

IONARA VICTORIA AHORN

OS IMPACTOS SOCIOJURÍDICOS
DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA
LEI N.º 13.146/2015
QUANTO À CAPACIDADE CIVIL



IONARA VICTORIA AHORN

**OS IMPACTOS
SOCIOJURÍDICOS DAS
ALTERAÇÕES PROMOVIDAS
PELA LEI N.º 13.146/2015
QUANTO À CAPACIDADE CIVIL**



**Fortaleza-CE
2023**

© Copyright 2023 - Todos os direitos reservados.

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo

Diagramação: Vanques Emanuel

Capa: Vanderson Xavier

Produção Editorial: Editora DINCE

Revisão: Gustavo José de Deus Souza Gomes

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)

Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)

Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)

Ma. Roberta Araújo Formighieri

Dr. Francisco Dirceu Barro

Prof. Raimundo Carneiro Leite

Eduardo Porto Soares

Alice Maria Pinto Soares

Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

AHORN, Ionara Victoria

OS IMPACTOS SOCIOJURÍDICOS DAS ALTERAÇÕES
PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.146/2015 QUANTO À CAPACIDADE CIVIL
Editora DINCE 2023. 92p

ISBN: 978-85-7872-657-7

DOI: 10.56089/978-85-7872-657-7

1. Direito Civil 2. Capacidade Civil I. Título

Todos os direitos reservados. Não é legalmente permitido reproduzir, duplicar ou transmitir qualquer parte deste documento em meios eletrônicos ou impressos. A gravação desta publicação é estritamente proibida.

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de **AUTORIA EXCLUSIVA DA AUTORA** e de sua inteira responsabilidade.

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)

Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

Somos assim: sonhamos o voo, mas tememos a altura. Para voar é preciso ter coragem para enfrentar o terror do vazio. Porque é só no vazio que o voo acontece. O vazio é o espaço da liberdade, a ausência de certezas. Mas é isso o que tememos: o não ter certezas. Por isso trocamos o voo por gaiolas. As gaiolas são o lugar onde as certezas moram.

Fiódor Dostoiévski, em Os Irmãos Karamazov

APRESENTAÇÃO

A presente obra tem como objetivo analisar as modificações efetuadas pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) no regime de incapacidades adotado pelo Código Civil brasileiro, bem como as consequências sociojurídicas da exclusão dos deficientes mentais do rol dos absolutamente incapazes. Com a inovação trazida pelo artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência se põe fim à incapacidade absoluta para pessoas maiores de dezoito anos, portanto, desde a vigência da lei em 02 de janeiro de 2016, os deficientes mentais, que não estejam submetidos ao regime de curatela, serão considerados plenamente capazes, só podendo ser declarados relativamente incapazes mediante uma inversão de carga probatória em procedimento especial (ação de curatela).

As alterações advindas com a Lei nº 13.146/2015 trouxeram inúmeras implicações ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como a

impossibilidade de declaração de nulidade absoluta dos atos civis praticados pelos deficientes mentais e a retirada da proteção que essas pessoas possuíam quanto à aplicação dos institutos da prescrição e decadência. Assim, em razão das mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao ordenamento jurídico brasileiro, passou-se a discutir se essas alterações seriam, de fato, benéficas para as pessoas com deficiência. Após uma pesquisa bibliográfica desenvolvida a partir de matérias publicadas em livros, artigos, revistas, dissertações, teses e publicações especializadas, que abordam diretamente o tema em análise, o que se conclui é que, embora a Lei nº 13.146/2015 possua alguns pontos passíveis de críticas, tais como a prescrição e decadência, que passam a correr contra os deficientes mentais, o supramencionado Estatuto foi brilhante ao fazer com que a incapacidade torne-se a exceção e não a regra para as pessoas dotadas de transtornos mentais, haja vista que a limitação de um indivíduo para a prática de atos civis deve repousar em sua dificuldade de querer e entender e não em uma perspectiva médica de impedimento psíquico ou intelectual, como acontecia no antigo sistema de incapacidades adotado pelo Código Civil brasileiro de 2002. Não se pode permitir que os deficientes mentais sejam meros espectadores de sua própria vida, fadados ao segregamento societário, sem qualquer perspectiva de alcance de sua autonomia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
-------------------------	-----------

1 DA INCAPACIDADE JURÍDICA E A SUA ABORDAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	17
--	-----------

1.1 OS INCAPAZES E A MANEIRA COMO ESSE ASSUNTO É TRATADO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E NA CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	22
---	----

1.2 AS MELHORIAS TRAZIDAS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015.....	33
---	----

2 A LEI N.º 13.146/2015 E A EXCLUSÃO DOS DEFICIENTES MENTAIS DO ROL DO ART. 3º DO CÓDIGO CIVIL	39
---	-----------

2.1 A PERSONALIZAÇÃO DA PERSONALIDADE	44
---------------------------------------	----

2.2 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N.º 13.146/2015 EM RELAÇÃO AOS NEGÓCIOS	
--	--

JURÍDICOS CELEBRADOS POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	52
3 DO DEBATE ACERCA DA EVOLUÇÃO OU RETROCESSO NO CONTEXTO DA (IN)CAPACIDADE CIVIL APÓS A LEI Nº 13.146/2015	59
3.1 AS DIVERGENTES ABORDAGENS SOBRE INTERDIÇÃO E CURATELA NA LEI N.º 13.146/2015 E NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	67
3.2 DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA (TDA) ..	77
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS.....	87

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a chamada “Teoria das Incapacidades”, segundo a qual os indivíduos são classificados em capazes, relativamente incapazes e absolutamente incapazes. Neste esteio, as pessoas que não são classificadas como plenamente capazes sofrem uma limitação na prática de atos da vida civil, não podendo celebrar negócios jurídicos ou se casar sem estarem devidamente representadas.

Por muito tempo se discutiu na esfera jurídica se essa “divisão” societária entre os indivíduos que conseguem exercer “pessoalmente” os atos da vida civil e aqueles que necessitam de representação ou assistência para exercê-los, de fato, garantiria uma maior proteção aos incapazes, haja vista que, por muitas vezes, esses indivíduos acabavam por serem segregados do convívio societário.

As críticas referentes ao Código Civil brasileiro em relação ao sistema de incapacidades eram severas, uma vez que o referido diploma legal, ao invés de possuir como base o princípio da

dignidade da pessoa humana para a defesa dos interesses das minorias societárias (característica marcante da Constituição Federal de 1988), preocupava-se mais com a administração dos bens do curatelado do que com o seu tratamento para persecução de uma autonomia.

Com o objetivo da lei em realizar uma inclusão plena das pessoas com deficiência na sociedade brasileira, a Lei nº 13. 146/2015 revolucionou o sistema de incapacidades adotado pelo Código Civil brasileiro, ao estabelecer que apenas os menores de 16 (dezesesseis) anos serão considerados absolutamente incapazes, e que, as pessoas que não puderem exprimir sua vontade, ainda que de forma transitória ou permanente, deixarão de ser consideradas absolutamente incapazes para serem classificadas como relativamente incapazes.

Assim, com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência os deficientes mentais foram definitivamente excluídos do rol dos absolutamente incapazes, sendo-lhes garantida plena capacidade para o exercício de atos na esfera civil, salvo quando se comprovar a impossibilidade ou limitação do indivíduo para exercer sozinho questões de ordem patrimonial, ocasião em que este será auxiliado pelo seu curador.

Dessa forma, no decorrer desta obra, procurar-se-á responder à questionamentos relevantes, tais

como: a classificação dos deficientes mentais como plenamente ou relativamente aptos para o exercício de atos na esfera é benéfica para o mesmo? Qual será o tratamento jurídico dado aos negócios jurídicos celebrados pelos deficientes mentais com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015)? Com a vigência da Lei nº 13.146/2015 todas as pessoas deficientes submetidas ao instituto da curatela passarão a ser consideradas plenamente capazes? O procedimento especial de Tomada de Decisão Apoiada surge em substituição ao instituto da curatela?

A justificativa para a apresentação desta obra decorre da necessidade de compreensão e esclarecimento da problemática que envolve a situação da capacidade civil dos deficientes mentais, contribuindo-se, assim, para o estabelecimento, segundo a interpretação da lei, das novas maneiras de limitação civil dos portadores de deficiência mental, segundo o seu grau de incapacidade, e as suas eventuais consequências no campo jurídico.

Em razão disso, tem-se como objetivo geral a análise das modificações advindas com a promulgação da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) em matéria de incapacidade, bem como das consequências sócio jurídicas advindas com a exclusão dos deficientes mentais do rol dos absolutamente incapazes. Os objetivos específicos são: identificar os possíveis benefícios e malefícios da

concessão de capacidade plena aos deficientes mentais e verificar se com o novo tratamento civil proporcionado aos deficientes mentais estes terão sua dignidade tutelada.

No que diz respeito aos aspectos metodológicos, a presente obra será baseada em um estudo descritivo-analítico. Em relação à tipologia da pesquisa, esta é bibliográfica, sendo desenvolvida mediante a análise de matérias publicadas em livros, artigos, revistas, dissertações, teses e publicações especializadas. Quanto à utilização e abordagem dos resultados, a pesquisa é pura, visto que possui como meta o saber, buscando-se a ampliação dos conhecimentos e qualitativa, pois busca apreciar a abordagem do tema no ordenamento jurídico pátrio.

No primeiro capítulo, faz-se uma breve explanação sobre os conceitos de personalidade e capacidade, diferenciando-se capacidade de direito e capacidade de fato. Além disso, também se discorre sobre o sistema de incapacidades adotado pelo Código Civil de 2002, e sobre a abordagem da matéria na legislação brasileira e na Convenção da ONU sobre o Direito das Pessoas com Deficiência.

