

REFLEXOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA TEORIA DAS INCAPACIDADES

REFLECTIONS OF THE STATUTE OF THE PERSONS WITH DISABILITIES IN THE THEORY OF DISABILITIES

Marina Araújo Campos Cardoso¹

RESUMO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu grandes avanços na teoria das incapacidades ao desvincular do conceito de incapacidade a deficiência mental ou intelectual. Reforçou a necessidade de se reconhecer e garantir o exercício dos direitos fundamentais às pessoas com deficiência, o que exige ações afirmativas pelo Estado e mudanças em todos os seguimentos da sociedade. Com o objetivo de garantir a existência digna das pessoas com deficiência, estabeleceu que são presumidamente capazes e alterou a teoria das incapacidades prevista no Código Civil de 2002.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Personalidade. Capacidade civil. Teoria das Incapacidade.

ABSTRACT

The Statute of the Person with Disabilities promoted great advances in the legal community by disassociating from the concept of disability to mental or intellectual disability. It reinforced the need to recognize and guarantee the exercise of fundamental rights for people with disabilities, which requires affirmative action by the State and changes in all segments of society. In order to guarantee the dignified existence of persons with disabilities, it established that they are presumably able and changed the theory of disabilities provided for in the Civil Code of 2002.

Keywords: Person with disabilities. Personality. Civil capacity Disability Theory.

Introdução

Com o objetivo de assegurar e promover o efetivo exercício dos direitos e liberdades fundamentais às pessoas com deficiência, e retirar o estigma histórico

¹Mestra pela Universidade Fumec, Especialista pela Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual do Instituto de Educação Continuada na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais — IEC PUC Minas. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. Doutoranda em Direito pela Fadisc. Email: marinaaraujoc@hotmail.com

vivenciado por essas pessoas ao longo de décadas, foi promulgada a Lei Federal 13.146 em 6 de julho de 2018, denominada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual entrou em vigor cento e oitenta dias após a publicação. Esta lei trouxe como premissa fundamental a igualdade e a não discriminação, reconheceu os direitos fundamentais à vida, habilitação e reabilitação, saúde, educação, moradia, trabalho, assistência e previdência social, acesso à cultura, esporte e lazer e mobilidade, mas também alterou substancialmente a teoria das incapacidades, revogando e alterando os artigos 3º e 4º do Código Civil.

A partir da entrada em vigor do Estatuto da pessoa com deficiência a incapacidade absoluta passou a se restringir às pessoas com idade até dezesseis anos, sendo as demais situações de impossibilidade ou comprometimento da manifestação de vontade tratadas como incapacidade relativa. Um marco desta alteração reside no fato de incapacidade civil se desvincular completamente da noção deficiência e se basear essencialmente no discernimento para manifestação da vontade. Esta mudança afeta significativamente diversos institutos dispersos em todo o Código Civil e até mesmo na legislação extravagante. Com relação às pessoas com deficiência, estabeleceu a capacidade plena para os atos de natureza existencial e somente os atos com conteúdo patrimonial se sujeitam à teoria das incapacidades, ou seja, dependem de representação.

De acordo com a nova teoria das incapacidades trazida pelo EPD, as pessoas com deficiência presumem-se plenamente capazes e caso o discernimento seja comprometido, ou até mesmo em total ausência deste, somente podem ser considerados relativamente incapazes quanto aos atos de conteúdo patrimonial. Muitos autores já reconheciam que a interdição e a curatela repercutiam apenas no plano dos direitos patrimoniais do curatelado, o que ficou definido de forma expressa no EPD.

A proposta deste trabalho consiste em abordar os reflexos positivos e negativos desta alteração da teoria das incapacidades ao se admitir que uma pessoa que não tenha condições de manifestar a vontade seja considerada relativamente incapaz e seja impossível atribuir-lhe o tratamento de incapacidade absoluta. O que se questiona é se o EPD não acabou por gerar vulnerabilidade em um grupo de pessoas que precisam da sua proteção, talvez o principal deles, com o afã de garantir a igualdade.

