

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (COGEAE)

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL

Coordenação Executiva Profa. Dra. Clarissa Ferreira Macedo D'Isep

Coordenador Acadêmico Prof. Dr. Nelson Nery Jr.

O novo regime jurídico das incapacidades e a (in)validade
do negócio jurídico prejudicial celebrado por pessoa com
deficiência mental sem curador ou apoiador

Autor: Marcelo Rodrigues da Silva

Orientadora: Profa. Ms. Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim

Campinas- SP

Março/2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (COGEAE)

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL

Coordenadora Executiva Profa. Dra. Clarissa Ferreira Macedo D'Isep

Coordenador Acadêmico Prof. Dr. Nelson Nery Jr.

Marcelo Rodrigues da Silva

O novo regime jurídico das incapacidades e a (in)validade
do negócio jurídico prejudicial celebrado por pessoa com
deficiência mental sem curador ou apoiador

Campinas- SP

Março/2016

MARCELO RODRIGUES DA SILVA

O NOVO REGIME JURÍDICO DAS INCAPACIDADES E A (IN)VALIDADE DO
NEGÓCIO JURÍDICO PREJUDICIAL CELEBRADO POR PESSOA COM
DEFICIÊNCIA MENTAL SEM CURADOR OU APOIADOR

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito Contratual da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para obtenção o título de especialista em direito contratual.

Orientadora: Profa. Ms. LUCIANA CHIAVOLONI DE ANDRADE JARDIM

Campinas-SP

2016

Sumário

INTRODUÇÃO	8
1. PROLEGÔMENOS DO NOVO REGIME JURÍDICO DAS INCAPACIDADES CIVIS NO BRASIL	10
1.1. Uma necessária contextualização da Nova Teoria das Incapacidades civis com relação às pessoas com deficiência mental.....	10
1.1.1 Breves apontamentos históricos: a capacidade de direito a todos pertence.	10
1.1.2 A evolução da teoria das incapacidades no Brasil: do Código de 1916 até o vigente regime.....	16
1.1.2.1 O regime jurídico das incapacidades no Código Civil de 1916.....	18
1.1.2.2 Constituição Federal de 1988: movimento de constitucionalização do direito civil e reflexos no plano da teoria das incapacidades.....	20
1.1.2.3 O regime jurídico das incapacidades no Código Civil de 2002 (antes do advento do da Convenção e do Estatuto da Pessoa com Deficiência)	23
1.1.2.4 A Convenção sobre as pessoas com deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência) como normas de promoção da repersonalização do direito civil e de reestruturação da teoria das incapacidades.....	25
1.1.2.5 Estudo pormenorizado do Código Civil e a nova teoria das incapacidades - Análise dos Artigos 3º e 4º do Código Civil.....	34
1.1.2.5.1 Temas polêmicos sobre a abrangência e reflexos da nova teoria das incapacidades	45
1.1.2.5.1.1 Filho com deficiência mental que reside sozinho e a responsabilidade civil dos pais	45
1.1.2.5.1.2 Exercício individual de empresa por pessoa com deficiência mental e o sócio incapaz.....	47
1.1.2.5.2 Da curatela (Interdição) e a Tomada de Decisão Apoiada	48
1.1.2.5.2.1. Princípios da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência norteadores da curatela.....	53
2. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PREJUDICIAIS CELEBRADOS POR DEFICIENTES MENTAIS SEM CURADOR OU APOIADOR	55
CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

DEFICIENTE

É aquele que não consegue modificar sua vida, aceitando as imposições de outras pessoas ou da sociedade em que vive, sem ter consciência de que é dono do seu destino.

LOUCO

É quem não procura ser feliz com o que possui.

CEGO

É aquele que não vê seu próximo morrer de frio, de fome, de miséria.

E só tem olhos para seus míseros problemas e pequenas dores.

SURDO

É aquele que não tem tempo de ouvir um desabafo de um amigo, ou o apelo de um irmão, pois está sempre apressado para o trabalho e quer garantir seus tostões no fim do mês.

MUDO

É aquele que não consegue falar e se esconde por trás da máscara da hipocrisia.

PARALÍTICO

É quem não consegue andar na direção daqueles que precisa de sua ajuda.

DIABÉTICO

É quem não consegue ser doce.

ANÃO

É quem não sabe deixar o amor crescer.

E, finalmente, a pior das deficiências é ser miserável, pois “Miseráveis são todos que não

Conseguem falar com Deus”.

Mário Quintana

Resumo

Com o advento da Lei 13.146/2015, com vigência a partir de 02 de janeiro de 2016, houve uma reconstrução da teoria das incapacidades do Direito Civil brasileiro. A principal mudança foi considerar as pessoas com deficiência mental plenamente capazes para o exercício dos atos da vida civil, inclusive para o exercício de direitos existenciais. Tal mudança se deve ao enfoque humanista do direito civil, que a partir da Constituição Federal de 1988 passou a ter como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Em que pese a boa intenção do legislador, o sistema jurídico de proteção das pessoas com deficiência com relação aos atos jurídicos que praticam e aos negócios jurídicos que celebram foi negativamente afetado, em especial o sistema das invalidades. O presente trabalho, após um estudo evolutivo do tema, visa buscar alternativas para se manter a proteção destas pessoas no âmbito negocial, preservando-se o novo regime jurídico humanista das incapacidades.

Palavras-chave: Deficiente. Incapacidade. Contratos.

Abstract

With the coming of Law 13.146/2015, to rule in January 2, 2016 , there was a reconstruction of the theory of incapacity in Brazilian Civil Law. The main change was to consider people with mental disabilities fully able to exercise the acts of civil life, including the exercise of existential rights. This change is due to the humanistic approach of civil law, which from the Federal Constitution of 1988 now is the basis of the Federative Republic of Brazil to human dignity. Thought good intention of the Legislative power, the legal system for the protection of persons with disabilities in the acts that practice and the juristic act were negatively affected, in particular the void system. This work, after an evolutionary theme of the study aims to find alternatives to keep the protection of these people in the negotiating framework , preserving the new humanist legal regime of disabilities.

Keywords: *Disabilities. Inability. Agreement.*

Resumen

Con la promulgación de la Ley 13.146/2015, efectiva a partir del 2 de enero de 2016 hubo una reconstrucción de la teoría de la discapacidad del Código Civil Brasileño. El cambio principal fue considerar a las personas con discapacidad mental plenamente capaces de ejercer los actos de la vida civil, incluido el ejercicio de los derechos existenciales. Este cambio se debe al enfoque humanista de la ley civil, que a partir de la Constitución Federal de 1988 tiene ahora la fundación de la República Federativa del Brasil para la dignidad humana. A pesar de la buena voluntad del legislador, el sistema legal para la protección de las personas con discapacidad respecto de los actos jurídicos que la práctica y las formas jurídicas celebrando se vio afectada negativamente, en particular el sistema de nulidad. Este trabajo, después de un tema de la evolución del estudio pretende encontrar alternativas para mantener la protección de estas personas en el marco de negociación, preservando el nuevo régimen legal humanista de la discapacidad.

Palabras clave : deficiente. Discapacidad .Contratos.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 13.146/2015, com vigência a partir de 02 de janeiro de 2016, houve uma profunda reconstrução da teoria das incapacidades do Direito Civil brasileiro.

A principal mudança foi considerar as pessoas com deficiência mental plenamente capazes para o exercício dos atos da vida civil, inclusive para o exercício de direitos existenciais.

Houve, portanto, a superação da estigmatizante, simplória e apriorística divisão incapacidade absoluta e incapacidade relativa, que desconsiderava as individualidades das pessoas e as inúmeras formas de deficiência existentes. Aliás, todas as pessoas são dotadas de alguma capacidade, por mais rudimentar que seja.

Tal mudança se deve ao enfoque humanista do direito civil, que a partir da Constituição Federal de 1988 passou a ter como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (metaprincípio jurídico).

Em que pese a boa intenção do legislador, o sistema jurídico de proteção das pessoas com deficiência com relação aos atos jurídicos que praticam e aos negócios jurídicos que celebram foi negativamente afetado, em especial o sistema das invalidades, gerando uma aparente desproteção das pessoas com deficiência mental no ordenamento jurídico.

Assim, o objetivo do presente trabalho é de enfrentar o problema gerado pelo atual regime jurídico das incapacidades, de forma a trabalhar um critério interpretativo apto a reconhecer a invalidade quando a pessoa com deficiência mental praticar um ato ou celebrar um negócio jurídico sem assistência de um curador ou apoiador que lhe seja prejudicial.

Neste diapasão, dedicamos um amplo texto introdutório contendo as noções preliminares necessárias à compreensão e contextualização do tema proposto.

Para tanto, iniciamos tratando da evolução histórica do reconhecimento das pessoas com deficiência pela sociedade como sujeitos de direitos, para depois analisarmos de maneira crítica o desenvolvimento da teoria das incapacidades desde o Código Civil de 1916, passando pela ótica civil-constitucional (com o advento da Constituição Federal de 1988) e depois pelo Código Civil de 2002 até chegarmos às reformas implementadas pela Convenção sobre as Pessoas com Deficiência,

incorporada ao direito interno brasileiro por meio do Decreto-Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, conforme procedimento do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (que lhe garantiu o *status* de norma constitucional) e posteriormente pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146 de 06 de julho de 2015), com vigência a partir de 2 de janeiro de 2016, que regulamento a aludida Convenção.

Dedicamos algumas linhas também para o estudo do atual panorama do instituto curatela (interdição) e do novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada, este último criado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Ao final abordamos o tema proposto, ocasião em que elaboramos uma proposta hermenêutica para corrigir as disfunções criadas pelo atual regime jurídico das incapacidades ao sistema das invalidades, buscando-se preservar a proteção das pessoas com deficiência mental nos atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos que praticaram sem assistência de um curador ou de um apoiador que lhes sejam prejudiciais.

1. PROLEGÔMENOS DO NOVO REGIME JURÍDICO DAS INCAPACIDADES CIVIS NO BRASIL

1.1. Uma necessária contextualização da Nova Teoria das Incapacidades civis com relação às pessoas com deficiência mental

1.1.1 Breves apontamentos históricos: a capacidade de direito a todos pertence

Antes de ingressarmos na análise do tema proposto no título do presente trabalho (“O novo regime jurídico das incapacidades e a (im)possibilidade de anulação do negócio jurídico prejudicial celebrado por pessoa com deficiência mental sem curador ou apoiador”), faz-se necessária uma análise histórica, evolutiva e doutrinária da teoria das incapacidades civis em nosso país, de forma a contextualizar o novo e atual regime jurídico das incapacidades introduzido pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou, simplesmente, Estatuto da Pessoa com Deficiência (13.146 de 06 de julho de 2015)¹, com vigência a partir de 2 de janeiro de 2016, para que melhor possamos compreender as razões das mudanças e melhor interpretar o aludido regime.

O percurso histórico de inserção no tecido social das pessoas com deficiência (*person with disabilities*)² consiste em um processo gradativo, não-linear e marcado pelo multiculturalismo das civilizações, constatando-se, portanto, movimentos

¹ Esta lei regulamentou a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007, que foi devidamente incorporada ao nosso ordenamento jurídico interno com *status* constitucional pelo Decreto Presidencial 6.949, de 25 de agosto de 2009, pois foi aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, na forma do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. A aludida Convenção compõe o nosso “bloco de constitucionalidade”, garantindo maior eficácia às suas previsões, pois poderão servir de paradigma para impugnações de leis ou atos normativos que não observem o absoluto respeito e efetividade dos direitos humanos (MORAES, Alexandre de. *Justiça Comentada*. São Paulo: Atlas. 2015. p. 201-202).

² Terminologia que entendemos mais adequada, adotada pela *Standard Rules* e pela Convenção da Organização das Nações Unidas de 2006. Com bem leciona André de Carvalho Ramos, a expressão “pessoa portadora de deficiência” (utilizada pela nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 nos artigos 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV. 37, VIII; 203, IV; 203, V; 208, III; 227, § 1º, II; 22, § 2º; 244) realça o “portador”, como se fosse possível deixar de ter deficiência (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. P. 221). Aliás, a terminologia “pessoa portadora de deficiência” traz a impressão de se tratar de uma doença, o que na realidade não é, pois a doença mental é um estado psicológico que pode ser curado ou controlado com tratamentos psicológicos ou psiquiátricos, ao passo que a deficiência mental decorre de fatores genéticos ou acidentais, não havendo, quanto a esta última, cura.

marcados pela rejeição e eliminação sumária da vida da pessoa com deficiência (“fases” da invisibilidade e da intolerância³), de um lado, e de proteção assistencialista e piedosa (“fase” assistencialista⁴), de outro, até evoluirmos, mais recentemente, para o movimento que, orientado pelo paradigma dos direitos humanos, passa a considerar as pessoas com deficiência como sujeitos ativos no seu processo de conquista da cidadania, considerando-os dotados de plena capacidade⁵ (“fase” humanista⁶).

Classificar tais movimentos como “fases”, como o fazem alguns autores (v.g.: Bruna Pinotti Garcia e Rafael de Lazari), é adequado apenas para fins didáticos, pois tal divisão transmite a ideia equivocada de que há demarcações bem definidas no estudo deste processo histórico, e que a fase posterior não conviveria em um mesmo plano temporal ou espacial com as fases anteriores, quando na verdade não se pode constatar uma homogeneidade na inclusão da pessoa com deficiência, mormente pelo fato de que os sentimentos e a maneira pela qual as sociedades enxergam tais pessoas variam, ainda que dentro de um mesmo período ou território.

Exatamente por isso verificamos que ainda atualmente existem sociedades estagnadas em termos de direitos humanos, muitas encontrando-se orientadas pelo paradigma da proteção assistencialista, considerando a pessoa com deficiência mental como sendo um incapaz de exercitar pessoalmente os atos da vida civil, necessitando ser representada ou assistida por outrem em todos os seus atos (como era o caso do Brasil até antes do advento da Lei 13.146 de 06 de julho de 2015, denominada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, com vigência a partir de 2 de janeiro de 2016).

³ “A fase da intolerância a deficiência simbolizava impureza, pecado ou castigo divino. A fase subsequente, denominada de fase da invisibilidade, ignorava a existência das pessoas com deficiência e seus direitos” (GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. *Manual de Direitos Humanos*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm. 2015. p. 241)

⁴ A fase assistencialista é pautada na perspectiva médica e biológica de que era preciso encontrar uma cura para a deficiência, que era exclusivamente vista como enfermidade (GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. *Op. cit.* p. 241).

⁵GARCIA, Vinícius Gaspar. *Pessoas com deficiência e o mercado de trabalho – histórico e contexto contemporâneo*. 2010. 205 f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Econômico). Universidade de Campinas (UNICAMP). Campinas. 2010. p. 9-10.

⁶ A fase humanista é orientada pelo paradigma dos direitos humanos, na qual emergiram os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, além da necessidade de eliminar obstáculos e barreiras (culturais, físicos ou sociais) que possam ser superados. Destaca-se a inovação promovida pela Convenção da ONU, que reconhece a deficiência como resultado da interação entre indivíduos e seu meio ambiente, não residindo apenas intrinsecamente no indivíduo (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 303).

Em Roma Antiga, havia permissão para que nobres e plebeus sacrificassem os filhos que nasciam com algum tipo de deficiência (movimento de intolerância). Não era, portanto, qualquer ser humano em Roma que ostentava a qualidade de sujeito de direitos. Para que a pessoa titularizasse direitos era necessária a atribuição de personalidade jurídica, e os deficientes físicos e os escravos⁷ neste momento histórico ao que parece não possuíam tal atribuição⁸.

