XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

RICHARD PAE KIM

TEREZA CRISTINA MONTEIRO MAFRA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Richard Pae Kim, Tereza Cristina Monteiro Mafra – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-155-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Civil Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

Apresentamos aos leitores a obra resultante da reunião de artigos do grupo de trabalho de Direito Civil Constitucional I, selecionados no XXV Congresso Nacional do CONPEDI, promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelos Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), Universidade Católica de Brasília (UCB), pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), com apoio da CAPES e CNPq, com o tema "Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo", realizado em Brasília - DF, entre os dias 6 e 9 de julho de 2016.

Temos a honra de prefaciar essa obra que reúne um instigante conjunto de artigos elaborados por pesquisadores de diversas Instituições de Ensino Superior do país, que foram previamente selecionados para apresentação neste grupo de trabalho e que se oferecem à crítica da comunidade jurídica, espelhando o pensamento de seus autores, por meio do exercício da liberdade e do pluralismo, pilares de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos princípios e valores constitucionais que lhe dão suporte.

O leitor encontrará textos com diversidade de enfoques doutrinários, ideológicos e metodológicos sobre temas de interesse teórico e prático do Direito Civil Constitucional, seja nas relações jurídicas subjetivas existenciais, seja nas relações jurídicas patrimoniais.

Os trabalhos, em sua expressiva maioria, promoveram abordagem interdisciplinar, com enfoque no diálogo das fontes, buscando amparo nas normas constitucionais e infraconstitucionais, com o escopo de conferir efetividade aos direitos fundamentais.

Verifica-se, ainda, que com pressupostos estruturados em hermenêutica constitucional, os temas foram abordados a partir de inovações e polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais do Direito Civil e da legislação especial, além da doutrina estrangeira especializada.

Devem, por fim, ser rendidas homenagens e manifestados agradecimentos a todos que contribuíram para esta importante iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra, pelo empenho dedicado às pesquisas desenvolvidas, que culminaram na elaboração da presente obra coletiva.

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dr. Richard Pae Kim - Universidade Metodista de Piracicaba

Profa. Dra. Tereza Cristina Monteiro Mafra - Faculdade de Direito Milton Campos

PARADOXOS DECORRENTES DA INTERPRETAÇÃO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA SOBRE A CAPACIDADE CIVIL

PARADOXES RESULTING FROM PERSON STATUS OF INTERPRETATION WITH DISABILITIES ON CIVIL CAPACITY

Richard Pae Kim [1]
Angelina Cortelazzi Bolzam [2]

Resumo

O artigo tem por finalidade adentrar na temática da incapacidade civil partindo-se da problemática: quais as mudanças estruturais e funcionais sofridas pela teoria das incapacidades com o advento da Lei nº 13.146, publicada em 07 de julho de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência? Para tanto, questiona-se se a tutela trazida pela norma legislativa (dignidade-liberdade) protege as pessoas com deficiência ou se as modificações devem ser condenadas, uma vez que a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada pelo binômio: dignidade-vulnerabilidade. A metodologia utilizada constituiu-se em pesquisa teórica e bibliográfica, com investigação descritiva e abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Direito civil constitucional, Estatuto da pessoa com deficiência, Capacidade civil, Curatela, Tomada de decisão apoiada

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims at to discuss the theme about the civil disability, starting from the problem: what structural and functional changes occurred with the disabilities theory with the enactment of Law nº. 13.146, published on July 7.2015, the Brazilian Disability Rights Law? Therefore, the question is if tutelage brought by the legislative standard (dignity, freedom) protects people with disabilities or whether modifications must be condemned, since the dignity of such persons should be protected by the binomial: dignity-vulnerability. The methodology consisted of theoretical and bibliographical research, with descriptive research and qualitative approach.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil right, Status of persons with disabilities, Civil capacity, Curatorship, Making decision supported

[1] Doutor e Mestre em Direito- USP. Pós-doutorado em políticas públicas- UNICAMP. Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito- UNIMEP. Juiz de Direito/SP. Juiz Instrutor no Supremo Tribunal Federal.

[2] Graduada em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba- UNIMEP-SP. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP-SP. Advogada.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, ou, como se autodenomina, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, algumas novidades foram incluídas em nosso ordenamento jurídico. O pronome aqui foi utilizado para acentuar que, em verdade, poucas foram as modificações trazidas por essa lei, na medida em que a maioria de seus dispositivos já se encontrava em vigor desde a internalização da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência e em seu Protocolo Facultativo, pelo Decreto Legislativo nº 186/08 e pela publicação do Decreto nº 6.949/2009, primeiro tratado internacional aprovado pelo Congresso Nacional conforme procedimento qualificado pelo § 3º do art. 5º da Carta Constitucional[1], possuindo desde então, *status* de norma constitucional.

Dentre suas novidades, foram introduzidas em nosso sistema jurídico mudanças estruturais e funcionais para o tema das incapacidades, o que acabou por repercutir em sensíveis alterações no Código Civil Brasileiro. A principal consistiu na reafirmação de que a deficiência não é fundamento, por si só, para que se reconheça na pessoa, a sua incapacidade de fato e jurídica e que, portanto, não pode advir desta característica individual limitações jurídicas a seus direitos personalíssimos.

Assim, conforme bem acentuado pela doutrina, a Lei nº 13.416/15 que, a partir deste momento passaremos a denominar de forma prática apenas como Estatuto,

> [p]rimeiramente retirou as pessoas com deficiência, inclusive as mentais e intelectuais, do rol dos absolutamente incapazes, remetendo-os para o dos relativamente incapazes, a partir de nova redação do art. 4º, com as alterações procedidas pelo art. 114 do EPCD nos arts. 3º, 4º, 228, 1.518, 1.550, 1.557, 1.767, 1.768, 1.769, 1.771, 1.772, 1.775-A e 1.777, todos do CC/2002. Dessa forma as pessoas com deficiência, ordinariamente, só serão interditadas em relações aos atos negociais e patrimoniais, mantendo-se as faculdades suas para casar, trabalhar, testemunhar, votar e praticar outros atos da vida diária (ARAÚJO & COSTA FILHO, p. 72).

A respeito dessas alterações normativas, duas correntes doutrinárias se formaram sobre suas razões. A primeira[2], com uma visão contrária às modificações, a sustentar que a dignidade das pessoas com deficiência deveria ser resguardada por meio de sua proteção como pessoas vulneráveis, fundando-se no binômio: dignidade-vulnerabilidade; por sua vez, a segunda vertente[3], elogiando a inovação trazida a efeito pelo Estatuto, que estaria a objetivar a efetiva inclusão dessas pessoas no seio social, sustenta ser fundamental a prevalência do binômio: dignidade-liberdade (TARTUCE, 2015).

