



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NA TEORIA
DAS INCAPACIDADES CIVIS**

Júlio Fernando Queiroz Machado

Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto

Brasília
2018

JÚLIO FERNANDO QUEIROZ MACHADO

**O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SEUS REFLEXOS NA TEORIA
DAS INCAPACIDADES CIVIS**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília como
requisito parcial à obtenção de diploma
no Curso de Graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Costa Neto

Brasília

2018

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção de diploma no Curso de Graduação em Direito.

O estatuto da pessoa com deficiência e seus reflexos na teoria das incapacidades civis

Júlio Fernando Queiroz Machado

Banca Examinadora:

Prof. Dr. João Costa Neto – FD/UnB

Orientador

Prof. Dr. Paulo César Villela Souto Lopes Rodrigues

Examinador

Prof. Dra. Suzana Borges Viegas de Lima

Examinadora

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida, pelas bênçãos e pela força para enfrentar as lutas diárias de um estudante de Direito.

À minha mãe, Maria José, minha maior admiração e melhor exemplo de ser humano, pelo amor incondicional e apoio irrestrito em todos os meus sonhos.

Ao meu pai, Antônio Fernando, exemplo de pessoa competente e justa, minha maior inspiração profissional, pelas aulas doutrinárias, pelas horas incontáveis de ajuda, pelos conselhos, pelo amor e pela motivação constante.

Aos meus irmãos, Fernanda, Jef, Suzana, Cecília e Pedro, pela amizade e convivência. E em especial ao meu irmão Lucas, companheiro do trajeto diário de 40 quilômetros até a UnB, pelos conselhos.

À Fernanda Ellen, minha namorada, que me acompanha desde os tempos do ensino médio. Obrigado pela paciência, pelo amor, pelo incentivo aos estudos e pelo cuidado dispensado durante esses anos.

À professora Suzana Borges Viegas de Lima, pela pronta disposição em compor essa banca de monografia.

Ao professor Paulo César Rodrigues, cujas aulas de Processo Penal mais são verdadeiras lições de vida, pelo compromisso com a formação humana do jurista e pela inspiração ao amor ao Direito.

Ao meu orientador, João Costa Neto, brilhante professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pessoa em quem busco me inspirar para galgar os altos degraus do conhecimento jurídico, pela ajuda durante a elaboração dessa monografia e pelas aulas que fazem qualquer aluno ficar sedento por conhecimento.

RESUMO

Este trabalho visa analisar os reflexos da Lei nº 13.146/2015 – também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência – na teoria brasileira das incapacidades civis. Para tanto, parte-se de um breve exame acerca dos influxos da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) na construção da mencionada lei. Em seguida, aborda-se a teoria das incapacidades civis nos momentos pré e pós advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, para, logo após, examinar as consequências jurídicas advindas do regime de incapacidades civis inaugurado pela nova lei. Por fim, apresentam-se duas formas de solução para as incoerências trazidas ao sistema e às consequentes desproteções ocasionadas às pessoas anteriormente consideradas relativa ou absolutamente incapazes.

Palavras-chave: capacidade civil; estatuto da pessoa com deficiência; vulnerabilidade; lei 13.146/2015; curatela; desproteção; projeto de lei nº 757/2015.

ABSTRACT

This study aims to analyze the reflexes of the Law 13,146 / 2015 - also known as the Statute of the Person with Disabilities - in the Brazilian theory of civil incapacities. In order to do so, the influence of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) is briefly examined in the construction of the aforementioned law. Next, the theory of civil incapacities is discussed considering the periods pre- and post-establishment of the Disability Statute to further examine the legal consequences of the civil disability regime introduced by the new law. Finally, two forms of solution are presented to the inconsistencies brought to the system and to the consequent unprotected people previously considered relatively or absolutely incapacitated.

Keywords: civil capacity, statute of the person with disabilities, vulnerability, law nº 13.146/2015, assistance, unproceting, bill nº 757/2015.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CC – Código Civil de 2002

CDPD – Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil de 2015

EC – Emenda Constitucional

EPD – Estatuto da Pessoa com Deficiência

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
-------------------------	----

CAPÍTULO 1 – O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AS ALTERAÇÕES NA TEORIA DAS INCAPACIDADES DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

1.1 A Convenção da ONU Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e sua Ratificação pelo Brasil com Status de Emenda Constitucional	13
1.2 A Capacidade de Direito e a Capacidade de Fato	16
1.3 A Incapacidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro	18
1.3.1 A Incapacidade Absoluta	22
1.3.2 A Incapacidade Relativa	24

CAPÍTULO 2 – O EQUÍVOCO INTERPRETATIVO, A FALTA DE TÉCNICA LEGISLATIVA E A DESCONSTRUÇÃO DO SISTEMA PROTETIVO OCASIONADA PELO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

2.1 O Equívoco Interpretativo	29
2.1.1 A Capacidade Legal como Capacidade de Fato e a Desproteção do Deficiente... ..	29
2.1.2 O Discernimento como Causa de Incapacidade Segundo a Redação Original dos Artigos 3º e 4º do Código Civil.....	32
2.2 A Falta de Técnica Legislativa.....	35
2.3 As Consequências e Desproteções Geradas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência	40
2.3.1 A Invalidade dos Negócios Jurídicos	40
2.3.2 A Prescrição e a Decadência	43
2.3.3 A Capacidade para Contrair Matrimônio	44
2.3.4 A Responsabilidade Civil	46
2.3.5 A Curatela.....	47

CAPÍTULO 3 – UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO PARA AS ANTINOMIAS ADVINDAS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

3.1 A Interpretação Jurisprudencial e o Princípio da Vedação ao Retrocesso	53
3.2 O Projeto de Lei nº 757 de 2015 do Senado Federal: Uma Solução Legislativa.....	57
3.2.1 A Proposta de Alteração dos Artigos 3º e 4º do Código Civil e o Retorno à Adequada Proteção.....	58
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

Em 30 de março de 2007, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou, na cidade de Nova York, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD).

Sendo posteriormente recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09.07.2008, e do Decreto de Promulgação nº 6.949, de 25.08.2009, a referida convenção foi o primeiro documento normativo ratificado pelo Congresso Nacional por meio do procedimento descrito no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, integrando, assim, o chamado bloco de constitucionalidade.

Com o intuito de adequar a legislação brasileira à sua redação, tendo em vista seu status constitucional, o legislador sancionou, no dia 6 de julho de 2015, a Lei nº 13.146, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A referida lei, sob a justificativa de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pela pessoa com deficiência, promoveu significativas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no âmbito da teoria das incapacidades civis.

Nesse ponto, julgando ser o antigo tratamento discriminatório, pois esse, supostamente, atrelava a incapacidade à deficiência, a Lei nº 13.146/2015 retirou todas as referências às deficiências e enfermidades mentais contidas nos artigos 3º e 4º do Código Civil, passando a considerar como absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos e como relativamente incapazes: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não pudessem exprimir sua vontade; e os pródigos.

Acontece que, estando o sistema de proteção intimamente ligado à teoria das incapacidades civis, muitas foram as consequências jurídicas àqueles que, anteriormente enquadrados no rol de incapazes, passaram a ser, na nova sistemática, pessoas plenamente capazes ou relativamente incapazes.

Por sua vez, inevitáveis foram as mudanças em diversos institutos, dentre outros, v.g., no casamento e na curatela, haja vista as alterações realizadas pela lei nº 13.146 nos artigos do Código Civil que regram esses institutos, bem como a direta ou indireta correlação que esses possuem com as hipóteses de incapacidades civis, quer sejam elas relativas ou absolutas.

Diante de tantas inovações e considerando-se a devida importância social que se deve dar à pessoa com deficiência, questiona-se: em que medida o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou a teoria brasileira das incapacidades civis? Qual é o reflexo dessa alteração no sistema de proteção das pessoas com ou sem deficiência mental ou intelectual que tenham discernimento reduzido ou que sejam incapazes de expressar sua vontade? Cumpriu o Estatuto da Pessoa com Deficiência o propósito de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência tal qual almejava a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – seu documento base – ou atuou a nova lei de forma contrária? Tendo atuado contra o seu propósito, qual é a solução possível para os reflexos negativos ocasionados pela nova lei?

As respostas a essas perguntas demandam um estudo organizado e pormenorizado da capacidade civil, das inovações advindas da nova legislação e de suas consequências na vida das pessoas que necessitam de especial proteção por parte do Estado.

Para tanto, sem a pretensão de esgotar um tema tão complexo, mas com o intuito de influenciar o seu debate no meio jurídico, essa monografia se divide em três capítulos.

O primeiro capítulo parte de um breve exame acerca dos influxos da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) na construção da Lei nº 13.146/2015. Posteriormente, apresenta-se o conceito de capacidade, suas espécies e seu regramento no ordenamento jurídico brasileiro antes e após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O segundo capítulo, por sua vez, se dedica à análise do surgimento da nova teoria das incapacidades civis advinda da Lei nº 13.146/2015 e de suas

consequências jurídicas na vida dos anteriormente considerados absoluta ou relativamente incapazes. O objetivo é mostrar como o Estatuto da Pessoa com Deficiência – a despeito de sua intenção de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pela pessoa com deficiência – acabou por gerar um retrocesso social em matéria de proteção às pessoas que não se comunicam ou não possuem discernimento suficiente, independentemente de sua carência de lucidez decorrer de deficiência ou de qualquer outro motivo.

Por fim, o terceiro e último capítulo se destina a expor possíveis soluções vislumbradas pela doutrina brasileira para as desproteções e incoerências decorrentes do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

CAPÍTULO 1 – O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AS ALTERAÇÕES NA TEORIA DAS INCAPACIDADES DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

1.1 A Convenção da ONU Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e sua Ratificação pelo Brasil com Status de Emenda Constitucional

Em 30 de março de 2007, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de “promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover respeito pela sua inerente dignidade”¹, aprovou, na cidade de Nova York, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), juntamente com o seu protocolo facultativo.²

Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09.07.2008, e do Decreto de Promulgação nº 6.949, de 25.08.2009, a CDPD foi a primeira convenção aprovada pelo Congresso Nacional por meio do procedimento especial descrito no §3º do art. 5º da CF/88³, o qual confere à norma status equivalente ao de Emenda Constitucional (EC).⁴

Sugerindo uma abordagem social em substituição à abordagem médica – que sempre foi dispensada ao estudo de questões referentes à pessoa com deficiência – é visível a tentativa da referida Convenção em alterar a forma de enfrentamento dos

¹ Art. 1º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,

² LIMA, Taisa Maria Macena. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas Repercussões na Capacidade Civil*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 60, n. 91, jan./ jun. 2015. Belo Horizonte, p. 223-233.

³ Art. 5, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

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

⁴ RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: a Revisão da Teoria das Incapacidades e os Reflexos Jurídicos na Ótica do Notário e do Registrador*. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 17, n. 99, jan./ fev. 2016, p.37.

problemas jurídicos pelos quais passam as pessoas com deficiência em relação à capacidade civil; pois, segundo defendem seus formuladores, a deficiência deve ser entendida como uma composição de fatores que engloba questões sociais, ambientais, físicas e psicológicas, as quais devem ser consideradas ao se interferir na esfera individual da pessoa.⁵

Tal visão pode ser encontrada tão logo no art. 1º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que define como deficiente a pessoa que “tem impedimento 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.”⁶

Célia Barbosa Abreu em consonância com essa abordagem assevera que:

“uma *ratio* contemporânea do regime jurídico das incapacidades perpassa necessariamente por uma proteção jurídica mais abrangente do cidadão incapaz, pelo enfrentamento das ideias de exclusão e inclusão por uma tutela que não se reduza a resguardar interesses de ordem patrimonial. Assim, o incapaz poderá desenvolver suas potencialidades, superando obstáculos que no passado pareciam intransponíveis e hoje muitas vezes são meramente transitórios”⁷

Com o intuito, pois, de promover a referida mutação conceitual e dispensar ao deficiente o devido tratamento jurídico e social que lhe cabe, foi que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência elencou, em seu artigo 3º, uma série de princípios norteadores, dentre os quais se destaca o combate à discriminação por motivo de deficiência⁸ que, nas palavras do referido documento, significa:

⁵ TRINDADE, Ivan Gustavo Junio Santos. *Os Reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) no Sistema Brasileiro de Incapacidade Civil*. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Programa de Pós- Graduação *Strictu Sensu* em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, 2016.

