quanto à alteração das hipóteses de incapacidade absoluta, desde que corrija alguns aspectos da redação proposta para evitar futuras divergências. Além de prezar pela maior proteção das pessoas sem discernimento e daquelas que não conseguem expressar a sua vontade, inserindo-as novamente no rol dos absolutamente incapazes, o referido projeto de lei atentou-se à ideia da desvinculação entre deficiência e incapacidade.

Não se pode afirmar que o PLS em comento deve ser totalmente aprovado, posto que isso demandaria a análise minuciosa das demais propostas nele contidas e referentes a outros dispositivos legais. O que se está dizendo é que, no que concerne ao artigo 3º do CC/02, o PLS nº757/2015 apresenta alterações interessantes, capazes de promover maior proteção e dignidade às pessoas em comento, sem retroceder nos direitos das pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**. São Paulo: Editora Geração, 2013.

BORGARELLI, Bruno de Ávila; KÜMPEL, Vitor Frederico. **A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes**. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>>. Acesso em: 16 de out de 2017.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 de out. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 de out. 2017.

_____. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm> Acesso em: 15 de out. 2017.

_____. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 10 de out. 2017.

_____. **Projeto de Lei n. 757, de 2015 (do Senado Federal).** Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/ecidania/visualizacao/materia?id=124251>>. Acesso em: 23 de out de 2017.

_____. **Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 15 de out. 2017.

CORREIA, Atalá. **Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas.** 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>> Acesso em: 18 de out de 2017.

CUNHA, Rogério S., FARIAS, Cristiano C., PINTO, Ronaldo B. **Estatuto da Pessoa com deficiência comentado artigo por artigo.** 2. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **A nova teoria das incapacidades.** Revista Thesis Juris – RTJ, São Paulo, vol. 5, n. 2, p. 263-288, mai./ago. 2016. Disponível em: <<file:///C:/Users/maria/Downloads/426-1173-1-PB.pdf>> Acesso em: 10 de out. 2017.

FARIAS, Cristiano C., ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Vol. 1 – 12. rev., ampl. e atual.** – Salvador: Ed. JusPodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano C., NETTO, Felipe B., ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil – Vol. Único – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.**

GUGEL, Maria Aparecida. **A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade.** 2017. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php#autor> Acesso em: 26 de out. de 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Civilística.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>> Acesso em: 26 de set. 2017.

_____. **O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 12, p. 137-171, abr./jun. 2017. Disponível em: <

<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume12/247673.pdf>> Acesso em: 13 de out. 2017.

OLIVA, Milena D.; TEPEDINO, Gustavo. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. *In*: MENEZES, Joyceane B. **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privada – Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. I/Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Manual de direitos humanos** (Coord. Garcia e Lazari). Vol. Único. Salvador: JusPodivm, 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. Vol. I. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de Direito Romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>> Acesso em: 19 de out de 2017.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I.** 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>> Acesso em: 16 de out. de 2017.

_____. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II.** 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>> Acesso em: 16 de out. de 2017.