---

[1] 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.

[2] À qual estão filiados José Fernando Simão e Vitor Kümpel.

[3] Liderada por Joyceane Bezerra, Paulo Lôbo, Nelson Rosenvald, Jones Figueiredo Alves, Rodrigo da Cunha Pereira, Pablo Stolze e Flávio Tartuce.

Observe-se que, os arts. 114 a 116 do Estatuto, e assim passaremos a denominar a Lei nº 13.146/15 neste trabalho, acabou por inserir novos institutos: a "capacidade legal", a "tomada de decisão apoiada" e uma nova concepção para a clássica "curatela".

Com a pesquisa, observamos algumas afirmações feitas por alguns intérpretes sobre o tema e que, no nosso pensar, podemos denominar de paradoxos decorrentes das primeiras leituras do novel diploma. Vejamos alguns deles: a) todas as pessoas com deficiência mental, psíquica ou física, adquiriram plena capacidade com a nova legislação; b) o efeito prático foi tornar sem efeito as interdições anteriormente decretadas; c) não mais se aplicam os institutos da interdição e da curatela para as pessoas com deficiência; d) com o advento da lei, os prazos prescricionais e de decadência passam a correr normalmente contra todas as pessoas com deficiência, prejudicando aqueles que deveriam ser protegidos; e) as pessoas com deficiência passam a exercer plena capacidade para casar, viver em união estável, exercer com plenitude a sua maternidade e paternidade, cuidar de sua prole, testemunhar, votar e exercer todos os demais atos da vida, de forma absoluta. Abordaremos esses delicados temas, reconhecendo que algumas dessas afirmativas não são de todo descabidas, mas que exigem maior reflexão diante do que compreendemos como antinomias do sistema jurídico.

Para tanto, partindo-se de uma pesquisa teórica e bibliográfica, que comporta uma investigação descritiva, trabalhou-se com as seguintes categorias teóricas: 'personalidade jurídica', 'incapacidade civil', 'deficiência', 'sistema de proteção aos vulneráveis', sob o olhar nas alterações legislativas introduzidas pelo Estatuto e seus reflexos jurídicos relativamente à capacidade civil desses indivíduos. Evidentemente não se pretende esgotar o tema, mas buscar reflexões coletivas sobre os novos paradigmas normativos.

1 PREMISSAS QUE DEVEM SER LEVADAS EM CONSIDERAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS

Inicialmente, há que se levar em consideração princípios e premissas lógicas estabelecidas na Constituição, na Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e no Estatuto, a fim de que a interpretação sobre os novos dispositivos se faça de forma coerente e fundada nas finalidades impostas pelos princípios.

A **primeira** premissa é no sentido de que a Convenção abandonou o modelo médico (psiquiátrico) de caracterização da pessoa com deficiência para um modelo social (inclusivo), deixando o sujeito de ser simples destinatário de políticas assistenciais de base paternalista, para se tornar protagonista de sua vida privada e social. O Estatuto, em seu art. 2º, ao repetir o enunciado normativo do art. 1º da referida Convenção, considera a pessoa com deficiência

aquela "que tem 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". Portanto, fundado em noções do direito civil-constitucional, recolocou o indivíduo com deficiência na órbita do sujeito, do ser humano como titular de sua dignidade plena.

Evidentemente, isso significa reconhecer o individuo também como um ser social, titular de direitos subjetivos sociais e, inclusive a uma vida privada, íntima, familiar e de plena convivência comunitária. Esse prisma impede que a pessoa com deficiência seja considerada como simples objeto do ordenamento jurídico - nulificando seus sentimentos e desejos - e exige que se respeite a sua autonomia de vontade, impedindo a restrição de seus direitos sem que haja qualquer necessidade.

A **segunda** premissa decorre da constatação de que esse indivíduo só adquirirá essa dignidade plena quando for tratado com igualdade, com isonomia, na medida em que o processo histórico de exclusão social, econômica e política não mais faz sentido. Portanto, a igualdade formal há de ser resguardada. Aliás, veja-se que as regras da igualdade estão permeadas por toda a Constituição Federal (cf. arts. 5º, *caput*, 7º, inciso XXXI, 203, inciso V, 208, inciso II, 227, §§ 1º e 2º, e 244, dentre outros). Cuida-se de desejo dos portadores de deficiência a sua plena integração na sociedade e de não serem tratados de forma diferenciada.

É evidente que essa integração, para que se dê de forma natural, as regras de direitos fundamentais de organização e de procedimento devem garantir a igualdade fática em todos os níveis, não só na esfera dos direitos fundamentais sociais – de segunda dimensão – mas também das liberdades pessoais. Entretanto, a despeito do grande número de pessoas com deficiências em todas as nações, infelizmente, observamos que a realidade não reflete a igualdade entre os seres humanos. Vejamos alguns números que impressionam.

Conforme informações apresentadas pelo documento denominado *Estratégia Europeia sobre deficiência – 2010/2020*, uma em cada seis pessoas da União Europeia tinha algum tipo de deficiência no ano de 2010, totalizando 80 milhões de pessoas. No Brasil, o Censo do IBGE de 2014 indica que pelo menos 23,9% da população possui alguma espécie de deficiência. Entretanto, a despeito deste grande contingente de pessoas, os índices de desigualdade permanecem enormes. Segundo aquele documento, apenas 50% dessas pessoas estariam empregadas e que cerca de 40% dos estudantes com limitações importantes não prosseguiam seus estudos. A exclusão econômica também impressiona. Na América Latina, cerca de 82% das pessoas com deficiência vivem na linha ou abaixo da pobreza, enquanto que nos Estados Unidos, onde a agenda de atendimento a esse grupo de pessoas está em maior

desenvolvimento, essa porcentagem cai para 30% dos cidadãos economicamente ativos (COM, 2010).

Portanto, podemos concluir que uma **terceira** premissa há de ser considerada na interpretação de nosso regime jurídico: a obrigatoriedade de se resguardar a igualdade material. Não há como se dar tratamento igualitário em algumas hipóteses quando, diante das dificuldades que afligem as pessoas com deficiências, não são criados mecanismos para se buscar alcançar a igualdade real. Muitas vezes, afirmar que as pessoas são todas iguais não as tornará, pelo simples discurso normativo, efetivamente iguais. Não podemos olvidar, pois, que a proteção excepcional de pessoas com deficiência, quando necessária e haja a lógica para o *discrímen*, há de ser assegurada para aplicarmos adequadamente o princípio da igualdade Revisitaremos esse tema mais à frente.