1. Noções gerais sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência

O Estatuto da Pessoa com Deficiência tem como fundamento a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assinada em Nova Iorque em 2007 e ingressou na ordem jurídica interna através do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, que o aprovou, e posteriormente com a promulgação do Decreto Presidencial 6949 de 25 de agosto de 2009, conforme expresso no artigo primeiro, parágrafo único² da Lei 13.146. Foi o primeiro tratado internacional sobre direitos humanos ratificado pelo Brasil através do procedimento introduzido no artigo 5º da Constituição pela Emenda Constitucional 45/2004, ou seja, aprovado em dois turnos por três quintos de votos e, por isso, com status de norma constitucional, o que lhe garante estar hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro efeito da subscrição pelo Brasil da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo – CDPD – é o reconhecimento da deficiência como uma questão de direitos humanos, o que fica claro no primeiro artigo do diploma internacional, e assegura o direito da pessoa com deficiência de desenvolver todas as suas faculdades e habilidades de forma plena³. Os direitos humanos caracterizam-se pela indivisibilidade e universalidade, pois atinge todos os seres humanos indistintamente, independente de fator social, religioso, de gênero, econômico ou qualquer outro, e indivisibilidade, pois gera um vínculo entre os direitos civis, políticos, culturais, econômicos e sociais. Ao comentar a indivisibilidade dos direitos humanos, Cristiano Chaves exemplifica com o direito à liberdade de expressão, que ficaria esvaziado sem o direito à educação, o que também é verdadeiro se analisado ao contrário, ou seja, o direito à educação não faria muito sentido sem a possibilidade de manifestar as ideias⁴.

2 Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

³ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência à luz da Constituição da República/ Heloisa Helena Barboza, Vitor Almeida (Coord.). – Belo Horizonte: Forum, 2018. P 31.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo / Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. – 3. rev. Ampl. E atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2018. P.22

O segundo efeito da CDPD reside no fato de que os direitos da pessoa com deficiência passaram a ser questão de natureza constitucional, o que gera dois reflexos imediatos, a saber, as diretrizes para a interpretação da legislação infraconstitucional são aquelas previstas na convenção internacional, em especial para garantir o alcance o Estatuto da Pessoa com Deficiência e, por outro lado, as pessoas com deficiência passam a ser amparadas pela Constituição, à qual poderão recorrer diretamente em caso de violação de seus direitos ou se forem vítimas de discriminação⁵.

Heloisa Helena Barboza destaca que já existia na Constituição da República disposições que visavam a integração das pessoas com deficiência na sociedade, contudo sob uma perspectiva assistencial, o que representava um avanço, mas não era suficiente. As pessoas com deficiência necessitavam de direitos individuais e sociais efetivos, de meios hábeis a proporcionar o pleno desenvolvimento individual e, paralelamente, a inclusão na sociedade.

A autora apresenta ainda uma interessante distinção entre os conceitos de integração e inclusão. Embora a noção de integração tenha sido desenvolvida com o objetivo de acabar, ou ao menos reduzir, com a exclusão social que afetou as pessoas com deficiência por muitos anos, ela se funda na premissa de que a pessoa com deficiência que deve se adaptar ao meio e superar as barreiras presentes na sociedade, a qual permanecia em estado de inércia. Já a inclusão pressupõe uma conduta ativa por parte da sociedade, a qual tem o dever de se adaptar para acolher as pessoas com deficiência⁶. Nesse sentido, um dos princípios gerais trazidos pela CDPD é a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade.

Conforme ensina Barboza, o Estatuto da Pessoa com Deficiência adotou o denominado modelo social da deficiência, que constitui um novo paradigma sobre o tema. O “modelo moral” foi o primeiro a ser adotado e existiu na antiguidade, segundo ele a pessoa com deficiência nada tem a contribuir com a sociedade, constitui um ônus, uma carga a ser suportada pela família e pela comunidade – trata-se de um castigo divino em virtude de algum pecado ou falha moral. Já o “modelo médico” trata a deficiência como uma patologia, devendo a pessoa ser tratada para se tornar o mais

⁵ Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência à luz da Constituição da República/ Heloisa Helena Barboza, Vitor Almeida (Coord.). – Belo Horizonte: Forum, 2018. P 31.

⁶ Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência à luz da Constituição da República/ Heloisa Helena Barboza, Vitor Almeida (Coord.). – Belo Horizonte: Forum, 2018. P 33.

“normal” possível. A principal característica desse modelo consiste na substituição da divindade pela ciência e a possibilidade de a pessoa com deficiência, se “tratada”, ser capaz de contribuir para a sociedade. Enquanto prevaleceu este modelo vigorava a compreensão de integração da pessoa e foram desenvolvidos meios de prevenção, reabilitação e tratamento das pessoas com deficiência⁷.