⁶ Art. 1º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,

⁷ ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e Interdição civil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 223-224

⁸ Art. 3º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:

Os princípios da presente Convenção são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;

“qualquer diferenciação exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro”⁹

É sob tal perspectiva que ganha destaque o estudo acerca da teoria brasileira das incapacidades civis, visto que, elencando medidas de combate à discriminação por motivo de deficiência, o art. 12 da CDPD, ao impor aos Estados-partes a obrigação de reconhecerem que “as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”¹⁰ acabou por acarretar uma pretensa¹¹ necessidade de alteração dos artigos 3º e 4º do Código Civil, a qual foi efetuada por meio da edição da Lei nº 13.146, de 06.07.2015, conhecida por Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Acerca da referida lei destaque-se que, segundo preceitua o seu próprio artigo 1º, ela se propõe à regulamentação dos dispositivos da Convenção da ONU, bem como se destina a assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por parte das pessoas com deficiência, visando a sua inclusão social.

É por tal motivo que o advento do supracitado Estatuto foi recebido com aplausos por alguns doutrinadores, como Pablo Stolze, que se pronunciou favoravelmente ao afirmar estar a normatização em consonância com o princípio da

-
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
 - e) A igualdade de oportunidades;
 - f) A acessibilidade;
 - g) A igualdade entre o homem e a mulher;
 - h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

⁹ Art. 2º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,

¹⁰ Art. 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,

¹¹ Diz-se pretensa, pois, como será demonstrado no Capítulo 02 desse estudo, inexistente real necessidade de alteração dos artigos 3º e 4º do Código Civil, tendo sido esta realizada apenas por um erro interpretativo do legislador ante a redação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Nesse sentido leia-se : LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Proteção ou desproteção?* In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 115-152

dignidade da pessoa humana, tendo em vista a desconexão operada entre a deficiência e o rótulo de incapacidade¹².

Nesse ponto, contudo, cabem as ponderações de Marlon Tomazette e Rógerio Andrade Cavalcanti Araújo, os quais alegam que a deficiência por si só nunca foi, segundo a redação original do Código Civil de 2002, motivo de incapacidade, mas apenas quando relacionadas à expressão da vontade e ao discernimento.¹³

Um estudo reflexivo acerca das consequências advindas da novel legislação merece ser realizado.

Não obstante ser o Estatuto da Pessoa com deficiência norma que implica em diversos avanços no tratamento digno e igualitário da pessoa com deficiência; não se pode olvidar que “alterações a um sistema logicamente concebido devem ser sopesadas para que não se dificulte a vida das pessoas que se busca proteger.”¹⁴

O estudo acerca da capacidade de direito e da capacidade de fato, bem como a análise comparativa – pré e pós reforma – da redação dos artigos 3º e 4º do CC ajudarão a demonstrar o atual cenário de vulnerabilidade em que se encontra parte daqueles considerados agora civilmente capazes, quer absoluta ou relativamente.

1.2 A Capacidade de Direito e a Capacidade de Fato

A capacidade jurídica é, em resumo, a aptidão para adquirir direitos e exercer deveres na órbita civil¹⁵. Assim, ter capacidade jurídica, como bem afirma Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, significa dizer que as mais diversas relações jurídicas, tais como celebrar contratos, casar, adquirir ou vender bens e postular perante o Poder Judiciário, podem ser realizadas pessoalmente, pelas pessoas plenamente

¹² STOLZE, Pablo. *Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil*. Revista Jus Navigandi, Teresina. nº 4411, 30 de julho de 2015, p. 2. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381>>

¹³ TOMAZETTE, Marlon; ARAÚJO, Cavalcanti Rogério Andrade. *Crítica à Nova Sistemática da Incapacidade de Fato Segundo a Lei 13.146/15*. Publicado em 09/2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42271>>.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v.1: Lei de Introdução e Parte Geral*. 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017, p. 131.

capazes, ou por intermédio de terceiros – o representante ou o assistente –, em se tratando de pessoas incapazes.¹⁶

Como se sabe, a capacidade jurídica possui duas dimensões, quais sejam: capacidade de direito – comumente chamada de capacidade de aquisição ou capacidade de gozo – e capacidade de fato, conhecida também como capacidade de exercício. Caracteriza-se a capacidade civil plena justamente pela identificação concomitante de ambas as capacidades (de direito e de fato); sendo, portanto, limitada a capacidade daquele que só possui a capacidade de direito.¹⁷

A capacidade de direito/ gozo/ aquisição se confunde, segundo a doutrina majoritária, com a própria definição de personalidade, pois pode ser conceituada como a possibilidade de ser sujeito de direitos, condição inerente a toda pessoa humana.¹⁸

A capacidade de fato, por sua vez, trata-se da aptidão que o indivíduo possui para praticar os atos da vida civil de forma autônoma/ pessoal, ou seja, independentemente do auxílio de um terceiro, seja ele representante ou assistente.¹⁹

Em relação ao tema assevera Francisco Amaral que:

“(...) a primeira (capacidade de direito) é a aptidão para a titularidade de direitos e deveres, a segunda (capacidade de fato), a possibilidade de praticar atos com efeitos jurídicos, adquirindo, modificando ou extinguindo relações jurídicas”²⁰

Dessa forma, diferentemente do que ocorre com relação à capacidade de direito, nem todos possuem a capacidade de fato, a qual é apresentada pelo Código Civil em diferentes níveis de gradação, caracterizando, assim, de acordo com o grau de

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 15. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 330.

¹⁷ TARTUCE, Flávio, *op. cit.*, p. 132.

¹⁸ ROCHA MARTINS, Silvia Portes. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as Alterações Jurídicas Relevantes no Âmbito da Capacidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais Online. v. 974/2016, p. 225-243, dez/2016.

Acerca desse tema leia-se: MENDONÇA, Bruno Lima de. *Apontamento sobre as Principais Mudanças Operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) no Regime das Incapacidades*. In: Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro. EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 257- 277.

¹⁹ CASSETTARI, Cristiano. *Elementos de Direito Civil*. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51.

²⁰ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5 ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 229.

compreensão do indivíduo, duas modalidades de incapacidade, a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa.²¹

É em relação à capacidade de fato que ganha destaque o presente estudo, tendo em vista que a matéria, até então disciplinada em sua integralidade pelo Código Civil, passou por profundas mudanças operacionalizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), o que ocasionou uma significativa reformulação da teoria brasileira das incapacidades civis.

Antes de prosseguir insta salientar que embora importante seja a supracitada diferenciação para o desenvolvimento do presente trabalho, tendo em vista os efeitos patrimoniais e protecionistas que serão estudados, não se pode olvidar a consideração realizada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald acerca da limitação que se deve fazer quanto à distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato:

“Essa distinção classificatória, porém, não mais tem guarida quando se tratar de relações jurídicas existenciais, como no exemplo dos direitos de personalidade. Quanto aos interesses existenciais, é certo e indubitado que qualquer pessoa humana – maior ou menor, dotada ou não de capacidade de exercício – pode exercê-los e reclamá-los direta e pessoalmente, sob pena de um comprometimento de sua dignidade.”²²

1.3 A Incapacidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Como visto, a incapacidade é caracterizada pela falta de aptidão para exercer os atos da vida civil de maneira pessoal, ou seja, é considerado incapaz aquele que apesar de possuir capacidade de direito não possui capacidade de fato ou a tem de maneira limitada.²³

²¹ PANDORI GIANCOLI, Brunno. *Direito Civil. Coleção Elementos do Direito*; v. 4 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 51.

²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 15. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 332.

²³ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TOLEDO, Roberta Cristina Paganini Toledo. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência: Reflexões sobre a Capacidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais Online. v. 974/2016, p. 35-62, dez/2016.

Ao incapaz, então, é dispensado um tratamento diferenciado por faltar-lhe a perfeita compreensão – da qual desfrutam as pessoas plenamente capacitadas – para a prática de atos da vida cotidiana. Dessa forma, conforme assevera Silvio Rodrigues “a lei, tendo em vista a idade, a saúde ou o desenvolvimento intelectual de determinadas pessoas, e com o intuito de protegê-los, não lhes permite o exercício pessoal de determinados direitos”.²⁴

Acerca do tema, adverte Caio Mario da Silva Pereira que:

“O instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência²⁵ juridicamente apreciável. (...) A lei não institui o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que dela 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 psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários”.²⁶

É de ver-se, portanto, que a designação de incapacidade nada mais é do que a consagração do princípio constitucional da igualdade; afinal, “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida das suas desigualdades”.²⁷

É com base na ideia acima explicitada – de que a proteção jurídica dos incapazes se concretiza através da concessão de direitos diferenciados²⁸ – que se

²⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 34. ed – São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 39.

²⁵ Nesse ponto ressalte-se que com a incorporação em nosso ordenamento jurídico da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09.07.2008, e do Decreto de Promulgação nº 6.949, de 25.08.2009, não se reporta mais adequado a utilização do termo “portador de deficiência”. Relembre-se que a supracitada Convenção foi incorporada na forma do § 3º do art. 5º da Constituição Federal e, assim, possui status equivalente ao de uma Emenda Constitucional. Apesar de redação original da Constituição Federal dispor sobre o tema com a utilização do termo “portador de deficiência”, houve uma evolução conceitual da expressão e hoje se fala em pessoas com deficiência. Esse novo conceito decorre do direito internacional que enfoca o núcleo central na pessoa e não na deficiência.

²⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol.1. Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil*. 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 228.

²⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 42.

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 15. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 333.

justifica uma série de medidas adotadas pelo legislador brasileiro, dentre as quais se destacam: a) a impossibilidade de contagem de prazo de prescrição e de decadência contra o absolutamente incapaz;²⁹ b) a excepcionalidade da permissão dada ao incapaz de recobrar o valor pago a título de dívida de jogo ou oposta;³⁰ c) a obrigatoriedade de realização da partilha judicial e a consequente vedação da partilha amigável, caso haja interesse de incapaz;³¹ d) a impossibilidade de cobrança por obrigação anulada, salvo quando comprovado que a importância paga foi revertida em favor do incapaz;³² e) a necessidade de atuação do Ministério Público como custos legis quando houver, em processo judicial, interesse de incapaz;³³

Nesse ponto, importante distinção entre os termos incapacidade e vulnerabilidade deve ser realizada, tendo em vista a necessidade de se determinar o correto destinatário da referida proteção.³⁴

Enquanto a vulnerabilidade é caracterizada por “um estado inerente de risco que enfraquece um dos contratantes, desequilibrando a relação jurídica”³⁵, tal qual acontece nas relações consumeristas, a incapacidade diz respeito à falta de compreensão para a prática de atos jurídicos. É essa última que a teoria das incapacidades visa proteger.³⁶

Por representar uma limitação ao exercício pessoal de direitos, a incapacidade deve sempre ser encarada estritamente, ou seja, considerando-se o princípio de que a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção.³⁷ As incapacidades são, portanto, exceções à regra geral da capacidade.

Tamanha interferência na esfera individual da pessoa levou o legislador a optar por expressar restritivamente o rol de pessoas incapacitadas, conforme se pode

²⁹ Arts. 198, Inciso I, e 208 do Código Civil.

³⁰ Art. 814 do Código Civil.

³¹ Art. 2.015 do Código Civil.

³² Art. 181 do Código Civil

³³ Art. 178 do Código de Processo Civil.

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 15. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 332.