Uma **quarta** premissa, corolário da primeira, decorrente no novo regime jurídico, foi inserido no nosso ordenamento jurídico, que é o direito de exercer a sua autodeterminação, a sua capacidade natural de entender, e de fazer suas escolhas de vida.

Uma **quinta**, também não há de ser olvidada. Como muito bem salientado pelo civilista Caio Mario da Silva Pereira (2004, p. 272), ao tratar sobre o novo Código Civil, a lei não institui o regime das incapacidades

> (...) com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas, ao contrário, com o intuito de lhes oferecer proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam portadores, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários.

Ou seja, que qualquer medida protetiva não pode ser aplicada para prejudicar a pessoa com deficiência, mas para beneficiá-la, seja perante o seu curador ou pelo seu cuidador, como veremos adiante.

A **sexta** e última premissa é que qualquer intervenção a sua autonomia de vontade há de se dar de forma proporcional, não podendo ultrapassar a necessidade. Cuida-se de corolário do princípio da igualdade material (terceira premissa a que nos referimos), exigindo não só do legislador quando do estabelecimento dos enunciados normativos, mas também do magistrado que fixar os limites da curatela, o faça apenas nos limites do que for necessário, adequado e proporcional. Aliás, caso a tomada de decisão apoiada (cf. art. 1.783-A, CC) seja suficiente para proteger os interesses da pessoa com deficiência, não se estabelecerá a curatela.

Deixaremos que o leitor utilize cada um desses elementos principiológicos, inclusive sob a óptica hermenêutica, para que os denomine como premissas ou princípios, diante da controvérsia existente quanto ao termo princípio, pois dependendo do enfoque utilizado – o princípio como elemento estrutural utilizado por Robert Alexy ou como elemento qualificador

de um mandamento central de um sistema[4] - a técnica para a sua aplicação será o da subsunção ou do sopesamento (ALEXY, 2008). Para não adentrarmos nesse permanente dilema, utilizaremos neste trabalho o termo "premissa".

2 A CAPACIDADE CIVIL NO DIREITO CIVIL ANTES DO ESTATUTO

Umbilicalmente ligado ao conceito de pessoa está o atributo da personalidade. Todo aquele que nasce com vida adquire personalidade. Essa característica "pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica" (GONÇALVES, 2009, p. 70). Como atributo diverso da personalidade, tem-se a capacidade. Ou seja, nem toda pessoa, porém, ostenta o atributo da capacidade civil, conceituada em sentido amplo, como sendo a aptidão da pessoa para exercer direitos e assumir deveres na órbita civil. Divide a doutrina civilista em duas espécies: *i)* capacidade de direito ou de gozo, inerente a toda pessoa, e; *ii)* a capacidade de exercício ou de ação, que pode ser plena ou limitada.

Porque alguém pode não apresentar a capacidade de fato? Porque o Código Civil (2002), optando por adotar um sistema de incapacidades, pelo sistema de proteção, reconheceu que certas pessoas não poderiam agir em sociedade de forma totalmente livre; "de sorte que, para além do raciocínio relativo à própria capacidade de agir e seus pressupostos, vêm as incapacidades como verdadeira medida protetiva daqueles que são abraçados pela norma" (KÜMPEL; BORGARELLI, 2015b). A prática de um ato jurídico sem essa autonomia individual de vontade, por absoluta falta de discernimento, implica em sua nulidade, quando não se puder considerar como inexistente.

O Código Civil de 2002 apresentou inovações quando em comparação com o de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua. Por capacidade absoluta entende-se aquela que acarreta a proibição total do exercício, por si só, do direito; por tal fato, o ato será praticado por um representante legal daquele considerado absolutamente incapaz[5]. Já a incapacidade relativa[6] permite que o incapaz pratique atos da vida civil, desde que assistido por seu representante legal. Vejamos em quais pontos a Lei nº 13.146/15 rompe essa lógica.

[4] Como o fazem inúmeros autores como J.J. Canotilho e Celso Antônio Bandeira de Mello, dentre outros, para quem ainda prevalece no nosso sistema jurídico o conteúdo jurídico de um princípio, que possui natureza jurídica de norma.

[5] O rol dos absolutamente incapazes, antes da revogação com advento da Lei nº 13.146/2015, vinha descrito no art. 3º, o qual previa como 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.

[6] Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental,

3 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A CAPACIDADE CIVIL

A nova legislação considera a pessoa com deficiência, conforme preceitua seu art. 2º como sendo aquela que apresenta impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O Estatuto acolheu as premissas fundamentais da isonomia e da dignidade do ser humano ao prever, em seu art. 4º, que "toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação" e estabeleceu, em seu art. 6º que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, revogando por consequência todos os incisos do art. 3º do Código Civil, e manteve, portanto, como única hipótese de incapacidade absoluta, a do menor de 16 (dezesseis) anos.

Por sua vez, o art. 4º do Código Civil, que cuida da incapacidade relativa, também sofreu modificações. O inciso I permaneceu com a previsão dos menores impúberes - pessoas maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos incompletos -; o inciso II suprimiu a menção à deficiência mental, referindo-se apenas aos ébrios habituais e viciados em tóxico; o inciso III, que retratava a situação do 'excepcional sem desenvolvimento mental completo', passou a tratar, apenas, das pessoas que 'por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade'[7]; permanecendo, por fim, a previsão da incapacidade relativa do pródigo.

Portanto, fixou-se a regra de que as pessoas com deficiência não podem ser consideradas incapazes, sem que haja decisão judicial e, ainda, que aqueles que por causa transitória ou permanente não tenham condições de exprimir sua vontade (art. 3º, inciso III do CC), que é o caso dos portadores de transtornos mentais, hão de ser considerados relativamente incapazes para praticar os atos da vida civil, prevendo, no entanto, possível limitação por meio da interdição a esses indivíduos, apenas no que se referir aos atos negociais, na medida em que o novo regime jurídico estabeleceu em seus arts. 6º e 84 do Estatuto que a deficiência não afeta a plena capacidade da pessoa, devendo-se assegurar o exercício da capacidade legal em igualdade de condições com os demais sujeitos, 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

---

tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos.

[7] Hipótese que antes era previsto no inciso III do art. 3º do CC como situação típica de incapacidade absoluta.

> 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.

Esses dispositivos tiveram como finalidade afastar a regra da incapacidade absoluta que costumava resultar, muitas vezes, em morte civil, pois a representação, pela sistemática antiga, importava em verdadeiro afastamento da vontade do representado pela vontade do representante como uma regra, sob os auspícios do pensamento preconcebido de que a deficiência era sinônimo de incapacidade civil e também de limitação ao exercício pleno de suas atividades diárias.