O modelo médico reconhecia a pessoa com deficiência como um “inválido”, ou seja, uma pessoa incapaz de tomar as suas próprias decisões e, nesse contexto, as respostas do Poder Público para essas pessoas eram fundadas no assistencialismo e na caridade, sem reconhecer que a pessoa com deficiência é sujeito de direitos. Nesse modelo buscava-se a “cura” da pessoa através de tratamentos médicos para o retorno à “normalidade”⁸.

O modelo social, por sua vez, foi criado nos fins da década de 1970 nos Estados Unidos e é trazido no preâmbulo da CDPD, a qual reconhece que a “deficiência é um conceito em evolução”, e constitui uma questão social, não sendo, portanto, de cunho religioso ou somente médico, que demanda intervenções na sociedade. Nesse modelo, a deficiência deixa de ser unilateral, na perspectiva do indivíduo buscar a sua inserção social, e passa a ser bilateral, na medida em que a sociedade passa a ter o dever de fornecer os meios, serviços e instrumentos para que as pessoas com deficiência sejam incluídas⁹.

Nesse sentido ensina Laís de Figueiredo Lopes:

“O modelo social frisa o impacto do ambiente na vida da pessoa com deficiência e determina que este seja considerado, sempre. Pode-se dizer que essa posituação da mudança de enfoque conceitual e de olhar passa da lente do modelo médico assistencial para a lente do modelo social da deficiência baseado nos direitos humanos.”¹⁰

De acordo com a autora o modelo social determina que as barreiras existentes na sociedade devem ser removidas, sejam elas arquitetônicas, de

⁷ Idem

⁸ FERRAZ, Carolina Valença; Leite, Glauber Salomão. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência / coordenação Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho. – São Paulo: Saraiva, 2016. P.43

⁹ Idem

¹⁰ LOPES, Laís de Figueiredo. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência / coordenação Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho. – São Paulo: Saraiva, 2016. P.43

comunicações ou atitudinais, de forma a possibilitar a inclusão das pessoas com deficiência. De acordo com esse novo modelo as pessoas com deficiência são reconhecidas como titulares de direitos e da dignidade humana inerente às pessoas, exigindo posturas ativas por parte da sociedade, do Estado e das pessoas com deficiência¹¹.

O EPD, portanto, representa uma mudança de paradigmas na forma como as pessoas com deficiência são percebidas no ordenamento jurídico. O fato de possuírem alguma limitação física ou psíquica não lhes retira a condição de seres humanos e, por conseguinte, titulares de todos os direitos e proteção conferidos à pessoa no ordenamento jurídico, em especial a uma existência digna. O Estatuto da Inclusão trouxe, também, o dever de toda a sociedade se adaptar para permitir que essas pessoas exerçam seus direitos de forma plena, sem que a deficiência seja considerada um empecilho para o exercício de direitos fundamentais.

2. Personalidade e capacidade civil

A personalidade jurídica é tradicionalmente definida como uma qualidade ou atributo da pessoa, e pode ser conceituada como a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações na ordem civil. É um conceito com viés de universalidade, na medida em que o artigo 1º do Código Civil determina que “toda pessoa” é capaz de direitos e deveres.

Gustavo Tepedino, ao apresentar uma visão constitucional do direito civil, ensina que existem dois sentidos técnicos para o conceito de personalidade: o primeiro é aplicável às pessoas físicas e jurídicas e diz respeito à qualidade para ser sujeito de direito, confundindo-se com a capacidade de gozo, já o segundo representa o conjunto de características e atributos da pessoa humana e é considerada o centro de proteção do ordenamento¹².

Assim, a personalidade denominada objetiva condiz com o conceito tradicionalmente empregado e significa a aptidão das pessoas físicas e jurídicas para

¹¹ Idem

¹² TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. em MENEZES, Joyceane Bezerra de (org). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão – Rio de Janeiro: Processo, 2016. P 227 a 247

serem sujeitos de direitos e obrigações. A personalidade subjetiva, por sua vez, busca a realização da dignidade da pessoa humana e representa o fim último do ordenamento, sendo um valor próprio da pessoa natural¹³.

A capacidade de direito é inerente a toda pessoa, natural ou jurídica, e consiste na aptidão para ser sujeitos de direitos e obrigações e exercer, por si ou através de representante, os atos da vida civil. A denominada capacidade gozo é genérica e inerente a todo ser humano.

A capacidade de fato, ou de exercício, determina se a pessoa tem condições de exercer pessoalmente e de forma plena os atos da vida civil, sem a necessidade de representação ou assistência, e, portanto, não é tão ampla e irrestrita como a capacidade de direito, e é em face desta que foi desenvolvida a teoria das incapacidades.