Já no segundo capítulo, discute-se sobre as mudanças advindas no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como sobre a “personalização

da pessoa humana” trazida pela Lei nº 13.146/2015 e sobre o tratamento jurídico dado aos negócios jurídicos celebrados pelos deficientes mentais com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

No terceiro capítulo, aborda-se a divergência de entendimento existente na doutrina quanto aos reais benefícios trazidos pela Lei nº 13.146/2015, além da incongruência existente entre o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) quanto aos institutos da interdição e da curatela. Ao fim do vertente capítulo, discorre-se ainda sobre o procedimento especial de Tomada de Decisão Apoiada, que se trata de uma inovação trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O foco principal da presente obra é esclarecer os pontos relevantes sobre o assunto e, sobretudo, demonstrar que ao se fazer uma análise mais profunda sobre as mudanças advindas com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência percebe-se que ao se excluir os deficientes mentais do rol dos absolutamente incapazes não se deixa de resguardar a dignidade dessas pessoas, pelo contrário, o que se constata é que a referida mudança tem como fundamento trazer uma maior observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, passando-se a garantir ao deficiente mental o direito de exercício pessoal de seus atributos existenciais, com a consequente vedação

de transferência de direitos de caráter
personalíssimos à figura do curador.

CAPÍTULO 1

DA INCAPACIDADE JURÍDICA E A SUA ABORDAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Segundo o Ordenamento Civil brasileiro vigente, toda pessoa, seja ela física ou jurídica, é capaz de deveres e direitos na ordem civil, adquirindo a pessoa física a sua personalidade civil desde o seu nascimento com vida.

Nesse diapasão, faz-se essencial a diferenciação dos conceitos de personalidade e de capacidade, uma vez que se tratam de institutos diversos. A personalidade jurídica se refere à aptidão que todas as pessoas têm para adquirir direitos e deveres, sendo terminologia genérica inerente a todas as pessoas, e a capacidade jurídica é extensão da personalidade, uma vez que a capacidade para o exercício de certos atos da vida civil poderá sofrer limitações (VENOSA, 2014).

A capacidade jurídica pode ser classificada em capacidade de direito, que é a prerrogativa inerente a toda pessoa (natural ou jurídica) de contrair direitos e obrigações na ordem civil, e em capacidade de fato, que já se refere à possibilidade da pessoa praticar individualmente os atos da vida civil, sem necessitar do auxílio ou representação de outrem para a validade do ato.

Nesse sentido, assevera Sílvio de Salvo Venosa (2014, p.129):

Nesse diapasão, distingue-se a capacidade de direito ou jurídica, aquela que gera a aptidão para exercer direitos e contrair obrigações da capacidade de fato, que é a aptidão “pessoal” para praticar atos com efeitos jurídicos. Exemplo: o homem maior de 18 anos entre nós, na plenitude de sua capacidade mental, tem ambas as capacidades, a de direito e a de fato, pode ser sujeito de direito, podendo praticar pessoalmente atos da vida civil; já o alienado mental, interdito por decisão judicial, não deixa de ter personalidade, como ser humano que é, possuindo capacidade jurídica, podendo figurar como sujeito de direito, porém necessita de que alguém, por ele, exercite a capacidade de fato que não possui,

por lhe faltar o devido discernimento.
Seus atos da vida civil são praticados
por curador.

Apesar da capacidade de direito ser absoluta e não comportar gradação, a capacidade de fato, por se referir especificamente ao exercício individualizado dos atos da vida civil, contém em si uma verdadeira variação de graus, razão pela qual se terá pessoas com capacidade plena para exercer os atos da vida civil, pessoas com a capacidade reduzida e pessoas com total ausência de capacidade para a prática de tais atos (ROSENVALD, 2015).

O modelo de classificação dos indivíduos em capazes, relativamente incapazes e absolutamente incapazes adotado pelo Código Civil brasileiro foi denominado “Teoria das Incapacidades”, sendo, de acordo com tal teoria, a incapacidade do indivíduo medida excepcional. Essa divisão societária possui como primordial finalidade garantir a proteção e a igualdade de direitos para aqueles indivíduos que não possuem plena capacidade de praticar os atos da vida civil, por justamente não terem, naquele momento ou permanentemente, o discernimento necessário para a compreensão dos seus atos e das possíveis consequências geradas em virtude de

determinada escolha. Em síntese explicativa aduz Silvio Rodrigues (2003, p.54):

O legislador, ao arrolar entre os incapazes referidas pessoas, procura protegê-las. Partindo de que ao menor falta a maturidade necessária para julgar seu próprio interesse, ao amental falta o tirocínio para decidir o que lhe convém ou não, ao pródigo ou ao silvícola falta o senso preciso para defender seu patrimônio, o legislador inclui todos esses indivíduos a classe dos incapazes, a fim de submetê-los a um regime legal privilegiado, capaz de preservar seus interesses.

Antes da promulgação da Lei nº 13.146/2015, o Código Civil brasileiro elencava em seu artigo 3º como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, não só os menores de dezesseis anos, como também aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos civis e aqueles que não puderem exprimir sua vontade, ainda que por causa transitória. Tais pessoas não podiam exercer as situações jurídicas de maneira direta, sendo condição imprescindível

para a validade de seus atos que estas estivessem representadas por uma terceira pessoa.

Conforme assevera Caio Mário Silva Pereira (2015 PAG), os absolutamente incapazes estabelecem uma relação indireta com a vida jurídica através do instituto da representação, uma vez que eles são “inteiramente afastados de qualquer atividade no mundo jurídico, naqueles atos que se relacionam com seus direitos e interesses, procedem por via de representantes, que agem em seu nome, falam, pensam e querem por eles”.

Detentores de uma maior autonomia jurídica, os relativamente incapazes de praticar certos atos da vida civil encontram-se elencados no artigo 4º do Código Civil. Antes da promulgação da Lei 13.146/2015, faziam parte desse rol os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os que, por deficiência mental, tivessem o discernimento reduzido, os excepcionais sem desenvolvimento mental completo e os pródigos.

Em distinção ao que ocorre com os absolutamente incapazes, o sistema jurídico brasileiro não ignora por completo a vontade dessas pessoas, haja vista que o exercício de seus direitos só se realiza com a sua presença. Todavia, ao se considerar que essas pessoas também necessitam de proteção jurídica, ainda que em grau inferior, o

ordenamento jurídico exige que elas estejam devidamente assistidas por outrem para considerar válidos determinados atos (PEREIRA, 2015).

Assim, na medida em que determinado indivíduo não tem o discernimento necessário para compreender os seus atos ou as possíveis consequências advindas do seu exercício, torna-se necessário que o Estado garanta àquelas pessoas um tratamento diverso do ofertado às pessoas com total capacidade, pois o tratamento igualitário de indivíduos diferentes causaria claro prejuízo àqueles que se encontram em situação mais vulnerável. É a efetiva aplicação do princípio da isonomia.

1.1 OS INCAPAZES E A MANEIRA COMO ESSE ASSUNTO É TRATADO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E NA CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Constituição Federal brasileira de 1988 possui como uma de suas características a valorização do ser humano, especialmente através do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. É através do referido princípio que irá se garantir o

acesso material do indivíduo a sua autonomia, bem como a sua proteção perante terceiros e perante a sociedade.

Segundo o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.60), a dignidade da pessoa humana em sua completude é:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O direito à igualdade é garantido pela Constituição Federal brasileira não só em seu artigo

5º, que prevê a igualdade de tratamento para todas as pessoas¹, vedando-se qualquer forma de

¹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

² Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

³ Art. 7º. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

⁴ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

⁵ Art. 227. [...]§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: [...]II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. §2º § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

⁶ Art.203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...]V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

⁷ Art.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

discriminação, como também nos artigos 19, III, o qual proíbe aos entes públicos criarem qualquer tipo de distinções entre brasileiros ou preferências entre si², 7º, XXXI, que veda a discriminação, em razão da deficiência, quando da contratação do empregado e da sua manutenção no emprego³, 208, II, que garante o direito à educação⁴, 227, §1º, II, e §2º, que dispõe sobre o direito à inclusão social e à acessibilidade⁵, 203, V, que prevê o pagamento de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência, quando esta não tiver condições de se manter nem de ter sua manutenção provida por sua família⁶, e o art. 37, VIII, que garante a reserva de um percentual dos cargos e empregos públicos à pessoa com deficiência⁷.

Ao se estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, a Constituição Federal brasileira aponta a importância crucial da proteção das pessoas no ordenamento jurídico ao tempo em que se apresenta como símbolo da ratificação de documentos internacionais de direitos humanos (MENDES, 2015).

Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...] VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

Em 06 de abril de 2001, com a promulgação da Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/01), o Ordenamento Jurídico brasileiro obteve mais um avanço em relação à proteção do indivíduo e de seus direitos e garantias individuais, haja vista que a mesma garantiu de forma abrangente os direitos da pessoa portadora de transtornos mentais, bem como a obrigação do Estado de dar assistência a estas pessoas.

Já nos primeiros artigos da referida lei, a mesma explica de forma expressa e não taxativa os direitos das pessoas acometidas de transtorno mental, tais como o de ser protegida de qualquer forma existente de abuso e exploração e de ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, de acordo com as suas necessidades.

Diferentemente da Constituição Federal brasileira, o Código Civil brasileiro de 2002, não foi bem sucedido ao abordar o tema da incapacidade, haja vista que, quando comparado a Constituição Federal de 1988 e a Lei de nº 10.216/01, pode-se constatar um retrocesso do mesmo em relação à proteção das pessoas relativamente/absolutamente incapazes, já que há uma preocupação maior com a administração dos bens do incapaz do que o seu tratamento para a persecução de sua autonomia.

Nessa perspectiva, asseveram Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2015, p. 297):

Enclausura-se, por conseguinte, o incapaz no seu aspecto patrimonial, como se fosse esse o seu valor preponderante. 'O Código Civil ainda mantém essa visão patrimonialista para justificar a restrição de poder para algumas pessoas poderem atuar na vida jurídica, manifestando ou exteriorizando, pessoalmente, a sua própria vontade', como ressalta Daniel Eduardo Carnaccioni. [...] É que se detecta uma disparidade injustificável, um verdadeiro despautério jurídico. Afastar um sujeito da titularidade de seus direitos, obstando-lhe a prática de quaisquer atos da vida civil e dos próprios direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente, concedendo-lhe tutela tão somente aos interesses patrimoniais, a ser efetivada por intermédio de terceiros (o representante legal), relegando a um segundo plano os seus interesses existenciais.