Ainda, verificamos inúmeras críticas a esse novo sistema, fundado essencialmente no princípio da necessidade da proteção desse grupo. Também observamos na doutrina a defesa de pontuais críticas, muitas delas levantadas com alguma razão. Entretanto, embora entendamos serem legítimas essas críticas e até de alguns debates que muitas vezes se mostram superficiais - a despeito da importância do tema - certas assertivas inseridas de forma generalizada em alguns trabalhos científicos, com o devido respeito, nos parecem paradoxos que exigem ser ajustados e, quando não, extirpados, como trataremos nos capítulos seguintes.

4 CRÍTICAS DE PARTE DA DOUTRINA SOBRE AS MODIFICAÇÕES OPERADAS SOBRE A CAPACIDADE CIVIL E SEUS EFEITOS

Nas palavras de Kümpel e Borgarelli (2015b), ao se referirem à necessidade de proteção das pessoas com deficiência, a fim de se garantir a igualdade material: "se não está em igualdade de condições, precisa ser levado a esse 'pareamento'. E o direito é a forma por excelência de proteger tais pessoas. O que exatamente garante essa proteção? Resposta: o sistema de incapacidade!". Assim, para esses civilistas, o Estatuto acabou por desconsiderar por inteiro o fundamento das incapacidades e jogou essas pessoas no "grupo dos capazes, isto é, daqueles que não recebem a proteção consubstanciada no sistema das incapacidades. Os inclui para desprotegê-los e abandoná-los a sua própria sorte".

Essa crítica e preocupações são açambarcadas por José Fernando Simão (2015b), quando salienta que "o Estatuto é fruto de um momento histórico em que há, sob o argumento de se evitar discriminações, uma 'negação' injustificada das diferenças o que acaba por gerar o abandono jurídico de uma importante parcela da população que dela necessita".

Para outros, uma das consequências nefastas impostas pela nova normativa seriam prejuízos de ordem patrimonial, na medida em que, sendo o deficiente, o enfermo ou

excepcional, pessoas plenamente capazes, correrão contra ele a prescrição e decadência. Para eles, se todas as hipóteses de incapacidade absoluta (art. 3º) foram revogadas pelo Estatuto, o inciso I do art. 198 e o art. 208 que dispõe, respectivamente, sobre a não decorrência do prazo prescricional e decadencial contra os incapazes do art. 3º do Código Civil, não se aplicarão mais às pessoas com deficiência.

O Estatuto ainda teria pecado ao estabelecer a possibilidade de o deficiente, enfermo ou excepcional celebrar, sem qualquer restrição, negócios jurídicos, já que não se aplicam as nulidades previstas nos art. 166, I[8] e art. 171, I[9], do Código Civil. Segue respeitada visão sobre o assunto:

> Isso significa que hoje, se alguém com deficiência leve, mas com déficit cognitivo, e considerado relativamente incapaz por sentença, assinar um contrato que lhe é desvantajoso esse contrato é anulável, pois não foi o incapaz assistido. Com a vigência do Estatuto esse contrato passa a ser, em tese, válido, pois celebrado por pessoa capaz. Para a sua anulação, necessária será a prova dos vícios do consentimento (erro ou dolo) o que exigirá prova de maior complexidade e as dificuldades desta ação são enormes (SIMÃO, 2015).

Da mesma forma, pode-se concluir que a quitação dada pelo deficiente, enfermo ou excepcional será válida e eficaz, afastando-se a incidência do art. 310[10], do estatuto civil e, pior, essas pessoas, que antes tinham proteção legal sobre o seu patrimônio nos casos de responsabilidade civil, passarão a responder com seus próprios bens – a despeito de suas limitações fáticas - afastando-se a responsabilidade subsidiária criada pelo art. 928 do Código Civil[11].

Relativamente às questões de direito de família, muitas são as críticas formuladas pela doutrina. Vejamos algumas delas. Para o Estatuto, que não fez distinção sobre as várias hipóteses de deficiência, acabou por dispor também que os portadores de deficiência mental passam a ter a plena capacidade, podendo inclusive casar, constituir união estável e exercer guarda e tutela de outrem (TARTUCE, 2015a).

A redação do art. 1.548 do Código Civil de 2002 previa ser nulo o casamento de enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil. Entretanto, esse dispositivo acabou sendo revogado pelo Estatuto, o que gerará inegáveis situações inusitadas, uma vez que, em muitos casos a decisão pode decorrer de situações fraudulentas, por erros e vícios de consentimento.

---

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

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

[10] Art. 310. Não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu.

[11] Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Por outro lado, o Estatuto não alterou a redação do art. 1.550[12] do Código que trata da nulidade relativa do casamento, mas ao dispositivo foi acrescentado mais um parágrafo (§ 2º), preceituando que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. Daí passou-se a existir uma contradição, como bem salientado pelos civilistas, na medida em que

> (...) temos um problema na redação do parágrafo segundo acima transcrito: segundo o art. 85 do Estatuto o curador do deficiente só atuará nos atos de natureza patrimonial e negocial, mas o parágrafo segundo que recebe o art. 1.550 do CC prevê que a vontade de casar pode ser expressa pelo curador. Clara a contradição entre os dispositivos (SIMÃO, 2015b).

Por derradeiro, diversas são as críticas da doutrina relativamente ao tratamento dado pelo Estatuto à curatela, na medida em que não mais remanesceria a previsão da representação da pessoa com deficiência porque excluídos do rol do art. 3º do Código Civil. No entendimento de Paulo Lôbo (2015), também "não há mais que se falar em 'interdição', que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos". Ora, se não há mais a representação de pessoas sem qualquer capacidade de autodeterminação, como ficam as consequências jurídicas dos negócios e quitações firmadas por essas pessoas? Serão elas prejudicadas? Essas dúvidas, bem como as consequências jurídicas da interpretação do novo ordenamento serão desenvolvidas a seguir.

5 INTERPRETAÇÃO DO ESTATUTO E DO SISTEMA SOBRE O REGIME DE INCAPACIDADES DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Para Pablo Stolze (2015), este importante Estatuto, "pela amplitude do alcance de suas normas, traduz uma verdadeira conquista social. Trata-se, indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis" e, de fato assim o fez, na medida em que reconheceu as diversas diferenças entre as deficiências e conferiu proteção efetiva aos direitos fundamentais de cada indivíduo, privilegiando a sua autonomia enquanto indivíduo, inclusive à sua autodeterminação, na forma apoiada ou assistida.