Do mesmo modo, em Esparta, os bebês e as pessoas que adquiriam alguma deficiência eram lançados ao mar ou em precipícios (movimento de intolerância)⁹.

Na Antiguidade, o padrão social era a eliminação da pessoa com deficiência, com base na ideia de uma suposta inutilidade e inferioridade, inclusive por infanticídio e aborto (movimento de intolerância).

Neste ponto é de suma importância abrir um parêntese a fim de demonstrar que o processo de inserção das pessoas com deficiência não é linear, mormente pelas influências do multiculturalismo.

Embora pareça uma prática antiga o infanticídio destas pessoas, é comum encontrar ainda nos dias atuais tal prática. Veja-se, por exemplo, as tribos indígenas brasileiras que sacrificam a vida de crianças que nasçam com algum tipo de deficiência. Estas tribos habitam em locais afastados do convívio com a civilização dominante do ocidente, e, portanto, não conhecem, por exemplo, hospitais ou casas de reabilitação diversas, tampouco medicamentos alopáticos, próteses etc, não possuindo, muitas vezes, instrumental, nem conhecimento para lidar com as crianças que nascem deficientes, vale dizer, interpretam a deficiência de um modo completamente distinto da forma como a cultura dominante enxerga. Podem até mesmo acreditar que a criança nascida com características diferentes não é um dos seus, ou que não é efetivamente um humano, ou é um humano inviável, porque imprestável à utilidade que teria naquela comunidade¹⁰.

⁷ Os escravos eram considerados objetos de direito (coisas).

⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 103.

⁹ Idem. p. 10.

¹⁰ A nossa Carta Magna, precisamente em seu artigo 231 reza que: “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. O nosso constituinte originário, portanto, ao reconhecer a manutenção e respeito dos hábitos, costumes e tradições indígenas, permitiu que houvesse abrandamento das normas infraconstitucionais, inclusive as leis penais. Neste diapasão, o Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/1973, anterior à Constituição da República Federativa do Brasil 1988, com seu viés integracionista contemplou em seu artigo 56 que, na hipótese de infração penal cometida por indígena, deveria o julgador do fato aplicar a lei penal considerando o grau de integração do silvícola com a sociedade dominante. Desta feita, quanto mais

Ainda em pleno século XXI denota-se também discursos de intolerância com relação aos surtos de microcefalia (típica deficiência, tratada erroneamente e

ínfimo for o grau de integração do indígena mais próximo ele estará da inimizabilidade penal (artigo 26 do Código Penal). Com respaldo nas doutrinas da pluriétnicidade e do multiculturalismo é criticável o texto infraconstitucional ora ventilado, haja vista que a nossa Constituição da República teria reconhecido a pluriétnicidade não sendo particularmente relevante o grau de integração dos indígenas, até porque a pessoa não tem encerrado o seu vínculo com a sociedade indígena por ter maiores ou menores laços e contatos com a população indígena. Não se pode negar que se trata de evidente “erro” cultural cometido pelo indígena em relação ao sistema penal estabelecido pela sociedade não-indígena. Parafrazeando Eugênio Raul Zaffaroni, existem três formas de erro cultural: aquele relacionado à não compreensão do sistema indígena por diferenças culturais; aquele relacionado à não compreensão do sistema pelo indígena por diferenças culturais; aquele relacionado à não interiorização dessas normas, isto é, o indígena conhece a proibição, mas por diferenças culturais não consegue interiorizá-las; justificante putativa, segundo a qual o indígena vê no não-indígena um inimigo e, por esta razão, não segue o sistema por ele imposto. Nesta toada, é possível concluir que a simples integração do indígena à sociedade não é elemento suficiente para reconhecê-lo como sendo penalmente imputável, segundo o direito penal brasileiro. É cediço que em várias oportunidades os aplicadores do direito fazem incidir as normas aos indígenas sem considerar suas diferenças culturais, o que é um erro, pois os parâmetros adotados dentro de uma sociedade indígena são, em muitas ocasiões, diametralmente diversos dos adotados pela sociedade em geral. Deborah Duprat (em seu texto *O direito sob o marco da pluriétnicidade / multiculturalidade*) traz exemplos dessas divergências. Aponta a referida autora que para os Yanomamis o início da vida possui momento diverso do ordenamento jurídico brasileiro. As índias grávidas desse povo, quando estão prestes a dar à luz, refugiam-se no meio da floresta, onde, sozinhas, procedem ao parto. Se pegarem o bebê em seus braços, estes serão considerados nascidos. Diferentemente, se não o pegarem em seus braços, estes não são tidos nascidos. Nesse caso, observa-se que o parâmetro é diverso do utilizado na legislação penal vigente, pois conforme as tradições Yanomamis, não houve o nascimento do bebê, logo não houve infanticídio. Por outro lado, deve-se observar que essa perspectiva entra em embate quando se passa a polarizar a questão entre as visões relativistas e universalistas de direitos humanos. Na visão relativista, os direitos à vida, à dignidade da pessoa humana e à integridade física são relativizados dentro da diversidade cultural do globo. A visão predominantemente ocidentalizada dos direitos humanos deve ser sopesada frente a preservação dos costumes e das culturas. Contudo, numa visão universalista dos direitos humanos, devem-se assegurar a todos, independentemente das nuances culturais, os direitos mais essenciais das pessoas, sobretudo no que tange ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Se por um lado o infanticídio é plenamente aceito nas comunidades indígenas, seja porque o vem como ato de amor, seja porque o parâmetro adotado é diferente, o fato é que se deve observar o direito da criança à vida. De fato, o Estatuto do Índio, apesar de apresentar conceitos ultrapassados, embora tenha permitido a aplicação de sanções penais próprias das populações indígenas, proíbe, expressamente, a pena de morte. Ou seja, o direito à vida é constitucional, quando em seu artigo 5º, caput, garante o direito à vida a todos, irrestritamente, e no seu inciso XLVII, veda a pena de morte. Além disso, a dignidade da pessoa humana veda a instrumentalização do ser humano. O sacrifício do direito de um ser humano não pode ser instrumento para o atingimento de um fim. O ser humano é um fim nele mesmo e por isso a ele devem ser assegurados todos os seus direitos, sobretudo o direito à vida e à integridade física. Anote-se que não se está defendendo a imputação penal da mulher indígena frente a um ato que ela não compreende como crime, pois isto feriria a ideia pluriétnica do Estado brasileiro. Um projeto de lei que busque tornar crime a prática indígena é inconstitucional, pois afronta o direito do indígena, além de retirar do crime a avaliação da culpabilidade do agente. Entretanto, a questão implica o sopesamento de dois direitos: o direito à vida versus o direito à cultura garantido ao indígena. Desse modo, ainda que se entenda que a penalização pelo infanticídio seja descabida, deve-se garantir o direito à vida, por ser direito ínsito a todo o ser humano. A questão se torna ainda mais controvertida quando se observa que, ausente a sanção, restaria ao garantidor dos direitos humanos a conscientização dessas populações contra essa prática, o que, por fim, é ainda nefasto, pois representaria a imposição de uma cultura sobre outra. Já a retirada dos bebês para os livrar da morte, ainda que, inicialmente, se apresente como uma iniciativa plausível, deve ser observada de perto pelo Estado. Isso porque deve-se evitar que essas retiradas passem a representar transferência forçada das crianças indígenas para outros grupos, em afronta à Convenção 169, da OIT, à Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais e à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

silenciosamente como doença) associados ao zika vírus, ocasião que se chegou inclusive a se debater acerca da possibilidade de aborto em gestações de bebês com tal deficiência¹¹, tendo-se de um lado o movimento pró-aborto (ou pró-escolha ou *pro-choice*)¹², que sustenta que a mulher não deve ser punida por uma falha das autoridades em controlar o mosquito transmissor da doença, *Aedes Aegypti*, o mesmo da dengue¹³, e, de outro lado, o movimento antiabortivo (pró-vida), sustentando que o aborto nestes casos traduziria em uma tentativa de se buscar o bebê perfeito, algo comparável ao que buscava o nazismo com suas iniciativas de eugenia, de se criar uma "raça perfeita"¹⁴.

Na Polinésia Francesa, por outro lado, onde o vírus teria também gerado um número maior do que a média de casos de microcefalia, a maior parte dos fetos com esse diagnóstico foi abortado.

Demonstra-se, portanto, a não-linearidade temporal dos movimentos de intolerância.

Avancemos nos pontos históricos.

No decorrer do período medieval, a loucura era vista em muitos povos como um problema espiritual. A pessoa considerada “louca” ou “insana” era excluída da sociedade, tal como os “leprosos”, por se entender que estava possuída pelo demônio (momento da invisibilidade).

Após a institucionalização pública da “limpeza social”, a loucura foi absolutamente afastada do âmbito da sociabilidade e conduzida a um processo de

¹¹ Importante não confundir a microcefalia com a anencefalia. Na anencefalia o feto não possui cérebro, não existindo potencial de vida a ser protegido. No dia 13 de abril de 2012 o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADPF 54, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção deste tipo de gravidez (feto com anencefalia) é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do CP.

Já a microcefalia é uma condição neurológica rara em que a cabeça e o cérebro da criança são significativamente menores do que os de outras da mesma idade e sexo. A microcefalia normalmente é diagnosticada no início da vida e é resultado do cérebro não crescer o suficiente durante a gestação ou após o nascimento. Crianças com microcefalia têm problemas de desenvolvimento. Não há uma cura definitiva para a microcefalia, mas tratamentos realizados desde os primeiros anos melhoram o desenvolvimento e qualidade de vida. A microcefalia pode ser causada por uma série de problemas genéticos ou ambientais.

¹² Constata Luís Roberto Barroso que a maioria dos países desenvolvidos do Atlântico Norte descriminalizou o aborto durante os primeiros estágios de gestação, tornando a proibição total uma medida que prevalece apenas nos países em desenvolvimento. (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Forum. 2014. p. 100).

¹³ O aludido grupo argumenta que a ilegalidade do aborto e a falta de políticas de erradicação do *Aedes* ferem a Constituição Federal em dois pontos: direito à saúde e direito à seguridade social.

¹⁴ *Microcefalia reabre discussão sobre aborto no Brasil*. 31 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160131_entenda_aborto_microcefalia_ss_lab>. Acesso em: 08 de março de 2016.

estigmatização, pois o indivíduo “sem razão” deveria ser recolhido para tratamento por precaução social¹⁵.

Todo este processo de confinamento evidenciado, sobretudo, na França do século XVII favoreceu o surgimento da estigmatização em torno do indivíduo “louco” como se besta fosse¹⁶.

No Brasil Colônia, optava-se pelo confinamento dessas pessoas, fosse na família, em instituições ou mesmo em prisões.

Com a Revolução Industrial, a deterioração das condições de trabalho fez surgir um cenário propício ao aparecimento de doenças e acidentes, levando legiões de operários a adquirir deficiências. Surge, então, a abordagem médico-terapêutica da deficiência, encarada como algo a ser curado de sorte a reintegrar a pessoa à sociedade e a reabilitá-la ao mercado de trabalho (momento assistencialista)¹⁷.

Foi apenas com o avançar da medicina, portanto, que a “loucura” deixou de ser tratada pelo aspecto espiritual e passou a ser compreendida na visão dos transtornos mentais, a partir de argumentos fisiológicos, como uma patologia de origem biológica¹⁸.

No século XX, na Alemanha nazista de Hitler, pessoas com deficiência foram submetidas a “experiências científicas” (movimento de intolerância e invisibilidade).

Hodiernamente, diante da inegável conquista histórica da superação de uma das mais perversas práticas de desumanização e coisificação do outro em razão da sua condição, todo e qualquer ser humano passou a ser reconhecido pelo Estado brasileiro como detentor de personalidade jurídica, ou seja, toda a pessoa natural¹⁹ é

¹⁵ MOUREIRA, Diogo Luna. *Os desafios dos transtornos mentais e do comportamento para o direito civil: dialética do reconhecimento e sofrimento de indeterminação como pressupostos para a reconstrução da Teoria das Incapacidades*. 2013. f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2013. p. 82.

¹⁶ Idem. p. 82.

¹⁷ Idem. p. 82.

¹⁸ SOALHEIRO, Luiza Helena Messias Soalheiro. *O exercício dialógico entre a capacidade civil, os transtornos mentais e a autonomia privada: uma análise no direito comparado*. n: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Glauber Salomão Leite, Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Junior. (Org.). *Direito civil - Constitucional II*. 1ªed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. , p. 131-160.

¹⁹ Na Argentina a pessoa natural tem outra denominação, qual seja: “ente de existência visível”, que se contrapõe ao “ente de existência ideal” (pessoas jurídicas).

possuidora de aptidão genérica para titularizar direitos e deveres²⁰ na órbita civil²¹ (capacidade de direito, de gozo ou de aquisição)²².

1.1.2 A evolução da teoria das incapacidades no Brasil: do Código de 1916 até o vigente regime

A capacidade de fato (ou de exercício) não é ampla e irrestrita como a capacidade de direito, pois aquela sempre foi entendida como capacidade para exercer pessoalmente os atos da vida civil, ou seja, sem a necessidade de representação ou assistência. É a capacidade de fato que determina se um indivíduo pode exercer por si só de forma plena ou não seus direitos.

Capacidade de direito (de gozo ou de aquisição), para Sílvio Rodrigues, seria a “capacidade de ter direitos subjetivos e contrair obrigações”²³, pelo que é equiparada por Orlando Gomes à própria noção de personalidade, não podendo ser recusada²⁴; enquanto a capacidade de exercício estaria relacionada ao poder de praticar pessoalmente os atos da vida civil, sem necessidade de representação ou assistência.

Se uma pessoa possuir simultaneamente capacidade de direito e capacidade de exercício, ela será considerada plenamente capaz.

De outro lado, se a pessoa possuir somente a capacidade de direito, será ela considerada incapaz, fazendo-se necessário que outra pessoa substitua ou complete a vontade do sujeito titular do direito.

Como no Brasil inexistente incapacidade de direito (conforme prescreve o artigo 1º do Código Civil vigente), possuindo toda pessoa aptidão genérica para titularizar

²⁰ Segundo Flávio Tartuce, a expressão “deveres” é melhor tecnicamente, pois existem deveres que não são obrigacionais, no sentido patrimonial, caso dos deveres do casamento (artigo 1.566 do CC)” (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Lei de introdução e parte geral*. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 118.

²¹ Clóvis Beviláqua define personalidade jurídica como “a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. V. 1. obs. 1 ao artigo 2º do CC/1916 *apud in* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil 1 esquematizado*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 101).

²² A capacidade de direito é reconhecida para as pessoas naturais, jurídicas e inclusive entes despersonalizados (quanto a estes últimos confira-se Enunciado 90 da I Jornada de Direito Civil alterado pelo Enunciado n. 46 da III Jornada de Direito Civil: Art. 1331. Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício.

²³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Parte Geral*. Volume 1. 32ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 39.

²⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996. p. 165.

direitos e deveres na órbita civil, a capacidade que interessa aos estudos deste trabalho é a capacidade de fato (ou de exercício).

O sistema jurídico brasileiro tem como regra geral a capacidade das pessoas. A incapacidade é, portanto, algo excepcional, que depende de prévia previsão legal (rol taxativo). Como bem leciona Sílvio de Salvo Venosa, a regra geral é que todas as pessoas maiores são capazes, sendo esta capacidade presumida, devendo a incapacidade em tal hipótese ser comprovada²⁵.