3. Teoria das incapacidades

A teoria das incapacidades diz respeito ao tratamento legal dispensado a certas pessoas consideradas inaptas a exercer pessoalmente os atos da vida civil em razão de ausência de discernimento ou impossibilidade de manifestação da vontade, seja por uma questão etária, seja pelo estado de saúde mental ou qualquer situação permanente ou transitória em virtude da qual a pessoa se torne impossibilitada de reger, por si, suas questões pessoais e patrimoniais¹⁴.

Embora todas as pessoas sejam capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil, o exercício pessoal desses direitos depende de capacidade de fato, que é a regra, sendo a incapacidade a exceção. A restrição da capacidade civil, portanto, depende de tipificação legal, pertinência e relevância, e não pode servir de pena ou meio de discriminação ou segregação¹⁵. A incapacidade para agir, portanto, visa a proteção dos interesses do incapaz, sendo essa a *ratio legis*. Trata-se da aplicação do princípio da preponderância da tutela do incapaz, reforçando o caráter protetivo da teoria das incapacidades. De acordo com Viviane Cristina de Souza Limongi:

¹³Idem

¹⁴ Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência / Claudio Luiz Bueno de Godoy [et al.]; coordenação Cezar Peluso. 12ª ed., ver e atual. – Barueri [SP]: Manole, 2018. 2352p. : il.; 24cm. Pg. 19.

¹⁵ LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal n. 13.146/2015) : reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental / Viviane Cristina de Souza Limongi. – Rio de Janeiro ;Lumen Juris, 2018. P.62.

“ A teoria das incapacidades, ao limitar a atividade do sujeito e estabelecer formas específicas para sua atividade econômico-jurídica – por meio da representação ou assistência, no Brasil –, não tem a intenção de prejudica-lo, mas defende-lo, de modo preventivo, para que não fique à mercê de intrigas e manobras de terceiros mal intencionados.”¹⁶

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, existe apenas a incapacidade de fato ou de exercício, que consiste na restrição legal ao exercício dos atos da vida civil imposta aos que, excepcionalmente, precisam de proteção pois não se verificam os requisitos indispensáveis para o exercício pessoal dos direitos¹⁷.

Reconheceu-se no CC de 1916, o que permanece até os dias atuais, níveis de incapacidades de acordo com o nível de discernimento e capacidade de manifestação da vontade, o que fez nascer os respectivos instrumentos de proteção destas pessoas. No caso de incapacidade absoluta a pessoa deve ser representada pelos pais, tutor ou curador, ou seja, a lei não considera a vontade do representado, sendo o ato praticado exclusivamente pelo representante, o que não ocorre em caso de incapacidade relativa, pois neste caso o ato é praticado pela própria pessoa com a assistência dos pais, tutores ou curadores. A diferenciação entre incapacidade relativa ou absoluta também interfere na invalidade do negócio jurídico, pois quando o ato é praticado pelo absolutamente incapaz sem a devida representação ele é nulo e, portanto, não pode ser convalidado.

Percebe-se que o Código Civil de 2002 elaborou um sistema de proteção para as pessoas considerada relativa ou absolutamente incapazes, dentre as quais Carlos Roberto Gonçalves destaca:

“1) não corre prescrição contra os absolutamente incapazes (art. 198, I); o mútuo feito a menor não pode ser reavido (art. 588), salvo nos casos do art. 589; 3) pode o menor ou interdito recobrar a dívida de jogo, que voluntariamente pagou (art. 814, in fine); 4) ninguém pode reclamar o que pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga (art. 181); 5) partilha em que há incapazes não pode ser convencionada amigavelmente (art. 2.015)”¹⁸

Em caso de incapacidade absoluta existe a proibição total de prática do ato pessoalmente pelo incapaz. Fica ele inibido de praticar qualquer ato jurídico ou de participar de qualquer negócio jurídico. Estes atos serão praticados ou celebrados por

¹⁶ Idem

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 1 : parte geral / Carlos Roberto Gonçalves. 10. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 1 : parte geral / Carlos Roberto Gonçalves. 10. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2012

seu representante legal, sob pena de nulidade, conforme previsto no artigo 166, inciso I, do CC/02. A incapacidade relativa permite que o incapaz pratique os atos da vida civil, desde que assistido por seu representante legal. Certos atos, porém, podem ser praticados pelo incapaz independente de assistência, como realizar testamento, ser mandatário e ser testemunha. Em caso de assistência ambos devem comparecer no ato, tanto o relativamente incapaz, que é quem o pratica efetivamente, quanto o seu assistente, sob pena de anulabilidade (artigo 171 do Código Civil).