³⁵ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Direito Civil: LINDB e Parte Geral*. 2. ed. rev., ampl., atual. Salvador: JusPodivm, 2011, p.154

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op. cit., p. 333.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. v.1. Teoria Geral do Direito Civil*. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 1997, p. 105.

observar pela leitura dos artigos 3º e 4º do Código Civil. Dessa forma, não se deixou espaço para que o interprete da lei abrange-se outras hipóteses além das já elencadas pelo estatuto civil. Como assinalado por Vicente Rao:

“As normas que disciplinam a capacidade e a incapacidade são de ordem pública e insuscetíveis, pois, de serem alteradas pela vontade das partes. Dessa natureza participam não só as normas que indicam os casos de incapacidade, mas todas as que dispõem sobre a situação dos incapazes, os seus direitos e deveres, os direitos e deveres de seus representantes, enfim, todas aquelas que diretamente ou indiretamente, à capacidade e às suas consequências jurídicas se referem.”³⁸

Acerca do sistema de incapacidades é importante salientar, como acima já mencionado, que o ordenamento jurídico, observando que as deficiências podem variar em grau de profundidade, gradua a extensão da incapacidade, ou seja, ante a diversidade de condições pessoais dos incapazes, e a maior ou menor profundidade da redução do discernimento, “O Código Civil destaca, de um lado, os que são inaptos para a vida civil na sua totalidade, e, de outro lado, os que são incapazes apenas quanto a alguns direitos ou à forma de seu exercício.”³⁹ Os primeiros são designados como absolutamente incapazes, os segundos relativamente incapazes.⁴⁰

É com base nos referidos graus de incapacidade que se estrutura o sistema de proteção existente no Código Civil, o qual será estudado mais à frente em tópico próprio. Por hora, traz-se à cola o ensinamento de Maria Helena Diniz que aduz:

“O instituto da incapacidade visa proteger os que são portadores de uma deficiência apreciável, graduando a forma de proteção que para os absolutamente incapazes assume a feição de representação, uma vez que estão completamente privados de agir juridicamente, e para os relativamente incapazes o aspecto da assistência, já que têm o poder de atuar na vida civil, desde que autorizados. Por meio da representação e

³⁸ RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 7. ed. Atual. Ovidio Rocha Sampaio Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 630.

³⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol.1. Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil*. 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 229.

⁴⁰ SILVA, Alexandre Barbosa da. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Regime das Incapacidades: Breve Ensaio sobre Algumas Possibilidades*. In: Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). Impactos no novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 242.

da assistência supre-se a incapacidade, e os negócios jurídicos realizam-se regularmente”⁴¹

Por meio da análise comparativa da redação do Código Civil de dois momentos distintos – pré e pós advento do Estatuto da pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) – veja-se detalhadamente o rol de cada uma dessas categorias.

1.3.1 A Incapacidade Absoluta

Anteriormente ao advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), consideravam-se absolutamente incapazes, conforme consta da redação original do art. 3º do Código Civil, as seguintes pessoas:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Em primeiro lugar, o Código Civil de 2002, em sua redação original, designava como absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos de idade, em virtude da inexperiência decorrente do incompleto desenvolvimento das faculdades intelectuais, bem como pela falta de autodeterminação e auto-orientação.⁴²

Acerca da eleição da idade de dezesseis anos, frise-se ser esta uma escolha arbitrária do legislador que, apesar de ter conhecimento da possibilidade dos diferentes tempos de maturação pessoal, ante a necessidade de segurança jurídica, não poderia deixar o ordenamento à mercê da aferição caso a caso da capacidade do menor.⁴³

⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. v.1. Teoria Geral do Direito Civil*. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 1997, p. 107.

⁴² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. v.1. Parte Geral*. 42º. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70.

⁴³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol.1. Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil*. 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 231.

Em segundo lugar o legislador listava no rol dos absolutamente incapazes aqueles que por enfermidade ou deficiência mental não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. Qualquer perturbação psíquica, portanto, quer congênita quer adquirida, acarretaria a incapacidade absoluta caso tal condição – que deveria ser necessariamente permanente – fosse óbice à livre formação do pensamento e da vontade da pessoa.⁴⁴

Por fim, designavam-se absolutamente incapazes os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. O que caracterizava essa hipótese era, nos dizeres de Caio Mario da Silva Pereira, “a inaptidão para manifestar a vontade, independentemente da causa orgânica.”⁴⁵ São exemplos dessa causa incapacitante a embriaguez, o sono hipnótico, os traumatismos, o estado de coma, o transe mediúnic, o efeito de drogas e a perda de memória.⁴⁶

Quanto ao surdo-mudo incapaz de exprimir sua vontade, sempre se entendeu por seu enquadramento à hipótese de incidência do art. 3º, inciso III, do Código Civil. Por outro lado, caso pudesse exprimir sua vontade, era considerado relativamente incapaz ou até plenamente capaz, dependendo do grau de possibilidade de manifestação volitiva.⁴⁷ No entanto, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não cabe mais seu enquadramento como absolutamente incapaz, tendo em vista a revogação do referido inciso. Assim, será considerado, em regra, plenamente capaz, podendo ser, eventualmente, relativamente incapaz.⁴⁸

As mudanças ocasionadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência vão além da supracitada revogação. Com exceção do primeiro inciso do artigo ora analisado, que, apesar de revogado, tornou-se o *caput*, todos os demais foram excluídos do

⁴⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. v.1. Parte Geral*. 42º. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71.

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol.1. Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil*. 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 235.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 236.

⁴⁷ LIMA, Taisa Maria Macena. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas Repercussões na Capacidade Civil*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 60, n. 91, jan./ jun. 2015. Belo Horizonte, p. 224.

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil. Volume Único*. 7. ed. rev., ampl., atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 90.

ordenamento jurídico;⁴⁹ se resumindo, pois, a incapacidade absoluta, à hipótese do menor impúbere, conforme se depreende da leitura da atual redação do artigo 3º do Código Civil:

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

Assim, não há mais pessoas maiores que sejam absolutamente incapazes. Fato esse que suscita preocupação em grande parte dos doutrinadores, tendo em vista a incongruência jurídica que representa.⁵⁰

Demonstrando sua inquietação ante à atual redação do Código Civil, Flávio Tartuce afirma que seria interessante retomar alguma previsão a respeito de maiores absolutamente incapazes, especialmente para as pessoas que não tem qualquer condição de exprimir vontade e que não são necessariamente pessoas com deficiência. Cita, a exemplo, a pessoa que se encontra em coma profundo, sem qualquer condição de exprimir o que pensa, e que no atual sistema, a despeito de qualquer sentido técnico-jurídico, está enquadrada como relativamente incapaz.⁵¹

1.3.2 A Incapacidade Relativa

Como visto, existem pessoas que em razão de circunstâncias pessoais não estão aptas a gozar da capacidade plena, mas ao mesmo tempo não podem ser qualificadas como absolutamente incapazes, pois não se enquadram à hipótese descrita no artigo 3º do Código Civil. A essas o ordenamento jurídico chama de relativamente incapazes.

Os relativamente incapazes, diferentemente dos absolutamente incapazes, praticam os atos da vida civil de maneira pessoal; “dessa forma, pode-se dizer que não

⁴⁹ OLIVEIRA, Leonardo Alves. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), seus Direitos e o Novo Paradigma da Capacidade Civil*. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 64, nº 470, Dezembro de 2016, p. 52.

⁵⁰ SANTOS, Ivana Assis Cruz. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as Alterações no Código Civil de 2002*. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 17, n. 99, jan./ fev. 2016, p. 22-26, p.29-30.

⁵¹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil. Volume Único. 7. ed. rev., ampl., atual.* – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 91.

são privados da ingerência ou participação na vida jurídica, pois o exercício de seus direitos somente se realiza com a sua presença”.⁵² Devem, no entanto, serem assistidos por quem o direito encarrega deste encargo, quer em razão de parentesco, quer em razão de relação de ordem civil ou ainda de designação judicial.⁵³

Ressalte-se, por oportuno, que pode o relativamente incapaz inclusive, em determinados casos, praticar atos da vida civil até mesmo sem necessidade de assistência, o que mais uma vez o diferencia e o afasta da incapacidade absoluta.⁵⁴ A exemplo cite-se a possibilidade do menor relativamente incapaz em poder aceitar mandato⁵⁵, fazer testamento⁵⁶ e ser testemunha em atos jurídicos⁵⁷, independentemente de prévio consentimento de seu representante legal.⁵⁸ Nesse sentido, aliás, é o magistério de Silvio de Salvo Venosa ao afirmar que a lei busca a proteção dos relativamente incapazes restringindo de forma mitigada a sua autonomia ou determinando a maneira pela qual alguns atos devam ser praticados; sem, no entanto, afetar de forma plena sua aptidão para o gozo de direitos.⁵⁹

As causas de incapacidade civil na redação original do Código Civil de 2002 eram diversas e provinham das mais variadas situações. Na atual redação, significativas foram as mudanças.

Anteriormente à alteração operacionalizada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, dispunha a redação do art. 4º do Código Civil acerca da incapacidade relativa que:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

⁵² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol.1. Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil*. 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 235.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. v.1. Teoria Geral do Direito Civil*. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 1997, p. 112.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 112

⁵⁵ Art. 666 do Código Civil.

⁵⁶ Art. 1.860 do Código Civil.

⁵⁷ Art. 228 do Código Civil.

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol.1. Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil*. 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 237.

⁵⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral. Vol. 1*. 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2013. p. 147.

- II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV – os pródigos.

Atualmente, contudo, dispõe o Código Civil em seu art. 4º que:

- Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
- I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
 - II – os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
 - III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
 - IV – os pródigos.

Na primeira categoria de incapazes a certos atos da vida civil ou à maneira de os exercer figuravam aquelas pessoas maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito anos), os antigamente denominados púberes. Tal disposição ainda se mantém na atual sistemática.

Como igualmente dito quando do estudo dos absolutamente incapazes, a limitação da capacidade civil a uma certa idade, apesar de ser simples opção legislativa, leva em conta o grau de experiência e desenvolvimento do indivíduo para que se permita sua participação na vida civil de forma a se resguardar a segurança jurídica.

Sendo, portanto, relativa a capacidade dos maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos, a validade de seus atos, em regra, depende da assistência de quem o direito encarrega deste encargo.⁶⁰ Relembre-se, contudo, que em determinados casos poderá ele agir livremente. São exemplos, além dos já acima citados, a possibilidade de alistamento como eleitor (art. 14, §1º, inciso II, alínea “c”, da CF/88), bem como o requerimento de registro de nascimento (art. 50, §2º, da Lei nº 6.015, de 31.12.1973).⁶¹

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol.1. Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil*. 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 237.

⁶¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. v.1. Parte Geral*. 42º. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 74.

Em segundo lugar, a antiga redação do Código Civil listava no rol dos relativamente incapazes os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tivessem discernimento reduzido.

O legislador, sob o pretexto de adequar a redação do CC à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, excluiu das hipóteses de incapacidade relativa o deficiente mental com discernimento reduzido. Manteve, contudo, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, tendo em vista o fato de que o vício em substâncias entorpecentes diminui a capacidade mental do indivíduo de modo a impossibilitar a administração pessoal de seus bens, bem como a impedir a plena capacidade para os atos da vida civil.

Outrossim, a prodigalidade – situação daquele que desordenadamente dissipa seus bens, reduzindo-se à miséria – era e continua sendo hipótese de incapacidade relativa prevista no inciso IV do art. 4º do Código Civil.⁶²

Situação peculiar, no entanto, se observa no inciso III do supramencionado artigo. Tendo sido revogada a antiga redação que disciplinava a incapacidade relativa para os excepcionais sem desenvolvimento mental completo, tomou seu lugar o antigo inciso III do art. 3º. Assim, a impossibilidade de expressão de vontade, mesmo transitória, que antes era tida como causa de incapacidade absoluta, passou a ser, na sistemática atual, a despeito – como já dito quando do estudo do art. 3º do CC – de qualquer sentido técnico-jurídico, causa de incapacidade relativa.⁶³

A respeito da supracitada mudança, pertinente é a inconformidade de Marlon Tomazette e Rógerio Andrade Cavalcanti Araújo ao afirmar ser a inclusão da presente hipótese a mais absurda interferência do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Código Civil, pois

(...) se a pessoa NÃO pode expressar sua vontade, como demandaria a presença de um assistente (e não de um representante) que lhe acompanharia na prática dos negócios jurídicos. Repita-se: é imprescindível, nas hipóteses de assistência, que o assistido manifeste sua vontade, estando apenas acompanhado pelo curador, que lhe afere

⁶² Ibid., p. 75.

⁶³ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *As Alterações da Teoria das Incapacidades, à Luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 17, n. 99, jan./ fev. 2016.

a oportunidade e a não lesividade. Fica quase impossível imaginar como alguém em coma profundo será assistido, por ser relativamente incapaz, e não representado, o que demandaria que fosse enquadrado como absolutamente incapaz.⁶⁴

O supramencionado problema é apenas um dos muitos advindos da novel legislação que acabaram por ocasionar a desconstrução de um sistema protetivo ao deficiente, os quais serão abordados no Capítulo 2 dessa monografia.