Após o advento do modelo social da pessoa com deficiência, reconhecendo o indivíduo como pessoa sujeito de direitos e deveres em igualdade de condições com aquelas

[12] Art. 1.550. É anulável o casamento: IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

que outrora eram denominadas de "pessoas normais", ao conceituar que as 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 igualdade de condições com as demais pessoas". Vê-se que se trata de uma definição aberta e mutável que visa alcançar a efetiva emancipação, inclusive social, dessas pessoas.

Evidentemente que o reconhecimento da existência de alguma deficiência de certos indivíduos não pode servir de argumento para lhes criar mais limitações; pelo contrário, o sistema deve garantir o empoderamento dessas pessoas para afastadas as barreiras e possibilitar que esses indivíduos possam, como dispõe o art. 9º da Convenção, "viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida" (FERRAZ, LEITE, 2015, p. 107 e 108).

Embora a deficiência possa até ser um elemento a dificultar a vida daquele que a detém, muitas vezes para realizar algumas atividades, é induvidoso que muitos conseguem manter intacta a capacidade de realizar livremente as suas escolhas e definir os rumos de suas respectivas vidas (HASLER, 2003, p. 56). Não foi por outro motivo que o Estatuto conferiu ampla proteção ao direito fundamental à capacidade civil do indivíduo com deficiência, o que não estava ocorrendo pela sistemática anterior. Veja-se que pelo estudo realizado por Patrícia Ruy Vieira, a existência de algum transtorno mental levava à interdição total em 99% dos casos, de acordo com pesquisa realizada perante a Justiça do Estado de São Paulo (*apud* ABREU, 2009, p. 143). Ou seja, apenas 1% (um por cento) dos casos a interdição era fixada parcialmente, nulificando de forma desproporcional os direitos fundamentais desses indivíduos, pelo regime jurídico anterior, o que acabava por "representar medida extremamente limitadora dos direitos civis, por afetar o exercício de todos os direitos pelo incapaz, os de cunho patrimonial e, também, os de natureza puramente existencial" (LEITE, p. 253).

Não restou extirpada a teoria das incapacidades, diferentemente do que já sustentaram alguns intérpretes. O que houve com a nova sistematização foi a relativização, a mitigação da teoria, possibilitando que as pessoas com deficiência possam, dentro das suas capacidades individuais, exercitar ao máximo as suas vontades e autonomias.

A regra passou a ser no sentido da capacidade dessas pessoas, e a incapacidade relativa civil do portador de deficiência tornou-se exceção. Nas situações excepcionais, a pessoa com deficiência mental ou intelectual poderá ser submetido à curatela, que não mais pode ser concebida na sua forma clássica, sob as tradições romano-germânica e romano-

francesa, como instituto a garantir a representação do curatelado pelo curador, que com a interdição tinha como pilares a proteção do patrimônio privado e a adoção do mecanismo de substituição de vontades (MENEZES; CORREIA NETO, 2015, p. 3-4). Aprofundemos essa temática da nova curatela imposta pelo novo regime jurídico.

Desde a Constituição Federal de 1988, com o reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana é o alicerce fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III), houve ressignificação de diversos institutos do direito civil, inclusive no que concerne a garantir de toda a forma a liberdade do indivíduo, no seu espectro social, privado e íntimo, a integridade psicofísica e a igualdade formal e material, esta quando necessária. Havia passado da hora de abandonarmos a curatela como um instituto que, no escólio de Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 273) em relação aos representados, os representantes agiam em seu nome, falavam em seu nome, pensavam e até queriam por eles. Isso porque, seja antes mesmo do advento do Estatuto, a Convenção ratificada pelo Brasil em 2009 já exigia que todos reconhecessem as pessoas com deficiência como seres com autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade de fazer as suas escolhas (cf. preâmbulo, alínea 'n' e art. 3º, alínea 'a'), seja porque a própria Constituição da República já apontava a obrigatoriedade de se resguardar o direito à cidadania plena de todos os cidadãos brasileiros.

Com o devido respeito àqueles que pensam o contrário, a "cidadania" não implica em um direito específico. Cidadania é a qualidade da pessoa, que deve ser tratada com respeito aos princípios democráticos e aos direitos humanos. Cuida-se de um *status* que antes se situava apenas no campo político e que hoje, acrescendo-se o entendimento republicano de Estado por Habermas, não só fica restrito à garantia de um processo de formação de opinião e de vontade, mas também, como sustenta Boaventura de Sousa Santos (2006, p. 276), há que se "eliminar os novos mecanismos de exclusão da cidadania" (chamados por muitos de déficit de cidadania), "de combinar formas individuais com formas coletivas de cidadania", a fim incluir dentro do conceito de cidadania a solidariedade, a fim de trazer todos para a defesa do que é comum (cf. KIM, 2013, p. 38).

A curatela, portanto, se tornou um instrumento suplementar, excepcional, e foi concebida para ser definida com os poderes e deveres do curador, que passa não mais a representar o curatelado, em regra, mas respeitar a vontade do curatelado, preservando a esfera personalíssima do relativamente incapaz, posto que a curatela deve afetar tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial (cf. art. 85 da Lei nº 13.146/15). O curador deve então assistir o curatelado, limites estritos de sua competência, e a assistência deve durar o menor tempo possível.

Conforme já sustentado em primorosa obra, Maria José Santos Morón (2005, p. 169) reafirma que a curatela hoje encontra-se jungida e limitada ao princípio da necessidade e, portanto, as restrições deverão ser a elas proporcionais, para quem

> a incapacitação de um indivíduo deve estar regida, em primeiro lugar, pelo que poderíamos denominar – empregando novamente a terminologia alemã – 'princípio da necessidade', em virtude do qual só se deve incapacitar um indivíduo quando seja estritamente necessário, ou seja, quando não seja possível proteger seus interesses de outro modo. Isso implica, portanto, que a limitação de faculdades do incapacitado deve ser também na medida do indispensável. Isto é, a atuação do representante legal do incapacitado (ou, se o caso, do curador), deve se limitar somente àqueles assuntos em que seja necessária sua intervenção.

Voltamos a salientar que, mesmo com o reconhecimento quanto à necessidade da instituição de uma curatela, há que se resguardar os direitos personalíssimos do indivíduo, pois conforme estabelecido pela lei e que aqui rememoramos, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para se casar e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, e também de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, conservar sua fertilidade, 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, tudo conforme estabelecido no art. 6º do Estatuto que traz, à toda evidência, um rol meramente exemplificativo. Também há que se garantir as suas faculdades para trabalhar, votar, testemunhar e praticar todas as demais atividades da vida civil não restritas por decisão judicial.

