



OS REGIMES DE CAPACIDADE DE FATO: DESAFIOS DO NOVO DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

THE DE FACTO CAPACITY REGIMES: CHALLENGES OF THE NEW RIGHT OF PEOPLE WITH DISABILITIES

<i>Recebido em:</i>	19/04/2017
<i>Aprovado em:</i>	05/07/2017

Lúcia Souza d'Aquino ¹

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar as alterações decorrentes do Estatuto das Pessoas com Deficiência e seus reflexos nos regimes de capacidade. A partir de uma análise histórica do tratamento do regime de capacidades das pessoas com deficiência, demonstra-se as principais alterações havidas e os desafios decorrentes de alguns dispositivos legais. Além disso, traz a jurisprudência recente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a respeito do tema.

Palavras-chave: Estatuto das Pessoas com Deficiência; Regime das capacidades; Direito Civil; Incapacidade absoluta; Incapacidade relativa.

¹ Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS; Endereço eletrônico: lucinha@gmail.com



ABSTRACT

This paper aims to analyze the changes resulting from the Statute of People with Disabilities and their effects on capacity regimes. From a historical analysis of the treatment of the disability regime, the main changes and the challenges arising from some legal provisions are demonstrated. Besides that, it brings the recent jurisprudence from the Rio Grande do Sul Justice Court.

Keywords: Statute of Persons with Disabilities; Capacity regime; Civil Law; Absolute incapacity; Relative incapacity.

1. INTRODUÇÃO

O regime das capacidades, no Direito Civil, tem o condão de proteger os direitos daqueles que possuem pouca ou nenhuma capacidade de gerirem suas vidas. Através dos regimes das incapacidades absoluta e relativa, regulados nos arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002, o Direito determina os sujeitos que terão maior tutela quando da realização dos atos da vida civil.

Recentemente, no ano de 2016, entrou em vigor a Lei n. 13.146, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)², trazendo alterações importantes ao regime das capacidades.

² De acordo com o censo de 2010, 23,9% da população brasileira tem algum tipo de deficiência. (SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (SDH/PR); SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (SNPD); COORDENAÇÃO-GERAL DO SISTEMA DE INFORMAÇÕES SOBRE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA. *Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência*. Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2016.)



Resultado de uma alteração na visão do Direito em relação às pessoas com deficiência, que partiu de um modelo médico e hoje atende a um modelo social, referido Estatuto reduziu o rol dos absolutamente incapazes a apenas os menores de 16 anos.

Dessa forma, torna-se essencial avaliar as alterações trazidas e apontar as inovações e os pontos sensíveis da nova legislação, cuja discussão por parte da doutrina e jurisprudência são ainda incipientes em razão da novidade, mas que certamente serão de extrema riqueza.

O presente trabalho, assim, partirá do regime das capacidades e os caminhos que levaram à sua regulação no Código Civil de 2002, através da apresentação dos modelos adotados até o Código Civil de 1916 e o modelo médico implementado pela legislação vigente até o Estatuto. A seguir, apresentando uma visão de um novo direito privado social, será abordado o modelo adotado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (e que alterou a disciplina do Código Civil), pontuando, por fim, alguns desafios dessa nova visão, que certamente ainda serão alvo de extenso debate doutrinário e jurisprudencial. O problema de pesquisa que permeará o presente estudo são os desafios trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e a forma como o Direito irá encará-los.

A metodologia de abordagem é histórica, demonstrando os aspectos do instituto ao longo do tempo, bem como comparativa, abordando também legislação e doutrina estrangeiras a respeito do tema.