O escopo do surgimento de uma teoria das incapacidades foi o de proteger o indivíduo que não tem idade suficiente ou que padece de algum mal que lhe impede de ter pleno discernimento de sua conduta. O âmbito desta proteção não ocorre tão somente em relação aos outros indivíduos e contra as situações da vida, mas, sobretudo, em relação ao próprio ser incapaz²⁶. Aliás, sempre se entendeu que pode ser um risco à própria pessoa com deficiência mental conferir a ele capacidade plena²⁷.

A teoria das incapacidades, portanto, não tem por escopo a limitação da personalidade jurídica da pessoa.

É trivial que no Brasil, com algumas variações de termos e grau, o Código Civil de 1916 (Código Bevilacqua) e também o atual Código Civil de 2002 (até antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência) tratavam as pessoas “sem discernimento” ou com “discernimento reduzido” como incapazes de fato, sob a justificativa de sua própria proteção e da proteção da sociedade²⁸, com claro prejuízo a sua autonomia individual e, muitas vezes, dignidade²⁹.

De uma análise conjunta de todas as hipóteses de incapacidade de fato (até antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência), era possível identifica-las como inerentes à menoridade, à saúde mental, à impossibilidade de manifestação de vontade e à prodigalidade.

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. *Direito Civil – volume VI*. 16ª ed. São Paulo: Atlas. 2016. p. 514.

²⁶ . ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Teoria Geral. Introdução. As Pessoas. Os Bens*, 3.ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 140.

²⁷ TRIMARCHI, Pietro *Instituzioni di Diritto Privato*. Milano,: Giuffrè, 1996. p. 71.

²⁸ Há necessidade de ver-se até que ponto lhes seria prejudicial e à sociedade a capacidade. (MIRANDA, Pontes de; atualizado por MARTINS-COSTA, Judith [et al.] *Tratado de Direito Privado – Tomo I*. São Paulo: RT. 2012. p. 316).

²⁹ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades*. 20 de julho de 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

A fim compreendermos a exatidão a evolução da teoria das incapacidades e a nova forma de raciocinar a situação das pessoas com deficiência mental, importante estudarmos a própria evolução do direito civil, a começar pelo Código Civil de 1916.

1.1.2.1 O regime jurídico das incapacidades no Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916, que teve direta influência dos Códigos Civis Francês (*Code de France*) e Alemão (BGB), era guiado por valores patrimonialistas e individualistas. A maior prova deste caráter patrimonialista do Código de 1916 era o instituto da tutela, que era regida por 24 artigos, sendo que 23 artigos preocupavam-se com o patrimônio do tutelado, e só um dispositivo cuidava da pessoa, que era do tutor (e não do tutelado). Vale dizer, o Código Civil de 1916 preservava a propriedade do tutelado, preocupava-se com o ter (com a proteção do patrimônio) e não com o ser.

Ao Código, pois, conferia-se a missão de garantir a estabilidade das atividades privadas. É o “mundo da segurança”, na síntese de Stefan Zweig³⁰.

O Código Civil de 1916, que permaneceu incólume por 6 (seis) diferentes Constituições (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969), ocupava uma posição de proeminência, aceitando-se a ideia de que o aludido Código era a mais alta norma do direito civil, pois as Constituições anteriores a de 1988 não cuidavam de direito civil, afinal o sistema era dividido em público e privado (clivagem). A Constituição continha normas de direito público e não tratava de assuntos pertinentes ao direito civil. Exatamente por isso apelidou-se o Código Civil de 1916 de “Constituição de Direito Privado”, ao passo que as Constituições eram tidas por Cartas Políticas, pois estas tinham o papel de cuidar da organização política-administrativa. Assim, acima do Código Civil não havia nenhuma outra norma dotada de supremacia. Havia uma subversão hermenêutica, pois o Código Civil arvorava-se em papel constitucional e a Constituição ficou reduzida a uma mera Carta Política, um protocolo de intenções administrativas.

Os valores inerentes ao Código Civil de 1916 (patrimonialismo e individualismo) geraram um modelo de saúde assistencialista extremo, em que as

³⁰ *Apud* TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 3.

peças com deficiência mental eram rotuladas como loucas (ou “loucos de todo gênero”) e incapazes, havendo a transferência compulsória das decisões e escolhas (inclusive existenciais) para o curador, o que esvaziava a autonomia privada por completo e não permitia o livre desenvolvimento da personalidade destas pessoas, culminando em “morte civil”³¹ disfarçada.

O tratamento desonroso das pessoas com qualquer tipo de deficiência mental conferido pelo Código Civil de 1916, rotulando-as como “loucos de todo gênero” (v.g., art. 5º, II; art. 12, III; art. 142, I; art. 446, I; art. 457; art. 1.627, II; art. 1.650, II, todos do Código Civil de 1916) e como absolutamente incapazes, somado ao individualismo e patrimonialismo até então reinante, açodava ainda mais o consciente coletivo de que era necessário isolamento do convívio social destas pessoas, e é neste contexto que os manicômios, os hospitais psiquiátricos e os asilos passaram a ser de interesse dos familiares e do próprio Estado³², prova disto era a redação do próprio artigo 457 do Código Civil de 1916, que rezava: “Os loucos, sempre que parecer inconveniente conserva-os em casa, ou o exigir o seu tratamento, serão também recolhidos em estabelecimento adequado”.

O isolamento das pessoas com deficiência mental em manicômios (considerado o estabelecimento adequado para tais pessoas pelo próprio Código Civil de 1916), que era para ser exceção, passou a ser a regra, pois quase sempre era de conveniência da família ou do Estado afastá-los.

Porém, diante das condições sub-humanas em que as pessoas com deficiência mental eram mantidas em tais estabelecimentos, surge no cenário brasileiro, em meados de 1987, o “Movimento de Luta Antimanicomial”, que buscava alternativas terapêuticas para estes indivíduos³³.

Com bem aponta Flávia Piovesan, a dicotomia do “eu *versus* o outro” (marca do individualismo) levava à captação da diversidade como elemento para aniquilar direitos. Ou seja, a diferença era visibilizada para conceber o ‘outro’ como um ser

³¹ Morte Civil da pessoa é muito bem definida por Louis Jossierand como: *La muerte jurídica, en que se incurria por la voluntad de los poderes públicos; aquel a quien afectaba estaba muerto para la vida jurídica; no tenía ya personalidad, puede decirse, porque la muerte civil imitaba tan fiel y tan cruelmente como era posible la muerte natural, produciendo para aquel a quien afectaba, la pérdida de los derechos civiles y políticos, la disolución de su matrimonio, la incapacidad para figurar en la escena jurídica, para firmar un contrato, para ser propietario o acreedor, y en fin, determinaba también la apertura de su sucesión a la cual podían ser admitidos prematuramente sus herederos. Era la excomunión jurídica casi integral* (JOSSEERAND, Louis. *Derecho Civil*, tomo I, vol. I. Buenos Aires: Bosch. 1950. p. 180).

³² SOALHEIRO, Luiza Helena Messias Soalheiro. Op. cit. p. 131-160.

³³ Idem.

menor em dignidade e direitos, ou, em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo³⁴.

1.1.2.2 Constituição Federal de 1988: movimento de constitucionalização do direito civil e reflexos no plano da teoria das incapacidades

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (norma suprema), e com influências do movimento Italiano de “constitucionalização do direito civil”³⁵ (Pietro Perlingieri³⁶), advém a sujeição e a interpretação dos clássicos institutos e normas do direito civil aos princípios e regras constitucionais, que têm como valores a dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial. Toda a compreensão do direito civil tem de estar conforme a Constituição. Portanto, o direito civil constitucionalizou-se, e aqueles institutos que só estavam presentes no Código Civil (a exemplo da propriedade, o contrato, a família etc.) têm agora previsão na Constituição. A Constituição passou a disciplinar o público e o privado.

Este movimento de constitucionalização (de compreensão do direito civil conforme a nossa Constituição Cidadã) deixou em evidência a preocupação com “o ser” e não somente com “o ter”. Se o Código de 1916 preocupava-se fundamentalmente com a proteção do patrimônio (do ter), a tábua axiológica da Constituição de 1988 preocupou-se com “o ser”.

A Constituição estabelece uma espécie de *revival* (ela volta no tempo), pois resgata no tempo a liberdade, a igualdade e a solidariedade como tábua de valores,

³⁴ PIOVESAN, Flávia. *Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto*. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (Coord). *Manual dos Direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 34.

³⁵ Não se pode confundir constitucionalização do direito civil com publicização do direito civil. Publicização (Dirigismo contratual) é a episódica e casuística intervenção do Estado em uma relação privada para garantir igualdade entre as partes. O Estado percebe que determinadas relações privadas precisam do Estado, justamente para se manter a isonomia entre as partes. Exemplo: atuação das agências reguladoras, entre as quais algumas vão se imiscuir nas relações com os Planos de Saúde. A Seguradora só pode aumentar a contribuição de acordo com os índices estabelecidos pelo governo. A União penetra em uma relação privada para estabelecer limites. É um claro exemplo de dirigismo contratual. Estes dois movimentos podem estar juntos (Constitucionalização e Publicização), a exemplo do direito do trabalho e direito do consumidor.

³⁶ “O papel unificador do sistema, tanto em seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. De M. C. De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 1997. p. 6).

com o objetivo de se garantir a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988).

Sob a ótica do Direito, a revisitação da ideia de dignidade humana vem acompanhada de diversos documentos internacionais, na qual é citada – Estatuto (ou Carta) da Organização das Nações Unidas (1945), Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Constituição Italiana (1948), a da Lei Fundamental da República Federal Alemã (1949)³⁷. Representa, de certo modo, uma contraposição aos horrores vividos durante o período das Guerras Mundiais.

Esta preocupação com o “ser” faz com que direito adapte-se a isso, fazendo-se com que no direito civil surja um movimento de (re)personalização, em que o direito civil passa a se preocupar com a pessoa humana. Não quer dizer que o direito civil deixou de proteger o patrimônio. Continua-se a proteção do patrimônio (a propriedade continua privada, o contrato continua submetido ao *pacta sunt servanda*³⁸). Ele apenas agora tem como proteção precípua (fundamental) a dignidade humana.

Esse movimento inaugura uma nova era denominada de: “Direito Civil Mínimo”, que significa intervenção mínima do Estado na relação privada. O Estado só deve intervir na relação privada quando for necessário para garantir: dignidade, igualdade, solidariedade e liberdade. Se não há necessidade de preservar estes valores, vale a autonomia das partes (autonomia privada).

Neste sentido, o desafio que se coloca aos civilistas é a de enxergar a pessoa em sua dimensão ontológica. Aliás, seguindo-se a concepção Kantiana, o homem deve ser levado a sério, sendo sempre o fim maior das relações humanas e nunca um mero meio (não instrumentalização)³⁹. O reconhecimento da primazia da pessoa humana, nas relações civis, passa a exigir a adequação do direito aos fundamentos constitucionais⁴⁰.

³⁷ Reza o artigo 1 da Lei Fundamental da República Federal Alemã: [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

³⁸ Brocardo latino que significa "os pactos devem ser respeitados" ou mesmo "os acordos devem ser cumpridos". É um princípio-base do Direito Civil e do Direito Internacional.

³⁹ KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. 2ª ed. Madrid: Tecnos. 1994. p. 30.

⁴⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil atualidades I*. Belo Horizonte: Del Rey: 2003. p. 11

As pessoas são *diversily different*⁴¹, e, portanto, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social.

Assim, ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial⁴².

Luciana Chiavoloni de Andrade Jardim, com razão, leciona que o respeito “às diferenças existentes e inerentes à humanidade são fundamentais para que a liberdade exista”⁴³.

Deve-se normalizar a pessoa com deficiência, não no sentido de torna-la normal, mas sim no sentido de dar a ela o direito de ser diferente e ter suas necessidades reconhecidas e atendidas pela sociedade, eliminando-se todas as barreiras⁴⁴ existentes⁴⁵, pois é com a eliminação destas que se garantirá liberdade às pessoas com deficiência, em especial para exercer as suas liberdades existenciais.

Nesta senda, a diferença deve ser vista como uma ideia de liberdade, de igualdade material e de respeito ao próximo.

O respeito às identidades singulares das pessoas (direito ao reconhecimento) colabora para uma sociedade inclusiva, constituindo-se em premissa básica para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme artigo 3º, inciso I da Constituição Federal de 1988), garantidora de autonomia existencial a todas as pessoas.

Cada pessoa deve ter sua autonomia existencial reconhecida, de modo ter o direito de realizar as suas escolhas fundamentais de vida e agir de acordo com suas

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* p. 35.

⁴² *Idem.* p. 34.

⁴³ JARDIM, Luciana Chiavoloni de Andrade. *Direito de resistência e desobediência civil*. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54133>>. Acesso em 17 de março de 2016.

⁴⁴ Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se: IV - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em: a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo; b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados; c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes; d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação; e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas; f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias;

⁴⁵ WERNECK, Claudia. *Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva*. Rio de Janeiro: WVA. 1997. p. 51.

escolhas desde que não contrariem o ordenamento jurídico (não sejam ilícitas) ou não prejudiquem indevidamente direitos de terceiros. É a dimensão da autonomia individual que nos concede a liberdade existencial, vale dizer, a possibilidade dos mais variados projetos de vida, concepções de vida digna em meio ao pluralismo razoável que vivemos.

O reconhecimento do direito de ser diferente (corolário da dignidade da pessoa humana) surge de um complexo processo gradativo de conquistas (“lutas”⁴⁶), fruto de um intrincado processo de reconhecimento⁴⁷, do ponto de vista Hegeliano de dignidade da pessoa humana.

Como bem salientam Bethânia Assy e João Ferres Júnior “esse reconhecimento só é efetivo quando aquele que reconhece o valor do outro também tem seu próprio valor honrado nele”. Ou seja, “a reciprocidade é condição especial desta dinâmica”⁴⁸.

1.1.2.3 O regime jurídico das incapacidades no Código Civil de 2002 (antes do advento do da Convenção e do Estatuto da Pessoa com Deficiência)

Dentro deste processo gradativo de conquistas, surge a necessidade de um Novo Código Civil (o atual Código Civil brasileiro de 2002) que trouxesse novos valores compatíveis com a Constituição Federal de 1988, em substituição àqueles valores consagrados pelo Código Civil de 1916 (patrimonialismo e individualismo) que se encontravam em rota de colisão com a Carta Magna.

E assim sendo, o Código Civil de 2002 apresentou 3 (três) novos valores que se compatibilizassem com os ideais de dignidade da pessoa humana, quais sejam:

- a) Eticidade⁴⁹ (compreensão ética de uma relação);

⁴⁶ Em que pese o termo “lutas”, entendemos que este reconhecimento não deve ser conquistado pela força, pois se assim fosse perderia seu efeito.

⁴⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm. 2015. p. 300.

⁴⁸ *Idem*. p. 300.

⁴⁹ Eticidade é um neologismo para dizer que todas as relações privadas precisam ser compreendidas conforme a ética. Ética não se confunde com a moral. Ética é coletiva, é aquilo que se espera de todos (não tem uma conotação moral). Exemplo de eticidade: boa-fé objetiva. Se um dia os contratos foram interpretados pelo *pacta sunt servanda* (contratou tem que cumprir! Morra, mas cumpra!), agora tem

- b) Operabilidade⁵⁰ (desapego ao tecnicismo);
- c) Socialidade⁵¹ (compreensão dos institutos do direito civil com uma preocupação com a sua função social).