⁶⁴ TOMAZETTE, Marlon; ARAÚJO, Cavalcanti Rogério Andrade. *Crítica à Nova Sistemática da Incapacidade de Fato Segundo a Lei 13.146/15*. Publicado em 09/2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42271>>.

Nesse sentido: CORREIA, Atalá. *Estatuto da Pessoa com Deficiência traz Inovações e Dúvidas*. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 17, n. 99, jan./ fev. 2016, p. 22-26.

CAPÍTULO 2 – O EQUÍVOCO INTERPRETATIVO, A FALTA DE TÉCNICA LEGISLATIVA E A DESCONSTRUÇÃO DO SISTEMA PROTETIVO OCACIONADA PELO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

2.1 O Equívoco Interpretativo

Antes de se analisar especificamente as desproteções advindas do Estatuto da Pessoa com Deficiência, merece ser realizado um breve estudo acerca da forma em que se deram as mudanças perpetradas no Código Civil.

2.1.1 A Capacidade Legal como Capacidade de Fato e a Desproteção do Deficiente

As alterações ocasionadas no rol das incapacidades do Código Civil, à primeira vista, parecem ter sido fruto de uma rigorosa observância da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência – documento que inspirou a criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Afinal, como já dito, a cláusula 2 do seu art. 12 preceitua que: “Os Estados-partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”.

Acontece que, como ressaltam Mariana Alves Lara e Fábio Queiroz Pereira, os legisladores pátrios, ao formularem o Estatuto da Pessoa com Deficiência, compreenderam de maneira equivocada a “capacidade legal” a que se refere a CDPD e, havendo-se equivocadamente, interpretaram-na como “capacidade de fato” o que, por conseguinte, acabou por acarretar a supressão de qualquer menção à deficiência – mesmo que acompanhada da redução ou ausência de discernimento – no que concerne ao enquadramento das incapacidades⁶⁵.

⁶⁵ LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Proteção ou desproteção?* In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 115-152.

Conforme asseveram os supracitados autores: “o referido dispositivo, em verdade, deveria ter sido interpretado como atinente à “capacidade de direito”, não podendo ser os deficientes, assim, excluídos da possibilidade de titularizarem direitos e obrigações.”⁶⁶. E isso se afirma, porque, tendo-se em vista a intenção protetiva do documento normativo, bem como sua a internacionalidade – a qual possivelmente considerou a capacidade em termos diferentes da empregada pela doutrina brasileira⁶⁷ – não parece haver sentido em, por meio dele, se fomentar a perda de direitos do deficiente, tal qual se fez, em parte, com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A propósito, o próprio art. 12, em sua cláusula 4, ao antever a necessidade de se considerar as peculiaridades de cada pessoa com deficiência na aplicação da referida convenção, ratifica o teor do entendimento contrário à interpretação realizada pelo legislador.⁶⁸ Confira-se:

Art. 12.

(...)

4. Os Estados-partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

⁶⁶ Ibid., p. 115-152.

⁶⁷ O posicionamento preponderante na doutrina é o de que a capacidade de direito é sempre plena e está intrinsecamente ligada à existência da personalidade; no entanto, Augusto Teixeira de Freitas entende de maneira diversa. Para ele existem as chamadas incapacidades de direito, as quais diferem das incapacidades de fato. Acerca do tema assevera Felipe Quintela Machado de Carvalho que a incapacidade de direito decorre de uma norma de ordem pública, que visa regular uma determinada situação (ex: proibição de venda dos ascendentes para os descendentes); enquanto a incapacidade de fato decorre da impossibilidade de a pessoa praticar pessoalmente determinado ato por uma razão jurídica (ex: necessidade de representação).

⁶⁸ LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Proteção ou desproteção?* In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 115-152

Depreende-se da supracitada redação, como ressaltam Mariana Alves Lara e Fábio Queiroz Pereira, que cada Estado-parte deveria, portanto, oferecer garantias para o exercício da capacidade legal – aqui entendida como capacidade de direito – “estabelecendo a possibilidade de aplicação de medidas relativas ao “exercício da capacidade legal” (o que se aproxima da capacidade de fato)”.⁶⁹

Essa interpretação, apesar de rechaçar as mudanças ocasionadas na teoria das incapacidades pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, é a que melhor se coaduna com o seu art. 2º⁷⁰. Com efeito, se as limitações dos deficientes podem obstruir, em alguns casos, a sua participação nos atos da vida civil em igualdade de condições com as demais pessoas, apenas um sistema protetivo pode realizar a equiparação entre os sujeitos requerida pela lei. Nesse sentido, asseveram Vitor Frederico Kümpel e Bruno de Ávila Borgarelli que “reconhecer que as pessoas com deficiência encontram barreiras implica necessariamente na criação de mecanismos para derrubá-las e retirar a proteção do deficiente não parece um bom mecanismo”⁷¹

A conclusão é, pois, única: a interpretação realizada pelo legislador além de não se mostrar compatível com a Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, contraria a própria redação do Estatuto, pois a preocupação exarada pelos referidos documentos com as vulnerabilidades que caracterizam as múltiplas deficiências mentais e intelectuais não se coaduna com a simples exclusão dos deficientes – com redução ou ausência de discernimento – do rol dos incapazes, tal como realizado.⁷² Ao esvaziar o conceito de capacidade de fato, o que legislador fez, na

⁶⁹ LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Proteção ou desproteção?* In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 115-152.

⁷⁰ Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação em igualdade de condições com as demais pessoas.

⁷¹ KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. *A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes*. Migalhas de Peso. Publicado em: 12/08/2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

⁷² LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Proteção ou desproteção?* In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio

verdade, foi retirar das pessoas com deficiência a proteção que o ordenamento jurídico lhes garantia, e isso não reflete o espírito da CDPD.

2.1.2 O Discernimento como Causa de Incapacidade Segundo a Redação Original dos Artigos 3º e 4º do Código Civil

Não bastasse a desacertada interpretação acerca da redação da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o legislador brasileiro partiu de uma presunção equivocada ao afirmar que, segundo o texto original do Código Civil de 2002, a deficiência estava necessariamente atrelada à incapacidade e por isso o Estatuto da Pessoa com Deficiência deveria reverter tal discriminação.

Nesse sentido é o relatório da Secretaria de Direitos Humanos elaborado pelo “grupo de Trabalho para a análise de Projetos de Lei que tratam da criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência”. Segundo o referido documento, o sistema codificado era inadequado, pois mostrava-se conservador em relação aos direitos das pessoas com deficiência.⁷³

Outrossim, a falha interpretativa pode ser ainda constatada pela leitura do relatório do Senador Romário, datado de 02 de junho de 2015, exarado no Projeto de lei do após denominado Estatuto da Pessoa com Deficiência. Confira-se o trecho em que o referido senador defende as alterações que seriam provocadas pelo art. 114 do supracitado documento no Código Civil⁷⁴:

Para facilitar a compreensão, optamos por fazer uma análise conjunta dos dispositivos constantes dos arts. 6º e 84, além de algumas das alterações

Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 115-152.

⁷³ Relatório da Secretaria de Direitos Humanos elaborado pelo grupo de Trabalho para a análise de Projetos de Lei que tratam da criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. P. 40. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_imagens-filefield-description%5D_93.pdf>.

⁷⁴ Nesse sentido leia-se: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. *O Itinerário Legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 65-100.

contidas no art. 114, uma vez que dispõem sobre a capacidade civil das pessoas com deficiência. Seu cerne é o reconhecimento de que condição de pessoa com deficiência, isoladamente, não é elemento relevante para limitar a capacidade civil. Assim, a deficiência não é, *a priori*, causadora de limitações à capacidade civil. Os elementos que importam, realmente, para eventual limitação dessa capacidade, são o discernimento para tomar decisões e a aptidão para manifestar vontade. Uma pessoa pode ter deficiência e pleno discernimento, ou pode não ter deficiência alguma e não conseguir manifestar sua vontade.

Considerar que a deficiência, e não a falta desses outros elementos, justifica qualquer limitação de direitos é institucionalizar a discriminação. Esse paradigma proposto pelo SCD rompe com uma cultura de preconceitos e estigmas impostos às pessoas com deficiência, principalmente intelectual. (...)

Em outras palavras, o valor desses dispositivos reside em desvincular a associação imediata entre deficiência e incapacidade civil ou política. (...) Nesse sentido, o art. 114 do SDC altera dispositivos do Código Civil que atualmente dispõem sobre a capacidade civil daqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, têm discernimento reduzido ou limitações na capacidade de exprimir sua vontade.

Entendemos, na linha da Convenção, que as pessoas com deficiência não podem sofrer limitações na sua capacidade civil. Assim, impõe-se a revogação de toda a legislação que dispõe em sentido contrário.⁷⁵

Com acerto pronunciou-se o senador ao dizer que “os elementos que importam, realmente, para eventual limitação da capacidade, são o discernimento para tomar decisões e a aptidão para manifestar vontade”; no entanto, deixando de considerar que já eram essas as bases para se definir a incapacidade, segundo a redação original do Código Civil, concluiu ele de maneira equivocada seu parecer.

Ora, a declaração de incapacidade para os atos da vida civil sempre foi baseada na ausência de discernimento, o que pode ser facilmente depreendido da redação original dos artigos 3º e 4º do Código Civil.

Segundo o inciso II, do artigo 3º, eram considerados absolutamente incapazes para os atos da vida civil os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos. Por sua vez, o inciso II,

⁷⁵ FARIA, Romário. *Relatório ao Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 4, de 2015, ao Projeto de Lei do Senado nº 6, de 2003 (Projeto de Lei nº 7.699, de 2006, na Câmara dos Deputados), do Senador PAULO PAIM, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira da Inclusão*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4541434&disposition=inline>>. Acesso em: 13 de Fevereiro de 2018.

do artigo 4º, estabelecia, dentre as causas de incapacidade relativa, a do deficiente mental que tivesse discernimento reduzido.⁷⁶

A deficiência, portanto, só resultava em incapacidade, quer absoluta quer relativa, se se observasse, concomitantemente, ausência ou redução de discernimento.⁷⁷ Nesse sentido anunciam Mariana Alves Lara e Fábio Queiroz Pereira que “a legislação anterior buscava proteger os indivíduos que não apresentavam níveis de cognição adequados que os permitissem expressar sua vontade com a devida qualidade”.⁷⁸

Dissertando na mesma perspectiva, assevera Paulo Luiz Netto Lobo, acerca das antigas causas de incapacidade advindas da deficiência, que “a deficiência ou a enfermidade mental apenas eram consideradas, para fins da incapacidade, se impedissem o necessário discernimento para a prática desses atos”. Continua o referido autor dizendo que “o discernimento é a possibilidade de apreciar, de analisar, de compreender os fatos, de julgar sensatamente. Quando essa faculdade é prejudicada por qualquer fator mental, a pessoa fica vulnerável e incapacitada para defender os seus próprios interesses”, necessitando, assim, de proteção. Por fim, mais uma vez ratificando o supracitado entendimento, aduz: “eis por que não interessa ao perito especializado que informe da possível existência de deficiência mental, mas que esclareça se ela efetivamente compromete a faculdade de discernir”.⁷⁹

⁷⁶ Acerca do tema, Gustavo Pereira Leite Ribeiro afirma em seu livro *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 177-213 que: “(...) pela leitura do texto legal então vigente, deveria se inferir que a incapacidade de agir era determinada pela ausência ou diminuição do discernimento, que, por sua vez, poderiam ser causadas, entre outras, por deficiência mental ou intelectual. Repita-se: a deficiência mental, por si só, não era causa de incapacidade de agir, absoluta ou relativa”.

⁷⁷ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *As Alterações da Teoria das Incapacidades, à Luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 17, n. 99, jan./ fev. 2016.

⁷⁸ LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Proteção ou desproteção?* In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 115-152.

⁷⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2013. P. Nesse sentido leia-se também: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. *O Itinerário Legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 65-100.