2. O REGIME DAS CAPACIDADES: CAMINHOS ATÉ O CÓDIGO CIVIL DE 2002

A abordagem do regime das capacidades passa pela necessidade de explicitar uma diferença que é essencial quando de seu estudo: a diferença entre capacidade de fato e capacidade de direito. Isso porque a capacidade possui esses dois aspectos muito



diferentes: ela é, por um lado, a aptidão para adquirir um direito e dele ser titular, e por outro a aptidão para exercer os direitos dos quais se é titular.³

Capacidade de fato (capacidade de exercício) x capacidade de direito (aptidão à aquisição dos direitos e obrigações)

Normas que regem capacidades são de ordem pública e insuscetíveis de alteração pela vontade das partes - conceito clássico

2.1. OS MODELOS ADOTADOS ATÉ O CÓDIGO CIVIL DE 1916

A doutrina francesa aponta que a função da incapacidade é proteger o incapaz contra ele mesmo⁴, e naquele sistema jurídico diz respeito à idade, às faculdades mentais e a algumas condenações criminais (em que há a interdição legal do condenado). Outrora, houve, ainda, a incapacidade em razão do sexo e um regime específico em relação à mulher casada, que foi suprimido por leis em 1938 e 1942.

Inicialmente, na Antiguidade Clássica e na Idade Média, a deficiência era vista sob uma perspectiva religiosa, e uma pessoa com limitação, além de desnecessária na sociedade, era vista como fruto da ira dos deuses, resultado de pecado cometido por seus pais, obra do diabo e aí por diante. Era o chamado modelo de prescindência, segundo o qual a sociedade poderia prescindir das pessoas com deficiência “através de práticas eugênicas

³ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil*. T. I. Introduction à l'étude du Droit Privé: Droits – Preuves – Personnes. Famille: Incapacités. Paris: Éditions Montchrestien, 1955. p. 1214 e ss. Os autores diferenciam a “*capacité de jouissance*” e a “*capacité d'exercice*”, ou seja, capacidade de gozo e de exercício, respectivamente. Também: JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. T. I. v. I. Teorías generales del derecho y de los derechos. Las Personas. Buenos Aires: Bosch y Cía, 1950. p. 262.

⁴ No original: “Les incapacités d'exercice des personnes physiques n'ont qu'un seul fondement: la Protection de l'incapable contre lui-même”. Ainda no Direito Francês, os autores apontam que a incapacidade dos condenados criminalmente (interdição legal) possui duplo fundamento: proteção, pois o condenado não poderia gerir seus bens, e repressão, para evitar que o condenado não possa planejar sua fuga. (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil*. T. I. Introduction à l'étude du Droit Privé: Droits – Preuves – Personnes. Famille: Incapacités. Paris: Éditions Montchrestien, 1955. p. 1216.)



(como o infanticídio) ou de isolamento social, relegando-as aos espaços destinados aos pobres e aos marginalizados, em um processo agudo de exclusão”.⁵

Posteriormente, no Brasil, as Ordenações Filipinas determinavam que a menoridade cessava aos 25 anos e previa o regime de curatela para loucos e pródigos. A Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, por sua vez, reduziu a idade para alcançar a maioridade para 21 anos.

Em 1916, com a entrada em vigor do Código Civil, o regime das capacidades foi dividido entre capazes, incapazes e relativamente capazes. De acordo com aquela norma, eram absolutamente incapazes: os menores de dezesseis anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos que não puderem exprimir sua vontade e os ausentes, declarados tais por ato do juiz. Os relativamente incapazes, por sua vez eram os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos, as mulheres casadas, enquanto subsistisse a relação conjugal, os pródigos e os silvícolas (posteriormente, em 1962, houve alteração no Código Civil e a supressão do inciso que tratava das mulheres casadas).⁶

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, logo no início do século XX, o mundo herdou um número expressivo de feridos e mutilados, alterando a forma como a deficiência era vista. Assim, passou-se ao modelo médico e reabilitador, “que explicava a deficiência a partir de causas científicas”.⁷

2.2. O MODELO MÉDICO DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE

⁵ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 93-113. p. 94.

⁶ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

⁷ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 93-113. p. 94.