Norberto Bobbio, em sua obra “Da estrutura à função”⁵², apresentou esses elementos que hoje foram incorporados ao nosso Código Civil 2002. Miguel Reale, na Exposição de Motivos do Código Civil de 2002, deixou claro que estes três paradigmas norteiam o direito civil atual.

Em que pese tenha havido um claro avanço valorativo com relação a muitos pontos do direito civil brasileiro com a vigência do Código Civil de 2002, é cediço que este Código conservou a essência do regime jurídico das incapacidades (criado por Clóvis Beviláqua – Código Civil de 1916), pois se manteve umbilicalmente ligado a um retrógrado viés patrimonialista (tutela patrimonial do incapaz), não comprometido aos valores e princípios constitucionais então vigentes.

No Código Civil de 1916 as pessoas com deficiência mental (denominados preconceituosamente de “loucos de todo gênero”) e os surdos-mudos, que não podiam exprimir vontade eram considerados absolutamente incapazes, o que as impedia, pela interdição, de praticar qualquer ato da vida civil.

Com o advento do Código Civil de 2002 (antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que o modificou) foi dado tratamento diferenciado às pessoas “sem discernimento”, às pessoas que mesmo por causa transitória não pudessem exprimir a suas vontades e às pessoas com “discernimento reduzido”. As pessoas sem discernimento e as pessoas que mesmo por causa transitória não pudessem exprimir suas vontades eram consideradas absolutamente incapazes, ao passo que as pessoas com discernimento reduzido eram consideradas relativamente incapazes.

que ser interpretado conforme a ética (boa-fé objetiva – é a ética que se espera das relações contratuais).

⁵⁰ A operabilidade é a utilização dos institutos do direito civil de forma fácil. A utilização dos institutos não deve ser complexa, não deve ser com apego ao tecnicismo. O direito civil deve ser facilmente compreendido. Aqui serve o exemplo da distinção entre prescrição e decadência, em que o direito civil facilitou a compreensão destes institutos.

⁵¹ Os institutos do direito civil precisam cumprir uma função social, não podendo o direito civil ter mais uma visão puramente individualista (precisa ser dotado de compreensão social). Exemplo: função social do contrato; função social da propriedade.

⁵² BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. São Paulo: Manole. 2007.

Assim, tanto no Código de 1916 ou no Código de 2002, o simples fato de a pessoa ter algum tipo de debilidade mental já implicava aprioristicamente em incapacidade (relativa ou absoluta).

1.1.2.4 A Convenção sobre as pessoas com deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência) como normas de promoção da repersonalização do direito civil e de reestruturação da teoria das incapacidades

Como vimos, nossa Carta Magna de 1988 centralizou a pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo a proteção da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da nossa República Federativa, vale dizer, um metaprincípio informador de todos os demais princípios.

Contudo, o fenômeno da repersonalização⁵³, que consagra que todos os institutos jurídicos devem ser funcionalizados de modo a promover a máxima proteção da dignidade humana, não foi observado pelo legislador a contento quanto ao regime da capacidade de exercício no Código Civil de 2002.

O reconhecimento da incapacidade de fato estava atrelado ao pressuposto básico da impossibilidade de alguém administrar pessoalmente os próprios bens. E, oriunda dessa aptidão para zelar pelos seus interesses econômicos, a pessoa também acabava privada do exercício dos direitos existenciais, que são aqueles que não podem ser valorados pecuniariamente.

Em outras palavras, as restrições ao exercício da capacidade civil para fins negociais acabavam por restringir igualmente o exercício de direitos não econômicos, relativos ao nome, à saúde, à integridade física, ao credo religioso, à intimidade, à educação, ao casamento e à constituição de união estável; ao exercício de direitos sexuais e reprodutivos; ao exercício do direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; à conservação de sua fertilidade; ao exercício do direito à família e à convivência familiar e comunitária, etc.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. P. 370-371.

Vinculava-se a aferição da capacidade ao critério do discernimento, o que traduzia uma afronta aos direitos fundamentais da pessoa com deficiência mental, pois considerava-se a pessoa apenas levando em consideração a sua integridade psíquica, que se trata de apenas um dos componentes da personalidade.

Então, note que toda e qualquer pessoa com deficiência mental ou estava reduzida ao conceito de incapacidade absoluta ou ao conceito de incapacidade relativa⁵⁴. Vale dizer, invariavelmente sempre era rotulada como incapaz.

Contudo, o mundo nos provou o contrário.

Veja-se, por exemplo, o filme brasileiro “Colegas”, dirigido e roteirizado por Marcelo Galvão, que estreou em 1º de março de 2013, que foi o primeiro filme protagonizado por atores com síndrome de *down* (Ariel Goldenberg, Rita Pokk e Breno Viola). Narra-se neste filme a história de pessoas com síndrome de *down* que estavam internadas, porque eram tratadas como incapazes, e que fugiram do estabelecimento para realizarem seus grandes sonhos de vida: conhecer o mar, casar-se e voar.

Embora o filme seja uma ficção, é cediço que ele retrata uma realidade: as pessoas com deficiência mental (das mais variadas) possuem sonhos, desejos que não podem ser tolhidos pelo Estado e pelas pessoas, ainda que invocando o motivo de proteção. Aliás, as liberdades e os direitos individuais devem ser exercidas contra o Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais) e também incidir nas relações entre particulares⁵⁵ (eficácia horizontal dos direitos fundamentais)

Diante desta realidade, no âmbito doutrinário sinaliza-se uma grande evolução, pois a III Jornada de Direito Civil, realizada em novembro de 2004, editou o Enunciado 138 reconhecendo que a vontade dos absolutamente incapazes é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.

Neste panorama, após cinco séculos de total vedação jurídica, no Direito brasileiro, tudo mudou, ao menos no plano teórico, com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada ao direito interno brasileiro por meio do Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, conforme procedimento do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (incorporado ao

⁵⁴ As pessoas com deficiência física poderiam ser rotuladas como incapazes, por não exprimir vontade ou por de algum modo não terem uma capacidade completa para os atos da vida civil.

⁵⁵ Afinal a opressão e a violência vêm não só do Estado, mas de outros particulares.

direito interno brasileiro com *status* de emenda constitucional⁵⁶), e por sua promulgação pelo Decreto Executivo 6.949, de 25 de agosto de 2009. E, finalmente, na sequência, a Lei 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que regulamentou a Convenção⁵⁷.

Com a mencionada Convenção superou-se o modelo assistencialista, em clara adoção a um modelo humanista (de direitos humanos ou social). A Convenção abandonou o *medical model*, modelo médico de enfoque da condição das pessoas com deficiência, que percebia a deficiência como sendo uma “doença” que precisava de tratamento ou cura⁵⁸. Pelo antigo modelo, eram as pessoas com deficiência que deveriam adaptar-se à vida social, que deveriam ser “curadas” (eram tratadas como doentes). O modelo médico do assistencialismo fomentava a invisibilidade e eternizava estereótipos das pessoas com deficiência como “destinatárias de caridade pública (e piedade compungida)”, negando-lhes a titularidade de direitos como seres humanos⁵⁹, inclusive direitos existenciais.

O modelo de direitos humanos, seguido pela Convenção, enxerga a pessoa com deficiência como ser humano dotado de dignidade, como sujeito de direitos (titular de direitos), e não como objeto ou alvo de comiseração pública. Os dados médicos passam a ser utilizados tão somente para especificar as suas necessidades frente ao tecido social, de forma a eliminar as barreiras existentes para o exercício dos seus direitos.

Nesta esteira, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência retira o rótulo de “portadoras” de deficiência, pois “portador” dava a ideia de que a pessoa era acometida de alguma doença, e passa a considera-las tão somente como pessoas “com” deficiência.

A Convenção em seu artigo 1 conceitua pessoas “com” deficiência como “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua

⁵⁶ O rito utilizado foi o do artigo 5º, parágrafo 3º da CF/88, que concede a esse tratado *status* equivalente ao de emenda constitucional (incorporação do tratado de direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro).

⁵⁷ LÔBO, Paulo. *Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes*. 16 de agosto de 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em 25 de março de 2016.

⁵⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.* p. 221-222.

⁵⁹ Idem

participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

Já o artigo 12 da Convenção estabelece que as pessoas com deficiência “gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”; sendo que, conforme explica Paulo Lôbo, essa capacidade legal é mais ampla que capacidade civil em geral⁶⁰. A Convenção explicita em seu artigo 15, sem configurar obviamente em *numerus clausus*, que a pessoa com deficiência pode possuir ou herdar bens, controlar as próprias finanças e ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro. Ademais, assegura o mesmo dispositivo que as pessoas com deficiência não serão arbitrariamente destituídas de seus bens.

Denota-se que após o início de vigência da Convenção (com *status* de norma constitucional), no direito brasileiro, em 2009, portanto, a pessoa com deficiência passou a não mais se incluir entre os absolutamente ou relativamente incapazes de exercício dos direitos. Parafraseando Paulo Lôbo, a Convenção, nessa matéria, já tinha derogado o Código Civil⁶¹.

Com a incorporação da Convenção ao Ordenamento brasileiro de 2009 com *status* de norma constitucional garantiu-se um leque de direitos às pessoas com deficiência no Brasil, e potencializou-se o modelo humanista, assegurando-se inclusive o reconhecimento da capacidade civil em geral para as pessoas com deficiência.

Só que, infelizmente, no Brasil, os profissionais da área jurídica (denominados de “operadores do direito”), no qual se incluem advogados, defensores públicos, promotores de justiça, juízes, etc, ou a própria sociedade, por questões culturais (talvez) ou até por desleixo, criaram o incorreto hábito de não “incorporarem em concreto” as Convenções ou Tratados de que o Brasil faça parte no dia a dia forense ou nas relações sociais (embora tenha ocorrido a incorporação em abstrato). Assim, sempre foi necessária uma lei posterior para explicitar o que uma Convenção ou um Tratado já nos deu por força de norma constitucional.

A Lei 13.146, de 2015, seguindo esta cultura brasileira (de necessidade de leis infraconstitucionais para dar efetividade aos Tratados e Convenções Internacionais), tornou explícita essa derrogação, ao estabelecer, em nova redação

⁶⁰ LÔBO, Paulo. *Op. cit.*

⁶¹ *Idem.*

ao artigo 3º do Código Civil, que são absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos, excluindo as pessoas “com enfermidade ou deficiência mental” e qualificando como relativamente incapazes os que, por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (que pela redação originária do Código Civil de 2002 eram absolutamente incapazes).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência não deixa de ser pioneiro ou inédito, mas ao mesmo tempo grande parte das conquistas já advinham desta Convenção, incorporada ao Ordenamento Jurídico como emenda constitucional.

A mudança matricial do Estatuto da Pessoa com Deficiência encontra-se no seu artigo 2º, que descortina um horizonte jurídico completamente novo no Brasil. Novo em termos, pois a Convenção Internacional, como já vimos, já havia descortinado este horizonte. De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “uma verdadeira reconstrução jurídica se operou”⁶².

O artigo 2º do Estatuto repete o conceito de pessoa com deficiência da Convenção, que já analisamos. Aliás, este dispositivo (artigo 2º) possui a mesma dicção do artigo 2º da Lei Complementar 142/2013 para o reconhecimento do direito à aposentadoria de que trata esta Lei Complementar.

O raciocínio inovador que se tem surge quando se faz uma análise deste artigo 2º do Estatuto, avançando ao encontro do que o Estatuto traz no que se refere à plena participação da pessoa com deficiência na vida social. A grande inovação do Estatuto é trazer em seu artigo 6º em dicção clara, objetiva e precisa a ideia de que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa.

A pessoa com deficiência mental era até antes do Estatuto quase que invariavelmente conduzida ao rótulo de incapaz, e levada à condição de interdita.

A categoria de incapaz é algo que estigmatiza. Não é todo tipo de deficiência que resultará em um raciocínio de incapacidade. Só que infelizmente a sociedade brasileira precisa evoluir em termos legislativos para enxergar as pessoas com outros olhos. Se tivéssemos mais noção de respeito, de cuidado com o outro, talvez não fôssemos tão dependentes e escravos de leis tão detalhadas, que cuidam de regular aspectos da vida aparentemente desnecessários de regulação se tivéssemos mais respeito com relação ao outro.

⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – parte geral. Volume 1*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. P. 147.

Então, no momento em que o artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência diz que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, este artigo 6º em conjugação com o artigo 2º do mesmo Estatuto, desconstrói o conceito de incapacidade civil no Brasil, porque a partir da entrada em vigor do Estatuto, a pessoa com deficiência, nos termos do artigo 2º, deficiência física, mental, intelectual ou sensorial de longo prazo, que obstrua a sua participação na vida social, passa a ser considerada pelo ordenamento jurídico brasileiro legalmente capaz, inclusive para a prática de atos derivados do ordenamento jurídico familiar (artigo 6º do Estatuto).

Na mesma linha, o artigo 84 do Estatuto diz que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Então, o artigo 2º, conjugado com os artigos 6º e 84, todos do Estatuto, significam uma das maiores revoluções do ordenamento jurídico brasileiro.

Até louvamos o aspecto inclusivo do Estatuto derivado da conjugação dos artigos supra citados, em especial em razão da sensibilidade que o legislador teve para com a dignidade da pessoa humana, mas a norma legal não pode alterar a realidade da vida, não tem o condão de alterar a natureza das coisas. No momento em que a norma legal diz que a pessoa é plenamente capaz, ela não tem o condão de alterar a situação de saúde existencial daquela pessoa.

Não estamos querendo dizer que o legislador adotou um modelo de “faz de contas”, valendo-se da clássica frase de Friedrich Nietzsche: “Os homens inventaram o ideal para negar o real”. E nem muito menos pretendeu-se valer de uma razão cínica (de Peter Sloterdijk), de forma a fingir que uma coisa é verdadeira, quando se sabe que não é verdadeira.

Vários doutrinadores (a exemplo de José Fernando Simão⁶³; Vitor Frederico Kümpel e Bruno de Ávila Borgarelli⁶⁴) teceram duras críticas ao novo regime jurídico das incapacidades, em especial pelo enfraquecimento da proteção das pessoas com deficiência nos atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos que realizam sozinhas,

⁶³ SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). 06 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em 28 de março de 2016.

⁶⁴ BORGARELLI, Bruno de Ávila; KUMPEL, Vitor Frederico. As aberrações da lei 13.146/2015. 11 de agosto de 2015. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015>>. Acesso em 28 de março de 2016.

Advertem estes autores que o Estatuto das Pessoas com Deficiência, utilizando-se de um discurso humanitário, acabou por romper com a própria lógica dos direitos humanos⁶⁵.

Em que pese as densas críticas, abrindo-se a consciência é possível compreender o que o Estatuto pretendeu realizar. O Estatuto pretendeu uma mudança paradigmática. O que o legislador fez, com inspiração na Convenção Internacional, é uma verdadeira desconstrução ideológica⁶⁶. O direito vive de conceitos, ele vive de signos, de linguagem, a semiótica estuda isso.

Temos a estática jurídica, que é a parte introdutória do direito que lida com direitos fundamentais e a dinâmica jurídica (o âmbito das relações jurídicas em movimento). Como lidamos com conceitos fundamentais, no momento em que o Estatuto, a luz do seu artigo 2º, conjugado com os seus artigos 6º e 84, diz que a pessoa com deficiência passa a ter plena capacidade legal, o que Estatuto fez foi uma verdadeira reconstrução ideológica.