É evidente que as situações excepcionais, quando a condição pessoal do indivíduo não autorizar o reconhecimento de que a manifestação é livre e real, a anulação do ato poderá se dar, como por exemplo, no caso do casamento[13]. Veja-se que o Código Civil, ao tratar do casamento, sugere que haja sempre a manifestação de vontade por parte dos contraentes (arts. 1.514 e 1.535), embora sua realização seja possível até mesmo por procuração (art. 1.542), e embora tenha revogado a hipótese de nulidade do ato praticado "pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil" (art. 1548, inciso I), bem como a revogação prévia de eventual autorização (art. 1.518), manteve a hipótese de anulabilidade quando se tratar de "incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento" (1.550, IV).

[13] "A vontade é elemento essencial ao casamento e ninguém se casa senão por vontade própria. Admitir a vontade do curador como elemento suficiente para o casamento do deficiente é algo ilógico e contraria a pessoalidade do casamento, além de permitir fraudes perpetradas pelo casamento decorrente apenas da vontade do curador. O dispositivo deve ser interpretado restritivamente de acordo com a natureza personalíssima do casamento" (SIMÃO, 2015b).

Essas situações hão de ser resolvidas de forma particularizada, individualizada, em demandas específicas, não sendo possível estabelecer prévias restrições ou consequências jurídicas pelo instrumento da intervenção parcial. Mesmo no caso do eleitor, será ele considerado apto para exercer os direitos ao sufrágio como pressuposto do cidadão ativo. O voto é facultativo para esse grupo de cidadãos, na medida em que para os eleitores portadores de deficiência mental que tenham sido afetados pela enfermidade após o alistamento eleitoral, seus respectivos curadores deverão procurar o cartório ou posto eleitoral, agora juntamente com seus assistidos, para que se pleiteie a dispensa da obrigação de votar, ou o registro da suspensão dos direitos políticos. Caso o eleitor tenha sido interditado totalmente e para os eleitores portadores de deficiência física que não tenham condições de ir ao local de votação, seus representantes devem se dirigir ao cartório eleitoral para requerer ao juiz a dispensa do alistamento eleitoral e do voto. Ademais, o Estatuto não retirou os direitos trabalhistas e tampouco previdenciários desse grupo.

O fato é que a tutela e a curatela não foram extintas, tanto é que o instituto da curatela aparece por vinte e uma vezes na Lei nº 13.146/15 e continuam a ser previstos no diploma civil. A curatela ainda constitui medida protetiva e extraordinária e os poderes do curador, agora, deverão ser proporcionais às necessidades e circunstâncias de cada caso, pelo menor tempo possível (art. 84, §3º do Estatuto), sendo possível em casos de relevância e de urgência, a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência, conceder a curatela provisória, a requerimento do interessado ou de ofício, ouvido o Ministério Público (art. 87 do Estatuto). Essa pessoa não pode ficar desprotegida, razão pela qual, com legitimidade processual supletiva, o Ministério Público poderá promover a ação que defina os termos da curatela nos casos de deficiência mental ou intelectual (art. 1768, inciso IV, c.c. o art. 1769, inciso I, ambos do Código Civil).

O que há de ficar claro é que a curatela não pode ser definida para todos os atos da vida civil. O novo ordenamento não mais admite a interdição total do incapaz, de forma automática, mecanizada, razão pela qual advogamos a ideia de que toda a interdição já decretada deverá, pela nova sistemática normativa, passar por revisão judicial, ainda que transitada em julgado, posto que o novo ordenamento jurídico exige a necessária adaptação. O Sistema de Justiça e as normas de procedimento e de organização deverão garantir o respeito aos direitos fundamentais, agora ampliados na sua extensão a esse grupo de pessoas.

Assim, a fim de garantir os direitos fundamentais, caso a própria pessoa com deficiência ou seu curador não promova ação de revisão da curatela, ou até mesmo de sua extinção, deverá o Ministério Público, como uma política judiciária nacional de defesa dos

direitos humanos da pessoa com deficiência, promover ação específica para a nova definição dos poderes do curador, extinguir a curatela ou, ainda, levantar a curatela e a substituir pelo novo instituto da tomada de decisão apoiada.

Não há como se concluir que a legislação tenha simplesmente optado por desproteger todos aqueles que necessitam de assistência ou de apoio para a tomada de futuras decisões. O Estatuto cuidou de promover uma adequação ao novo modelo personalista de direito civil constitucional e como a competência para estabelecer a interdição é da autoridade judicial, somente a esta incumbirá, nos casos *sub judice* ou em que haja decisão transitada em julgado, adaptar a nova situação civil da pessoa com deficiência às novas exigências jurídicas, garantindo plenamente os direitos fundamentais desses indivíduos.

Portanto, as restrições à capacidade desses indivíduos só poderão se dar por meio da tomada de decisão apoiada, que é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança para lhe prestar todo o apoio na domada de determinadas decisões sobre os atos da vida civil, negocial ou não, fornecendo-lhes os elementos e informações necessárias para que possa exercer com pleno respeito à sua vontade e em atendimento aos seus próprios interesses (cf. art. 1783-A, do Código Civil), conservando assim a sua capacidade civil de fato. Nesses casos não haverá incapacidade civil, não haverá assistência, mas o apoio, a participação dos apoiadores em situações específicas e previamente definidas na tomada de decisão.

Parecem-nos absolutamente lúcidas e apropriadas as colocações de Nelson Rosenvald (2015a, p. 13), no sentido de que a

> (...) tomada de decisão apoiada terá amplo espaço na *zona gris* que separa as pessoas com total autodeterminação e aquelas que não conseguem se fazer compreender (...) que se coloca de forma intermediária entre os extremos das pessoas ditas normais – nos aspectos físico, sensorial e psíquico – e aquelas pessoas com deficiência qualificada pela curatela (...).

Ainda mais, se pensarmos que esse modelo poderá beneficiar

> (...) deficientes com capacidade psíquica plena, porém 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 negócios e atos jurídicos de cunho econômico) (ROSENVALD, 2015a, p. 12).

Observe-se que a tomada de decisão apoiada não foi instituída como substitutivo à curatela, mas ela será aplicada de forma não-cumulativa, para auxiliar as pessoas com deficiência - mas com capacidade psíquica plena - a exercerem plenamente a sua cidadania, e contribuirá com o futuro levantamento de interdições e evitará interdições desnecessárias.