A visão médica da condição da pessoa com deficiência é alvo de severas críticas, eis que entende a deficiência como uma questão do indivíduo, e não da sociedade, não havendo razão suficiente para que o Estado intervenha para promover a inclusão dessas pessoas. Essa visão centrada na ‘normalidade’ não se entende como excludente. Assim, “as desigualdades sociais e econômicas, bem como a exclusão da cidadania, seriam fruto tão somente desses fatores biomédicos”.⁸

Também consequência da visão médica, a solução para as limitações sofridas pela pessoa com deficiência passaria pela sua reabilitação e erradicação da deficiência. Ferraz e Leite exemplificam a situação apresentando a situação de um cadeirante que não consegue ir ao cinema, pois o transporte público e as salas de cinema não estão preparados para recebê-lo. De acordo com o modelo médico, o problema seria a deficiência da pessoa e a solução seria a sua submissão a tratamentos a fim de normalizá-la, excluindo do Estado e dos particulares qualquer responsabilidade para que tomassem medidas a fim de assegurar a inclusão dessa pessoa.⁹

As críticas estendem-se, apontando que esse modelo suplantava a possibilidade de preservar a identidade das pessoas com deficiência, eis que seu objetivo era o de incentivar a sua assimilação cultural. A centralidade nas explicações científica também retirada do protagonismo das pessoas com deficiência na definição de suas aspirações e prioridades, tornando-as destinatários de práticas assistencialistas e de caridade e dependendo de outrem para tomar as decisões a respeito de suas vidas.¹⁰

⁸ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 93-113. p. 94.

⁹ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 93-113. p. 97.

¹⁰ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 93-113. p. 95-96.



As consequências da visão médica em âmbito legislativo eram bem visíveis. Os absolutamente incapazes, diante dessa visão centrada na deficiência, deveriam ser representados quando da prática dos atos da vida civil, sendo os atos por eles praticados sem representação nulos de pleno direito, por violarem a ordem pública.

No que diz respeito aos relativamente incapazes, eles eram assistidos quando da prática de alguns atos ou da maneira de exercê-los, e os atos praticados sem assistência seriam anuláveis, eis que representariam violação a interesse particular.

3. NOVOS DESAFIOS DO DIREITO PRIVADO SOCIAL

A partir da segunda metade do século XX, novos estudos sobre a deficiência foram desenvolvidos na perspectiva da garantia de vida independente e na promoção de direitos civis às pessoas deficientes, o que acarretou no modelo social de deficiência, que está assentado em dois argumentos básicos:

primeiro, é necessário distinguir a limitação do corpo ou da mente (que é considerada um atributo da pessoa), da deficiência, pois, enquanto aquela é um atributo físico, sensorial ou psicológico, inerente à própria pessoa, esta é proveniente de barreiras sociais e culturais que implicam na exclusão da pessoa que está fora dos padrões majoritários; segundo, na medida em que a deficiência não tem caráter individual, por não se caracterizar com uma patologia que deveria ser curada, por se tratar, na realidade, de restrições presentes no meio, de cunho estrutural, significa que a responsabilidade de alterar esse quadro, a fim de permitir que todos tenham acesso aos mesmos direitos, a partir de uma noção ampla de



acessibilidade e de promoção da cidadania, é da sociedade e do Estado.¹¹

A visão social, com foco na deficiência como uma incapacidade da sociedade de se tornar acessível às pessoas que possuem alguma limitação, confirma-se quando é analisada sua qualidade de vida: na União Europeia, aproximadamente 1/6 da população possui algum tipo de limitação. Entre esses, a taxa de pobreza é 70% superior à média¹². Na América Latina também se percebe essa desigualdade, eis que 82% das pessoas com deficiência vivem em situação de pobreza ou extrema pobreza, e em países como Bolívia, Chile, El Salvador, Honduras, México, Nicarágua e Paraguai, o analfabetismo é em média pelo menos o dobro na comparação com pessoas sem deficiência¹³. No Brasil, o Censo de 2010 apontou que 61% das pessoas com deficiência não possuem instrução ou possuem o ensino fundamental completo, e somente 7% dessas pessoas possuem ensino superior completo¹⁴.

A visão social da deficiência se coaduna com o novo direito privado brasileiro, focado no reconhecimento de novos grupos de vulneráveis que merecem tutela e promoção de uma igualdade¹⁵ de oportunidades.

¹¹ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 93-113. p. 96-97.

¹² COMISSÃO EUROPEIA. *Pessoas com deficiências têm direitos iguais: A estratégia europeia em matéria de deficiência 2010-2020*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2010. doi:10.2767/28476.

¹³ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 93-113. p. 104.

¹⁴ Disponível em: <www.pessoacomdeficiencia.gov.br>.