A partir do momento em que uma pessoa é tratada como deficiente em um processo linguístico de significação ou identificação⁶⁷ (inerente à ciência jurídica) já há uma enorme carga desvalorativa sobre essa pessoa, ainda mais dentro de uma sociedade díspar / excludente como a brasileira. O que dizer então quando lhe atribuir incapacidade civil de fato (ou de exercício)⁶⁸? Com certeza incluí-lo no rol dos civilmente incapazes gera um aumento significativo de barreiras simbólicas, discursivas e sociais a este indivíduo, pois, como bem lembra Lenio Streck, “através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo uma *lei-em-si*, abstraída das condições (de produção) que a engendraram, como se a condição-de-lei fosse uma propriedade ‘natural’”⁶⁹.

Em outras palavras: não existe a deficiência em si, mas um processo linguístico sobre o que é a deficiência. O que há são diferenças, que devem ser respeitadas.

⁶⁵ BORGARELLI, Bruno de Ávila; KUMPEL, Vitor Frederico. A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes. 12 de agosto de 2015. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>>. Acesso em 28 de março de 2016.

⁶⁶ Neste mesmo sentido: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.* P. 147.

⁶⁷ Para ficar mais claro, podemos pensar na posição-aluno. Ninguém nasce aluno, mas torna-se aluno. Do mesmo modo, uma pessoa não nasce com deficiência, mas se torna, num processo de significação e identificação, em que participam o Estado, a medicina, a mídia etc. (COTRIM, Amanda. *Op. cit.*)

⁶⁸ Seja esta incapacidade relativa ou absoluta.

⁶⁹ STECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11ª. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014. p. 117.

Esse processo de significação / identificação – que se realiza na linguagem – é que produzirá a evidência sobre o que é esse sujeito com deficiência. Portanto, a identidade da pessoa com deficiência é construída na relação com o outro, desde pessoas até instituições.

A pessoa com deficiência a partir da entrada em vigor do Estatuto passa ser considerada por um processo linguístico de significação, em uma visão desestigmatizante, legalmente capaz, ainda que para atuar na vida social se valha de instituto protetivos como a curatela ou a tomada de decisão apoiada (novo instrumento de proteção)⁷⁰. Denota-se, portanto, a possibilidade de curatela (ou também de Tomada de Decisão Apoiada) para pessoas consideradas plenamente capazes (que é o caso das pessoas com deficiência). Como bem leciona Carlos Roberto Gonçalves: “O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) inova ao admitir a interdição de pessoa capaz”⁷¹.

Para nós o que existirá será uma incapacidade relativa velada (não declarada) da pessoa com deficiência, afinal pode esta sujeitar-se à Tomada de Decisão Apoiada ou à curatela.

Isso não é apenas um jogo de linguagem. Trata-se, como já dissemos, de uma postura com raízes ideológicas. A pessoa com deficiência passa a ser considerada legalmente capaz em pé de igualdade com todos, em uma perspectiva isonômica e com sustentáculo na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ainda que para atuar na vida social se valha de institutos protetivos da curatela ou da tomada de decisão apoiada.

⁷⁰ Por determinação do artigo 116 do estatuto, insere-se a Tomada de Decisão Apoiada no Código Civil, através do recém-criado artigo 1783-A, novo modelo alternativo ao da curatela. Em verdade, por determinação do artigo 115 do estatuto, o próprio “Título IV”, do Livro de Direito de Família, tem sua redação modificada, passando a se chamar “Da tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada”. Neste novo sistema da tomada de decisão apoiada, por iniciativa da pessoa com deficiência são nomeadas 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.” Note-se que a tomada de decisão apoiada não se relaciona, necessariamente, com o portador de transtorno mental, podendo ser requerida por qualquer sujeito classificável como deficiente nos termos do Estatuto. Segue, portanto, neste quesito, lógica similar à da *amministrazione di sostegno* italiana, que, nos termos do artigo 404 do Código Civil da citada nação, pode ser requerida por “la persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi (...)” (REQUIÃO, Maurício. *Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo à curatela*. 14 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regime-alternativo-curatela>>. Acesso em: 26 de março de 2016.

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – parte geral*. Volume 1. 14^a ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 120.

Denota-se, assim, que a proteção das pessoas com deficiência concretiza-se através de direitos diferenciados, e “não por meio da retirada da plena capacidade (capacidade de agir pessoal e diretamente)”⁷², nas sábias palavras de Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald.

A proteção jurídica da pessoa com deficiência deve ser a mais ampla possível, e isto reclama a modernização do regime das incapacidades, de forma a encarar as ideias de exclusão e inclusão por uma tutela que não se reduza a resguardar interesses de ordem patrimonial. Só desta forma a pessoa com deficiência poderá desenvolver suas potencialidades, superando obstáculos que no passado pareciam intransponíveis e hoje muitas vezes são meramente transitórios⁷³.

Então, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, aquela fórmula preconceituosa que dizia que deficiente é incapaz resta superada.

Atualmente, para nós, portanto, dizer que a pessoa com deficiência é incapaz implica em nítida impropriedade técnica.

De toda forma, obtempera Nelson Rosenvald de maneira lúcida (embora contrária ao que diga o Estatuto das Pessoas com Deficiência e a Convenção sobre pessoas com Deficiência) que é um equívoco inferir da Lei 13.146/2015 teria exterminado com a incapacidade civil para os deficientes mentais, pois o legislador não teria a intenção de criar o mundo ideal e “politicamente correto” das pessoas plenamente capazes, desconstruindo a realidade inerente à imperfeição humana e às vicissitudes que a todos afetam, em maior ou menor grau. Acrescenta Rosenvald que o Estado Democrático de Direito, o pluralismo demanda o respeito pelas diferenças e não o seu aniquilamento fictício. De acordo com o aludido autor, o que corretamente a Lei 13.146/2015 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,

⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – parte geral*. Volume 1. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 322.

⁷³ ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 223-224.

em regra, será limitada à restrição da prática de atos patrimoniais, preservando-se, na medida do possível a autodeterminação para a condução das situações existenciais⁷⁴.

A pessoa com deficiência, por consequência do reconhecimento da sua capacidade plena, não tem afetados os seus direitos existenciais. Aliás, o art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência (que já mencionamos) traz uma lista exemplificativa de direitos existenciais destas pessoas, veja-se:

A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos⁷⁵;

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 compulsória⁷⁶;

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.

1.1.2.5 Estudo pormenorizado do Código Civil e a nova teoria das incapacidades - Análise dos Artigos 3º e 4º do Código Civil

A teoria das incapacidades sempre teve por nobre função a proteção das pessoas com deficiência mental juridicamente apreciável. Portanto, jamais o legislador pretendeu instituir um regime jurídico das incapacidades com a finalidade de prejudicar pessoas que delas padecem.

⁷⁴ ROSENVALD, Nelson. Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em 28 de março de 2016.

⁷⁵ A questão da sexualidade e do matrimônio gerará muita polêmica. Muitas pessoas com Síndrome de *down* interditadas eram tolhidas de ter uma vida amorosa e sexual plena. Concordando ou não, prevaleceu a ideia que estas pessoas têm direito a uma vida sexual. Anteriormente ao Estatuto já tínhamos precedentes em que pessoas interditadas, que antes não podiam casar, pois antes a interdição era total, e antes algumas pessoas viviam em união estável (é um fato). Diante deste fato, sustentava-se que como a Constituição prevê que o Estado deve facilitar a conversão da união estável em casamento, dever-se-ia autorizar a sua conversão.

⁷⁶ Dificultou-se o caminho dos familiares valerem-se da esterilização compulsória da pessoa com deficiência.

Assim, sob o manto protecionista, se a pessoa com deficiência mental realizasse um ato jurídico *stricto sensu* ou negócio jurídico sem estar representado⁷⁷ (se absolutamente incapaz) ou assistido⁷⁸ (se relativamente incapaz), tal ato ou negócio seria absolutamente nulo (se absolutamente incapaz) ou anulável (se relativamente incapaz), e não se admitia ratificação com relação ao primeiro e admitia-se ratificação quanto ao segundo.

Com relação à pessoa com deficiência mental considerada absolutamente incapaz não corria prescrição (artigo 198, inciso I do Código Civil), isso para proteger o incapaz.

Ninguém podia reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a uma pessoa com deficiência (considerada incapaz), se não provasse que reverteu em proveito dele a importância paga (artigo 181 do Código Civil). Trata-se, portanto, de outra norma de proteção da pessoa considerada incapaz.

O artigo 2.016 do Código Civil, também no intuito de proteger os incapazes, traz que sempre será judicial a partilha se um dos herdeiros for incapaz.

Alheio a esta nobre função de proteção e em nome de uma bem intencionada modificação ideológica (repersonalização do direito civil - colocando a pessoa humana no centro das preocupações do Direito), a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou, simplesmente, Estatuto da Pessoa com Deficiência (13.146 de 06 de julho de 2015) deixou, ao menos no plano teórico, tais pessoa menos amparadas no que concerne ao âmbito dos atos e negócios jurídicos, “alijando-as do manto protetor antes proporcionado pelo *status* de incapaz”⁷⁹.

Tal desamparo deve-se pelo fato de o ordenamento jurídico brasileiro passar a considerar as pessoas com deficiência mental como plenamente capazes.

Os deficientes mentais foram excluídos do rol dos absolutamente incapazes e dos relativamente incapazes, não existindo mais previsão das pessoas “que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil” e nem das pessoas que “por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido”. Ou seja, os deficientes mentais passaram a ser

⁷⁷ Na representação o incapaz não participa do ato. O ato não é por ele pessoalmente praticado.

⁷⁸ O relativamente incapaz é assistido, ou seja, pratica o ato conjuntamente com o seu representante legal.

⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.* p. 228.

considerados plenamente capazes independentemente do grau de comprometimento, como exaustivamente demonstrado.

Houve, portanto, uma nova forma de raciocinar a questão da incapacidade das pessoas com deficiência mental. Esta nova forma de pensamento passa a compreender a deficiência mental não como uma limitação, mas sim como uma nova linha de liberdade e autonomia⁸⁰. Levar uma pessoa a uma categoria de incapacidade, seja ela relativa ou absoluta, deve ser reconhecida como um elemento a mais em prol de sua plena emancipação e autonomia, e não como uma condição de “só menos”, uma cláusula de redução⁸¹.

Não é mais adequado tratar as pessoas com deficiência mental como “meias-pessoas”, de um ente limitado⁸².

Em que pese sejam as pessoas com deficiência mental consideradas atualmente capazes, a fim de garantir-lhes alguma proteção, possibilitou o legislador a curatela de capazes no caso de pessoas com deficiência mental (o que vale para o novo instrumento da Tomada de Decisão Apoiada).

A mudança de paradigma colocou a curatela como condição excepcional, sempre que não for possível reconhecer a existência de barreiras à pessoa com deficiência e, além disso, não se lhe for cabível a tomada de decisão apoiada (como mais a frente detalharemos). A nova disposição estrutural das incapacidades aproxima a lei ao que bem destacou Paulo Lôbo, ao afirmar que “a incapacidade civil, repita-se, é apenas relativa ao exercício dos direitos patrimoniais; tem finalidade de proteção da pessoa e não de discriminação ou estigma”⁸³.

Toda a incapacidade, de acordo com o saudoso Caio Mário da Silva Pereira, deve ter previsão legal⁸⁴. Aliás, a regra é que todas as pessoas são presumidamente capazes, e só excepcionalmente, por meio de lei, serão consideradas incapazes.

Neste passo, verifiquemos a legislação para identificar quem são atualmente os incapazes.

O Código Civil de 2002 em sua redação originária trazia em seus artigos 3º e 4º o seguinte:

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Idem.

⁸² Idem.

⁸³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Parte Geral* 4ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.108

⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – volume I*. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 226-227.

Artigo 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I- Os menores de dezesseis anos;
- II- Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III- Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Artigo 4º - São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

- I- Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II- Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III- Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV- Os pródigos

Com a entrada em vigor em 02 de janeiro de 2016 da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou, simplesmente, Estatuto da Pessoa com Deficiência (13.146 de 06 de julho de 2015)⁸⁵, os artigos 3º e 4º do Código Civil passaram a ter a seguinte redação:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

⁸⁵ Esta lei regulamentou a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007, que foi devidamente incorporada ao nosso ordenamento jurídico interno com *status* constitucional pelo Decreto Presidencial 6.949, de 25 de agosto de 2009, pois foi aprovado em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, na forma do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. A aludida Convenção compõe o nosso “bloco de constitucionalidade”, garantindo maior eficácia às suas previsões, pois poderão servir de paradigma para impugnações de leis ou atos normativos que não observem o absoluto respeito e efetividade dos direitos humanos (MORAES, Alexandre de. *Justiça Comentada*. São Paulo: Atlas. 2015. p. 201-202).

Perceba que a figura do absolutamente incapaz ficou limitada tão somente aos menores de 16 (dezesseis) anos⁸⁶.

Comumente, costuma-se afirmar que “o menor de 16 anos não tem vontade”. Contudo, seria mais adequado sustentar que embora existenta tal vontade, ela não é relevante para o Direito, devendo, portanto, os pais e, na falta destes, os representantes legais, praticarem, mediante representação, todos os atos relativos àquele. Incapacidade não se confunde com falta de legitimação, ou seja, a proibição legal para a prática de determinados atos jurídicos destinada a proteger interesses de terceiros em situações que configurem conflitos de interesses (vide arts. 1.749, I; 1.647, 580 do CC/02). Da mesma forma, não deve ser confundida com vulnerabilidade. Embora ambos sejam protegidos por lei, ao vulnerável não é negada a prática direta do ato, como ocorre com o incapaz.

Os menores absolutamente incapazes (art. 3º, CC/02) são também denominados menores impúberes, enquanto os menores relativamente incapazes (art. 4º, I, CC/02) são conhecidos como menores púberes. Aqui se dispensa qualquer pronunciamento judicial para sua configuração, sendo, pois, desnecessário o processo de curatela. Os dispositivos referidos acima tratam da chamada “incapacidade natural”, justificada pela falta de maturidade intelectual ou psicológica. Ela cessa com a maioridade civil ou emancipação (art. 5º, CC/02).

Maria Helena Diniz, com razão, entende que o limite de 16 (dezesseis) anos de idade deveria ser repensado, ante a mentalidade dos jovens aos 14 (quatorze) anos, que, hodiernamente, é bem mais desenvolvida do que na ocasião da promulgação do Código de 1916 (em que Clóvis Beviláqua, ao elaborar o aludido Código considerou o desenvolvimento intelectual e o poder de adaptação às condições da vida em sociedade daquela época)⁸⁷.

Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos são relativamente incapazes de exercer os atos da vida civil (artigo 4º, inciso I do Código Civil).

É possível encontrar no ordenamento jurídico diversas situações em que o relativamente incapaz por idade está autorizado a agir independentemente da presença do seu assistente, sem que tal fato implique invalidade do ato praticado. No Código Civil vigente é permitido ao relativamente incapaz ser testemunha (inciso I do

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 174.

art. 228), aceitar mandato (art. 666) e fazer testamento (parágrafo único do art. 1.860). Anote-se também a possibilidade de responsabilização do incapaz por danos na hipótese descrita no art. 928 do CC/02. As exceções à regra da incapacidade relativa são se limitam ao Código Civil, pois na legislação extravagante é possível ao maior de 16 anos e menor de 18 anos ser eleitor (direito de exercício facultativo – art. 14, § 1º, incisos I e II) e celebrar contrato de trabalho (vide art. 7º, inciso XXXIII, CF/88).