Antes da promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que modificou substancialmente alguns artigos do Código Civil brasileiro, era necessário apenas uma breve leitura do artigo 3º do referido Código para que se observasse que o

tratamento dado ao indivíduo absolutamente incapaz era meramente patrimonial, esquecendo-se os aspectos existenciais e que, não obstante os impedimentos físicos, mentais, intelectuais ou sensoriais, aquele ser humano possui o direito de ser tratado como uma pessoa real, com direitos e deveres, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, e não apenas como uma pessoa detentora somente de direitos subjetivos.

O legislador ao estabelecer o regime de incapacidade e as suas implicações no Código Civil de 2002 não teve qualquer preocupação em garantir a tutela do incapaz no que tange às questões existenciais, restringindo a proteção desses indivíduos meramente ao âmbito patrimonial. Dessa forma, os direitos relativos à integridade física, ao próprio corpo, à vida digna, à honra, à saúde, ao casamento e ao planejamento familiar, por exemplo, eram exercidos pelo curador, não obstante serem direitos de caráter personalíssimos, portanto, intransmissíveis (MENDES, 2015).

Em consonância com o entendimento acima mencionado, aduz a professora Ana Vlândia Martins Feitosa (2014, p.41) em sua dissertação de mestrado:

Embora hajam sido idealizados para amparar os incapazes, resguardando-lhes seus bens, os mecanismos de suprimimento das incapacidades findam por solapar qualquer autonomia do sujeito para decidir sobre questões existenciais, em desalinho à dignidade da pessoa humana. Por esta razão, são medidas in extremis, necessitando, portanto, serem revistas em sua forma de interpretação e aplicação, para que não se afastem das balizas normativas instituídas pelo atual sistema de proteção dos direitos humanos das pessoas com deficiência.

De acordo com Nelson Rosenvald (informação verbal)¹, clarividente era o retrocesso do nosso Código Civil em matéria de incapacidade, haja vista que alguns artigos do mesmo afrontavam ainda o Decreto nº 6.949/09, que possui força de emenda constitucional. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Dec. nº 6.949/09) deixa claro em seu artigo 23, bem como em outros artigos, que, por mais que a pessoa seja portadora de deficiência, o ser humano não poderá de forma alguma ser excluído de seus direitos

¹ ROSENVALD, Nelson, “A Humanização da Curatela no Novo Código de Processo Civil” (palestra), Universidade de Fortaleza, Fortaleza/CE, 20 de maio de 2015.

fundamentais, o que, de certo modo, é o que fazia o nosso Código Civil vigente ao limitar/restringir direitos que não podem ser alvo de qualquer limitação/restrrição.

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), ratificada na forma do art. 5º, §3º, da CF, e que passou a integrar o sistema normativo brasileiro com hierarquia de emenda constitucional, trouxe ao nosso ordenamento jurídico um novo conceito de pessoa com deficiência (ARAUJO, 2015). Assim, o conceito de pessoa com deficiência deixa de ser um modelo estritamente médico para enquadrar também elementos ambientais e sociais. Nesse sentido, dispõe o artigo 1º da supramencionada convenção:

Artigo 1 [...] Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Em resumo, a Convenção traz uma nova abordagem de tratamento da pessoa com deficiência, ao buscar romper o tradicional tratamento patrimonialista adotado no ordenamento civil brasileiro para permitir que as pessoas que tenham algum nível de discernimento, ainda que de pouca extensão, possam decidir sobre determinadas questões existenciais, na medida de sua autonomia (FEITOSA, 2014).

A CDPD apresenta em seu artigo 3º como princípios gerais, o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade, a equiparação de direitos entre o homem e a mulher, a acessibilidade, a não discriminação, a igualdade de oportunidades, a autonomia individual e independência das pessoas, a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade e respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade, o que demonstra o objetivo do documento internacional de garantir que as pessoas com deficiência possam gozar dos direitos existenciais a elas inerentes, em condições de igualdade de oportunidades aos demais indivíduos.

No que tange aos objetivos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assevera Flávia Piovesan (2013, p. 174-175):

O propósito maior da Convenção é promover, proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência, demandando dos Estados-partes medidas legislativas, administrativas e de outra natureza para a implementação dos direitos nela previstos. Introduce a Convenção o conceito de 'reasonable accommodation', apontando ao dever do Estado de adotar ajustes, adaptações, ou modificações razoáveis e apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o exercício dos direitos humanos em igualdade de condições com as demais. Violar o 'reasonable accommodation' é uma forma de discriminação nas esferas pública e privada. Frisa ainda a Convenção que as pessoas com deficiência devem ter a oportunidade de participar ativamente dos processos decisórios relacionados a políticas e programas que as afetem. Os Estados estão obrigados a consultar as pessoas com deficiência, por meio de seus representantes e organizações, quando da elaboração e implementação de leis e medidas para efetivar a Convenção e outras políticas que impactem suas vidas.

Assim, com o ingresso da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no ordenamento jurídico pátrio com força de emenda constitucional, o tratamento meramente patrimonial dado aos indivíduos absolutamente ou relativamente incapazes pelo Código Civil passou a ser alvo de maiores críticas, uma vez que o reconhecimento de direitos humanos e liberdades fundamentais às pessoas com deficiência positivado na CDPD contribuíram fortemente para a mudança de perspectiva já estabelecida pela Constituição Federal de 1988, com a dignidade da pessoa humana como centro fundante do ordenamento jurídico brasileiro.

1.2 AS MELHORIAS TRAZIDAS PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

Grandes foram os avanços advindos com a promulgação da Lei nº 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil), uma vez que a mesma buscou corrigir o retrocesso do Código Civil brasileiro em matéria de incapaz, colocando novamente o princípio da dignidade da pessoa humana no ápice do ordenamento jurídico.

Diante de uma efetiva demonstração de incapacidade e visando-se a garantia dos interesses do incapaz, o ordenamento jurídico prevê a aplicação do instituto da curatela, que deve ser entendido como medida excepcional para a persecução dos interesses dos maiores incapazes, dentre estes os deficientes mentais que não puderem exprimir sua vontade. Por ser medida de exceção, a curatela deve ser imposta sempre em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, de forma a respeitar as exigências particulares de cada curatelado.

O Novo Código Processual flexibiliza a curatela através da fixação de limites para o exercício da mesma, bem como funcionaliza este instituto, com o estabelecimento de uma nova função ao curador, que não se limita mais somente à gerência do patrimônio do incapaz, atribuindo-se ao representante do incapaz também o dever de potencializar o tratamento do curatelado, visando o alcance da autonomia deste. Não obstante a isso, o novo código de ritos também traz como objetivo a “humanização” da curatela, com o intuito de se afastar a imagem de sanção punitiva do estado ao incapaz que era atribuída a tal instituto.

Ao se interditar um incapaz, torna-se estritamente necessário que se fixe os exatos limites daquela curatela, buscando-se a preservação de todos os aspectos existenciais do curatelado, haja

vista que não se pode permitir a existência de uma curatela ilimitada.

Nesse diapasão, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) estabelece de forma expressa em seu artigo 755, inciso I, que na sentença em que se decretar a interdição o juiz fixará os limites da curatela, devendo tal limitação ser estabelecida com base no estado e no desenvolvimento mental do interdito.

Outro avanço advindo com o Novo Código Processual brasileiro, em matéria de incapacidade, refere-se ao disposto em seu artigo 753, §1º, no qual se estabelece que a perícia pode ser realizada por uma “equipe composta por expertos com formação multidisciplinar”, sendo, desta forma, o curatelado avaliado em todos os seus aspectos pessoais, e não mais apenas por um psiquiatra, descaracterizando-se o antigo “modelo médico” de incapacidade adotado no ordenamento jurídico pátrio.

É também imprescindível que se faça uma breve comparação entre o artigo 1.778, do Código Civil de 2002, e o artigo 757, do Código de Processo Civil de 2015, que estabelecem:

Art. 1.778. A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos

filhos do curatelado, observado o art. 5º. (CC, 2002).

Art. 757. A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens do incapaz que se encontrar sob a guarda e a responsabilidade do curatelado ao tempo da interdição, salvo se o juiz considerar outra solução como mais conveniente aos interesses do incapaz. (CPC, 2015).

A modificação trazida pelo artigo 757, do NCPC, é mais um exemplo de flexibilização da curatela, uma vez que com o advento no novo Código, o magistrado poderá considerar uma solução mais conveniente aos interesses do incapaz, como, por exemplo, a curatela conjunta, possibilitando que o curatelado continue a exercer a sua função de pai ou mãe, não sendo mais o incapaz eximido desta função, como ocorria anteriormente (Art.1.778, CC/02).

Além disso, com o advento do Novo Código de Processo Civil, o curador passa a exercer uma nova função disposta no artigo 758, qual seja a de “buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito”, ou seja, o curador não possui mais somente a função de gerir o patrimônio do incapaz, além disto, é necessário que o curador cuide da saúde do interdito, potencializando o

tratamento do curatelado com o intuito de fazer o mesmo alcançar a sua autonomia.

Outra alteração trazida pelo novo código de ritos refere-se a quem deverá ser nomeado curador do incapaz. Necessário se torna, portanto, uma análise dos artigos 1.775, do CC/2002, e 755, §1º, do CPC/2015, abaixo citados:

Art. 1.775. O cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito.

§1º Na falta do cônjuge ou companheiro, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se demonstrar mais apto.

§ 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos.

§ 3º Na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do curador.

Art. 755. § 1º A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado.