¹⁵ Falar sobre igualdade é tratar de um princípio que esteve na base da história das lutas políticas. Desde tempos imemoriais, a luta por uma sociedade mais igualitária e menos excludente esteve direta ou indiretamente associada a clamores de setores expressivos dos povos, resultando na insubmissão de muitos homens e mulheres às desigualdades discriminatórias, que os torna(va)m grupos vulneráveis. (GALINDO, Bruno. O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 43-60. p. 43.)



Jayme, em seu curso sobre identidade cultural, aponta a valorização dos direitos humanos como uma das características desse direito pós-moderno. A valorização da diversidade, o direito à diferença devem ser pautas desse novo direito que visa a proteger grupos que necessitam de uma maior intervenção do Estado a fim de que possam ter uma vida digna¹⁶.

3.1. AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A expressão “pessoa com deficiência” tem sua origem na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e veio substituir expressões como deficiente e portador de deficiência, que possuem seu foco na deficiência e não na pessoa. Segundo a Convenção, pessoas com deficiência “são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”¹⁷.

Na legislação brasileira, é possível encontrar dispositivos que tratam da promoção de seus direitos, mesmo anteriormente à promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Na Constituição Federal, o art. 7º, XXXI proíbe discriminação quanto a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência¹⁸; o art. 23, por sua vez,

¹⁶ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours* 251(1995).

¹⁷ CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (2007). *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: decreto legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008; decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. 4. ed., rev. e atual. – Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2011.

¹⁸ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;



determina ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência¹⁹;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; já o art. 24 trata da competência legislativa concorrente no que diz respeito às pessoas com deficiência²⁰; no art. 37 consta a previsão da reserva de vagas em cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência²¹; os arts. 40 e 201, por sua vez, tratam da adoção de critérios para a concessão de aposentadoria²²; o art. 203 trata da assistência social²³; o art. 208 garante a educação inclusiva²⁴; o art. 227, ao

¹⁹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

²⁰ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

²¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

²² Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 05/07/2005)

I - portadores de deficiência;

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

²³ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:



trazer princípios de proteção da criança e do adolescente, inclui a pessoa com deficiência²⁵; por fim, o art. 244 regula a adaptação de logradouros, edifícios de uso público e veículos de transporte para pessoas com deficiência²⁶, concretizando o modelo social de deficiência acima exposto.

Em 2008 foram ratificados pelo Congresso Nacional a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo²⁷ através do procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal²⁸, sendo promulgados por Decreto em 2009²⁹.

Com base na Convenção supramencionada, em 2015 foi sancionado o Estatuto da Pessoa com Deficiência, lei n. 13.146/2015. Sacramentando o modelo social já referido, o

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

²⁴ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

²⁵ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

²⁶ Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

²⁷ Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008.

²⁸ § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

²⁹ Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início da vigência em âmbito interno.



estatuto traz alterações no Código Civil, que passa a prever a incapacidade absoluta somente aos menores de 16 anos e tornando a capacidade a regra³⁰. A incapacidade relativa tornou-se exceção.

O Estatuto ainda revogou o art. 1.780 do Código Civil, que previa a curatela administrativa da pessoa com deficiência ou enfermo³¹, e criou o instituto da tomada de decisão apoiada. A curatela atualmente tornou-se exceção, devendo ser fundamentada.

A tomada de decisão apoiada, por sua vez, prevista no art. 1.783-A do Código, com elementos semelhantes aos da amministrazione di sostegno italiana e na sauvegarde de justice francesa, é um processo – medida judicial, portanto – pelo qual uma pessoa escolhe no mínimo 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.”

Percebe-se, assim, que essa visão centrada na autonomia do indivíduo permite às pessoas tornarem-se protagonistas de suas próprias vidas, sujeitos de direito, deixando de serem meros destinatários de políticas assistenciais.

Entretanto, diante da novidade do instituto, surgem também dúvidas a respeito de sua implementação, como por exemplo quem fará uso dessas medidas, bem como qual o prazo durante o qual permanecerá vigente a tomada da decisão assistida. Além disso, seria ela uma norma de ordem pública, insuscetível de alteração pela vontade das partes?