O art. 180 do CC/02 veda a autodeclaração dolosa de capacidade ao prescrever que “o menor, entre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior”.

Toda a pessoa maior de 18 (dezoito) anos é presumidamente dotada de plena capacidade de administrar sua pessoa e seus bens. Contudo, existem hipóteses legalmente previstas em que determinadas pessoas encontram-se impossibilitadas de cuidar dos próprios interesses em certas ocasiões. E é com relação a estas pessoas que avançaremos no estudo.

Com relação à total impossibilidade, ainda que transitória, de expressão de vontade era tratada pelo CC/02 (até antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência) como hipótese de incapacidade absoluta. Atualmente, com a entrada em vigor do Estatuto passou a ser considerada, estranhamente, como incapacidade relativa.

Esta incapacidade relativa concernente à total impossibilidade, ainda que transitória, de expressão da vontade, a doutrina sempre trouxe como exemplos: a hipnose, coma, embriaguez acidental, contusão cerebral, dentre outros, como situações que acarretariam a incapacidade absoluta. Ou seja, situações em que não há qualquer viabilidade de manifestação de vontade.

Por isso que a nós causou espanto a migração destas pessoas que, ainda por causa transitória, encontram-se em situação de impossibilidade de expressar vontade para o rol dos relativamente incapazes (novidade introduzida pelo Estatuto).

Neste ponto entendemos que o legislador não andou bem, pois se não há como exprimir vontade alguma como poderia enquadrada esta situação em hipótese de incapacidade relativa? Exatamente por isso, nas sabias palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, a impressão que se passa aqui é que o legislador não soube onde situar o conteúdo normativo dentro dos artigos do Código Civil. Sendo, portanto, pertinente a conclusão dos referidos autores que teria sido melhor se o

legislador tivesse optado por não inserir tal hipótese no caso de incapacidade relativa, consagrando-lhe em dispositivo legal autônomo⁸⁸.

Na nossa visão, o legislador inseriu aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir vontade no rol do artigo 4º do Código Civil de 2002 (relativamente incapazes) para se evitar manobras interpretativas de tentar inserir pessoas com deficiência com algum grau de comprometimento físico ou mental muito elevado no rol dos absolutamente incapazes, classificando-os como pessoas que não podem exprimir vontades.

Aliás, é isso que vem ocorrendo em sede doutrinária, pois mesmo diante de uma Convenção sobre Pessoas com Deficiência (com *status* de norma constitucional) que expressamente atribuiu capacidade plena a tais pessoas, há autores (v.g.: Arnaldo Rizzardo⁸⁹; Sebastião de Assis Neto; Marcelo de Jesus; Maria Izabel de Melo⁹⁰;), contrariando o espírito da norma, enquadrando as pessoas com deficiência mental (ainda que com discernimento simplesmente reduzido) como relativamente incapazes do inciso III do artigo 4º do Código Civil.

Como a incapacidade trata-se de uma restrição ao poder de agir, deve ser sempre encarada *stricti iuris*⁹¹ (neste sentido: Caio Mario da Silva Pereira), entendemos inadequado utilizar o inciso III do artigo 4º do Código Civil de forma a considerar as pessoas com deficiência mental (ainda que com discernimento simplesmente reduzido) como relativamente incapazes.

Sustenta Aurélio Bouret⁹² que neste caso do inciso III do artigo 4º do Código Civil (redação dada pelo Estatuto) devemos interpretar que houve um equívoco do legislador, e que o inciso III do artigo 4º deve ser lido como “absolutamente incapaz”. É uma maneira que entende o referido autor de salvar o sistema. Se não entendermos assim haverá claro prejuízo para estas pessoas.

⁸⁸ GABLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.* p. 155

⁸⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. 264-268.

⁹⁰ “[...] Devemos incluir [na hipótese do inciso III do artigo 4º do Código Civil] todos aqueles que, por enfermidade ou deficiência, tenham discernimento simplesmente reduzido, ou mesmo os que não tenham discernimento nenhum. Em qualquer hipótese, portanto, a partir da nova lei, seus atos e negócios passam a ser anuláveis, e não mais absolutamente nulos”. (ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. *Manual de Direito Civil – volume único*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 124).

⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.* p. 226.

⁹² YOUTUBE. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=IXV-6B9QWBs>>. Acesso em 28 de março de 2016.

Bouret invoca um fundamento constitucional para a sua posição, qual seja: artigo 15, inciso II da Constituição Federal de 1988. Reza o artigo 15, II da Constituição Federal é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só ocorrerá nos casos: [...] II- de incapacidade civil absoluta. Ou seja, quando o artigo 15, inciso II da CF/88 fala em incapacidade civil absoluta está referindo-se ao artigo 3º, incisos II e III da antiga redação do Código Civil de 2002, e não aos menores impúberes, pois menor de 16 anos, apesar de ser absolutamente incapaz, não perde os direitos políticos, pois não tem ainda esses direitos políticos: ele é inalistável. Então, quando a Constituição se referia a incapacidade civil absoluta ele estaria se referindo às pessoas com incapacidades mentais que não poderia exprimir a sua vontade. Assim, entende Bouret que Estatuto da Pessoa com deficiência não pode mudar a realidade e também não pode alterar a Constituição.

A Constituição consagra no artigo 15, inciso II que existe a figura dos absolutamente incapazes civilmente e não está falando de menores de 16 anos. Então como pode uma lei esvaziar o conteúdo da Constituição? Exemplo: imaginem que um senador da república sofra uma lesão cerebral em um acidente de carro, e ele perde permanentemente a possibilidade de exprimir a sua vontade. Ele vai ser considerado pela Estatuto capaz? Ou seja, ele vai continuar no cargo sem a menor condição? A própria Constituição reconhece o óbvio: existem pessoas absolutamente incapazes e relativamente incapazes. O Estatuto da Deficiência é louvável ao querer trazer a inclusão, a não estigmatização do deficiente, mas temos que reconhecer que caso ele não tenha qualquer discernimento ele deve ser tratado como absolutamente incapaz. Vai demandar um esforço hermenêutico para trazer de volta esse inciso III para o artigo 3º do Código Civil.

A técnica utilizada pelo legislador com relação à colocação das pessoas impossibilitadas, ainda que transitoriamente, de exprimir vontade no inciso III do artigo 4º do Código Civil (rol dos relativamente incapazes) foi, portanto, teratológica.

Em que pese as críticas, as intenções do Estatuto foram das melhores. Pretendeu-se, pelo que se verifica, suprimir em a incapacidade absoluta do regramento jurídico da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, haja vista que a divisão feita entre incapacidade absoluta e relativa era demasiadamente abstrata e,

por certo, arbitrária⁹³. Aliás, é proposições linguísticas abstratas de graduação da incapacidade, como fazia o Código antes do Estatuto, desconsiderava a infinidade de hipóteses configuradoras de transtornos mentais ou déficits intelectuais— seja pela origem, graduação do transtorno ou pela extensão dos efeitos. Exatamente por isso, afirma com propriedade Nelson Rosenvald que seria extremamente precária a tentativa de em pleno século XXI o Direito Privado de continuar pretendendo manter a homogeneização da vastidão de deficiências psíquicas existente, pela via de um “enredo abstratizante do binômio incapacidade absoluta ou relativa, conforme a pessoa se encontre em uma situação de ausência ou de redução de discernimento”⁹⁴. A fixação dual apriorística em incapacidade relativa / absoluta, que buscava uma ilusória segurança jurídica, não permitida uma análise individual de cada caso a fim de se verificar até que ponto determinada pessoa deveria ser considerada mentalmente incapaz. A antiga gradação abstrata das incapacidades terminava por eliminar direitos fundamentais, resultando em morte civil disfarçada da pessoa, com a transferência compulsória das decisões e escolhas existenciais para o curador, eliminando inclusive as faculdades residuais da pessoa daquela pessoa.

Há também a hipótese de incapacidade relativa daquelas pessoas que fazem a ingestão de bebidas alcoólicas ou o uso abusivo e imoderado de substâncias entorpecentes (alcoólatras, dipsômanos, toxicodependentes).

Vale aqui observar que aqui não se enquadram os casos de “embriaguez preordenada”, ou seja, a ingestão excessiva de bebida alcoólica com o objetivo de “tomar coragem” para o cometimento de ato lesivo.

Trata a lei, pelo contrário, daquele que tornou a droga ou a bebida parte da sua existência, um elemento essencial para o desenvolvimento de seu dia, no mais das vezes um dia (e um viver) esvaziado, a-social.

Enquanto apresentar níveis de cognoscibilidade que reflitam a sua habilidade para atuar no âmbito jurídico, não se faz possível nem desejável a imposição de um regime reduzido de capacidade civil⁹⁵.

⁹³ JOB, João Alberto Leivas. *Da incapacidade jurídica, relativa e absoluta*. In: MEDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. *Doutrinas essenciais de direito civil – parte geral. Volume III*. São Paulo: RT. 2011. p. 359.

⁹⁴ ROSENVALD, Nelson. Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em 28 de março de 2016.

⁹⁵ GOMES, Jordjana M. de V.V.C. Costa; PEREIRA, Fabio Queiroz. *O regime jurídico das incapacidades e a proteção dos alcoólatras e toxicômanos*. Disponível em: < <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=241>>. Acesso em 28 de março de 2016.

O pródigo também manteve-se na qualidade de relativamente incapaz. A situação de curatela do pródigo diz respeito apenas a atos que possam comprometer seu patrimônio, ou seja, atos de disposição ou oneração dos seus bens, conforme prescrito no art. 1.782 do CC/02. Logo, não existe nenhum tipo de limitação à prática de atos pessoais, como exercer poder familiar sobre seus filhos, ser testemunha, votar e até casar, desde que assistido, nesta última hipótese, na celebração do pacto antenupcial. Trata-se de um indivíduo acometido de um desvio de comportamento que dissipa seus bens com risco de se reduzir, por sua própria conduta, a estado de penúria. Merece registro a ampliação do rol dos legitimados para requerer a curatela do pródigo. O art. 1.767 do CC/02 estende tal possibilidade a qualquer parente sucessível e também ao Ministério Público, a quem compete a defesa dos incapazes, uma vez que o objetivo da proteção do pródigo, dentro de uma perspectiva civil-constitucional, é a defesa de sua dignidade e não de seus bens.

Com relação aos alcóolatas e toxicod dependentes entendemos que deveria ter o Estatuto das Pessoas com Deficiência ter considerado eles também plenamente capazes, equiparando-os às pessoas com deficiência mental, seguindo-se a mesma linha da repersonalização do direito civil, deixando para que o plano da concretude analise os contornos da curatela. Aliás, o vício e o hábito em tais substâncias podem gerar um estado de deficiência mental adquirida (exemplo: psicose, mal de Alzheimer).

Com relação aos pródigos entendemos inconveniente rotulá-los como incapazes, pois são “pessoas, que por irreprimível impulso, desfazem de seus bens, mediante gastos injustificáveis, compras ou vendas desastrosas, esbanjando o seu patrimônio”⁹⁶, mas que mantém plena vontade e consciência para outros atos. Ademais, é muito subjetivo dizer que alguém é pródigo. Atribuir a condição de incapaz ao pródigo é ranço do valor patrimonialista que permeava o Código Civil de 1916.

Deveria manter o Código Civil apenas circunstâncias objetivas de incapacidades, que são as hipóteses relacionadas à idade da pessoa.

O legislador do CC/02 optou por não disciplinar a capacidade dos silvícolas, remetendo a matéria para a legislação especial, mormente o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73).

⁹⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil – volume 1*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 196.

Os conceitos descritos no art. 4º do CC/02 dependem de realização de perícia ordenada pelo juiz, pois a existência ou não de discernimento é fato a ser atestado por um especialista (art. 1.771, CC/02). Ocorre que os estados patológicos de deficiência ou desorganização mental podem evoluir para patamares mais ou menos graves, de acordo com o tratamento dispensado ao paciente. Por isso, nada impede que havendo motivo superveniente, o magistrado, a pedido, reveja a extensão da curatela do incapaz (art. 1.772). Ainda sobre o tema, importante verificar o disposto no art. 1.768 do CC/02, que trata do rol dos legitimados para requerer a curatela do incapaz.

Devem-se ressaltar as hipóteses de aparente incapacidade. Não constituem causas autônomas de incapacidade limitações físicas à locomoção; tampouco restrições a alguns dos sentidos (audição, visão...). Está-se diante de pessoas plenamente capazes, no sentido de que podem agir no mundo jurídico por si mesmas, mas que, no entanto, não são autorizadas à realização de atos que necessitem da utilização do sentido deficitário.

O CC/02 revogou o disposto no art. 5º, inciso III, do CC/16, que relacionava como absolutamente incapaz o surdo-mudo que não pudesse exprimir sua vontade, excluindo a surdo-mudez como causa autônoma de incapacidade.

Com a edição do CC/02, a ausência deixa de ser causa de incapacidade absoluta e passa a ser tratada de modo autônomo pela atual legislação, uma vez que a curadoria incide apenas sobre os bens do ausente e não sobre sua pessoa.

O disposto nos incisos do art. 4º (à exceção do I) retrata situações em que se faz necessário um processo judicial para o estabelecimento da curatela do incapaz, para garantia de segurança jurídica das relações privadas, uma vez que a incapacidade mental é considerada um estado permanente e contínuo, pois nosso ordenamento não admite intervalos de lucidez. Uma vez reconhecida a incapacidade, os atos da pessoa desprovida de discernimento (ou com capacidade de discernir reduzida) serão tidos como inválidos. Anote-se que a hipótese do art. 4º, inciso III, não necessita da interposição de processo de curatela para nomeação de curador. Isto porque a limitação temporária requer uma atuação célere para a proteção efetiva dos bens do incapaz. De outra tela, as situações tratadas nos incisos II e IV do novel art. 4º podem não desembocar sequer em uma incapacidade, visto ser possível aplicar-se a elas a tomada de decisão apoiada, do art. 1.783-A, deste Código. Note-se que

tal medida especial não cabe em relação ao inciso III do art. 4º em razão de a tomada de decisão ser apoiada e não substituída.

Ainda em relação aos relativamente incapazes, o Estatuto da Pessoa com deficiência deitou por terra o inciso II do art. 228, estabelecendo a possibilidade de ser testemunha para aqueles que em razão de limitação mental não tenham discernimento para os atos da vida civil. Cabe ao Judiciário, através do devido suporte técnico, apurar o testemunho, de forma a denotar a inserção social de tais pessoas.