Conforme se verifica mediante análise dos artigos supracitados, o NCPC prevê que a curatela deverá ser atribuída a quem melhor possa atender os interesses do curatelado, deixando de ser o curador determinado normativamente, sem uma análise do caso concreto, o que torna clara a preocupação do legislador com o bem-estar do curatelado e com a boa execução de seu tratamento.

Ademais, o artigo 755, §1º, da Lei 13.105/15 (NCPC) torna efetiva a possibilidade de exercício da chamada “curatela conjunta ou compartilhada”, que ocorrerá quando duas pessoas são curadoras de um só interdito, o que poderá ser determinado quando as circunstâncias fáticas necessitarem deste tipo de curatela para o bom desenvolvimento do curatelado.

CAPÍTULO 2

A LEI N.º 13.146/2015 E A EXCLUSÃO DOS DEFICIENTES MENTAIS DO ROL DO ART. 3º DO CÓDIGO CIVIL

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), promulgado em 07 de julho de 2015 e que entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro em 03 de janeiro de 2016, trouxe substanciais modificações ao regime das incapacidades estabelecido no Código Civil brasileiro de 2002.

Conforme estabelece o artigo 114 do referido estatuto, somente os menores de dezesseis anos serão considerados absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil. Desta forma, foram excluídos do artigo 3º da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) os que não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos civis, seja por enfermidade ou deficiência mental, e os que não puderem

expressar a sua vontade, ainda que por causa transitória.

A alteração ocorrida no artigo terceiro do Código Civil põe fim à incapacidade absoluta para as pessoas maiores de dezoito anos, o que acarreta, consequentemente, na extinção da ação de interdição absoluta no nosso ordenamento civil. Destarte, as pessoas com deficiência passam, em regra, a serem dotadas de capacidade plena para exercer pessoalmente os atos civis, valorizando-se a dignidade-liberdade desses indivíduos em detrimento de sua dignidade-vulnerabilidade (TARTUCE, 2016).

Ao se atribuir a capacidade civil plena como regra para os portadores de deficiência mental, visou-se adequar o regime de capacidade adotado pelo Código Civil brasileiro aos objetivos da Lei nº 13.146/2015, que tem como propósito “assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais, por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.” (artigo 1º).

Não obstante as alterações no artigo 3º do Código Civil, o artigo 4º da referida lei (CC/2002), que dispõe sobre a incapacidade relativa, também foi substancialmente alterado, sendo os deficientes mentais com discernimento reduzido e os

excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, excluídos desse regime.

Assim, levando em consideração as modificações feitas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, atualmente só são considerados relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais; os viciados em tóxicos; os pródigos e os que, por causa transitória ou definitiva, não puderem exprimir sua vontade.

Nesse diapasão, observa-se que os deficientes mentais somente em casos excepcionais poderão ser considerados dotados de incapacidade relativa, situação na qual serão enquadrados como pessoa que, por causa transitória ou permanente, não pode exprimir sua vontade (novo art.4º, inc. III, do Código Civil de 2002). (TARTUCE, 2016).

Segundo Nelson Rosenvald (2015, *online*), a Lei nº 13.146/2015 apesar de mitigar a teoria das incapacidades, não a extingue por completo, haja vista que as pessoas deficientes submetidas à curatela são realocadas para o novo art. 4º, III, do Código Civil de 2002, que se refere àquelas pessoas que, por causa definitiva ou provisória, não podem exprimir a sua vontade. Ainda em defesa dessa modificação, aduz o supracitado professor que:

Corretamente o legislador optou por localizar a incapacidade no conjunto de circunstâncias que evidenciem a impossibilidade real e duradoura da pessoa querer e entender – e que portanto justifiquem a curatela-, sem que o ser humano, em toda a sua complexidade, seja reduzido ao âmbito clínico de um impedimento psíquico ou intelectual. Ou seja, o divisor de águas da capacidade para a incapacidade não mais reside nas características da pessoa, mas no fato de se encontrar em uma situação que a impeça, por qualquer motivo, de conformar ou expressar a sua vontade. Prevalece o critério da impossibilidade de o cidadão maior tomar decisões de forma esclarecida e autônoma sobre a sua pessoa ou bens ou de adequadamente as exprimir ou lhes dar execução. (ROSENVALD, 2015, *online*).

Cumprido destacar que conquanto haja a possibilidade de enquadramento da pessoa com deficiência como dotada de incapacidade relativa, a autonomia desse sujeito para decidir sobre questões existenciais e de plano familiar não poderá ser afetada, salvo se constatada a ausência integral de discernimento mediante perícia composta por equipe multidisciplinar.

Nesse sentido dispõe o art. 6º da Lei nº 13.146/2015:

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.

Portanto, com o advento da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) a deficiência mental deixa de presumir uma situação de incapacidade do indivíduo para reconhecer uma presunção de plena capacidade a favor das pessoas com deficiência. Apenas em situações singulares e mediante uma relevante inversão de carga probatória, é que a incapacidade surgirá para essas pessoas (ROSENVALD, 2015).

2.1 A PERSONALIZAÇÃO DA PERSONALIDADE

Segundo o professor e procurador de justiça do estado de Minas Gerais, Nelson Rosenvald (2016, *online*), após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que tem por fundamento da República o princípio da dignidade da pessoa humana, ocorreu a gradual personalização dos institutos clássicos do direito privado. A propriedade e os contratos passaram a compatibilizar o livre trânsito na ordem econômica com a tutela das pessoas envolvidas na celebração do negócio jurídico. Posteriormente, verificou-se a personalização da família, com ruptura do antigo modelo conservador patrimonial do matrimônio e da família legítima para a incorporação de um novo conceito de família, com vários modelos de entidades familiares, nos quais predomina a

proteção de cada um de seus membros e a promoção de sua autonomia, intimidade e privacidade afetiva.

No entanto, segundo Nelson Rosenthal (2016, *online*), não obstante a gradual personalização dos institutos clássicos do direito privado, o direito civil brasileiro se recusava à “personalizar a pessoa humana”. Nessa perspectiva, até 2016 prevalecia no Código Civil brasileiro a “teoria oitocentista das capacidades”, a qual assumia como um dogma a neutralização do indivíduo como absolutamente incapaz por ausência de discernimento. Tal fato podia ser facilmente constatado na sentença de interdição, na qual se retirava do interditado o direito de exercício pessoal dos seus atributos existenciais e transferia-se ao curador o exercício de direitos de caráter personalíssimos.

Conforme explanado no capítulo anterior, o antigo sistema de incapacidade adotado pelo Código Civil possuía um caráter eminentemente patrimonial, não protegendo a pessoa em si, mas meramente o seu patrimônio. Tal perspectiva ia de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, elegido pela Constituição Federal brasileira como um dos fundamentos da República.

Dessa forma, quando se incluía os deficientes mentais no rol dos absolutamente incapazes havia uma preocupação restrita à gerência dos bens

desses indivíduos, não existindo à necessária observância às questões existenciais (direitos relativos à honra, ao casamento, ao próprio corpo, ao planejamento familiar, dentre outros), e transmitindo-se, por conseguinte, o exercício de direitos de caráter personalíssimos à figura do curador.

O anterior regime de incapacidades adotado pelo Código Civil de 2002 não tutelava o indivíduo a partir de suas características intrínsecas e extrínsecas, pelo contrário, apenas classificava, de maneira objetiva e abstrata, aqueles que em razão do discernimento seriam privados de sua capacidade de agir. Desse modo, olvidava-se que o ser humano é concebido por infinitas questões subjetivas e que a autodeterminação é essencial para a formação de sua personalidade (MENDES, 2015).

Com a ratificação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Dec. nº 6.949/09) pelo ordenamento jurídico brasileiro, enfatizou-se a necessidade de se respeitar a dignidade e a personalidade da pessoa com deficiência a partir de várias estratégias, como, por exemplo, o reconhecimento de capacidade de fato à estes indivíduos.

Assim, como forma de combate ao caráter essencialmente patrimonial em que o regime de incapacidades era abordado no Código Civil de 2002

e visando corrigir o retrocesso do diploma civilista nessa matéria, a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) tratou de “personalizar a personalidade”, com a devida demonstração de que a tutela do indivíduo e a persecução de sua autonomia são tão essenciais quanto à gerência e proteção de seu patrimônio.

Sobre a modificação no regime de incapacidades adotado pelo ordenamento civil brasileiro, aduz Nelson Rosendal (2016, *online*) que:

O legislador finalmente compreende que apenas no mundo da capacidade pode haver cisão entre a titularidade e o exercício de situações jurídicas. A representação é instituto que se legitima nas relações patrimoniais, mesmo quando excepcionalmente resultante de uma sentença que institua a curatela. Porém, quando tratamos da personalidade, é vedado ao legislativo fraturar a titularidade de situações existenciais do seu exercício pela própria pessoa.

Transferir compulsoriamente para um curador poderes para decidir sobre a própria existência do curatelado implica em uma delegação coercitiva de direitos fundamentais, o resgate da ‘morte civil’ dos tempos de Roma.

Corroborando com tal entendimento, a advogada e professora Vanessa Correia Mendes (2015, p.66) menciona que ao se reconhecer os deficientes mentais como dotados de capacidade civil plena para exercer pessoalmente os atos da vida civil, dar-se à estas pessoas o direito de serem autores de sua própria história, de acordo com seus valores e convicções, não lhes sendo mais retirada a autonomia para condução de suas vidas de maneira singular.

Apesar da grande modificação no regime de incapacidades adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) também modificou substancialmente outros artigos do Código Civil, objetivando garantir o exercício de direitos pela pessoa com deficiência.

O artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência revogou expressamente o inciso II do artigo 228 do CC/2002, permitindo que as pessoas com deficiência mental sejam admitidas como testemunhas, bem como inclui o parágrafo segundo no referido dispositivo, que dispõe que “a pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva”.