³⁰ Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

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

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

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

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

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

³¹ Art. 1.780. A requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768, dar-se-lhe-á curador para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens.



3.2. DESAFIOS DO NOVO PARADIGMA

Percebe-se desde já que as alterações trazidas pelo novo instituto não deixaram de ser alvo de críticas. Tendo em vista que sua idealização e que os movimentos que lutaram por sua implementação foram compostos por familiares de pessoas com graus de deficiência leves, que têm condições de tomar suas decisões e exprimi-las, questiona-se como serão implantadas as medidas no que diz respeito às pessoas com deficiência em grau severo ou aquelas que não podem exprimir sua vontade (a pessoa em coma é o exemplo clássico: como funcionaria a tomada de decisão apoiada nesse caso?).

Ademais, a realização do negócio jurídico pelas pessoas com deficiência passará a ter validade, mesmo quando não apoiadas? Veja-se que o processo de tomada de decisão apoiada é facultativo, não necessitando a pessoa, portanto, estabelecer a prática. Nesse caso, como devem ser interpretados esses negócios jurídicos?

Ademais, surge um ponto de discussão importante, que é a forma como pessoas com grau de deficiência severa ou que não podem se exprimir serão assistidas em seus atos de vida, se sequer possuírem condições de exprimir sua vontade. A generalização da incapacidade relativa pode vir a trazer uma inviabilidade de vida civil para essas pessoas.

Correia também toca em um ponto importante da entrada em vigor do Estatuto, que é a própria alteração da capacidade das pessoas até então interditadas. Expressa o autor:

A tradicional exegese da regra intertemporal, nessas situações, indica a eficácia imediata da lei nova. Não haveria porque manter toda uma classe de pessoas sob um regime jurídico mais restritivo quando ele foi abolido. Não há razão para que existam deficientes capazes e absolutamente incapazes sem distinção fática a justificar o



tratamento diverso. Por outro lado, pode a lei nova desconstituir automaticamente a coisa julgada já estabelecida? cremos, que dada a natureza constitutiva da sentença, o mais razoável é que, por iniciativa das partes ou do Ministério Público, haja uma revisão da situação em os interditados se encontram, para que possam migrar para um regime de incapacidade relativa ou de tomada de decisão apoiada, conforme for o caso.³²

A legitimidade para requerer a curatela também sofreu alterações, tendo sido permitida a requisição por parte da própria pessoa com deficiência, “afinal, ninguém mais legítimo do que o próprio sujeito que será alvo da medida para requerê-la”. Entretanto, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, foi revogado o dispositivo que permitia tal decisão. Requião aponta que “melhor solução se encontrará com novo projeto de lei que determine a inserção de um novo inciso no artigo 747 do Novo CPC, legitimando o próprio sujeito que virá a ser submetido ao regime de curatela a requerer a interdição, o que desde já se sugere”.³³

Algumas dessas questões já bateram à porta do Judiciário. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já precisou se manifestar a respeito do Estatuto.

Em ação de levantamento de interdição, foi provido parcialmente apelo, reconhecendo a incapacidade relativa (e não mais absoluta) da parte, mantendo o curador e fixando a extensão da curatela³⁴.

³² CORREIA, Atalá. *Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas*. 03 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>>. Acesso em: 10 maio 2016.

³³ REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades*. 20 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 11 maio 2016.

³⁴ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. LEVANTAMENTO DE INTERDIÇÃO. DESCABIMENTO. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. RECONHECIMENTO DA INCAPACIDADE RELATIVA, E NÃO MAIS ABSOLUTA, DO



Em outra oportunidade, em agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu pedido de nomeação de curador provisório, foi levado em consideração que tal fato só ocorre em casos excepcionais e urgentes, de acordo com o Estatuto³⁵.

Também o mesmo Tribunal reconheceu que “ao mesmo tempo que o instituto [da curatela] visa proteger o incapaz de comprometer-se de maneira contrária à sua vontade, ele importa em agressiva limitação de direitos civis”, decidindo pela necessidade de perícia para apurar o grau de incapacidade da parte³⁶.