1.1.2.5.1 Temas polêmicos sobre a abrangência e reflexos da nova teoria das incapacidades

1.1.2.5.1.1 Filho com deficiência mental que reside sozinho e a responsabilidade civil dos pais

Em julgado noticiado no Informativo n. 573, o STJ expressou que o fato de o filho incapaz residir sozinho e não ser formalmente interditado não retira dos pais a responsabilidade civil pelos atos cometidos por este, quando constatada omissão dos genitores (promoção da interdição ou internação, ou mesmo mantê-lo sob companhia) na tomada das providências cabíveis. Isso porque o dever de guarda é aplicável a este caso (não cessando por viver o filho sozinho) e eventual interdição seria meramente declaratória de incapacidade preexistente. Fez-se, portanto, interpretação extensiva do artigo 932, I, do CC. Veja-se:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES PELOS DANOS CAUSADOS POR SEU FILHO ESQUIZOFRÊNICO. Os pais de portador de esquizofrenia paranoide que seja solteiro, maior de idade e more sozinho tem responsabilidade civil pelos danos causados durante os recorrentes surtos agressivos de seu filho, no caso em que eles, plenamente cientes dessa situação, tenham sido omissos na adoção de quaisquer medidas com o propósito de evitar a repetição desses fatos, deixando de tomar qualquer atitude para interditá-lo ou mantê-lo sob sua guarda e companhia. Inicialmente, é importante destacar que a guarda representa mais que um direito dos pais de ter próximos os seus filhos. Revela-se, sobretudo, como um dever de cuidar, de vigiar e de proteger os filhos, em todos os sentidos, enquanto necessária essa proteção. Para reforçar a responsabilidade dos pais em relação aos filhos, dispõe o art. 1.583, § 3º, do CC que "A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos". O art. 1.589 do mesmo diploma, por sua vez, mediante outras palavras, afirma que "O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá [...] fiscalizar sua manutenção e educação". Ademais, o CC impõe aos genitores,

sistemática e reiteradamente, em vários outros dispositivos pertinentes a capítulos diversos, o dever natural de cuidar, de instruir, de proteger e de vigiar sua prole, obrigações essas inseridas no próprio conceito de guarda. A par disso, observa-se que o art. 1.590 do CC - segundo o qual "As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes" - estende ao maior incapaz (absoluta ou relativamente) as normas pertinentes à guarda dos filhos menores. No que diz respeito ao caso em análise, destaca-se ser absolutamente necessária e cabível uma interpretação mais positiva desse dispositivo para que seja alcançado, de fato, o real e mais justo objetivo do legislador. Dessa forma, ao portador de esquizofrenia paranoide que comumente tem surtos psicóticos é aplicável a expressão "maiores incapazes", no sentido de não estar apto a praticar, sozinho e indistintamente, todo e qualquer ato da vida civil em todos os momentos. Isso porque o esquizofrênico que sofra, reincidentemente, surtos psicóticos e pratique atos agressivos - como no caso em análise - é, realmente, incapacitado, total ou parcialmente, para a prática de atos da vida civil, mesmo que não oficialmente interditado, demandando cuidados especiais por parte daqueles que estão cientes do problema psiquiátrico, cuja obrigação decorre da lei e da relação de parentesco - genitores, cônjuge, companheiro, filhos etc. -, tudo para proteger o doente e terceiros. Ele deve ser enquadrado, no mínimo, como relativamente incapaz, nos termos do art. 4º, II, do CC (segundo o qual são relativamente incapazes "os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido"), tendo em vista que possui momentos intercalados de sanidade, sendo-lhe possível, em tese, praticar atos da vida civil, até mesmo desacompanhado, durante os períodos de lucidez. Ademais, dependendo do grau de evolução da doença mental, poderá o enfermo ficar impossibilitado, total e permanentemente, de praticar sozinho quaisquer atos da vida civil, passando a se qualificar como absolutamente incapaz, a teor do disposto no art. 3º, II, do CC (de acordo com o qual são absolutamente incapazes "os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos"). Além do mais, no tocante à possibilidade de o genitor estar sujeito a indenizar os danos causados pelo filho maior incapaz, interpretando sistematicamente o art. 932, I e II, do CC com as normas que disciplinam as obrigações dos pais em relação aos filhos, tem-se que os trechos a) "estiverem sob sua autoridade e em sua companhia" e b) "curatelados, que se acharem nas mesmas condições" são aplicáveis, também, aos casos em que os pais - seja com o propósito de isentar-se de responsabilidades, seja por simples omissão quanto aos deveres de guardar, proteger, vigiar e educar - deixam de impor sua autoridade sobre os maiores reconhecidamente incapazes, de trazê-los para junto de si, de interditá-los e de assumir, oficialmente, o papel de curador quando deveriam tê-lo feito por força das circunstâncias e da lei. Nesse caso, a obrigação dos genitores não depende de interdição judicial, decorrendo de uma situação de fato, qual seja, a sabida deficiência mental instalada. Além disso, dispõe o art. 942 do CC que "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932". Diante disso, como,

no caso aqui analisado, caberia aos genitores tomar cuidados para, ao menos, tentar evitar que seu filho, portador de esquizofrenia paranoide, cometesse agressões contra terceiros – tratando-se, inclusive, de diligência recomendada como forma de protegê-lo de revides –, revelando-se flagrante a omissão da mãe no cumprimento das suas obrigações como genitora do incapaz, o que a obriga a indenizar os danos causados pelo seu filho. REsp 1.101.324/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 13/10/2015, DJe 12/11/2015

Com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), que entrou em vigor após esse julgado, a pessoa com deficiência mental não é mais considerada nem absoluta nem relativamente incapaz. Todavia, mesmo com o advento do Estatuto, a conclusão do acórdão parece ser a mesma, haja vista que a nova determinação da Lei nº 13.146/2015 teve como objetivo valorizar a dignidade da pessoa com deficiência e não visou, em nenhum momento, mitigar a responsabilidade dos pais dessas pessoas. Tanto isso é verdade que as pessoas com deficiência podem ainda ser submetidas à curatela caso a deficiência seja de tal forma grave a ponto de ela não ter condições de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

1.1.2.5.1.2 Exercício individual de empresa por pessoa com deficiência mental e o sócio incapaz

O artigo 974 do Código Civil autoriza que a pessoa com deficiência mental, por intermédio de representante ou assistente, dê continuidade a uma atividade empresarial exercida por ele próprio (empresário individual) quando era capaz, por seus pais ou pelo autor da herança.

A autorização para que ele continue exercendo a empresa será dada pelo juiz, em procedimento de jurisdição voluntária e após a oitiva do Ministério Público, conforme determina o artigo 178, inciso II do Novo Código de Processo Civil.

De acordo com o artigo 974, parágrafo 1º do Código Civil o magistrado observará a conveniência de o incapaz exercer a atividade, após o exame das circunstâncias e dos riscos da empresa.

É preciso atentar que de acordo com o parágrafo 2º do artigo 974 do Código Civil não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía,

ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização. A importância desta especialização patrimonial reside no fato de que os bens indicados no alvará constituirão um patrimônio particular especial (patrimônio de afetação), o qual não se submeterá ao resultado da empresa, ou seja, não poderão ser executados em virtude de obrigações assumidas em consequência do exercício da atividade empresarial⁹⁷.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência entendemos possível que uma pessoa com deficiência mental inicie individualmente uma empresa, e não apenas dê continuidade. Não obstante, esta interpretação é mais consentânea com a Convenção sobre Pessoas com Deficiência (*status* constitucional) e o Estatuto das Pessoas com Deficiência, que considera as pessoas com deficiência plenamente capazes em igualdade de condições com as demais pessoas (artigos 2º e 6º), sendo aconselhável a adoção da tomada de decisão apoiada ou da curatela neste caso⁹⁸. Evita-se assim a exclusão apriorística e preconceituosa da pessoa com deficiência do mercado de trabalho.

Há possibilidades também de a pessoa com deficiência mental ingressar como sócia de sociedade empresária, desde que, conforme redação do artigo 947, parágrafo 3º, não exerça poderes de administração, que o capital esteja totalmente integralizado e que ele seja assistido ou representado, conforme o grau de incapacidade.

1.1.2.5.2 Da curatela (Interdição) e a Tomada de Decisão Apoiada

Como vimos, todas as pessoas maiores de 18 (dezoito) anos são presumidamente capazes de administrar sua pessoa e seus bens. No entanto, em

⁹⁷ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 6ª ed. São Paulo: Método. 2016. p. 76.

⁹⁸ Jovem com Down economiza por anos e vira empresário: Daniel Pontrin vai abrir lanchonete em São Paulo e revela paixão pelos esportes. Foram seis anos juntando centavo por centavo de seu salário como empacotador de um supermercado em São Paulo para conseguir alcançar um sonho: tornar-se empresário. Depois de anos de dedicação, em julho deste ano, o jovem com Down Daniel Pontrin vai inaugurar uma lanchonete, na zona norte de São Paulo. Apesar de dar uma lição de como lidar com o dinheiro, ele conta que não quer tomar conta do caixa, mas sim, ser o chefe da cozinha. Para a presidente da Abads, Grace Pereira, a realização do jovem traz ainda mais inspiração para o trabalho da instituição, pois é possível ver que uma pessoa com deficiência pode quebrar as barreiras e se inserir no mercado de trabalho (Disponível em <<http://noticias.r7.com/saude/noticias/jovem-com-down-passa-anos-economizando-e-vira-empresario-20120321.html?question=0>>).

certas hipóteses previstas em lei algumas pessoas maiores de 18 (dezoito) anos necessitarão de um curador que zele pelos seus interesses.

Surge o instrumento da curatela justamente para isso: nomear um curador que patrocine os interesses do curatelado.

A curatela constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível (artigo 84, parágrafo 3º do Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Atualmente a curatela ganhou novos contornos, mais humanistas, pois ela abrange somente aspectos de natureza negocial e patrimonial, não atingindo os direitos existenciais do curatelado. Assim, a pessoa com deficiência pode trabalhar, votar, ser testemunha, obter documentos oficiais que sejam de seu interesse, etc.

A noção de procedimento de interdição conduzindo a uma curatela geral e irrestrita, a figura do curador todo poderoso que representava o curatelado em todos os atos da vida civil terminou. O que há atualmente é um procedimento de interdição menos invasivo.

Há parcela da doutrina inclusive proclamando que a partir da vigência da Lei 13.146/2015 está abolido o vocábulo “interdição” (v.g.: Nelson Rosendal⁹⁹; Paulo Lôbo), em prol de uma nova terminologia, qual seja: processo que define os termos da curatela.

Paulo Lôbo adverte que não há mais que se falar em interdição, pois esta sempre teve por finalidade vedar o exercício dos atos da vida civil, impondo-se a mediação de curador. Entende o referido autor que cuidar-se-á apenas de curatela específica para determinados atos¹⁰⁰.

Não deixam de ter razão os referidos autores em dizer que o vocábulo interdição é inapropriado, em especial por manterem as pessoas com deficiência mental autonomia existencial, estando assegurado em um rol não taxativo pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência (artigo 6º) que elas possam casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a

⁹⁹ ROSENVALD, Nelson. Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em 28 de março de 2016.

¹⁰⁰ LÔBO, Paulo. *Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes*.

esterilização compulsória ; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Contudo, a dúvida quanto à mencionada atecnica do vocábulo persiste, pois embora se verifique que o legislador evitou utilizar o vocábulo “interdição” para aludir a um processo que define os termos da curatela, é cediço que encontramos o emprego do vocábulo “interdição” no artigo 747 do Código de Processo Civil de 2015 e também na própria redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao parágrafo único do artigo 1.772 do Código Civil. Portanto, fica claro que não está proscria a utilização do termo interdição ou procedimento de interdição. Se quisermos utilizar uma linguagem mais moderna, mais afinada com um vocabulário em consonância com os ideais Estatuto da Pessoa com Deficiência em vez de aludirmos a procedimento de interdição, devemos aludir a processo que define os termos da curatela. Isso, todavia, não significa que haja atecnica no uso da expressão procedimento de interdição.

Embora pelo ordenamento jurídico vigente a pessoa com deficiência mental seja considerada capaz, isto não implicou no desaparecimento do procedimento de interdição com relação a ela.

O que ocorreu foi uma modificação no âmbito de subsunção do procedimento. A curatela continua existindo, mas não nos moldes tradicionais, em que o juiz nomeava um curador com poderes quase divinos para representar o incapaz em todos os atos da vida civil. Isso indubitavelmente terminou, pois primeiro lugar a pessoa com deficiência deixou de ser considerada incapaz, e em segundo lugar porque a curatela geral (ou interdição total) desaparece a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. A partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a pessoa com deficiência mental passa a ser considerada legalmente capaz, ainda que para atuar na vida social valha-se de institutos protetivos da curatela ou da tomada de decisão apoiada.

No procedimento de curatela, reconhecida a impossibilidade de autogoverno conduzirá a pessoa com deficiência mental a uma espécie velada de incapacidade relativa ao fim de um processo, no qual será designado um curador para assisti-la de forma a preservar os seus interesses econômicos. Não será interdita como clinicamente “portadora de uma deficiência ou enfermidade mental”, mas curatelada pelo fato de objetivamente não exprimir a sua vontade de forma ponderada (art. 1.767, I do Código Civil, com a redação dada pela Lei 13.146/2015). Essa conciliação é a saída possível (e desejável) para harmonizar a proteção à pessoa deficiente com o

princípio da segurança jurídica. A pessoa deficiente curatelada não consumará isoladamente atos patrimoniais, pois a prática de negócios jurídicos exigirá a atuação substitutiva ou integrativa do curador, a fim de dar mais segurança aos negócios por elas realizados.

A partir do Estatuto, a curatela, que é instituto protetivo da pessoa com deficiência, passa a ser tratada como um instituto extraordinário.

O Estatuto mantém o instituto da curatela (razão pela qual o procedimento que conduz à curatela é o procedimento de interdição), mas não é mais a curatela do passado, pois não há mais incapaz derivado de deficiência. E não há mais curador com poderes gerais.

Antes da mudança da lei brasileira de inclusão, a interdição poderia ser parcial, mas dependia do juiz entender que ele podia limitar, pois se ele fosse omissivo a respeito na sentença a interdição seria total, e era o que invariavelmente acontecia.

Quando falamos de interdição total estamos falando da restrição não só de atos patrimoniais, mas também de outros como o voto, casamento, filho, adoção. Porém, em algumas situações não era comum uma certa surpresa que pessoas interditadas apesar de a sentença dizer uma coisa viviam outra coisa.

O artigo 1772 do Código Civil (antes do Estatuto) dizia que o juiz poderia limitar as restrições ao que está no artigo 1782 do Código Civil. Agora, com a vigência da lei brasileira de inclusão o artigo 1772 do Código Civil foi modificado, passando a dizer que o juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador. Veja o artigo 6º e o artigo 85, ambos do Estatuto, que deixam mais claro que a interdição não poderá afetar outros direitos.

O juiz, analisando a situação especial da pessoa com deficiência, que é legalmente capaz, e percebendo que esta pessoa precisa de instituto assistencial ou protetivo para atuar na vida social, não deverá partir logo para designação de um curador, pois para o Estatuto a curatela é extraordinária. Significa dizer que antes da curatela existe um outro instituto preferencial à ela, qual seja: o instituto da “Tomada de Decisão Apoiada”.

O instituto da “Tomada de Decisão Apoiada” é de natureza menos invasiva, que de certa forma resguarda a autonomia privada da pessoa com deficiência, desde que tenha condição cognitiva de fazê-lo. É um instituto que resguarda a autonomia privada da pessoa com deficiência.

A autonomia privada é um postulado, é uma cláusula geral, que não se projeta apenas no direito contratual. A autonomia privada projeta-se inclusive em relações existenciais, como no caso da Tomada de Decisão Apoiada, pois partindo para a Tomada de Decisão Apoiada, a pessoa com deficiência tem resguardada a sua autonomia, porque o seu curador não vai falar por ele (ele quem vai atuar, ainda que com a participação dos seus apoiadores).

A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade (Art. 1.783-A do Código Civil).

A figura da tomada de decisão apoiada concretizou o art. 12.3 da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, que reza: “Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal”.