4. Evolução da teoria das incapacidades no Código Civil de 1916, Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Pessoa com Deficiência

Apesar da finalidade protetiva da teoria das incapacidades, o sistema anterior se preocupava essencialmente com a proteção do patrimônio em detrimento da pessoa. O Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua, de 1916, foi inspirado nas premissas individualistas e patrimonialistas previstas nos códigos civis francês e alemão (BGB).

O diploma civil anterior graduou o discernimento para o exercício dos atos da vida civil, ou seja, para deficiências profundas que atingissem a capacidade para a percepção da realidade e manifestação da vontade considerou se tratar de incapacidade absoluta, já para pessoas com grau de discernimento reduzido, porém com aptidão para manifestar a vontade, com deficiências consideradas superficiais, seria hipótese de incapacidade relativa. O artigo quinto da Lei 3.071/16 trazia o rol dos absolutamente incapazes, a saber, os menores de 16 (dezesseis) anos, os loucos de todo o gênero, os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade e os ausentes, declarados tais por ato do juiz¹⁹.

A redação do artigo não só evidenciava o tratamento discriminatório dispensado às pessoas com deficiência mental, designando-as de “loucos”, o qual é reiterado no artigo 448, segundo o qual o Ministério Público somente interviria na interdição em caso de “loucura furiosa”, como também possibilitava a inclusão pessoas com níveis de consciência e deficiência diferentes no mesmo patamar, valendo-se de um

¹⁹ BRASIL. Lei Federal n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 11 jul. 2019

critério generalista e estanque, sem se importar com a gradação e as espécies de deficiência. De acordo com Cristina Limongi *“fomentava, na realidade, uma distinção e discriminação generalizada em toda a sociedade em relação a toda e qualquer pessoa que apresentasse o mínimo de déficit mental e se mostrasse, por isso, diferente”*²⁰.

Os relativamente incapazes estavam listados no artigo sexto do Código Civil e eram eles o menor entre 16 e 21 anos, as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal, os pródigos e os silvícolas. Com relação às mulheres, foram excluídas do rol de relativamente incapazes com a edição da Lei Federal 4.121/1962²¹, ou seja, entre a promulgação do Código Civil e a Lei 4.121 somente poderiam ser consideradas capazes em caso de viuvez, anulação ou nulidade do casamento ou desquite, conforme artigo 315 do Código revogado.

O Código Civil de 2002 manteve a dicotomia do código anterior e a distinção entre incapacidade absoluta e relativa, ou seja, a incapacidade se justificava pela alteração mais ou menos afetada, do exercício das faculdades psicológicas e mentais do indivíduo. Em sua redação original considerou tanto o critério de idade como o psicológico para reconhecer como absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, e manteve os marcos adotados no diploma anterior, na medida em que reconhecia a incapacidade absoluta daqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade²².

Percebe-se que o legislador de 2002 já havia concluído que a deficiência do surdo mudo não lhe impedia, por si só, de praticar os atos da vida civil, mesmo porque a linguagem de sinais (Libras) lhes permite comunicar com as pessoas e realizar suas escolhas. Outra mudança foi a inclusão de nova hipótese de incapacidade absoluta, qual seja, a impossibilidade de manifestação de vontade, ainda que por causa transitória.

²⁰ LIMONGE, Viviane Cristina de Souza. A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal n. 13.146/2015) : reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental / Viviane Cristina de Souza Limongi. – Rio de Janeiro ;Lumen Juris, 2018. P.73.

²¹ BRASIL. Lei Federal n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>. Acesso em 11 jul. 2019

²² BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2001. Instituiu o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 11 jul. 2019

Com relação ao rol de relativamente incapazes, o CC/02 elencou como relativamente incapazes as pessoas entre dezesseis e dezoito anos, reduzindo, assim, a menoridade que antes era até os 21 anos, os ébrios habitais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, os pródigos, e, por fim, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

A crítica apresentada por Gustavo Tepedino à teoria das incapacidades adotada no Código Civil de 2002 reside no fato de que foi adotado um modelo abstrato, em que a diferenciação entre incapacidade relativa e absoluta era estabelecida na lei, sem espaço, de um modo geral, para modular os efeitos da incapacidade²³. E continua o autor:

“se nas situações patrimoniais mostra-se possível dissociar a titularidade do exercício, nas existenciais tal não se afigura viável. Por isso, impossibilitar os incapazes a escolha, por si mesmos, de constituir família, procriar, registrar filhos, interferir na educação destes, equivale a alijá-los dessas situações existenciais. Daí a necessidade de o regime das incapacidades ser aplicado de forma diversa para as relações patrimoniais e existenciais.”²⁴

O sistema de proteção do Código Civil, embora direcionado ao exercício dos direitos patrimoniais, acabaram por restringir indevidamente de forma a priori o exercício de direitos existenciais, relativos à integridade física, à intimidade, ao casamento, aos direitos sexuais e reprodutivos. Com o objetivo de exemplificar o exposto está a decisão judicial que compeliu o município de Mococa a realizar a cirurgia de laqueadura em uma pessoa dependente química sem a sua anuência²⁵.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, por sua vez, alterou os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 e, por conseguinte, toda a estrutura da teoria das incapacidades, na medida em que somente os menores de dezesseis anos passaram a ser

²³ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. em MENEZES, Joyceane Bezerra de (org). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão – Rio de Janeiro: Processo, 2016. P 227 a 247

²⁴ Idem

²⁵ AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pretensão do Ministério Público voltada a compelir o Município a realizar cirurgia de laqueadura em dependente química – Legitimidade ativa "ad causam" delineada na espécie – Incidência do disposto nos arts. 127, parte final, e 129 da CF – Acolhimento pronunciado em primeiro grau que, todavia, não pode subsistir – Inadmissibilidade, diante do ordenamento jurídico pátrio, da realização compulsória de tal procedimento – Pleno e autônomo consentimento não manifestado pela requerida aos órgãos da rede protetiva – Interdição judicial, outrossim, que não foi decretada a qualquer tempo – Lei nº 9.263/96 que limita até mesmo a esterilização voluntária (v. art. 10) – Apelo da Municipalidade. provido. TJSP; Apelação Cível 1001521-57.2017.8.26.0360; Relator (a): Paulo Dimas Mascaretti; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Mococa - 2ª Vara; Data do Julgamento: 23/05/2018; Data de Registro: 25/05/2018

considerados absolutamente incapazes. Já no rol dos relativamente incapazes do artigo 4º, alterou a redação do inciso II para excluir aqueles que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido e constou no inciso III aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Desvinculou completamente, portanto, a incapacidade de qualquer deficiência mental ou desenvolvimento mental incompleto, sendo o único critério para aferir a capacidade de uma pessoa pela aptidão para exprimir a vontade. Com esse novo modelo social “*as noções de deficiência e incapacidade não mais são passíveis de confusão, constituindo um notável avanço em relação ao direito anterior*”²⁶, nas palavras de Guilherme Magalhães Martins.

O artigo sexto²⁷ do Estatuto é expresso ao estabelecer a capacidade plena para as pessoas com deficiência quanto ao exercício dos direitos existenciais, de planejamento familiar, reprodutivos, sexuais, dentre outros exemplificativamente listados. Paralelamente o EPD estabeleceu que a curatela se restringe aos atos de natureza patrimonial, nos termos do artigo 85²⁸.

O novo cenário da teoria das incapacidades apresentado pela Lei de Inclusão consiste na supressão das demais causas de incapacidade absoluta além do critério de idade (menores de quatorze anos) e a previsão expressa de capacidade plena para situações existenciais, independente do discernimento para a manifestação da vontade pela pessoa com deficiência. De acordo com Flávio Tartuce:

“Em suma, não existe mais no sistema privado brasileiro pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Ademais, como consequência, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta no nosso vigente sistema civil e processual civil. Todas as pessoas com deficiência que eram tratadas no

26 MARTINS, Guilher Magalhães. Estatuto da Pessoa com deficiência: comentários à Lei 13.146/2015. Almir Galassi...[et al.] organizado por Guilherme Magalhães Martins, LiviaPitelliZamarian Houaiss. – Indaiatuba, SP : Editora Foco. P.311

²⁷ Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

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

²⁸ Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial

comando anterior passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa à sua total inclusão social, em prol de sua dignidade, a partir da essência do EPD e da Convenção de Nova York.”²⁹