A codificação da incapacidade nunca esteve, pois, centrada na deficiência, tal qual defendem os formuladores do Estatuto da Pessoa com Deficiência, mas sim na possibilidade de essa mesma deficiência ser geradora de situações de ausência ou redução de níveis de discernimento.⁸⁰

Nessa linha é a preleção de Felipe Quintella Machado de Carvalho, quando diz:

Ao que parece, o legislador se equivocou ao considerar que a lei presumia a ausência de discernimento de todos os deficientes mentais – o que nunca foi o caso –, e, para corrigir aparente injustiça, presumiu a existência de discernimento de todos – o que parece, com efeito, ser muito mais perigoso e potencialmente lesivo.⁸¹

2.2. A Falta de Técnica Legislativa

Os desacertos cometidos pelo legislador brasileiro na elaboração da Lei nº 13.146/2015 não se restringem às equivocadas interpretações do Código Civil e da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. No afã de se promover a tão almejada inclusão, a rápida tramitação e aprovação do Estatuto⁸²

⁸⁰ HOSNI, David S.S. *O Conceito de Deficiência e sua Assimilação Legal*. In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 35- 64.

⁸¹ CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. *A Teoria das Capacidades no Direito Brasileiro: De Teixeira de Freitas e Clovis Bevilacqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 13-34.

⁸² A Lei nº 13.146/2015 é oriunda do Projeto de Lei nº 6 de 2003, do Senador Paulo Paim. Ocorre que foi aprovado um substitutivo ainda no Senado em 06 de dezembro de 2006 e, após o envio à Casa Revisora, esse projeto lá permaneceu esquecido por anos. Apenas em 05 de março de 2015, foi aprovada na Câmara dos Deputados a Subemenda Substitutiva Global apresentada pela Deputada Mara Gabrilli, restando prejudicados o projeto inicial, o Substitutivo da Comissão Especial, as emendas e os Projetos de Lei apensados. Assim, entre a aprovação do substitutivo da Câmara – o qual guarda pouquíssima semelhança com o projeto original – e a aprovação final no Senado em 06 de julho de 2015, transcorreram apenas quatro meses. Nesse sentido ainda: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. *O Itinerário Legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 65-100.

acabaram por ocasionar um efeito reverso que redundou igualmente em vários “problemas incontornáveis e atecniais seríssimas.”⁸³

Primeiramente, não se pode deixar de assinalar os atropelamentos legislativos entre o novo Código de Processo Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Ante a leitura da lei (e de suas revogações), disponível no site da Presidência da República⁸⁴, constata-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, alterando o art. 1.768 do Código Civil, substituiu o processo de interdição pela promoção de uma demanda em que se deveria nomear um curador. Com essa inovação objetivava-se, além de uma adequação terminológica, a possibilidade de maior participação da pessoa com deficiência, pois poderia ela mesma dar início ao processo de curatela.⁸⁵ Esse dispositivo, no entanto, teve uma curta vigência, sendo revogado pelo novo Código de Processo Civil – o qual está integralmente estruturado na ação de interdição (artigos 747 a 758) – apenas dois meses após sua promulgação.⁸⁶

Por sua vez, outro não foi o fim do art. 1772. Enunciava o referido artigo, em sua redação original, que, pronunciada a interdição das pessoas descritas no art. 4º, incisos II e III, o juiz assinaria, segundo o estado ou desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela. Em boa hora o Estatuto da Pessoa com Deficiência, alterando o referido artigo, inovou sua redação, dando maior espaço de participação ao destinatário da norma:

Art. 1772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador.

Parágrafo único. Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência do conflito de

⁸³ SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade (Parte I)*. Publicado em: 06 de Agosto de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018.

⁸⁴ http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm

⁸⁵ LIMA, Taisa Maria Macena. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas Repercussões na Capacidade Civil*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 60, n. 91, jan./jun. 2015. Belo Horizonte, p. 230.

⁸⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil. Volume Único*. 7. ed. rev., ampl., atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 93

interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa com deficiência.

No entanto, a prematura revogação fez voltar a restrita participação da pessoa com deficiência, fazendo com que a matéria passasse a ser regulada em sua integralidade pelo diploma processual.

O que mais chama a atenção nas supracitadas revogações é o fato de que poderiam ter sido elas facilmente evitadas, pois quando da aprovação do Estatuto, o Código de Processo Civil já havia sido aprovado. Ou seja, não estando em vigor unicamente pelo transcurso da *vacatio legis* e sendo essa informação de conhecimento comum⁸⁷, os atropelamentos legislativos foram fruto de um sério “cochilo do poder legislativo.”⁸⁸

Além disso, a incongruência linguística apresentada pela redação do Estatuto contribui para mais uma vez se desacreditar na qualidade técnica do legislador. É para esse aspecto, aliás, que chamam atenção Mariana Alves Lara e Fábio Queiroz Pereira ao comentarem a redação do art. 114 do referido Estatuto, o qual alterou a redação do art. 1500 do Código Civil⁸⁹:

O Estatuto, equivocadamente, volta a fazer uso da palavra matrimônio, que foi substituída por casamento no Código Civil de 2002, no intuito de afastar o cunho religioso da primeira expressão. Ainda, o que é mais absurdo, o Estatuto fala em idade núbia, quando o correto seria idade núbil. Núbia se refere a uma região no nordeste da África e não à idade para casamento.⁹⁰

Por seu turno, no campo do Direito Comparado a conclusão a que se chega não é diferente. Uma simples comparação com outros diplomas normativos é suficiente

⁸⁷ A *vacatio legis* do Estatuto da Pessoa com Deficiência foi de 180 dias, contados a partir de 6 de julho de 2015, data de sua publicação. Por sua vez, a *vacatio legis* do Código de Processo Civil foi de um ano, contado da publicação que ocorreu em 17 de março de 2015.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 94

⁸⁹ Art. 114, § 2º, A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador

⁹⁰ LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Proteção ou desproteção?* In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 115-152.

para trazer à tona a má técnica legislativa empregada. Veja-se, a título de exemplo, a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.⁹¹

Esta, em seu artigo I, ao definir a deficiência como sendo “uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”, parece se aproximar do Estatuto da Pessoa com Deficiência. A contrariedade entre os documentos, no entanto, se revela notória ainda no supracitado artigo I, pois, segundo sua redação, a criação de um sistema diferenciado não representa discriminação, ao contrário, se revela condição *sine qua non* para a efetiva e adequada proteção do deficiente⁹²:

Artigo I. Ponto 2. Alínea b. Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado-parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação.

Vê-se, portanto, que não se poderia requerer da Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência melhor técnica legislativa com vista à proteção e à inclusão do deficiente, vez que ela dispensou tratamento diferenciado à pessoa com deficiência, conforme era a intenção do sistema de incapacidades descrito na redação original do Código Civil, o qual foi revogado pelo legislador sob o pretexto de pretensão combate a uma inexistente discriminação legal.

⁹¹ KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. *A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes*. Migalhas de Peso. Publicado em: 12/08/2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

⁹² KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. *A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes*. Migalhas de Peso. Publicado em: 12/08/2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

Ademais, nesse ponto, não se pode olvidar que em diversos países, mesmo após a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, não se excluiu a possibilidade de reconhecimento da incapacidade de agir de pessoas com deficiência mental e intelectual decorrentes de redução ou ausência de discernimento. “É o caso, entre outros, de Portugal (art. 138, CC/1966), Itália (arts. 414-415, CC/1942), Espanha (art. 200, CC/1889) e França (art. 425, CC/1804),”⁹³ países em que o poder legislativo buscou adequadamente criar meios de atender o deficiente de forma que o fomento à liberdade não acabasse por se desdobrar em vulnerabilidade. Novamente se comprova: a exclusão das pessoas com deficiência do rol de incapazes não era uma necessidade, tal qual defendiam os legisladores, sendo fruto apenas de uma equivocada interpretação.

Vitor Frederico Kümpel e Bruno de Ávila Borgarelli ao comentarem o caso brasileiro acertadamente asseveram que:

Lá fora, a mudança opera com cautela, avaliando antes as deficiências do sistema vigente e, daí, propondo-se novos meios de tratamento da matéria. O olhar sobre a situação dos indivíduos então “excluídos da plena capacidade orienta de fato a lei, que busca melhorar seu processo de inclusão. Já a lei que aqui discutimos (13.146) passa muito longe disso. Numa sofreguidão delirante, tenta criar uma inflexão revolucionária em um tema que merece sempre um tratamento delicado.”⁹⁴

A pressa na tramitação e aprovação do Projeto de lei, que redundou no Estatuto da Pessoa com Deficiência, aliada à falta de técnica legislativa evidenciada pela desatenção do legislador às normas já existentes, bem como pela incongruência terminológica, acabou por acarretar a desproteção daqueles que se buscava proteger.

⁹³ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. *O Itinerário Legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 65-100.

⁹⁴ KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. *A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes*. Migalhas de Peso. Publicado em: 12/08/2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

2.3. As Consequências e Desproteções Geradas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência

José Fernando Simão ao se referir sobre a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência aduz que: “se em termos gerais o Estatuto é positivo, inclusivo e merece nosso aplauso, em termos de direito civil temos problemas incontornáveis e atecnia seríssimas”.⁹⁵

Ao que tudo indica, grande parte dos acima referidos “problemas incontornáveis e atecnia seríssimas” decorreu do aqui mencionado sistema de incapacidades advindo do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual, desconsiderando o princípio constitucional da vedação ao retrocesso, acabou por submeter a pessoa com deficiência a um sistema que não a protege com a mesma intensidade com que fazia a boa, velha e revogada legislação. Vejam-se algumas das desproteções geradas.

2.3.1. A Invalidade dos Negócios Jurídicos

Como visto anteriormente, os artigos 3º e 4º do Código Civil, levando em consideração a diversidade de condições pessoais e a maior ou menor profundidade da redução do discernimento, gradua a incapacidade do individuo, classificando-o em relativamente incapaz ou em absolutamente incapaz.

Acerca dos absolutamente incapazes, com o claro intuito de protegê-los de um eventual prejuízo decorrente de sua falta de discernimento, a lei civil considera nulo o ato por ele pessoalmente praticado sem a devida representação (art. 166, Inciso I, do Código Civil).

Por sua vez, em se tratando de ato praticado por relativamente incapaz sem a atuação de seu assistente, o ordenamento jurídico, com o mesmo fim protetivo, o considera anulável (art. 171, inciso I, do Código Civil).

⁹⁵ SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade (Parte I)*. Publicado em: 06 de Agosto de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018.

Embora as mudanças ocasionadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência na teoria das incapacidades não tenham alterado o supracitado tratamento legislativo, acabaram por acarretar um esvaziamento do referencial teórico por detrás da sistemática do Código.⁹⁶ E isso se afirma por que com as mudanças introduzidas pela nova lei, os atos praticados pela pessoa com deficiência mental ou intelectual passaram a não ser mais considerados nulos ou anuláveis⁹⁷, tendo em vista o fato de tais pessoas não mais se enquadrarem às hipóteses de incapacidades contidas na legislação civil.

Assim, por mais absurdo que possa parecer, com exceção dos casos de ausência de expressão de vontade – contemplados pela hipótese de incidência do inciso III, do art. 4º, do Código Civil – passaram a ser os atos praticados pelo deficiente mental ou intelectual plenamente válidos, haja vista a plenitude da capacidade conferida a essas pessoas pela nova lei. Dessa forma, pode o deficiente mental sem discernimento praticar atos da vida civil de maneira pessoal e autônoma, a despeito de qualquer possível prejudicialidade que isso possa ocasionar-lhe. Os efeitos podem ser desastrosos.

É, aliás, o que bem observou a Juíza de Direito Renata Barros Souto Maior Baião, do Tribunal de Justiça de São Paulo, no processo nº 1128917-89.2015.8.26.0100, em que se discutia a validade de um contrato de crédito firmado entre a requerente “Portoseg S/A Crédito Financiamento e Investimento” e o requerido Carlos André Balthazar, considerado absolutamente incapaz. Na ocasião, afastando a responsabilidade do incapaz ao pagamento de fatura vencida– com fundamento no art. 166, inciso I, do Código Civil, tendo em vista a incapacidade do requerido – não deixou de pontuar a magistrada que tal decisão somente foi possível por não se aplicar ao caso o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146/2015 –, o qual considera o deficiente mental sem discernimento pessoa plenamente capaz, contra quem correm os prazos decadenciais e prescricionais:

⁹⁶ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. *O Itinerário Legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 65-100.

⁹⁷ LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Proteção ou desproteção?* In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 115-152.