A Tutela e curatela são institutos protetivos ligados à pessoa e aos bens dos que detêm limitada capacidade de agir, evitando os riscos que essa carência possa impor aos exercícios das situações jurídicas por parte de indivíduos juridicamente vulneráveis. Contudo, por mais que o legislador paulatinamente procure reformar esses tradicionais mecanismos de substituição – de forma a adequá-los ao modelo personalista do direito civil constitucional -, pela própria estrutura, tutela e curatela são medidas prioritariamente funcionalizadas ao campo estritamente patrimonial. A Tomada de decisão apoiada é um modelo jurídico que se aparta dos institutos protetivos clássicos na estrutura e na função¹⁰¹.

Na tomada de decisão apoiada, o beneficiário conservará a capacidade de fato. Mesmo nos específicos atos em que seja coadjuvado pelos apoiadores, a pessoa com deficiência não sofrerá restrição em seu estado de plena capacidade, apenas será privada de legitimidade para praticar episódicos atos da vida civil. Assim, esse modelo beneficiará enormemente pessoas deficientes com impossibilidade física ou sensorial (v.g. tetraplégicos, obesos mórbidos, cegos, sequelados de AVC e portadores de outras enfermidades que as privem da deambulação para a prática de

¹⁰¹ ROSENVALD, Nelson. Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em 28 de março de 2016.

negócios e atos jurídicos de cunho econômico,) e pessoas com deficiência psíquica ou intelectual que não tenham impedimento, mas possuam limitações em expressar a sua vontade. Eles não serão interditados ou incapacitados, pois a tomada de decisão apoiada veio para promover a autonomia e não para cerceá-la¹⁰².

É um instituto que vai preceder a curatela quando possível.

A curatela é extraordinária e foi redesenhada a partir do Estatuto da Pessoa com deficiência.

1.1.2.5.2.1. Princípios da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência norteadores da curatela

Alguns princípios podem ser extraídos da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência. Senão vejamos:

1º) Protagonismo do interditado: Há um comando constitucional (dado pela Convenção, que tem status de Emenda à Constituição) que diz que no caso de restrições de capacidade se alguém mover alguma ação de interdição em favor de alguém (dissemos “em favor” por se tratar de medida de proteção – a interdição é criada pela lei para proteger e não para punir alguém, embora nem sempre utilizada de maneira correta em razão de interesses escusos dos familiares). Este princípio contempla que o processo de interdição exige a participação da própria pessoa interditando, vale dizer, ela tem que ser ouvida. Muitas vezes a pessoa tem dificuldade de comunicação, mas não é impossível colher, sentir o que está pensando, por mais rudimentar que seja a comunicação. É possível por exemplo sentir se ela tem repulsas quanto a algum parente e afeição com relação a outro. Há vários tipos de pessoas que figurarão em ações de interdição com um espectro enorme de enfermidades e de limitações, desde casos pessoas que interagem absolutamente como o meio social até casos de pessoas sem qualquer interação.

2º) Melhor interesse do interditando: A interdição, com já dissemos, é uma medida de proteção para a pessoa que está sendo interditada. Logo, se percebemos que aquela interdição é para resolver problemas familiares, pois a família está preocupada com problemas delas e o interditando não tem nenhum interesse naquilo,

¹⁰² Idem.

não seria caso de propositura desta ação. Muitas vezes esse conflito é flagrante, ou seja, muitas vezes a família possui interesses escusos em cima daquilo, e isso ocorre muito na seara do envelhecimento, que é confundido com incapacidade, e a pessoa idosa muitas vezes é interditada para que apenas se controle a liberdade dele, com certo temor que esta pessoa idosa dilapide o patrimônio em prejuízo dos pretensos herdeiros (os filhos ficam preocupados com futura herança). Esses conflitos de interesses têm que ser sopesados na ação de interdição.

3º) Proporcionalidade: A questão da proporcionalidade é muito importante, pois ela ficou consagrada neste novo diploma legal. O princípio da proporcionalidade diz que se deve restringir o campo de autonomia do interditando no menor espectro possível, ou seja, você deveria priorizar a interdição parcial em detrimento da interdição total. O trabalho do Conselho Nacional do Ministério Público inclusive promoveu uma campanha com o título “interdição parcial é mais legal”, ainda sob espectro da Convenção (não precisava de lei, pois a Convenção já determinava isso), em que se difundia a ideia no âmbito dos Ministérios Públicos que os promotores de justiça deveriam zelar pela interdição parcial prioritariamente.

Normalmente o número é excessivamente maior de interdições totais, o que afetava todo o campo de autonomia da pessoa com deficiência. A ideia da Convenção é entender que a interdição é algo grave (pode gerar a morte civil disfarçada da pessoa). Se o caso é apenas uma questão patrimonial, não há motivos para restringir direitos existenciais. Passa-se assim por um processo de humanização da interdição.

4º) Temporalidade: Se a interdição decorre de alguma doença ou alguma questão reversível, devemos estar preocupados em rever a interdição. Se houve melhoras no quadro da pessoa que foi determinante para a interdição temos que adequar a interdição à nova realidade daquela pessoa, que por ventura poderá gerar até mesmo o levantamento da interdição. É interessante que se fixe a reversibilidade no processo, para que haja uma reanálise do caso.

5º) Acompanhamento periódico: Trata-se da prestação de contas. Alguém tem que acompanhar aquele curador depois de nomeado, para verificar se está cumprindo sua função corretamente.

2. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PREJUDICIAIS CELEBRADOS POR DEFICIENTES MENTAIS SEM CURADOR OU APOIADOR

O Código Civil estabelece no seu artigo 166 que o negócio jurídico praticado pelo absolutamente incapaz é nulo. O negócio jurídico (artigo 171 do Código Civil) praticado pelo relativamente incapaz é anulável.

A partir do momento em que o Estatuto considera a pessoa com deficiência legalmente capaz, os atos praticados por ela (a exemplo de um contrato) sem a presença de um curador serão considerados válidos por mais que sejam considerados prejudiciais a ela? Esta pergunta é uma das que está assolando os civilistas.

É óbvio que essa situação vai exigir uma interpretação consciente e equilibrada por parte da doutrina. Por certo que este trabalho interpretativo não poderá ser conduzido a uma conclusão que resulte na negação do avanço do Estatuto, afinal não se pode desproteger, pois tanto a Convenção sobre Pessoas com Deficiência bem como o Estatuto da Pessoa com Deficiência possuem nítido espírito protetivo. Veja-se alguns exemplos dos aludidos diplomas normativos que de maneira cristalina demonstram o escopo protetivo:

CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEU PROTOCOLO FACULTATIVO

Artigo 4

Obrigações gerais

1.Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a:

[...]

d) Levar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência;

Artigo 5

Igualdade e não-discriminação

1.Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.

Artigo 17

Proteção da integridade da pessoa

Toda pessoa com deficiência tem o direito a que sua integridade física e mental seja respeitada, em igualdade de condições com as demais pessoas.

ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

CAPÍTULO II

DA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.

Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no caput deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência.

Art. 17. Os serviços do SUS e do Suas deverão promover ações articuladas para garantir à pessoa com deficiência e sua família a aquisição de informações, orientações e formas de acesso às políticas públicas disponíveis, com a finalidade de propiciar sua plena participação social.

Parágrafo único. Os serviços de que trata o caput deste artigo podem fornecer informações e orientações nas áreas de saúde, de educação, de cultura, de esporte, de lazer, de transporte, de previdência social, de assistência social, de habitação, de trabalho, de empreendedorismo, de acesso ao crédito, de promoção, proteção e defesa de direitos e nas demais áreas que possibilitem à pessoa com deficiência exercer sua cidadania.

O negócio prejudicial celebrado pela pessoa portadora de deficiência mental sem a presença do seu curador ou apoiador deve ser considerado inválido a luz dos defeitos do negócio jurídico, que para ela se tornam mais nítidos. Ou seja, valendo-se da teoria dos defeitos do negócio jurídico, entendemos ser muito mais fácil a configuração e a prova da ocorrência de defeito de negócio quando a vítima é uma pessoa com uma deficiência que resultou na prática de um ato que lhe é prejudicial.

A detecção do dolo e da lesão, por exemplo, é mais facilitada, ainda que a lancemos mão de determinados recursos, como a inversão do ônus da prova, valendo-se do atual §1º do artigo 373 do Novo Código de Processo Civil (possibilidade

de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz no caso concreto). Veja-se redação do §1º do artigo 373 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Ou em uma tese mais arrojada, seria possível defender que em razão da violação da boa-fé objetiva haveria no caso de um ato negocial praticado por uma pessoa com deficiência sem a presença do seu curador ou apoiador uma nulidade virtual.

Embora as invalidades, sejam elas nulidades absolutas ou relativas, em geral, pressupõem texto de lei (compreendidas como as nulidades textuais, clássicas do ordenamento jurídico brasileiro), a doutrina defende a existência da nulidade virtual quando a própria norma não traz sanção expressa ao seu descumprimento. O professor Orlando Gomes afirma que nulidade virtual é "implícita, decorrente da função da norma jurídica e não do texto sancionatório expresso"¹⁰³.

Nos dizeres de Venosa, é a nulidade "implícita no ordenamento, depreendendo-se da função da norma na falta de sanção expressa". Porém, o mestre completa seu pensamento advertindo que a "determinação das nulidades virtuais é custosa, pois não existe critério seguro, de ordem geral, a autorizar sua conclusão" (VENOSA, Silvio de Salvo. Disponível em <http://xoomer.alice.it/direitousp/curso/civil39.htm>. Acesso em 27/03/2008). r

Fecharemos com a didática explicação do professor Marcos Bernardes de Mello, para quem a nulidade virtual "resulta da violação de norma jurídica cogente,

¹⁰³ GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 473

proibitiva ou impositiva, que seja silente quanto à sanção da nulidade e que não defina outra espécie de sanção para o caso de ser transgredida"¹⁰⁴.

Não se pode defender a validade do negócio jurídico prejudicial à pessoa com deficiência mental. O negócio indubitavelmente será inválido.

Portanto, diante da impossibilidade de invalidação pela simples constatação incapacidade absoluta ou relativa, admite-se que se invalide por outros fundamentos (acima elencados), que se tornaria muito mais nítida na perspectiva da boa-fé objetiva.

Outra solução que se coloca, que entendemos que vai de encontro com a Convenção e o Estatuto, é considerar todas as pessoas com deficiência relativamente incapazes.

O que é inaceitável é que sob a argumentação de dificuldades interpretativas negarmos a grandeza do Estatuto, o seu caráter inclusivo, protetivo e de dignidade. Se existirem problemas a nossa tarefa será de buscar soluções, e são estas as soluções que identificamos.

¹⁰⁴ BERNARDES DE MELLO, Marcos. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.93

CONCLUSÃO

Não há dúvidas que a Convenção sobre Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao assegurarem e a promoverem, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania, eliminando-se as barreiras existentes, representaram enormes avanços em termos de direitos humanos.

Seguindo-se o fenômeno da constitucionalização do direito civil e o processo de repersonalização do direito privado, em que a pessoa, como ser dotado de dignidade humana, passa a ocupar o centro das atenções do Estado, relegando os valores do patrimonialismo e do individualismo a um patamar mais raso, a teoria das incapacidades evoluiu de forma a considerar todas as pessoas com deficiência plenamente capazes, em especial para o exercício de seus direitos existenciais

No momento em que o Estatuto retirou o rótulo da incapacidade com relação a estas pessoas houve um abalo em todo o sistema do direito civil brasileiro, em especial com relação ao sistema das invalidades relacionadas pura e simplesmente ao reconhecimento da incapacidade.

Podemos comparar este acontecimento à retirada de uma peça importante de uma máquina, que para de funcionar. Até que não venha um técnico para substituir aquela peça, a máquina não voltará o seu pleno funcionamento.

Assim, o escopo deste trabalho foi de colaborar com a doutrina nacional (tal como corpo técnico), a fim de que solucione um dos problemas ocasionados pelo Estatuto, em especial o relativo às invalidades dos negócios prejudiciais celebrados por incapazes sem assistência de curador ou de apoiador.

Constatamos que, mesmo com dificuldades interpretativas, é possível salvaguardar a invalidade do negócio jurídico prejudicial à pessoa com deficiência mental invocando-se os defeitos do negócio jurídico ou mesmo da nulidade virtual.

Há que se ter cuidado ao interpretar o Estatuto das Pessoas com Deficiência de forma a não vulnerar o princípio da vedação ao retrocesso, e por conseguinte não eliminar as conquistas históricas que visaram a proteção das pessoas com deficiência. Mas a verdade é uma só: Se no Brasil tivéssemos um pouco mais de consciência com relação ao outro (o respeito ao próximo) não necessitaríamos de leis tão detalhadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Teoria Geral. Introdução. As Pessoas. Os Bens*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.
- ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. *Manual de Direito Civil – volume único*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.
- BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. São Paulo: Manole. 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; FIGUEIREDO, Luciano; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; et. al. *Código Civil para concursos*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm. 2016.
- _____; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – parte geral. Volume 1*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm. 2016
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm. 2015.
- FERRAZ, Carolina Valença et al (Coord). *Manual dos Direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva. 2012.
- FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil atualidades I*. Belo Horizonte: Del Rey: 2003.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – parte geral. Volume 1*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.
- GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. *Manual de Direitos Humanos*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm. 2015.
- GOMES, Jordjana M. de V.V.C. Costa; PEREIRA, Fabio Queiroz. O regime jurídico das incapacidades e a proteção dos alcoólatras e toxicômanos. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=241>>. Acesso em 28 de março de 2016.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil 1 esquematizado*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

_____. *Direito Civil Brasileiro – parte geral*. Volume 1. 14ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

JARDIM, Luciana Chiavoloni de Andrade. *Direito de resistência e desobediência civil*. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54133>>. Acesso em 17 de março de 2016.

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. tomo I, vol. I. Buenos Aires: Bosch. 1950.

KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. 2ª ed. Madrid: Tecnos. 1994.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Parte Geral*. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. 16 de agosto de 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em 25 de março de 2016.

MEDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. *Doutrinas essenciais de direito civil – parte geral*. Volume III. São Paulo: RT. 2011

MIRANDA, Pontes de; atualizado por MARTINS-COSTA, Judith [et al.] *Tratado de Direito Privado – Tomo I*. São Paulo: RT. 2012

MOUREIRA, Diogo Luna. *Os desafios dos transtornos mentais e do comportamento para o direito civil: dialética do reconhecimento e sofrimento de indeterminação como pressupostos para a reconstrução da Teoria das Incapacidades*. 2013. f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – volume I*. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. De M. C. De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades*. 20 de julho de 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 10 de março de 2016.

_____. Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo à curatela. 14 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regime-alternativo-curatela>>. Acesso em: 26 de março de 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. *Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil. Parte Geral. Volume 1*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

ROSENVALD, Nelson. Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Acesso em 28 de março de 2016.

SOALHEIRO, *Luiza Helena Messias Soalheiro*. *O exercício dialógico entre a capacidade civil, os transtornos mentais e a autonomia privada: uma análise no direito comparado*. n: Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, Glauber Salomão Leite, Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Junior. (Org.). *Direito civil - Constitucional II*. 1ªed. Florianópolis: CONPEDI, 2014

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Lei de introdução e parte geral*. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di Diritto Privato*. Milano,: Giuffrè, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. *Direito Civil – volume VI*. 16ª ed. São Paulo: Atlas. 2016.

WERNECK, Claudia. *Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva*. Rio de Janeiro: WVA. 1997.