No âmbito da teoria das incapacidades, somente a capacidade de fato para as questões patrimoniais pode ser restringida e permanece incólume a autonomia e autodeterminação para o exercício das liberdades pessoais, que não podem ser afetadas em virtude de déficit cognitivo³⁰. A mudança de paradigma está positivada no artigo 6º e reafirmada no artigo 84, *caupt*, da Lei 13.146³¹, segundo o qual a deficiência não afeta a plena capacidade civil, inclusive para se casar, constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, exercer o direito à família, dentre outros exemplificativamente expostos.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência buscou tutelar a autonomia do sujeito o máximo possível e garantir o efetivo poder de autodeterminação. Com a entrada em vigor do EPD a valoração jurídica da capacidade é baseada no discernimento da pessoa no caso concreto e não mais no diagnóstico médico que reconheça a deficiência psíquica ou intelectual³². Gustavo Tepedino ensina que “*de acordo com o Estatuto, a necessidade de proteção do deficiente será aferida no caso concreto, não havendo mais a categoria abstrata e apriorística que vincule à incapacidade o simples fato de se possuir algum tipo de deficiência*”³³.

Carolina Ferraz menciona que a limitação da capacidade de exercício com base exclusivamente na existência de uma deficiência representaria uma limitação arbitrária, que pode ser equiparada às hipóteses de discriminação por raça, sexualidade,

²⁹ Disponível em <www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=195850&tp=1>. Acesso em 17 jul. 2019

³⁰ BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência/ Heloisa Helena Barboza, Bruna Lima de Mendonça, Vitor de Azevedo Almeida Junior (cordenadores) – Rio de Janeiro: Processo, 2017. P. 78

³¹ BRASIL. Lei Federal n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em 11 jul. 2019

³² TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. em MENEZES, Joyceane Bezerra de (org). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão – Rio de Janeiro: Processo, 2016. P 227 a 247

³³ Idem

gênero ou religião. A partir da Lei de Inclusão a capacidade plena passa a ser a nova premissa a respeito da capacidade de exercício da pessoa com deficiência.³⁴

A autora diferencia a possibilidade para fazer escolhas com a aptidão para, pessoalmente e sem auxílio, colocar em prática as suas decisões. As situações de dificuldades no exercício dos direitos, como por exemplo para executar movimentos ou de comunicação, não podem ser confundidas com a incapacidade para tomar decisões, pois as superações das barreiras do meio, conforme já exposto no capítulo anterior, possibilitaria a manifestação de vontade pela pessoa com deficiência³⁵.

A interpretação sistemática da Lei de Inclusão leva à seguinte conclusão: a) a plena capacidade da pessoa com deficiência para o exercício dos direitos existenciais e patrimoniais passa a ser a regra; b) pessoa com limitações funcionais que dificultem o exercício dos direitos e os atos da vida civil pode se valer do instituto da tomada de decisão apoiada como forma de auxílio, mas os apoiadores não representam a pessoa, apenas fornecem elementos e informações que contribuem para o exercício da capacidade, constituindo elemento para assegurar a autonomia; c) a pessoa com deficiência que não compreender os fatos à sua volta e não for capaz de expressar a vontade será considerada relativamente incapaz para certos atos, hipótese excepcional de nomeação de curador por decisão judicial que irá instituir a curatela e definir os seus limites.

A Lei de Inclusão operou um grande avanço no âmbito dos direitos humanos ao dissociar a incapacidade da deficiência psíquica. Contudo, a solução apresentada restou por expor a situação de vulnerabilidade as pessoas que concretamente não são capazes de manifestar a vontade, que somente poderão ser tuteladas pelo regime da incapacidade relativa, nunca da absoluta, que possui um arcabouço legislativo muito mais protetivo.

Conforme apontado por Flávio Tartuce no parecer³⁶ elaborado em face do Projeto de Lei do Senado Federal N. 757/2015, que altera o Estatuto da Pessoa com

³⁴ FERRAZ, Carolina Valença; Leite, Glauber Salomão. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência / coordenação Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho. – São Paulo: Saraiva, 2016. P.43

³⁵ Idem

³⁶ Disponível em <www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=195850&tp=1>. Acesso em 17 jul. 2019

Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil, o EPD não se atentou para as situações em que a pessoa que não possui limitação funcional não é capaz de manifestar a vontade, e exemplifica com a hipótese de uma pessoa com Alzheimer. Nas palavras do autor:

“Aqui, nos parece, houve um equívoco na elaboração do EPD, pois pensou-se na pessoa com deficiência, mas foram esquecidas muitas outras situações, que não são propriamente de deficientes, mas de outros sujeitos que não têm qualquer condição de exprimir a vontade. Podem ser citadas, nesse contexto, as pessoas portadoras de mal de Alzheimer, as que se encontram em coma profundo – sem qualquer condição de exprimir sua vontade – e aquelas que têm psicopatias graves, não necessariamente deficientes. (...) Com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não podem exprimir sua vontade e não poderão ser representadas, pois são capazes por ficção legal. Como praticarão os atos da vida civil se não conseguem fazê-lo pessoalmente? A situação imposta pelo Estatuto às pessoas que necessitam de proteção é dramática. Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma”.