Por fim, ressalto que, tendo em vista que o negócio jurídico foi firmado em 2013, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei nº. 13.146/15, que passou a considerar pessoas com deficiência mental plenamente capazes para exercerem todos os atos da vida civil, são aplicáveis os artigos 3º e 4º do Código Civil anteriormente às alterações. Assim, plenamente possível a alegação de incapacidade do réu para realização do negócio jurídico ora discutido.⁹⁸

Outra não foi a consideração feita pela Juíza de Direito Renata Meirelles Pedreño ao julgar o processo nº 1004300-95.2015.8.26.0152, em que se discutia a nulidade de um contrato de compra e venda de imóvel celebrado com incapaz.

Trata-se de ação ordinária de nulidade de negócio jurídico formalizado por meio de compromisso de compra e venda (fls. 26/40), em face da ausência de capacidade civil da autora para a venda do imóvel objeto do litígio.

De início, ressalto que, tendo em vista que o negócio jurídico foi firmado em 29 de janeiro 2015, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei no. 13.146/15, que passou a considerar pessoas com deficiência mental plenamente capazes para exercer todos os atos da vida civil, são aplicáveis os artigos 3º e 4º do Código Civil anteriormente às alterações.

Assim, plenamente possível a alegação de incapacidade da autora para realização do negócio jurídico ora discutido.

(...)

isto posto, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos iniciais, e extingo o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC, para declarar nulo o compromisso de compra e venda formalizado entre as partes, referente ao imóvel constante da matrícula no. 9.431 do CRI de Cotia, declarando a autora proprietária de referido bem e, por conseguinte, antecipo os efeitos da tutela para manter a autora na posse do referido imóvel.⁹⁹

⁹⁸ Retirada do Banco de Sentenças de 1º Grau do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?cdProcesso=2S000JAIF0000&cdForo=100&cdDoc=59288340&cdServico=800000&tpOrigem=2&flOrigem=P&nmAlias=PG5JM&ticket=s95oU%2F6j2impvuoV56F%2BRMo7DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvvsfS%2BaqdMti1rFEK9C7aspElur%2Bk8m8uHYKEq9vnBjyqSA7flGRkiQ6YRlbKx32jM4td353xa%2Bp5EIA%2BEizkwYB1B926jpJO DYYc5mMm65Z5y6Zzrpy2b5xLoHITkEWDrdini1yGHogze3IfPFVg%3D%3D>

⁹⁹ Retirada do Banco de Sentenças de 1º Grau do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?cdProcesso=480001PVN0000&cdForo=152&cdDoc=39133262&cdServico=800000&tpOrigem=2&flOrigem=P&nmAlias=PG5GRU&ticket=s95oU%2F6j2impvuoV56F%2BRMo7DbARQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvArYHibluF5LFGWH%2BdfGkipElur%2Bk8m8uHYKEq9vnBjyqSA7flGRkiQ6YRlbKx32o%2BPn7r7Eku4vy501aZtFLVtaJPMY4UVO UCLDAP6zOjt3P5PTpjCNe6HlbgnsrL0tGIVKBItoUGU4fP%2FD3Tob3w%3D%3D>

2.3.2. A Prescrição e a Decadência

Outrossim, não se pode passar ao largo quanto a indireta influência do Estatuto da Pessoa com Deficiência sobre os institutos da prescrição e da decadência. Isso por que, ao dispor sobre os referidos institutos quando da promulgação do Código Civil, o legislador atrelou, em parte, sua constatação às hipóteses de incapacidade. Observe:

Art. 198. Também não corre a prescrição:
I – contra os incapazes de que trata o art. 3º

Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.

Dessa forma, alteradas as hipóteses de incapacidade absoluta e, por conseguinte, afastada a suspensão da prescrição e da decadência em relação ao deficiente mental e intelectual, os prazos passaram a correr naturalmente, “restando suprimido direito relevante que lhes era garantido pela redação original do Código Civil.”¹⁰⁰ É o que observa Nelson Rosenvald:

A partir da vigência da Lei 13.146/2015, mesmo que a pessoa deficiente esteja sob curatela, a prescrição e a decadência correrão contra ela. A teor dos artigos 198, I e 208 do CC, a prescrição e a decadência apenas não fluem contra os absolutamente incapazes (que serão apenas os menores de 16 anos).¹⁰¹

Exemplificando a desvantajosa inovação legal, Gustavo Rene Nicolau pontua:

Assim, se uma pessoa com uma deficiência mental profunda e avançada for credora de uma certa quantia em dinheiro, mas não efetuar a cobrança

¹⁰⁰ MARTINS, Silvia Portes Rocha. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as Alterações Jurídicas Relevantes no Âmbito da Capacidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais Online. Vol. 974/2016, p. 225-243, dez/2016.

¹⁰¹ ROSENVALD, Nelson. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência: 11 perguntas e respostas*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-para-conhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Publicado em: 05 de outubro de 2015. Acesso em: 28 de fevereiro de 2018.

nos prazos assinalados em lei por meio de seu curador, a pretensão estará fulminada pela prescrição, causando-lhe enorme prejuízo.¹⁰²

Com razão Marlon Tomazette e Rogério Andrade Cavalcanti Araújo, ao asseverarem que equiparar os deficientes aos não deficientes foi contemplar da pior forma possível o pressuposto igualitário, pois “desigualar os deficientes, em algumas hipóteses, atende mais ao princípio da isonomia, no sentido material, do que dispensar regramento idêntico ao das pessoas sem deficiência, mormente quando a diferenciação está justificada pelo caráter protetivo.”¹⁰³

2.3.3. A Capacidade para Contrair Matrimônio

Questão de igual modo relevante diz respeito ao artigo 1550 do Código Civil, vez que, ante a nova redação, passou a possibilitar o casamento da pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil por meio da expressão direta de sua vontade ou ainda por meio de seu responsável ou curador legal. Confira-se:

Art. 1550.

(...)

§ 2º 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.

Superada a discussão acerca das inadequações terminológicas presentes no referido artigo¹⁰⁴, percebe-se que a inovação foi recebida positivamente por grande parte da doutrina. É o que atestam as elogiosas considerações feitas por Flávio Tartuce. Segundo o mencionado autor, com a inclusão do §2º no art. 1550, “mais uma vez nota-se o objetivo de plena inclusão social da pessoa com deficiência, especialmente para os

¹⁰² NICOLAU, Gustavo Rene. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência Protege o Incapaz? Não*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-protege-o-incapaz--nao/15733>> Publicado em: 03 de setembro de 2015. Acesso em: 27 de fevereiro de 2018.

¹⁰³ TOMAZETTE, Marlon; ARAÚJO, Cavalcanti Rogério Andrade. *Crítica à Nova Sistemática da Incapacidade de Fato Segundo a Lei 13.146/15*. Publicado em 09/2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42271>>.

¹⁰⁴ Vide Item 2.2, p. 35.

atos existenciais familiares, afastando-se a tese de que o casamento poderia ser-lhe prejudicial.”¹⁰⁵

Inicialmente, de modo semelhante José Fernando Simão enaltece a inovação legislativa aduzindo que “para fins de casamento houve um avanço, pois não poderiam os deficientes continuarem a ser alijados da formação de família por meio do casamento ou mesmo da união estável.”¹⁰⁶ No entanto, não deixa o referido autor de pontuar um novo problema advindo da lei: a inauguração da possibilidade de que a manifestação de vontade do deficiente mental e intelectual para o casamento seja feita por intermédio de seu responsável ou curador legal.

Sendo a vontade ato personalíssimo e pressuposto primordial para a realização do casamento, a transferência de sua manifestação importa, necessariamente, em contrariedade ao instituto. As consequências podem ser nefastas nos âmbitos patrimonial e pessoal, conforme assevera Larissa Muhana Dáu Costa:

“Admitir que a vontade do nubente possa ser expressada mediante o seu responsável ou curador contraria a personalidade do instituto, além de, igualmente, escancarar possibilidades para fraudes perpetradas pelo matrimônio decorrente apenas da pretensão dos responsáveis e curadores”.¹⁰⁷

Moacyr Petrocelli, em sentido semelhante, demonstra preocupação com a inovação por conta de suas inconsistências e contradições. Segundo o autor:

Admitir a manifestação da vontade pelo curador carece de lógica jurídica e contraria a natureza personalíssima do casamento. A escorregada legislativa aqui foi tamanha que houve ululante contradição com o próprio

¹⁰⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v.5: Direito de Família* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017, p. 99.

¹⁰⁶ SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade (Parte II)*. Publicado em: 07 de Agosto de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018.

¹⁰⁷ COSTA, Larissa Muhana Dáu. *Casamento do Portador de Deficiência: Improriedades do Novo Regramento Trazido pela Lei nº 13.146/2015*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9842/Casamento-do-portador-de-deficienciaimproriedades-do-novo-regramento-trazido-pela-Lei-13146-2015>> Publicado em: 09 de julho de 2016. Acesso em: 28 de fevereiro de 2018.

art. 85 do Estatuto, que determina a atuação do curador do deficiente tão somente para os atos de natureza patrimonial e negocial.¹⁰⁸

Por sua vez, problemática foi também a revogação do inciso I do art. 1548 – o qual disciplinava a nulidade do casamento celebrado por enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil –, pois a doutrina e a jurisprudência entendia majoritariamente que a essa regra se enquadravam os incapazes referidos no inciso II, do art. 3º.¹⁰⁹ Sendo assim, sua revogação, aliada à redação do art. 6º da Lei nº 13.146/2015, acabou por possibilitar a celebração indiscriminada de casamento por essas pessoas.¹¹⁰

Dessa forma, o Estatuto da Pessoa com Deficiência mais uma vez se mostra contraproducente, pois possibilitar o casamento de pessoa sem discernimento não parece ser uma medida protetiva, máxime, quando há a possibilidade da manifestação de vontade ser do curador e não do curatelado.¹¹¹ É o que asseveram Marlon Tomazette e Rogério Andrade Cavalcanti Araújo, para quem “tão grave quando generalizar a vedação ao casamento é permitir que ele sempre ocorra.”¹¹²

2.3.4. A Responsabilidade Civil

Em termos de responsabilidade civil, os prejuízos aos deficientes estão também presentes.

Acerca da responsabilidade civil do incapaz preceitua o *caput* do art. 928 do Código Civil que:

¹⁰⁸ RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: a Revisão da Teoria das Incapacidades e os Reflexos Jurídicos na Ótica do Notário e do Registrador*. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 17, n. 99, jan./ fev. 2016, p.43.

¹⁰⁹ Nesse sentido: Enunciado nº 332 da IV Jornada de Direito Civil.

¹¹⁰ TARTUCE, Flávio. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 757/2015: altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374546&disposition=inline>> Acesso em: 22 de março de 2018.

¹¹¹ SANTOS, Ivana Assis Cruz. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as Alterações no Código Civil de 2002*. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 17, n. 99, jan./ fev. 2016, p. 22-26, p.32.

¹¹² TOMAZETTE, Marlon; ARAÚJO, Cavalcanti Rogério Andrade. *Crítica à Nova Sistemática da Incapacidade de Fato Segundo a Lei 13.146/15*. Publicado em 09/2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42271>>.

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.

Como se sabe, anteriormente considerados absoluta ou relativamente incapazes, os deficientes mentais ou intelectuais com discernimento reduzido são hoje, pela nova redação dos artigos 3º e 4º do Código Civil, pessoas plenamente capazes.

Assim, embora na sistemática passada os deficientes mentais e intelectuais com discernimento reduzido pudessem responder pelos danos causados, a responsabilização se dava de maneira subsidiária, ou seja, apenas se seus curadores ou responsáveis legais não dispusessem de patrimônio suficiente para o pagamento da indenização. Diferentemente do que acontece hoje, em que a responsabilidade do deficiente mental ou intelectual com discernimento reduzido é direta, tendo em vista a sua plena capacidade conferida pela lei.¹¹³

Ora, difícil é vislumbrar também nesse ponto o alegado avanço protetivo da lei, tendo em vista a supressão de direitos ocasionada pela atribuição de capacidade plena a quem pelas incapacidades intelectuais não a possui.

2.3.5. A Curatela

No campo da curatela uma peculiar situação foi inaugurada com o advento da Lei nº 13.146/2015.