Outra importante modificação feita pelo art. 114 da Lei 13.146/2015 se refere ao instituto do casamento, que teve o inciso I do art. 1.548 do CC/2002, o qual declarava a nulidade do casamento contraído “pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil”, devidamente revogado, e o art. 1.550 do CC/2002 acrescentado de um novo parágrafo (§2º), o qual estabelece que “a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador”. Ainda no que se refere ao casamento, o supramencionado artigo do Estatuto da Pessoa com Deficiência também revogou o inciso IV do art. 1.557 do CC/2002, deixando de considerar erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge e, portanto, hipótese de anulabilidade do casamento, o desconhecimento, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, possa tornar insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

Assim, o direito garantido aos deficientes mentais de constituir família pelo casamento representa um grande avanço desse grupo no que tange ao exercício de seus direitos subjetivos existenciais, uma vez que o vínculo de solidariedade presente nas relações familiares é essencial para o alcance da autonomia do deficiente mental e para o seu amparo na velhice. Ainda que a Convenção da

ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (norma integralizada no ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia de Emenda à Constituição) já garantisse essa liberdade em seu artigo 23, a integralização e expansão desse entendimento pela Lei nº 13.146/2015 reafirmou as mudanças provocadas pelo Decreto 6.949/2009 (CDPD), numa perspectiva mais específica (MENDES, 2015).

Destaca-se também que o art. 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência também trouxe significativas alterações ao instituto da curatela. No que tange ao referido instituto o referido artigo da Lei nº 13.146/2015 não só altera a redação dos incisos I e III do art. 1.767 do CC/2002, como também revoga os incisos II e IV do mesmo artigo, vedando a sujeição de pessoas à curatela unicamente em razão de possuírem algum tipo de deficiência mental, sendo agora expressamente necessário que o indivíduo, por causa transitória ou definitiva, não consiga exprimir a sua vontade para a sua submissão ao instituto da curatela (nova redação dada ao art. 1.767, I, do CC/2002).

Segundo Nelson Rosendal (2016, *online*), a alteração feita pela Lei nº 13.146/2015 “harmoniza os artigos 3º, 4º e 1.767 do Código Civil, no sentido de substituir a fórmula da ‘ausência ou redução de discernimento’ pela impossibilidade de expressão da vontade como fato gerador de incapacidade”. Assim, de acordo com o renomado doutrinador, no futuro iremos definir como relativamente incapaz todo

aquele que for curatelado por uma causa duradoura que o prive de exprimir a sua vontade de forma a se autodeterminar.

O artigo 114 da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência também revoga os artigos 1.768, 1.769, 1.771, 1.772, 1.775-A e 1.777 do Código Civil, que tratavam do instituto da interdição. Assim, não há mais, pelo Estatuto, a possibilidade de interdição absoluta, mas apenas de instituição de uma curatela em caso de incapacidade relativa, surgindo ainda no sistema a figura da tomada de decisão apoiada que dever ser a regra. Ocorre que o Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor no mês de março de 2016, continua tratando do processo de interdição, o que configura um claro “atropelamento legislativo”.

As mudanças advindas nos institutos da curatela e da interdição com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como a incongruência existente entre o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) serão abordadas no próximo capítulo, mais especificamente no tópico 3.1.

2.2 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N.º 13.146/2015 EM RELAÇÃO AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Segundo Flávio Tartuce (2016, p. 342), pode-se denominar negócio jurídico toda “ação humana, de autonomia privada, com a qual os particulares regulam por si os próprios interesses, havendo uma composição de vontades, cujo conteúdo deve ser lícito”.

Conforme se extrai do artigo 104 do Código Civil brasileiro, para que um negócio jurídico tenha validade e, conseqüentemente, produza seus efeitos torna-se necessária a existência de três requisitos essenciais, quais sejam, a plena capacidade das partes celebrantes do negócio; a licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto contratual e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Considerando que a capacidade é condição subjetiva crucial para a validade dos negócios jurídicos celebrados, o absolutamente incapaz não pode praticar negócio válido, haja vista a necessidade de representação para a prática dos atos de natureza civil, sendo a sua participação pessoal no mundo jurídico inexistente.

Antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, os deficientes mentais, que eram enquadrados no rol dos absolutamente incapazes (antigo art. 3º, II e III, do CC/2002), não podiam praticar de forma pessoal nenhum ato da vida civil, inclusive, os inerentes às questões de cunho existencial. Desta forma, todos os atos civis praticados pelos deficientes mentais considerados absolutamente incapazes eram tidos como nulos de pleno direito (art. 166, I, CC/2002).

A declaração de nulidade absoluta pode ser conceituada como a pena imposta legalmente que fulmina a eficácia do ato jurídico ab initio, como se nunca tivesse gerado efeitos, mas, em observância aos princípios norteadores da Teoria das Nulidades, não se poderá concluir pela inexistência do negócio. Em resumo, “o ato existiu, mas, por ser absolutamente nulo, teve os seus efeitos completamente desconstituídos, retornando as partes ao status quo ante” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016).

Com o advento da Lei nº 13.105 de 13 de março de 2015, as pessoas deficientes submetidas à curatela são atualmente consideradas relativamente incapazes, deixando os negócios jurídicos por elas praticados, sem a devida assistência, de serem considerados nulos de pleno direito para serem anuláveis, nos termos do inciso I do artigo 171 do Código Civil.

Cumpra esclarecer que a anulabilidade do negócio jurídico, não tem o mesmo alcance e nem gera os mesmos efeitos da nulidade, uma vez que nela não se vislumbra o interesse público, porém a mera conveniência das partes. O ato anulável é imperfeito, mas não tão grave, e nem profundamente defeituoso como o ato nulo, razão pela qual a lei viabiliza ao interessado a escolha entre declarar a ineficácia do negócio jurídico celebrado ou optar por deixar que os efeitos do negócio decorram normalmente, como se não houvesse qualquer irregularidade (PEREIRA, 2015).

Dessa forma, os negócios jurídicos celebrados pelos deficientes mentais sujeitos à curatela sem a presença do curador serão passíveis de anulação (art. 171, I, do CC/2002)¹ e não mais nulos de pleno direito (art. 166, I, CC/2002)², razão pela qual se sujeitarão ao prazo decadencial para invalidação do ato prejudicial e à todas as consequências em termos de legitimidade.

No que tange às modificações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência quanto à prática de atos civis, aduz Nelson Rosendal (2015, *online*) que:

¹ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente;

² Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

Tratando-se a incapacidade de uma sanção normativa excepcionalíssima, que afeta o estado da pessoa a ponto de restringir o exercício autônomo de direitos fundamentais, o que corretamente a Lei n. 13.146/15 impôs foi a necessidade da mais ampla proteção ao direito fundamental à capacidade civil. Resumidamente: a) haverá intenso ônus argumentativo por parte de quem pretenda submeter uma pessoa à curatela em razão de uma causa permanente; b) sendo ela curatelada, a incapacidade será apenas relativa, pois a incapacidade absoluta fere a regra da proporcionalidade; c) a curatela, em regra, será limitada à restrição da prática de atos patrimoniais, preservando-se, na medida do possível a autodeterminação para a condução das situações existenciais.

É importante ressaltar que com a transferência dos deficientes mentais que, por causa transitória ou definitiva, não podem exprimir sua vontade para o rol dos relativamente incapazes (art. 4º, III, do CC/2002), a curatela não será mais absoluta, ou seja, não haverá mais a substituição da vontade do deficiente mental pela de seu curador para o tratamento de questões de cunho existencial,

estando o instituto da curatela restrito aos assuntos patrimoniais.

De acordo com a advogada e professora Vanessa Correia Mendes (2015, p.68), o instituto da curatela passará a preservar a autonomia das pessoas em relação às questões existenciais, afetando somente os atos de natureza patrimonial e negocial, nos termos do artigo 85, *caput*, da Lei nº 13.146/2015. Aduz que, corroborando com tal entendimento, o mesmo artigo dispõe de forma expressa em seu parágrafo primeiro que “a definição de curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto”. Ainda nesse sentido, assevera a professora que esse leque de questões existenciais ainda é ampliado pelo artigo 6º da referida lei que resguarda à pessoa com deficiência “o direito de decidir sobre o número de filhos, planejamento familiar, direitos de família e direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

Ademais, no que se refere aos negócios jurídicos celebrados pelos deficientes mentais e a sua validade, cumpre lembrar que não obstante os grandes avanços da Lei nº 13.146/2015, a mesma peca pela inobservância ao fato de que ao se trazer os deficientes mentais que não podem exprimir sua vontade para o rol dos relativamente incapazes, permite-se que os prazos prescricionais e

decadenciais corram contra estas pessoas, pois os artigos 198, I, e 208 do Código Civil brasileiro dispõem de maneira expressa que a prescrição e a decadência apenas não correm contra os absolutamente incapazes, que, atualmente, são apenas os menores de dezesesseis anos. Neste esteio, cabe mencionar a opinião dos juristas Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2016, p.344) sobre a fluência dos prazos de prescrição e decadência contra os relativamente incapazes:

A primeira situação diz respeito à fluência dos prazos de prescrição e de decadência contra os relativamente incapazes (CC, arts. 198 e 208). Ora, promovida uma desconexão entre a deficiência e a curatela, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência passam a correr os prazos extintivos de prescrição e decadência contra toda e qualquer pessoa com deficiência. Até porque os aludidos prazos somente não fluem contra o *absolutamente incapaz* – e, lembre-se, nenhuma pessoa com deficiência se enquadra no conceito de incapacidade absoluta. Evidentemente, há um potencial risco para as pessoas com deficiência consideradas relativamente incapazes (porque não

podem exprimir vontade) e, talvez, até mesmo para as pessoas com deficiência que podem manifestar vontade, mas estão apoiadas em suas decisões.