Percebe-se, portanto, que a Lei Brasileira teve um importante papel no sentido de gerar a inclusão das pessoas com deficiência com igualdade e dignidade, ao estabelecer a acessibilidade aos mais variados tipos de espaços, produtos e serviços. Acima de tudo, criou um sistema que tem como objetivo precípua garantir a igualdade e acabar com a discriminação, que por muito tempo esteve presente em nossa sociedade.

Com o objetivo de positivar todos esses direitos e garantias, promoveu alterações na teoria das incapacidades, algumas benéficas, outras nem tanto. Representa um grande avanço a dissociação da noção de incapacidade com a de deficiência mental ou intelectual, contudo, um retrocesso a exclusão do sistema mais protetivo, que consiste na tutela das pessoas com incapacidade absoluta, as pessoas que concretamente não são capazes de manifestar qualquer vontade, como por exemplo as pessoas em coma, as quais são tratadas como relativamente incapazes.

Conclusão

Em face do analisado, conclui-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência apresenta um importante passo na inclusão dessas pessoas na sociedade, as quais devem ser tratadas de forma digna e igualitária. Talvez a maior relevância da Lei de Inclusão é ressaltar que as pessoas com deficiência são, antes de tudo, pessoas e, portanto, titulares de todos os direitos fundamentais a elas inerentes.

O EPD também apresentou avanços na teoria das incapacidades, na medida em que a deficiência mental ou intelectual, per si, deixou de ser um fator abstrato e suficiente para que uma pessoa seja considerada relativa ou absolutamente incapaz. Em verdade, constitui um legado desse microsistema a dissociação entre as ideias de incapacidade e deficiência, conceitos que podem eventualmente coexistir, a partir da análise do caso concreto.

Contudo, O EPD gerou uma falha na teoria das incapacidades na medida em que gerou maior vulnerabilidade ao grupo de pessoas que não são capazes de manifestar vontade e não possuem margem de discernimento para exercer a autodeterminação. Essas pessoas são tratadas atualmente como relativamente incapazes e não absolutamente incapazes, como seria o mais adequado, por apresentar regras mais protetivas.

Referências

BRASIL. Lei Federal n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 11 jul. 2019

BRASIL. Lei Federal n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em 11 jul. 2019

BRASIL. Lei Federal n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>. Acesso em 11 jul. 2019

BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2001. Instituiu o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 11 jul. 2019

TJSP; Apelação Cível 1001521-57.2017.8.26.0360; Relator (a): Paulo Dimas Mascaretti; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Mococa - 2ª Vara; Data do Julgamento: 23/05/2018; Data de Registro: 25/05/2018

BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência/ Heloisa Helena Barboza, Bruna Lima de Mendonça, Vitor de Azevedo Almeida Junior (cordenadores) – Rio de Janeiro: Processo, 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência à luz da Constituição da República/ Heloisa Helena Barboza, Vitor Almeida (Coord.). – Belo Horizonte: Forum, 2018.

DUARTE, Nestor. Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência / Claudio Luiz Bueno de Godoy [et al.]; coordenação Cezar Peluso. 12ª ed., ver e atual. – Barueri [SP]: Manole, 2018. 2352p. : il.; 24cm.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo / Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. – 3. rev. Ampl. E atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

FERRAZ, Carolina Valença; Leite, Glauber Salomão. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência / coordenação Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 1 : parte geral / Carlos Roberto Gonçalves. 10. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2012

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. A capacidade civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei federal n. 13.146/2015) : reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental / Viviane Cristina de Souza Limongi. – Rio de Janeiro ;Lumen Juris, 2018.

LOPES, Laís de Figueiredo. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência / coordenação Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Guilher Magalhães. Estatuto da Pessoa com deficiência: comentários à Lei 13.146/2015. Almir Galassi...[et al.] organizado por Guilherme Magalhães Martins, LiviaPitelliZamarian Houaiss. – Indaiatuba, SP : Editora Foco.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. em MENEZES, Joyceane Bezerra de (org). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão – Rio de Janeiro: Processo, 2016.

TARTUCE, Flávio. Parecer Disponível em <www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=195850&tp=1>. Acesso em 17 jul. 2019

Submetido em 15.08.2020

Aceito em 10.11.2020