Tradicionalmente, a curatela sempre foi definida como sendo o instituto de direito assistencial pelo qual, por meio da representação (para os absolutamente incapazes) e da assistência (para os relativamente incapazes), se buscava proteger os interesses dos maiores incapazes.¹¹⁴ Com a nova lei, no entanto, a sua sistemática foi

¹¹³ SANTOS, Ivana Assis Cruz. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as Alterações no Código Civil de 2002*. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 17, n. 99, jan./ fev. 2016, p. 22-26, p.31.

Nesse sentido: RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: a Revisão da Teoria das Incapacidades e os Reflexos Jurídicos na Ótica do Notário e do Registrador*. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 17, n. 99, jan./ fev. 2016, p.41

¹¹⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil. Volume Único. 7. ed. rev., ampl., atual.* – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1509

alterada: abriu-se a possibilidade de que o instituto passasse a ser aplicado mesmo para pessoas plenamente capazes, é o que se depreende de seu artigo 84.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Assim, ante a supracitada inovação, inequívocas foram as dúvidas surgidas à época quanto ao tratamento legal que seria dado ao deficiente mental ou intelectual com discernimento reduzido. Sendo pessoa plenamente capaz sujeito à curatela seria o mesmo representado, assistido ou estaria ele sujeito a um novo regime?¹¹⁵ Cabendo ao curador representá-lo ou assisti-lo qual seria a consequência da prática do ato pelo deficiente sem o seu curador?

A recente promulgação da lei e seu consequente curto lapso de vigência impedem uma análise apurada acerca do tratamento dado pelos tribunais à mencionada questão. A uma primeira vista, no entanto, depreende-se das sentenças de primeiro grau que têm optado os juízes por nem mesmo reconhecerem a capacidade plena dos deficientes, dispensando-lhes, indiscriminadamente, o enquadramento ao inciso III, do art. 4º do CC, ou seja, reconhecendo-os como relativamente incapazes.¹¹⁶

Acerca desse tratamento jurídico, Pablo Stolze, expressando sua inconformidade, assevera que se configura imprecisão técnica considerar-se incapaz a pessoa com deficiência mental ou intelectual com discernimento reduzido, tendo em vista

¹¹⁵ SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade (Parte II)*. Publicado em: 07 de Agosto de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018.

¹¹⁶ No TJ/SP veja-se: Processo Digital: nº. 1020082-94.2015.8.26.0071, nº.100088605.2016.8.26.0104, nº 1000230-36.2018.8.26.0344, nº. 1013191-81.2017.8.26.0008, nº.1007770-86.2016.8.26.0577, nº. 1022148-23.2016.8.26.0003.

ser ela, pela nova lei, dotada de capacidade plena, ainda que submetida a institutos assistenciais para a condução de sua vida.¹¹⁷

De igual forma, José Fernando Simão, fazendo alusão à imprecisão técnica observada nas sentenças de primeiro grau, assevera que a orientação do Estatuto é clara quanto ao deficiente com discernimento reduzido: “mesmo com a curatela, não temos uma pessoa incapaz.”¹¹⁸

Não é outro o entendimento de Mariana Alves Lara e Fábio Queiroz Pereira para quem:

Considerar um deficiente mental ou intelectual como relativamente incapaz (em consonância com o art. 4º, III, do Código Civil) é hipótese que se deve admitir somente de modo excepcional, para situações como a de uma pessoa com paralisia cerebral severa ou a de um indivíduo portador de mal de Alzheimer, em seu estágio final, tendo em vista que os referidos sujeitos não tem efetivamente a possibilidade de exprimir qualquer vontade.

(...)

Uma interpretação inadequada poderia tentar inserir esses indivíduos no âmbito daqueles que não conseguem exprimir sua vontade. É de se destacar, no entanto, que o referido dispositivo voltava-se principalmente para aqueles que se encontravam em situação de coma sem que conseguissem se fazer comunicar.

Além disso, um deficiente mental, com sério comprometimento em sua capacidade de cognição, pode ser capaz de expressar sua vontade, sem que, no entanto, essa vontade seja acompanhada de uma correlata qualidade que a faça ser tomada como vinculativa no ordenamento jurídico.¹¹⁹

Ao que parece, os juízes, com vistas à melhor proteção do deficiente, acabaram por deliberadamente decidir contrariamente à lei.¹²⁰

¹¹⁷ STOLZE, Pablo. *Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil*. Revista Jus Navigandi, Teresina. nº 4411, 30 de julho de 2015, p. 2. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381>>

¹¹⁸ SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade (Parte II)*. Publicado em: 07 de Agosto de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018.

¹¹⁹ LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Proteção ou desproteção?* In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 115-152.

¹²⁰ Esse tema será melhor abordado no terceiro capítulo desse estudo, o qual versará acerca das possíveis soluções às desproteções ocasionadas pela lei nº 13.146/2015

Como se não bastasse a inovação constante no art. 84, o Estatuto da Pessoa com Deficiência achou por bem limitar o instituto da curatela aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, conforme se observa de seu art. 85.¹²¹

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

§ 1º A defini o da curatela não alcança o direito ao próprio corpo,   sexualidade, ao matrim nio,   privacidade,   educa o,   saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motiva es de sua defini o, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situa o de institucionaliza o, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Mais uma vez relevantes foram os questionamentos acerca do tratamento jurídico que se daria aos casos em que necessário fosse a prática de atos de natureza não patrimonial ou não negocial por aqueles anteriormente considerados absolutamente incapazes.

Quanto ao tema, a jurisprudência parece divergir.   o que se depreende, por exemplo, de uma rápida análise das sentenças exaradas pelos juízes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹²².

Ao julgar o processo não 1009499-84.2015.8.26.0577, o Juiz de Direito José Eduardo Cordeiro Rocha, reconhecendo o diagnóstico de retardo mental moderado da requerida a enquadr o, nos termos do art. 4 , inciso III, do CC, como relativamente incapaz e nomeou-lhe como representante (e não assistente) para todos os atos da vida civil (e não apenas para os atos negociais ou patrimoniais) sua mãe:

¹²¹ OLIVEIRA, Leonardo Alves. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei não 13.146/2015), seus Direitos e o Novo Paradigma da Capacidade Civil*. Revista Jurídica:  rg o nacional de doutrina, jurisprudência, legisla o e crítica judiciária. Ano 64, não 470, Dezembro de 2016, p. 47-48.

¹²² A escolha pela utiliza o de julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se deu única e exclusivamente pelo acesso facilitado ao seu banco de sentenças. Os tribunais, em sua quase totalidade, mant m os casos que envolvem curatela sob sigilo, restringindo, dessa forma, o seu acesso público pela internet.

Em razão do grau de comprometimento cognitivo da requerida, conforme bem elucidado pelo laudo médico, em que se pontuou, quanto ao Estatuto do Deficiente, que *não há como definir para quais atos da vida civil a interditando Eglantina dos Santos Costa estaria capacitada, mesmo com ajuda* (fl. 110), o caso em tela exige amplitude no exercício da curatela, cabendo à requerente, além da representação da requerida, o dever de garantir a estrutura necessária para sua subsistência, com os cuidados voltados para o bem estar e segurança, além da administração do patrimônio e dos rendimentos percebidos – atos de natureza patrimonial e negocial, nos termos do artigo 85 da Lei no 13.146/2015.

(...)

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** a ação ajuizada por **S.S.C.** e, por via de consequência, declaro **E.S.C.** incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, nos termos do artigo 4o, inciso III, do Código Civil.

À curadora caberá a representação da curatelada e também o dever de garantir a estrutura necessária para sua subsistência e demais cuidados cotidianos voltados ao bem estar e segurança, além de administrar o patrimônio e rendimentos a ela pertencentes.

Por sua vez, a juíza Vanessa Aufiero da Rocha, ao julgar o processo nº 1014874-90.2016.8.26.0590, em que se requeria a interdição de pessoa diagnosticada com transtornos mentais e comportamentais, bem como com demência, incapaz de entender até mesmo o conteúdo do mandado judicial, a considerou igualmente relativamente incapaz, restringindo, no entanto, sua curatela apenas aos atos de natureza negocial e patrimonial.

Ante o exposto, extinguindo o feito, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para: a) declarar Cicero Alves dos Santos parcialmente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, consistentes em emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado e naqueles que não sejam de mera administração; b) nomear Curadora do requerido Joeli de Almeida Santos, a qual deverá representa-lo naqueles atos.

A questão está longe de ser pacificada e no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já é tema de incidente de inconstitucionalidade sob a análise do órgão especial.¹²³

Na referida demanda, pertinentes são os questionamentos do Ministério Público:

pelos provas dos autos, verifica-se que a requerida é absolutamente

¹²³ APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.17.034419-6/001- MG

incapaz para a prática dos atos normais da vida civil, o que a impede de exprimir sua vontade livre e consciente. **"como permitir que a curatelada somente nos atos negociais seja assistida? Como ficará sua vida em relação a diversos outros atos como, por exemplo, tratamentos médicos, administração de medicamentos, voto e vida sexual?"**.¹²⁴

A má técnica legislativa evidenciada por uma equivocada interpretação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como da redação original do Código Civil produziu um documento normativo que, embora objetivasse a inclusão do deficiente, acabou por promover a sua desproteção.

Com efeito, requerem-se correções na teoria das incapacidades a fim de se possibilitar a inclusão e proteção efetivas às pessoas que não se comunicam ou não possuem discernimento suficiente, independentemente de sua carência de lucidez decorrer de deficiência ou de qualquer outro motivo. Com essa finalidade, acusa-se, no Capítulo 3 dessa monografia, a opinião de civilistas quanto às possíveis soluções para essa lei que, por suas atecnias já nasceu fadada ao descumprimento.

¹²⁴ APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.17.034419-6/001- MG

CAPÍTULO 3 – POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA AS ATECNIAS E DESPROTEÇÕES OCASIONADAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

3.1 A Interpretação Jurisprudencial e o Princípio da Vedação ao Retrocesso

À lista de problemas oriundos da Lei nº 13.146/2015, mencionada no capítulo anterior, pode-se ainda acrescentar uma quantidade inumerável de disfunções. O fim da presunção de necessidade quanto à prestação de alimentos aos anteriormente considerados maiores incapazes (art. 1590 do CC), bem como a abolição da dispensa da aceitação de doação pelo deficiente mental ou intelectual com discernimento reduzido (art. 543 do CC) testificam a veracidade da assertiva acima.

Assim, ante uma legislação que, como visto, se mostra prejudicial, medidas são requeridas a fim de se possibilitar a efetiva inclusão e proteção da pessoa com deficiência.

Nesse contexto, a interpretação jurisprudencial tem se apresentado como uma primeira forma de solução aos efeitos lesivos advindos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois, com vista à garantia da proteção mínima, os juízes têm, em muitos casos, relativizado a aplicação da lei. É o que se depreende de vários julgados de 1º grau do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹²⁵ nos quais, além de não se reconhecer a plena capacidade do deficiente mental ou intelectual com discernimento reduzido, tem sido a curatela estendida a todos os atos da vida civil, a despeito de a redação do art. 85 da Lei nº 13.146/2015 limitar a aplicação do instituto aos atos de natureza patrimonial e negocial. Confira-se:

Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para DECRETAR a **interdição** de Edson dos Santos, brasileiro(a), solteiro, RG 29.850.635-X, CPF 166.871.988-66, residente na Rua Eleodoro Essus, 02, casa 02, Itaim Paulista/SP, **para todos os atos da vida civil**, nomeando Helho dos Santos, curador(a) definitivo(a), RG 28226599-5 e CPF 872.847.318-34,

¹²⁵ A escolha pela utilização de julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se deu única e exclusivamente pelo acesso facilitado ao seu banco de sentenças. Os tribunais, em sua quase totalidade, mantém os casos que envolvem curatela sob sigilo, restringindo, dessa forma, o seu acesso público pela internet.

residente na Rua Eleodoro Essus, 02, casa 02, Itaim Paulista/SP. A causa da interdição é desenvolvimento mental retardado e epileptoidia, em virtude de deficiência mental grave, subgrupo da Oligofrenia (F.72 pelo CID-10) o que lhe causa **incapacidade relativa (...)**¹²⁶

Nadilson Ronaldo da Silva requereu a interdição de Daniel Barbosa da Silva, sob a alegação de que, em virtude de anomalia psíquica o(a) interditando(a) encontra-se incapacitado(a) de reger sua pessoa e administrar seus bens.