Por fim, quanto à validade dos negócios jurídicos celebrados pelos deficientes mentais (que não puderem exprimir sua vontade) antes da sentença de curatela, deve-se observar o proveito do mesmo para o deficiente e a boa-fé (subjetiva) do contratante. Assim, caso o negócio jurídico pactuado seja nocivo aos interesses do curatelado ou caso a outra parte tivesse ou pudesse ter conhecimento da condição de incapacidade do deficiente, o negócio será reputado inválido. Porém, se assim não o for, o negócio jurídico celebrado será considerado plenamente dotado de validade (ROSENVALD; FARIAS, 2016).

CAPÍTULO 3

DO DEBATE ACERCA DA EVOLUÇÃO OU RETROCESSO NO CONTEXTO DA (IN)CAPACIDADE CIVIL APÓS A LEI Nº 13.146/2015

Antes da promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o rol taxativo dos artigos 3º e 4º do Código Civil brasileiro era alvo de intensas discussões doutrinárias nas quais se analisava se a classificação de determinadas pessoas naquele rol taxativo, de fato, conferia uma proteção àqueles indivíduos, pois, em muitos casos, o próprio ordenamento jurídico segregava os incapazes da sociedade.

Com a intenção de por um fim nessa “segregação social mascarada”, o Estatuto da Pessoa com Deficiência optou por excluir os deficientes mentais do rol dos absolutamente incapazes, dando-lhes capacidade para o exercício

de atos na esfera civil, salvo quando se comprovar a impossibilidade ou limitação do indivíduo para exercer sozinho questões de ordem patrimonial, ocasião em que este será auxiliado pelo seu curador.

Após a promulgação da Lei nº 13.146/2015 duas correntes se formaram a respeito da exclusão dos deficientes mentais do rol dos absolutamente incapazes. Flávio Tartuce (2015, *online*) assevera que, segundo a primeira corrente, à qual estão filiados, dentre outros, os juristas José Fernando Simão e Vitor Kümpel, as mudanças advindas com a referida norma não foram benéficas, uma vez que a dignidade dos deficientes mentais era resguardada através de sua proteção como vulneráveis (dignidade-vulnerabilidade). Em contrapartida ao primeiro posicionamento doutrinário, a segunda vertente, liderada, dentre outros, pelos juristas Nelson Rosenvald, Paulo Lôbo, Pablo Stolze, Rodrigo da Cunha Pereira, Jones Figueirêdo Alves e Joyceane Bezerra, apoia a inovação em matéria de incapacidade trazida pela lei, sob o argumento de que tal alteração finalmente incluirá as pessoas com deficiência mental na sociedade brasileira, pondo um fim à segregação social enfrentada durante anos por esses indivíduos (dignidade-liberdade).

Adeptos à primeira corrente doutrinária, os juristas Elpídio Donizetti e Felipe Quintella (2016, p.57) aduzem que o antigo sistema de incapacidades adotado pelo Código Civil, ainda que

não fosse perfeito, possuía como essência a tutela de pessoas carecedoras de proteção, haja vista que a ausência de discernimento dos deficientes mentais era suprimida mediante a figura do representante, que exercia os atos da vida civil em nome dessas pessoas. Em uma severa crítica às mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência o supracitado doutrinador aduz que:

Em primeiro lugar, sobre este ponto, é preciso esclarecer que as pessoas portadoras de deficiência física não eram consideradas – e nem poderiam ser – incapazes de praticar os atos da vida civil. As hipóteses de incapacidade de fato baseadas em deficiência levavam em conta apenas a deficiência mental, com o intuito de proteger os portadores de deficiências que prejudiquem o discernimento. Ao estabelecer, genericamente, que a deficiência (condição médica) não afeta a plena capacidade civil da pessoa (estado jurídico), o art. 6º do EPD comprova o desconhecimento, por parte do legislador, de que a teoria das capacidades, ao instituir diferentes estados de capacidade de fato, tem por objetivo proteger pessoas que precisam de especial proteção do ordenamento jurídico, e não discriminá-las. Ademais, a redação do

EPD trata de deficientes físicos e de deficientes mentais sem distinguir entre a natureza de suas deficiências, o que acaba por violar o princípio da igualdade – por desconsiderar desigualdades – o que afeta a diferente atenção que cada grupo merece da ordem jurídica, em razão de suas peculiares características.

Ainda sobre o assunto, Elpídio Donizetti e Felipe Quintella (2016, p.57) ressaltam que um portador de Alzheimer em grau avançado terá, com as mudanças no regime de incapacidade, os atos jurídicos que praticar considerados plenamente válidos, nada se podendo fazer para anular os negócios jurídicos celebrados por pessoas sem quaisquer discernimento, vez que agora tratam-se de sujeitos plenamente capazes.

Em resumo, o cerne da crítica realizada pela primeira corrente ao novo sistema de incapacidades brasileiro se volta à questão de que o tratamento igualitário entre pessoas com deficiência mental e indivíduos em perfeito estado de desenvolvimento mental pode, ao invés de proteger os deficientes mentais, colocá-los em uma situação de grande vulnerabilidade perante terceiros e consigo. Nesse sentido, cumpre aqui expor a opinião do jurista José Fernando Simião (2015, *online*):

O Estatuto é fruto de um momento histórico em que há, sob o argumento de se evitar discriminações, uma “negação” injustificada das diferenças o que acaba por gerar o abandono jurídico de uma importante parcela da população que dela necessita. Se em termos gerais o Estatuto é positivo, inclusivo e merece nosso aplauso, em termos de direito civil temos problemas incontornáveis e atecniais seríssimas.

Em resposta às críticas perpetuadas pela primeira corrente, o Procurador de Justiça do Ministério Público/MG, Nelson Rosenvald (2015, *online*), explana que é um grande equívoco acreditar que a partir da vigência da Lei nº 13.146/2015 todas as pessoas submetidas ao instituto da curatela passarão a ser consideradas plenamente capazes. Aduz que o portador de deficiência possui um “impedimento duradouro físico, mental ou sensorial que não induz, em princípio, a qualquer forma de incapacidade, apenas a uma vulnerabilidade, pois a garantia de igualdade reconhece uma presunção geral de plena capacidade a favor das pessoas com deficiência”, mas que, em casos excepcionais, mediante uma inversão da carga probatória, o deficiente mental poderá ser declarado relativamente incapaz, porém tal ato somente se dará se amplamente justificado.

Segundo o supramencionado doutrinador, a nova redação dada ao inciso III do artigo 4º do Código Civil de 2002, faz com que a incapacidade agora repouse na impossibilidade real do indivíduo querer e entender, o que claramente irá justificar a sua curatela, e não na perspectiva médica de impedimento psíquico ou intelectual, deixando-se, dessa maneira, de rotular o portador de uma deficiência mental como incapaz.

Antes das mudanças advindas com o Estatuto da Pessoa com deficiência, a incapacidade era a regra para as pessoas dotadas de transtornos mentais e não a exceção. Nesse esteio, o deficiente mental, ainda que conseguisse expressar a sua vontade, só podia exercer os atos civis mediante assistência ou representação, ficando completamente impossibilitado de exercer direitos relativos à sua honra, ao próprio corpo, ao planejamento familiar e até ao casamento. Ora, era como se a estas pessoas fossem meros espectadores de sua própria vida, estando fadadas ao segregamento societário, sem qualquer perspectiva de alcance de sua autonomia.

Com o novo sistema de incapacidade adotado pelo Código Civil brasileiro, as pessoas que não possuem o completo discernimento para exercer todos os atos da vida civil poderão ser amparadas em suas decisões de ordem patrimonial, no entanto, isso não mais implicará automaticamente na sua privação para exercer, por si só, questões de plano

íntimo da sexualidade, vida familiar e inúmeros outros aspectos que vão muito além do plano patrimonial. Apesar disso, em situações em que o deficiente mental possuir completa ausência de discernimento conduzir por si só as questões existenciais, a curatela também abrangerá tais aspectos, mas caberá ao autor da ação de curatela o ônus de comprovar a necessidade de ampliação de suas funções como curador, haja vista que tal medida passar a ter caráter excepcional (ROSENVALD, 2015).

O jurista Pablo Stolze (2015, *online*), também adepto à segunda corrente doutrinária, ao se manifestar sobre o impacto trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, explana que apesar a lei se tratar de uma “verdadeira reconstrução valorativa na tradicional tessitura do sistema jurídico brasileiro da incapacidade civil”, tal mudança veio em um momento oportuno, uma vez que confere um tratamento mais digno às pessoas com deficiência. Aduz também que:

Considerando-se o sistema jurídico tradicional, vigente por décadas, no Brasil, que sempre tratou a incapacidade como um consectário quase inafastável da deficiência, pode parecer complicado, em uma leitura superficial, a compreensão da recente

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

Não se pode olvidar, contudo, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência necessita de correções em alguns de seus aspectos, tais como a prescrição e a decadência, que passam a correr contra os deficientes mentais. Porém, ainda que a supramencionada lei possua alguns pontos passíveis de críticas, é, no mínimo, questionável que se entenda que o antigo sistema de incapacidades, que retirava, inclusive, a possibilidade do deficiente mental de constituir uma família e, por muitas vezes, separava uma criança do convívio familiar unicamente por um ou ambos os pais serem portadores de alguma deficiência mental, seja entendido como um sistema que garantia proteção

especial desses indivíduos e não a sua discriminação.

Conforme afirma o jurista Pablo Stolze (2015, *online*) na conclusão de seu artigo denominado “O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil”, o grande desafio enfrentado para a aceitação social do novo sistema de incapacidade é justamente a mudança de mentalidade de nossa sociedade, na perspectiva de respeito à dimensão existencial do outro, pois “mais do que leis, é necessário mudar mentes e corações”.

3.1 AS DIVERGENTES ABORDAGENS SOBRE INTERDIÇÃO E CURATELA NA LEI N.º 13.146/2015 E NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A curatela, instrumento utilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro para garantir que aqueles que não possuem o necessário discernimento para exercer os atos da vida civil não se encontrem desamparados socialmente, é um dos mais antigos institutos jurídicos.