APELANTE. LIMITES DA CURATELA. Diante das alterações feitas no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), o apelante não pode ser mais considerado absolutamente incapaz para os atos da vida civil. A sua patologia psiquiátrica - CID 10 F20.0, Esquizofrenia - configura hipótese de incapacidade relativa (art. 4º, inciso III, e 1.767, inciso I do CC, com a nova redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência), não sendo caso de curatela ilimitada. Caso em que o recurso vai parcialmente provido, para reconhecer a incapacidade relativa do apelante, mantendo-lhe o mesmo curador e fixando-se a extensão da curatela, nos termos do artigo 755, inciso I, do CPC/15, à prática de atos de conteúdo patrimonial e negocial, bem como ao gerenciamento de seu tratamento de saúde. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Nº 70069713683. Apelante: E.D.R.S. Apelado: A.J. Relator: Rui Portanova, Julgado em 15 set. 2016.)

³⁵ Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CURATELA. PEDIDO DE NOMEAÇÃO DE CURADOR PROVISÓRIO. INEXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA ACERCA DA RELEVÂNCIA E URGÊNCIA DA SUBMISSÃO DO DEMANDADO À CURATELA PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO DO PLEITO. De acordo com o art. 87 da Lei nº 13.146/2015 - o Estatuto da Pessoa com Deficiência - e os arts. 749 e 750 do CPC/15, somente em casos de relevância e urgência, e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, é cabível a nomeação de curador provisório, competindo à parte autora especificar os fatos que demonstram a necessidade de sujeição da parte requerida à curatela, bem como juntar laudo médico para fazer prova de suas alegações, ou mesmo informar a impossibilidade de fazê-lo. Não havendo prova inequívoca que respalde a pretensão de nomeação de curador provisório, porquanto o único documento que instrui a petição inicial apenas indica as enfermidades que acometem o requerido e refere a necessidade de tratamento com psicofármacos, é de rigor o indeferimento do pleito. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento Nº 70068905462. Agravante: A.L.F.D.C. Agravado: G.F.D.C. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 11 ago. 2016)

³⁶ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. LEI Nº 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015, QUE INSTITUIU A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA). CURATELA. NECESSIDADE DE PERÍCIA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. A submissão de alguém à curatela depende da carência de capacidade. Desse modo, para ocorrer essa comprovação, faz-se necessária a realização de perícia, uma vez que ao mesmo tempo que o instituto visa proteger o incapaz de comprometer-se de maneira contrária à sua vontade, ele importa em agressiva limitação de direitos civis. Assim somente quando existe certeza da existência da incapacidade e dos seus respectivos limites é que deve ser julgada procedente. E para a perfeita definição tanto dessa existência quanto da sua magnitude, nada melhor que a análise de um expert, não sendo suficiente, em regra, laudo médico. APELO PROVIDO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL Apelação



Percebe-se, portanto, que a nova lei, mais do que ditar direitos das pessoas com deficiência, consolida uma nova visão a respeito da deficiência, emancipando-as e tornando-as sujeitos de direitos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A diferença foi, por muito tempo, considerada um fator de exclusão social. Pessoas com aparência ou habilidades fora dos padrões eram vistas não só como amaldiçoadas, mas como desnecessárias à sociedade.

Posteriormente, com a herança de uma guerra de abrangência mundial, diante de um número expressivo de mutilados, a visão sobre a deficiência alterou-se para um parâmetro médico, de assistencialismo e sobreposição de vontades, com as decisões sendo tomadas por aqueles que se supunham possuir melhores condições de dizer o que seria melhor para as pessoas tuteladas.

Entretanto, com as alterações havidas na sociedade nos últimos cinquenta anos, a perspectiva a respeito das pessoas com deficiência foi alterada para, enfim, considerá-las como sujeitos de direitos, não meros destinatários de políticas assistencialistas.