Cabe, no entanto, uma importante advertência. Embora seja correto afirmar que de um lado o transtorno mental não acarreta, necessariamente, a incapacidade civil, por outro lado, diante do fato – inegável – de que esses transtornos apresentam graus variados, não há

como se negar que poderão ocorrer hipóteses em que a curatela exigirá, praticamente, uma interdição absoluta. Situações remotíssimas, mas possíveis, como as hipóteses de pacientes em coma, em períodos de absoluta inconsciência do doente ou de incapacidade temporária de manifestar a sua vontade (como nas conhecidas hipóteses em que a pessoa se encontre em fase avançada de esclerose lateral amiotrófica ou, ainda, em situação terminal de alzheimer, *verbi gratia*) que não tenham qualquer condição de consentir estarão a exigir a curatela total, a interdição total, a possibilitar a representação do indivíduo. Negar essas situações implicaria *em negar a realidade, da qual não pode a dogmática jurídica se apartar, porquanto o Direito* não pode se afastar da ideia de Justiça, como já preconizou Dennis Loyd (1998)[14] e tantos outros filósofos e juristas (GARGARELLA, 2008). A representação decorrente de decisão judicial fundamentada não só protegerá os interesses do curatelado, em casos excepcionalíssimos, mas também viabilizará de forma adequada e prática o exercício do cuidado jurídico que decorre desse *múnus* a ser cumprido pelo curador, sem nos olvidarmos que dará segurança jurídica às partes e aos terceiros. Essas hipóteses, insista-se, serão excepcionalíssimas.

Toda teoria do direito há de levar em conta sua complexidade e deve ser capaz de redescrever as outras teorias do direito, abarcando assim o que é complexo externamente, conforme raciocínio já desenvolvido por Niklas Luhmann em sua célebre obra *Contribuições para a sociologia e a teoria do direito*. Nessa linha de pensamento, não há que se olvidar que o sistema jurídico, ao produzir o direito, também produz um não-direito e, ao reduzir a complexidade, ainda que em nome da igualdade, acabará por produzir desigualdades e até mesmo injustiças. Para que isso não prospere, a teoria jurídica há de reconhecer as complexidades, muitas vezes até a desigualdade, para garantir a efetiva igualdade.

De qualquer forma, aquele que não puder exprimir sua vontade, seja por causa transitória ou por causa permanente, passa a ser alguém que precisa do instituto da curatela, sob a sua nova concepção; e desta forma, passa o curatelado (assistido) a participar do ato juntamente com seu curador (assistente), observando-se sempre os limites da curatela parcial fixados pelo magistrado (art. 1.772 do Código Civil). E anote-se que independentemente da interdição ser total ou parcial, o curador há de resguardar a pessoa e os bens do incapaz, e a sua responsabilidade encontra-se definida pelo Estatuto e pelo Código Civil.

Observe-se que o legislador fez opções, dentre elas, a de afastar situações desnecessárias de proteção a uma vulnerabilidade que não exibirá consequências,

[14] A justiça como um elemento moral objetiva uma vida adequada e utilitarista.

principalmente no campo dos direitos patrimoniais. Não faria sentido, portanto, manter o benefício da suspensão da prescrição e decadência a pessoas que não necessitem da proteção legal. Sendo a pessoa capaz, ainda que seja portador de deficiência, os prazos hão de correr normalmente, diante dos textos do art. 198, inciso I e 208 do Código Civil, com as alterações do Estatuto. É evidente que aquelas pessoas que já se encontrem interditadas, até que haja a revisão da curatela, manterão o benefício da suspensão da prescrição e da decadência, em virtude da coisa julgada e, nesse ponto, do direito adquirido, até que ocorra o levantamento da curatela ou que haja a sua modificação para uma interdição parcial.

Para alguns autores, a revogação expressa do art. 1.768 do CC pelo art. 1.072, II da Lei nº 13.105, de 2015 (Código de Processo Civil), gerou grande celeuma. Entretanto, não vislumbramos, com o devido respeito, qualquer impedimento ao reconhecimento de que permanece intacto o instituto da interdição em nosso ordenamento, que agora serve essencialmente para o estabelecimento de uma curatela que deverá ser, em regra, parcial. Ademais, o procedimento hoje se encontra bem definido no novo Código de Processo Civil, em seus arts. 747 a 757, devendo os limites da curatela serem definidos pelo Judiciário após perícia multidisciplinar.

Também não se vislumbra qualquer problema sob o aspecto negocial da aplicação da nova sistemática. Assim, a título de exemplo, se assinado um contrato exclusivamente pelo deficiente capaz, que está sob curatela 'representativa' (fixada antes do advento do Estatuto), sem a devida presença de seu curador, o ato será nulo; e, o será anulável, se praticado o ato sem a assistência, quando a curatela decorrer, sob a sistemática do novo regime jurídico, da interdição parcial.

> Aplicação analógica de regras que cuidam ad invalidade é solução atécnica e contrária ao Direito. Se a regra é a validade dos negócios jurídicos, as invalidades são excepcionais não se admitindo analogia. Entretanto, não vejo outra solução em razão do problema jurídico criado pelo próprio Estatuto. Se não fosse esta a solução, a consequência seria a seguinte: o deficiente capaz sob curatela pode praticar validamente todo e qualquer ato da vida civil e a curatela, portanto, seria completamente inútil" (SIMÃO, 2015b).

Quanto à quitação a que se refere o art. 310 do Código Civil, com o devido respeito aos que entendem em sentido contrário, o Estatuto não veio a modificar os seus efeitos jurídicos. Conforme importante escólio de Serpa Lopes (2000, p. 178), esse preceito (aliás, desde o disposto no art. 936 do CC1916) é cabível em ambas as hipóteses de incapacidade, uma vez que a solução não se extrai da suposta nulidade do pagamento, mas da aplicação da

regra geral que está a vedar o enriquecimento sem causa, previsto no art. 884 do Código Civil[15].

CONCLUSÃO

Não foi por outro motivo que o art. 1º da Convenção da ONU, aprovada em 2006, em Nova York, estabeleceu importante paradigma, o de reconhecer das diferenças, como parte da diversidade humana, o que na atualidade garante a rejeição absoluta a qualquer regra que crie marginalização do indivíduo ou que restrinja de forma desproporcional qualquer restrição a direitos fundamentais, ainda que em razão de suas limitações físicas, psíquicas ou mentais.

Há que se ter em mente que a pessoa com deficiência não almeja ter mais direitos do que outros, mas direitos iguais. O tratamento igualitário, no entanto, há de ser justo, no sentido de que o sistema normativo garanta a sua proteção. Esses recursos protetivos, no entanto, não podem alijar o indivíduo da sociedade, da comunidade, da sua privacidade ou mesmo, da sua condição de ser humano que tenha a liberdade de conduzir, de forma consciente, o seu destino. Essas finalidades, sob o aspecto teleológico da norma, se encontram contempladas no novo ordenamento jurídico que adotou como premissas a serem levadas em consideração na interpretação dos direitos relativamente à capacidade civil das pessoas com deficiência: a defesa de sua dignidade como ser humano, o tratamento isonômico com as pessoas consideradas como "normais", a restrição da capacidade de fato somente na medida do estritamente necessário, de forma proporcional; tudo a fim de possibilitar que se alcance a igualdade material, protegendo o indivíduo, mas, ao mesmo tempo, assegurando-lhe dentro das possibilidades jurídicas e fáticas o exercício da sua autodeterminação.