Tendo em vista as constantes mudanças que a sociedade brasileira vem sofrendo, bem como levando em consideração a existência de uma luta cada vez maior em prol de efetivas proteções aos direitos das minorias e pela inclusão de fato dos indivíduos incapazes em nossa sociedade, tornam-se cada vez mais frequentes as modificações em nossa legislação para a “humanização” do instituto da curatela.

Primeiramente, é interessante esclarecer que, antes das modificações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, a curatela era consequência da interdição (processo abolido pela Lei nº 13.146/2015), haja vista que a interdição era o processo judicial por meio do qual se requeria a curatela do incapaz.

De acordo com a antiga redação do Código Civil de 2002, qualquer pessoa maior de dezoito anos, que por doença ou deficiência mental, não tivesse o necessário discernimento para exercer os atos da vida civil, ou que, por causa duradoura, não pudesse exprimir sua vontade, bem como os deficientes mentais, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os excepcionais sem completo desenvolvimento mental e os pródigos, estavam sujeitos à curatela, que era determinada após um processo de interdição.

Atualmente, considerando-se as mudanças trazidas pela Lei nº 13.105/2015 (NCPC) e pela Lei nº 13.146/2015 (EPCD), o maior de idade que não consiga expressar sua vontade deverá ter sua incapacidade (relativa) reconhecida mediante uma decisão judicial proferida em uma ação específica, que agora passa a ser denominada “ação de curatela” e não mais “ação de interdição” (ROSENVALD, 2016).

Nesse sentido, assevera Flávio Tartuce (2016, p. 129):

Eventualmente, as pessoas com deficiência podem ser tidas como relativamente incapazes, em algum enquadramento do art. 4.º do Código Civil, também ora alterado. E mesmo em casos tais, não haverá propriamente uma interdição, mas uma instituição de curatela, diante da redação dada ao art. 1.768 do Código Civil pelo mesmo Estatuto.

Ainda no que se refere à interdição e curatela, cumpre salientar que a promulgação do Novo Código de Processo Civil e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, trouxe uma situação, no mínimo,

peculiar ao ordenamento jurídico vigente, qual seja, a revogação de um artigo que já estava sendo modificado por outra lei, anteriormente editada, mas que estava em período de *vacatio legis*, explica-se:

A seção IX do capítulo XV (dos procedimentos de jurisdição voluntária) do NCPC trata especificamente sobre o processo de interdição, porém a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) afastou a ação de interdição do sistema jurídico brasileiro, por entender que tal procedimento se mostra estigmatizante e vai de encontro à inclusão da pessoa com deficiência na sociedade (principal objetivo do Estatuto). Ocorre que, apesar do novo Código de Ritos e do Estatuto da Pessoa com Deficiência terem sido editados em 16 de março de 2015 e 06 de julho de 2015, respectivamente, o NCPC só entrou em vigor em 17 de março de 2016, ou seja, mais de dois meses após a vigência do EPCD, que teve seu início em 02 de janeiro de 2016, o que causou uma incongruência material entre as normas.

Assim, por exemplo, os artigos 1.768 e 1.769 do Código Civil, que, antes da vigência de ambas as leis, tratavam da legitimidade para promover a ação de interdição, tiveram sua redação alterada tanto pelo artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual passou a dispor sobre a legitimidade para propositura do “processo que define os termos da curatela” e não mais da “ação de interdição”, e inclui um novo inciso ao art. 1768,

que passou a trazer a possibilidade de promoção da “autocuratela”, como pelo artigo 747 do Novo Código Instrumental, que alterou os artigos 1.768 e 1.769 do Código Civil e trouxe novamente a figura da interdição ao ordenamento jurídico brasileiro ao dispor em seu artigo 747 sobre a legitimidade para propositura da ação de interdição e não da ação de curatela.

A fim de se facilitar a compreensão acerca da supramencionada modificação, segue abaixo quadro esquemático comparativo.

Código Civil de 2002 (redação originária).

Art. 1.768. A interdição deve ser promovida:

I - pelos pais ou tutores;
II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente;

III - pelo Ministério Público.

Art. 1.769. O Ministério Público só promoverá interdição:

I - em caso de doença mental grave;
II - se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do artigo antecedente;

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

Código Civil de 2002 (Redação imposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, com entrada em vigor em 02 de janeiro de 2016).

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

I - pelos pais ou tutores;

II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente;

III - pelo Ministério Público;

IV - pela própria pessoa.

Art. 1.769. O Ministério Público somente promoverá o processo que define os termos da curatela:

I - nos casos de deficiência mental ou intelectual;

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

III - se, existindo, forem menores ou incapazes as pessoas mencionadas no inciso II.

Código Civil de 2002 (Redação imposta pelo Novo Código de Processo Civil, com entrada em vigor em 17 de março de 2016).

Art. 1.768. A interdição pode ser promovida:

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

IV- pelo Ministério Público.

Art. 1.769. O Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave:

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

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

No que tange a supracitada incongruência material existente entre as normas, aduz Flávio Tartuce (2016, p. 131) que:

Repise-se que, pelo Estatuto, não há mais a possibilidade dessa interdição absoluta, mas apenas da instituição

de uma curatela em caso da incapacidade relativa, surgindo ainda no sistema a figura da tomada de decisão apoiada, que deve ser a regra. Todavia, repise-se que o Novo CPC continua tratando do processo de interdição, havendo a necessidade de uma nova norma para apontar qual das duas regras prevalecerá, se a do Estatuto da Pessoa com Deficiência ou do Novo CPC.

No entanto, cumpre frisar que, apesar do Novo Código de Processo Civil modificar expressamente os supramencionados artigos do Código Civil, deve-se considerar que Estatuto da Pessoa com Deficiência é norma mais nova e mais específica do que Código Processual.

Ainda que o Estatuto da Pessoa com Deficiência tenha entrado em vigor antes do Novo Código Processo Civil, o referido estatuto trata-se de lei posterior ao Código Processual, haja vista que a sua promulgação e publicação se deram após a publicação da Lei nº 13.105/2015 (NCPC), que em 07 de julho de 2015 (data da publicação do Estatuto no DOU) já possuía sua existência declarada oficialmente, encontrando-se apenas em um período de *vacatio legis*.

Ou seja, no momento da publicação da Lei nº 13.146/2015 (EPCD), o NCPC já havia sido publicado, porém, ainda não possuía força vinculante, pois se encontrava em seu período de *vacatio legis*, que correspondeu há um ano. Assim, é perfeitamente possível que o Estatuto tenha revogado, de maneira tácita, alguns artigos do Código Processual, como, por exemplo, os que tratam sobre o processo de interdição, ante a incompatibilidade material existente entre o procedimento de interdição e os objetivos propagados pela Lei de Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.

Sobre a possibilidade de modificação de uma norma legal em período de *vacatio legis*, aduzem Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2016, p.135) que “durante a *vacatio legis* a norma ainda não tem obrigatoriedade, embora já existente. Assim, toda e qualquer modificação de uma norma legal em período de *vacatio legis* (já existente, portanto) tem de se operar através de lei nova”.

Não obstante ao fato do Estatuto da Pessoa com Deficiência ser uma norma posterior ao Código Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o referido estatuto também se trata de lei mais específica em comparação ao Código de Ritos, devendo prevalecer, assim, sobre a norma geral (NCPC). Sobre o assunto asseveram Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2016, p. 351) que:

Ora, considerando que o Estatuto da Pessoa com Deficiência entrou em vigor antes do novo Código de Ritos, bem como que se trata de *norma especial no que tange à proteção da pessoa humana*, em relação ao Código Processo Civil (que é norma geral), parece-nos que o ideal é promover uma interpretação sistêmica, equalizando as normas legais no sentido de maximizar a tutela jurídica destinada ao curatelando.

Assim, segundo o supracitado doutrinador, com a interpretação sistêmica dos artigos 1.768 e 1.769 do Código Civil, estariam legitimados para propor a ação de curatela, os parentes ou tutores do curatelando, o seu cônjuge ou companheiro, que alcança as relações homoafetivas, o representante da entidade em que se encontra abrigado o curatelando, o Ministério Público e a própria pessoa a ser curatelada, através da “autocuratela”.

A autocuratela ocorre quando uma pessoa que sabe que precisará ser interditada no futuro, e, ainda em sã consciência, escolhe antecipadamente o seu curador como, por exemplo, poderá ocorrer com um indivíduo que recebe um diagnóstico de Mal de Alzheimer, doença degenerativa que se agrava progressivamente até levar a morte do indivíduo, e ainda no estágio inicial da doença elabora um

documento no qual aduz que caso venha a ser interditado gostaria que determinada pessoa fosse nomeada o seu curador.

Segundo os juristas Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2016, p.351), a inovação é salutar, pois não há ninguém mais apropriado para regulamentar a proteção do que própria pessoa que dela precisa. Ressalta o referido doutrinador que ainda que o pedido tenha sido formulado pelo próprio curatelando, tal solicitação não vincula o magistrado, que apreciará todas as circunstâncias inerentes ao caso *sob judice*.

3.2 DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Com as mudanças trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência em matéria de incapacidade, os deficientes mentais, em regra, passam a gozar de plena capacidade para exercer os atos da vida civil, no entanto, deve-se considerar que essas pessoas não estão sozinhas na vida em sociedade e, em alguns momentos, precisarão de apoio para gerenciar essa capacidade que lhes foi garantida (MENDES, 2015).

Como forma de garantir que as pessoas com deficiência possam exercer seus atos em igualdade de condições com as demais pessoas sem, no entanto, se restringir a capacidade legal dessas pessoas, o Estatuto da Pessoa com Deficiência acrescentou um novo capítulo (III) ao Título IV do Livro IV da Parte Especial do Código Civil, que contempla a figura da Tomada de Decisão Apoiada - TDA. De acordo com o artigo 1.783-A do Código Civil de 2002, a figura da 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 decisões sobre atos da vida civil”.