Essa mudança de visão culminou com a incorporação da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e posterior elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que possuem elementos de reforço da autonomia das pessoas em suas próprias vidas. Isso porque o Direito, como instrumento da cultura, acompanha as mudanças da sociedade. E em uma sociedade pós-moderna, plural e globalizada, que necessariamente convive com a

Cível Nº 70067463893. Apelante: M.P. Apelado: A.M.M. Relator: Ivan Leomar Bruxel. Julgado em: 05 maio 2016)



diferença, deve aceitar essa diferença e olhá-la com atenção, atentando para os diferentes graus de vulnerabilidade apresentados.³⁷

Como dito, o Estatuto possui pontos sensíveis (além dos apontados, há reflexos também no Direito de Família, na vida sexual, na educação e mercado de trabalho, por exemplo) que com o decorrer do tempo devem ser solucionados pela sociedade, pelo Judiciário ou pelo próprio Legislativo.

Alguns desses pontos sensíveis já estão sendo decididos em âmbito processual, o que finalmente deve culminar em uma adaptação tanto da lei quanto da sociedade. Sabe-se que minorias e pessoas que fogem dos padrões ditos “normais” ainda causam estranheza e muitas vezes despertam o preconceito e a indiferença, mas o Direito tem o dever de trabalhar a fim de minimizar essas situações, fortalecendo a autonomia e propiciando uma real qualidade de vida a toda a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 962, dez. 2015, p. 65-80. DTR\2015\17066.

ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. O conceito de pessoas com deficiência e algumas de suas implicações no direito brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 86, jan.-mar./2014, p. 165-181. DTR\2014\965.

³⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 162.



BASILE, F. Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, outubro/2015 (*Boletim do Legislativo nº 40, de 2015*). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 11 maio 2016.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 maio 2016.

COMISSÃO EUROPEIA. *Pessoas com deficiências têm direitos iguais: A estratégia europeia em matéria de deficiência 2010-2020*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2010. doi:10.2767/28476.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA (2007). *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: decreto legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. 4. ed., rev. e atual.* – Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2011.

CORREIA, Atalá. *Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas*. 03 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>>. Acesso em: 10 maio 2016.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braciereiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 66, abr.-jul./2016. DTR\2016\4447.



DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de Direitos Fundamentais: Teoria e Prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

FARO, Julio Pinheiro. A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a abordagem seniana das capacidades. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 88, jul.-set./2014, p. 143-159. DTR\2014\17579.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A proteção jurídica da pessoa com deficiência como uma questão de direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 93-113.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. Direito à educação inclusiva: uma análise contemporânea em favor da diversidade e da cidadania plural. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 142-162.

GALINDO, Bruno. O direito antidiscriminatório entre a forma e a substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 43-60.



GONZAGA, Eugênia Augusta. A pessoa com deficiência e o direito à acessibilidade. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 114-126.

JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 105-114, mar. 2003.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours* 251(1995).

JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. T. I. v. I. Teorias generales del derecho y de los derechos. Las Personas. Buenos Aires: Bosch y Cía, 1950.

LEITE, Flávia Piva Almeida. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Amplitude Conceitual – A Busca por um Modelo Social*. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 3, jul.-dez./2012, p. 31-53. DTR\2012\450704.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.



MARTINS, Fernando Rodrigues. A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 104, mar.-abr./2016. DTR\2016\4625.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de Droit Civil*. T. I. Introduction à l'étude du Droit Privé: Droits – Preuves – Personnes. Famille: Incapacités. Paris: Éditions Montchrestien, 1955.

MIRAGEM, Bruno. Direito à diferença e autonomia: proteção da diversidade no direito privado em relação ao exercício individual das liberdades sexual e religiosa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 61-90.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. T. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MOUSNIER, Conceição. A curatela administrativa, instituto inovador no Código Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 63-75.

RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 6, jan.-mar./2016, p. 37-54. DTR\2016\436.



REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades*. 20 jul. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>>. Acesso em: 11 maio 2016.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Pessoa com deficiência, acessibilidade e direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coords.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 127-141.

RIVERA, Julio César (Director). *Código Civil Comentado: Títulos Preliminares – Personas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

SECRETARIA

DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (SDH/PR); SECRETARIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (SNPD); COORDENAÇÃO-GERAL DO SISTEMA DE INFORMAÇÕES SOBRE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência. Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2016.

SOUSA, Filipe Venade de. O controle de convencionalidade da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência: uma visão portuguesa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 938, dez. 2013. DTR\2013\10478.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.