Para isso, o Estatuto adotou a regra da capacidade civil de todas as pessoas maiores de 16 anos de idade, inclusive das pessoas com deficiência, partindo da mesma lógica aplicada aos direitos fundamentais de que a capacidade há de ser exercida na sua maior amplitude possível, somente sendo possível a sua restrição por meio da vontade do próprio interessado no caso tomada de decisão apoiada ou, se e quando necessário, por intermédio de decisão judicial que fixar os termos da curatela que deverá ser estabelecida por meio da interdição parcial.

Nenhuma doença, deficiência física, mental ou psíquica pode limitar totalmente um ser humano de vivenciar a sua livre vontade. É evidente que uma pessoa, seja por qualquer

[15] Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

motivo, que não tenha a menor aptidão para manifestar livremente a sua vontade, há que ser reputada relativamente incapaz e haverá a necessidade da especificação dos poderes do curador para assisti-lo. Ofenderá o princípio da dignidade da pessoa humana qualquer decisão judicial que esvazie completamente a autodeterminação de uma pessoa. Não obstante a regra seja a da curatela parcial, a curatela a gerar a representação absoluta somente será admitida nas situações excepcionalíssimas a que nos referimos, nas hipóteses em que não houver outra opção senão a interdição total para garantir, em razão de seu *discrímen*, os direitos fundamentais desse indivíduo que não possua qualquer condição de realizar e exprimir sua vontade livre e consciente.

Por fim, havemos de reconhecer que alguns paradoxos sobre o tema estão a exigir complementos ou esclarecimentos, a fim de se evitar a generalização e a utilização inadequada de suas conclusões, e outras hão de ser debeladas pela doutrina e pelos tribunais, a fim de que não sejam violados direitos fundamentais desses cidadãos, que eram até então "invisíveis" para muitos da sociedade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Célia Barbosa. **Curatela e interdição civil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Jones Figueiredo. **Casamento do incapaz é mais que simples exercício de um direito.** 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/jones-figueiredo-casamento-incapaz-simples-direito>. Acesso em: 18.03.2016.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; COSTA Filho, Waldir Macieira da. O estatuto da pessoa com deficiência – EPCD (Lei 13.146, de 06.07.2015): algumas novidades. *In*: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 104, n. 962, dez. 2015, p. 65 a 80.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas:** Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil.** Edição histórica revista e atualizada por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

BORGES, Lisieux Nidimar Dias. Superando as restrições testamentárias 'pressupostas' no Brasil em razão de deficiências físicas: auditiva, fonadora, visual e motora. *In*: **Revista IBDFAM: família e sucessões.** n. 11, set./out. 2015, p. 27 a 61.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2001.

COLIN, Barnes. Las teorias de la discapacidad y los orígenes de la opresion de las personas incapacitadas em la sociedade occidental. *In*: BARTON, L. (Coord.). **Discapacidad y sociedade.** Madrid: Morata, 1998, p. 70 a 89.

COMISSÃO EUROPEIA- COM. **Estratégia Europeia para a Deficiência 2010-2020:** Compromisso renovado a favor de uma Europa sem barreiras. 2010. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0636:FIN:PT:PDF>. Acesso em: 25.3.2016.

COURTIS, Christina. La convención sobre los derechos de as personas com discapacidad. Ante um nuevo paradigma de protección?. *In*, SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Orgs.). **Direitos humanos e fundamentais na América do Sul.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 193 a 206.

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 (Coord.). **Direito à diversidade.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 93 a 113.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** Vol. I: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

HASLER, Frances. Vida independiente: visión filosófica. *In*: ALONSO, J. Vidal Garcia (Coord.). **El movimento de vida independiente:** experiências internacionales. Madrid: Fundación Luis Vives, 2003, p. 55 a 64.

KIM, Richard Pae. O conteúdo jurídico de cidadania na Constituição Federal do Brasil. *In:* MORAES, Alexandre de: KIM, Richard Pae (Coords.). **Cidadania:** o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos. São Paulo: Atlas, 2013, p. 17 a 41.

KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes.** 2015b. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>. Acesso em: 16.03. 2016.

KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **As aberrações da lei 13.146/2015.** 2015a. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015>. Acesso em: 16.03.2016.

LEITE, Gustavo Salomão. **A curatela da pessoa com deficiência mental ou intelectual:** algumas reflexões para uma curatela emancipatória e voltada ao exercício da cidadania. *In:* FERRAS, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão; NEWTON, Paulla Christianne da Costa (Coords.). **Cidadania Plural e Diversidade:** a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 247 a 258.

LLOYD, Dennis. **A Ideia de Lei.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.** 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em: 18.03.2016.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil.** Vol. II: Obrigações em Geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto.** Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Trad. Raffaele De Giorgi. Bologna: il Mulino, 1990.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; CORREIA Neto, Jáder de Figueiredo. **Interdição e curatela no novo CPC à luz da dignidade da pessoa humana e do direito civil constitucional.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=029b50deea7a25c4>. Acesso em: 28.03.2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Ampliação da capacidade civil. 2015.** Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/ampliacao-da-capacidade-civil/>. Acesso em: 18.03.2016.

PUTINATI JR., Mário; RODRIGUES, José Renato. Apontamentos médicos e jurídicos sobre a interdição judicial de uma pessoa natural à luz do ordenamento jurídico vigente e do novo Código de Processo Civil e Lei nº 13.146/15. *In*: **Revista IBDFAM**, n. 10, jul./ago. 2015, p. 27 a 37.

ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada: primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. *In*: **Revista IBDFAM**, n. 10, jul./ago. 2015a, p. 11 a 20.

ROSENVALD, Nelson. **Contagem Regressiva para o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** 2015b. Disponível em: <http://www.nelsonrosenvald.info/>. Acesso em: 18.03.2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2006.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade** (parte I). 2015a. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 15.03.2016.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade** (parte 2). 2015b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 18.03.2016.

STOLZE, Pablo. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil. 2015.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>. Acesso em: 15.03.2016.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015** (Estatuto da Pessoa com Deficiência): Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI225871,51045-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Acesso em: 15.03.2016.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. As alterações da teoria das incapacidades, à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In*: **Repertório IOB de jurisprudência**, n. 2, 2ª quinz., jan.2016, p. 78 a 75.