Assim, segundo esse novo modelo jurídico, o apoiador apenas fornecerá os elementos e informações necessárias para que o deficiente possa exercer sua capacidade de maneira individualizada e independente. Ou seja, o apoiador não será o curador do deficiente, praticando os atos de maneira conjunta a este e, muito menos, será o seu representante, uma vez que esse instituto visa apenas prestar uma assistência a pessoas com deficiência que podem exprimir a sua vontade e se autodeterminar, mas que, em determinadas ocasiões, se utilizarão das sugestões e conselhos de seu apoiador para tomar suas decisões.

Em dissonância como o que acontece nos institutos da tutela e da curatela, na tomada de

decisão apoiada as medidas de cunho patrimonial possuem um caráter eminentemente assessório, uma vez que a TODA se trata de “um remédio personalizado para as necessidades existenciais de uma pessoa”, que tem como propósito a tutela da autonomia e da dignidade da pessoa com deficiência (ROSENVALD; FARIAS, 2016).

Sobre o assunto, importante destacar a opinião do doutrinador Flávio Tartuce (2016, p. 130) sobre o procedimento especial de tomada de decisão apoiada (TDA):

A categoria visa o auxílio da pessoa com deficiência para a celebração de atos mais complexos, caso dos contratos. Nos termos da norma, essa tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 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. A este autor parece que a tomada de decisão apoiada tem a função de trazer acréscimos ao antigo regime de incapacidades dos maiores, sustentando pela

representação, pela assistência e pela curatela.

Nos termos dos parágrafos primeiro e segundo do art. 1.783-A, o pedido de tomada de decisão apoiada será formulado pela pessoa com deficiência e pelos seus apoiadores ao juízo competente (vara de família, se houver), devendo constar na solicitação apresentada os limites do apoio na tomada de decisão, o seu prazo de vigência, o compromisso dos apoiadores em fornecer os elementos e informações necessárias para assegurar o exercício da capacidade pelo deficiente, e o respeito à vontade, aos interesses e aos direitos do apoiado.

Após o recebimento do pedido de tomada de decisão apoiada, o magistrado deverá, após a oitiva do Ministério Público, e com o apoio de uma equipe multidisciplinar, proceder à oitiva pessoal do deficiente e dos apoiadores por ele indicados (artigo 1.783-A, §3º, CC/2002).

Cumprе ressaltar que o magistrado não estará vinculado à nomeação dos apoiadores escolhidos pela pessoa com deficiência, podendo escolher outras pessoas que julgue mais aptas à exercer a função de apoiador, porém, tal decisão deve dispor

de fundamentação suficiente à embasá-la (ROSENVALD; FARIAS, 2016).

Conforme se extrai do parágrafo quarto do artigo 1.783-A do Código Civil, a decisão que defere o pedido de tomada de decisão apoiada terá validade e efeitos *erga omnes*, “desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado”.

Deve-se destacar que caso o apoiador passe a agir com negligência, pressão indevida ou não cumpra as obrigações assumidas, este será destituído de sua função, podendo o pedido de destituição ser apresentado por qualquer pessoa ao Ministério Público ou ao magistrado competente (artigo 1.783-A, §7º, CC/2002). Caso haja a destituição dos antigos apoiadores, o magistrado nomeará, após a oitiva do deficiente e se for de seu interesse, outra pessoa como apoiador (artigo 1.783-A, §8º, CC/2002).

Cumprе ressaltar que tanto o apoiado quanto o apoiador poderão solicitar, respectivamente, o término do acordo firmado no procedimento especial de tomada de decisão apoiada ou a sua exclusão do processo de tomada de decisão apoiada, estando, no entanto, a cessação das funções de apoiador condicionadas à manifestação do juiz sobre a matéria (artigo 1.783-A, §§9º e 10, CC/2002).

Considerando todas as peculiaridades inerentes ao novo instituto, pode-se concluir que o mesmo se trata de um grande avanço trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, haja vista que é um modelo jurídico que objetiva garantir a autonomia do indivíduo e ao mesmo tempo colocá-lo em situação de igualdade com as demais pessoas, podendo a pessoa com deficiência requerer a cessação da medida a qualquer tempo.

Por fim, resta importante frisar que o procedimento especial de tomada de decisão apoiada não surge em substituição ao instituto da curatela, que claramente poderá ser reconhecida nos casos em que o deficiente não puder exprimir a sua vontade.

CONCLUSÃO

Por meio da presente obra, pode-se concluir que grandes foram as modificações advindas com a promulgação da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) em matéria de incapacidade, uma vez que ao se garantir plena capacidade aos deficientes mentais passa-se a tratar a incapacidade como medida de caráter excepcional para as pessoas dotadas de transtornos mentais. Nesse esteio, o deficiente mental começa a poder exercer, de maneira pessoal, direitos relativos à sua honra, ao próprio corpo, ao planejamento familiar e até ao casamento.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi promulgado com o objetivo de corrigir o retrocesso do Código Civil de 2002 em matéria de incapacidade, uma vez que o referido diploma possuía um caráter eminentemente patrimonial. Assim, como uma forma de combate à este aspecto, a Lei nº 13.146/2015 tratou de “personalizar a personalidade civil” ao demonstrar que a tutela do indivíduo e a persecução de sua autonomia são tão

essenciais quanto à gerência e proteção de seu patrimônio.

Ao se fazer uma análise superficial do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a primeira impressão que pode se ter é a de que a Lei nº 13.146/2015 estaria retirando a proteção estatal sobre os deficientes mentais, pois coloca estas pessoas em situação de igualdade com as demais. No entanto, quando se passa à uma avaliação mais profunda sobre o supramencionado Estatuto, os seus objetivos e a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Dec. nº 6.949/09), que passou a integrar o sistema normativo brasileiro com hierarquia de emenda constitucional, percebe-se que a intenção da referida modificação é a de garantir que, por mais que a pessoa seja portadora de deficiência, o ser humano não seja excluído de seus direitos fundamentais, sendo totalmente incabível a limitação/restrrição de direitos que não podem ser limitados/restringidos.

Dessa forma, percebe-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência não coloca as pessoas com deficiência em uma situação de vulnerabilidade, haja vista que os deficientes mentais que não puderem exprimir a sua vontade poderão ser submetidos ao instituto da curatela e aqueles que, apesar de conseguirem manifestar a sua vontade, necessitarem de conselhos e sugestões para a tomada de determinadas decisões poderão se utilizar do novo procedimento especial de Tomada

de Decisão Apoiada, que serve apenas para garantir a igualdade entre o deficiente mental dotado de plena capacidade e as demais pessoas, no momento do exercício de determinados atos civis.

No que tange aos negócios jurídicos celebrados pelos deficientes mentais, entende-se que, com a promulgação da Lei nº 13.146/2015, os mesmos passarão a ser válidos, se o deficiente mental conseguir exprimir a sua vontade, ou anuláveis, quando celebrados por pessoas portadoras de deficiência sujeitas à curatela e que não estejam acompanhadas de seus curadores no momento da celebração.

Assim, pode se observar que o objetivo principal do Estatuto da Pessoa com Deficiência ao retirar os deficientes mentais do rol dos absolutamente incapazes foi o de desatrelar a deficiência à incapacidade, uma vez que a capacidade deve repousar na dificuldade do indivíduo querer e entender e não em uma perspectiva médica de impedimento psíquico ou intelectual, como acontecia no antigo sistema de incapacidades adotado pelo Código Civil brasileiro de 2002.

Por fim, se conclui que apesar do Estatuto da Pessoa com Deficiência possuir determinados aspectos que precisam ser revistos, grandes e necessários foram os avanços advindos com a

promulgação da Lei nº 13.146/2015, haja vista que o real retrocesso seria se permanecer adotando um sistema de incapacidades, que retirava, inclusive, a possibilidade do deficiente mental de constituir uma família e, por muitas vezes, separava uma criança do convívio familiar, unicamente por um ou ambos os pais serem portadores de alguma deficiência mental. O que garante a real proteção do deficiente mental é a persecução de sua autonomia através do convívio em sociedade, proporcionando-lhe, sempre que possível, os meios necessários para a expressão de sua vontade, e não a sua discriminação.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. O estatuto da pessoa com deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): Algumas novidades. **Revista dos Tribunais**, São Paulo. v. 962/2015, p.65-80, dez. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU** de 11.1.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 13 de março de 2015. Código Processo Civil. **DOU** de 17.3.2015. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **DOU** de 7.7.2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 20 out.2016.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **DOU** de 26.8.2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 04 set.2016.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006780/>>. Acesso em: 06 nov.2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2015. v.1

Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522494545/>>. Acesso em: 03 set. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 14.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

FEITOSA, Ana Vlândia Martins. **A relação dialógica entre a convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência e o regime jurídico das incapacidades: uma aplicação aos adultos com síndrome de Down**. 2014. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v.1. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547204280/>>. Acesso em: 25 out.2016.

MENDES, Vanessa Correia. **O impacto da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência no direito protetivo brasileiro: reconhecimento da capacidade civil e direito ao casamento das pessoas com deficiência psíquica**

e intelectual. 2015.190 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Introdução ao Direito Civil**: Teoria Geral do Direito Civil. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v.1. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/978-85-309-6235-7/>>. Acesso em 29 set. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Nelson. **Conheça o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2015. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/08/24/Conhe%C3%A7a-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%Aancia>>. Acesso em: 17 out.2016.

ROSENVALD, Nelson. **A personalização da personalidade**. 2016. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/single->

post/2016/05/11/A-personaliza%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade>. Acesso em: 18 out.2016.

ROSENVALD, Nelson. **Contagem Regressiva para o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2015. Disponível em: <<http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/12/22/Contagem-Regressiva-para-o-Estatuto-da-Pessoa-com-Defici%C3%Aancia>>. Acesso em: 06 nov.2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4.ed. rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SIMIÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 01 dez.2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2014. v.1. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-8522484706/>>. Acesso em: 03 set. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil – Lei de Introdução e Parte Geral**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.1. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968533/>>. Acesso em: 15 out.2016.