O(A) representante do Ministério Público opinou favoravelmente ao pedido.

Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para DECRETAR a **interdição** de Daniel Barbosa da Silva, brasileiro(a), solteiro, RG 466490768, CPF 389.557.538-02, residente na Rua Coqueiro Carandá, 82, casa A, Jd. dos Ipês/SP, **para todos os atos da vida civil**, nomeando Nadilson Ronaldo da Silva, curador(a) definitivo(a), RG 15.261.180-0 e CPF 037.417.768-66, residente na Rua Coqueiro Carandá, 32, casa B, Jd. dos Ipês/SP. A causa da interdição é desenvolvimento mental retardado e Epilepsia, em virtude de deficiência mental acentuada, subgrupo da Oligofrenia (F.71 pelo CID-10) o que lhe causa **incapacidade relativa.**¹²⁷

Em razão do grau de comprometimento cognitivo da requerida, conforme bem elucidado pelo laudo médico, em que se pontuou, quanto ao Estatuto do Deficiente, que **não há como definir para quais atos da vida civil a interditando Eglantina dos Santos Costa estaria capacitada, mesmo com ajuda** (fl. 110), **o caso em tela exige amplitude no exercício da curatela**, cabendo à requerente, além da representação da requerida, o dever de garantir a estrutura necessária para sua subsistência, com os cuidados voltados para o bem estar e segurança, além da administração do patrimônio e dos rendimentos percebidos – atos de natureza patrimonial e negocial, nos termos do artigo 85 da Lei no 13.146/2015.

(...)

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** a ação ajuizada por S.S.C. e, por via de consequência, declaro **E.S.C.** incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil, nos termos do artigo 4o, inciso III, do Código Civil.

À curadora caberá a representação da curatelada e também o dever de garantir a estrutura necessária para sua subsistência e demais cuidados cotidianos voltados ao bem estar e segurança, além de administrar o patrimônio e rendimentos a ela pertencentes.¹²⁸

Com efeito, apesar de salutar, o referido tratamento jurisprudencial resolve apenas singela parte dos problemas advindos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, deixando de responder a importantes questões como, por exemplo, as relativas à prescrição, à decadência e à nulidade dos atos praticados pelos deficientes mentais ou

¹²⁶ No site do TJ/SP veja-se: processo nº 1012261-72.2017.8.26.0005

¹²⁷ No site do TJ/SP veja-se: processo nº 1000210-29.2017.8.26.0005

¹²⁸ No site do TJ/SP veja-se: processo nº 1009499-84.2015.8.26.0577

intelectuais com discernimento reduzido. Não bastasse isso, sua natureza não vinculativa contribui para a impotência do referido método como forma de solução coletiva para a garantia dos direitos da pessoa com deficiência.

Nessa perspectiva, vislumbrando mais adequada solução, Mariana Alves Lara e Fábio Queiroz Pereira propõem que o tema seja tratado pelo Supremo Tribunal Federal por meio do controle de constitucionalidade, tendo-se por parâmetro os direitos fundamentais consagrados na Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, haja vista sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do procedimento especial descrito no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, o qual confere à norma status equivalente ao de Emenda Constitucional.¹²⁹

Para os referidos autores uma interpretação conforme a Constituição, nesse caso, “ serviria para escolher o sentido mais favorável às pessoas com deficiência, buscando-se preservar a finalidade mesma da lei e evitando-se o retrocesso quanto aos direitos já adquiridos por essa parcela da população”, ao contrário do que se fez por meio da promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo em vista as equivocadas interpretações do legislador acerca da CDPD .¹³⁰

Dessa forma, possível seria, pelo Supremo Tribunal Federal, o estabelecimento da manutenção e da perpetuidade das normas protetivas já legisladas, em consonância com o princípio da vedação ao retrocesso, segundo o qual:

(...) veda-se ao legislador a possibilidade de, injustificadamente, aniquilar ou reduzir o nível de concretização legislativa já alcançado por um determinado direito fundamental social, facultando-se ao indivíduo recorrer à proteção, em esfera, contra a atuação retrocedente do Legislativo, que se pode consubstanciar numa revogação pura e simples da legislação concretizadora ou mesmo na edição de ato normativo que venha a comprometer a concretização já alcançada.¹³¹

¹²⁹ LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Proteção ou desproteção?* In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 115-152.

¹³⁰ Ibid., p. 115 -152.

¹³¹ DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 240.

Ingo Wolfgang Sarlet, ratificando a importância da aplicação do mencionado princípio frente aos possíveis retrocessos sociais operados pelo legislador, aduz que:

em se admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador, bem como dos órgãos estatais em geral, ao núcleo essencial já concretizado no âmbito dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, porquanto o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social apenas cumpre uma ordem do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição.¹³²

É partindo dessa premissa que a jurista Cristina Queiroz afirma que a proibição de retrocesso social determina que, uma vez consagradas legalmente as prestações sociais, o legislador não pode em seguida eliminá-las sem antes estabelecer alternativas ou compensações.¹³³

No mesmo sentido é o magistério de Luiz Roberto Barroso, para quem “uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição.”¹³⁴

Posto isto, sendo a interpretação conforme a Constituição, ao considerar o princípio da vedação ao retrocesso, meio possível para se corrigir os prejuízos advindos da nova lei, não podem as pessoas com deficiência mental ou intelectual com discernimento reduzido serem alijadas dos direitos advindos do antigo sistema de incapacidades do Código Civil.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 455-456.

¹³³ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 102.

Nesse sentido, aduz José Joaquim Gomes CANOTILHO, em seu livro “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*” na página 340 que: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado por meio de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 152.

Em consonância com essa abordagem, Alexandre Barbosa da Silva aduz que:

O formalismo da lei (...) deverá ser relevado, por decisão coerente e fundamentada, em nome da justiça do caso concreto, que permita a realização do ânimo constitucional de construir uma sociedade justa e solidária, com a proteção da pessoa com deficiência. Este ânimo, para longe de dúvidas, foi corporizado na Convenção de Nova York e na Lei Brasileira de Inclusão.¹³⁵

Ademais, nessa linha merece registro o voto do Ministro Celso de Melo no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 745.745/MG segundo o qual:

(...) o princípio da proibição do retrocesso em tema de direitos fundamentais de caráter social impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”, 1a ed./2a tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 40, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor; INGO W. SARLET, “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, *in* “Interesse Público”, p. 91/107, n. 12, 2001, Notadez; THAIS MARIA RIEDEL DE RESENDE ZUBA, “O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso”, p. 107/139, itens ns. 3.1 a 3.4, 2013, LTr, v.g.).

3.2 O Projeto de Lei do Senado Federal nº 757/2015: Uma Solução Legislativa

Não obstante a mencionada interpretação jurisprudencial se apresentar como meio possível para a resolução dos problemas oriundos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não se pode olvidar a preocupação de parte da doutrina quanto à adoção do referido método. Isso por que, ao se atribuir ao Poder Judiciário tal incumbência, poderia se lhe estar outorgando o papel do legislador, o que não se admite

¹³⁵ SILVA, Alexandre Barbosa da. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Regime das Incapacidades: Breve Ensaio sobre Algumas Possibilidades*. In: Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). Impactos no novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 252.

no ordenamento jurídico brasileiro, conforme aduzem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de A. Nery:

O juiz deve aplicar o direito ao caso concreto, sendo-lhe vedado substituir o legislador, pois a figura do judge made law é incompatível com o sistema brasileiro de tripartição de poderes. O juiz deve aplicar a lei e não revogá-la a pretexto de atingir um ideal subjetivo de justiça.¹³⁶

Diante de tal contexto mais adequada parece ser uma solução por via legislativa¹³⁷ e é justamente o que se intenciona fazer por meio do Projeto de lei nº 757/2015, de autoria dos senadores Antônio Carlos Valadares e Paulo Paim, o qual pretende harmonizar os dispositivos do Código Civil, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código de Processo Civil relativos à capacidade das pessoas com deficiência e das demais pessoas para a prática dos atos da vida civil.¹³⁸

3.2.1 A Proposta de Alteração dos Artigos 3º e 4º do Código Civil e o Retorno à Adequada Proteção

Como visto, a Lei nº 13.146/2015 provocou significativas mudanças no âmbito da teoria brasileira das incapacidades civis, as quais acabaram por acarretar a desproteção daqueles que se buscava proteger.

Diante disso, com vistas à adequada tutela dos que, por suas limitações, não gozam das necessárias condições para a prática dos atos da vida civil de maneira pessoal, o Projeto de Lei nº 757/2015 ambiciona retomar, com adaptações, o antigo tratamento previsto no Código Civil em sua redação original.

Para isso, em relação ao artigo 3º, pretende o acréscimo de dois incisos com redações semelhantes às anteriormente contidas no Código Civil. Dessa forma, o

¹³⁶ NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil* (livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 637.

¹³⁷ Não se afasta a interpretação jurisprudencial como meio acertado de correção das anomalias decorrentes do Estatuto da Pessoa com Deficiência. No entanto, considerando-se os embates doutrinários que de tal método podem decorrer, verifica-se mais adequada a realização de uma mudança da própria lei.

¹³⁸ Art. 1º do Projeto de Lei nº 757/2015 (em sua redação original).

referido artigo passaria a considerar como absolutamente incapazes, além dos menores de dezesseis anos de idade, os que não tivessem qualquer discernimento para a prática dos atos da vida civil (conforme decisão judicial que levasse em conta a avaliação biopsicossocial), bem como os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

A tabela abaixo traz de forma esquematizada as mudanças recomendadas pelo Projeto de lei nº 757/2015 em comparação com a antiga e a atual redação do artigo 3º. Confira-se:

Código Civil de 2002 Redação Original	Código Civil Redação Atual	Código Civil Redação Original do PL Nº 757/2015
<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I – os menores de dezesseis anos;</p> <p>II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III – os que mesmo, por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.</p>	<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.</p>	<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I – os menores de dezesseis anos;</p> <p>II – os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial;</p> <p>III – os que, mesmo por causa transitória não puderem exprimir sua vontade.</p>

No que concerne à pretendida redação, a proposta de mudança chega em boa hora para frear a dramática situação imposta pela Lei nº 13.146/2015 que, na

tentativa de empoderar e respeitar as pessoas com deficiência, criou solução legislativa que deixou à própria sorte aqueles que, com deficiência ou não, se mostram incapazes de executar certos atos da vida civil.¹³⁹

Inicialmente, elogia-se a redação dada pelo Projeto de Lei nº 757/2015 ao inciso II, pois a menção apenas à falta de discernimento – e não mais à enfermidade ou à deficiência mental – é mais técnica e possibilita a abrangência da hipótese às pessoas com ou sem deficiência, enfermas ou não, afastando qualquer expectativa de conflito com a redação da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.¹⁴⁰

Outrossim, a necessidade de decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial é salutar, pois reconhece que a deficiência não mais deve ser reconhecida por meio de uma simples abordagem médica, mas sim ser antes entendida como uma composição de fatores que engloba questões sociais, ambientais, físicas e psicológicas, em consonância com o artigo 1º da CDPD:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimento 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.

Por sua vez, louvável é a almejada repriminção do inciso III.

À época da promulgação da Lei nº 13.146/2015, muitas foram as críticas quanto à alteração do rol de incapazes, principalmente quanto ao supracitado inciso, pois tendo sido revogada a antiga redação que disciplinava a incapacidade relativa para os excepcionais sem desenvolvimento mental completo (art. 4º, III,), tomou seu lugar o antigo inciso III do art. 3º. Assim, a impossibilidade de expressão de vontade, mesmo

¹³⁹ Parecer do Senador Telmário Mota, Relator do PLS nº 757/2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374503&disposition=inline>>. Acesso em: 20 de março de 2018.

¹⁴⁰ TARTUCE, Flávio. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 757/2015: altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374546&disposition=inline>> Acesso em: 22 de março de 2018.

transitória, que antes era tida como causa de incapacidade absoluta, passou a ser, na sistemática atual, causa de incapacidade relativa.¹⁴¹

Ora, se uma pessoa não pode expressar sua vontade, como poderia ser ela considerada relativamente incapaz e assim demandar a presença de um assistente e não de um representante? “Fica quase impossível imaginar como alguém em coma profundo seria assistido, por ser relativamente incapaz, e não representado, o que demandaria que fosse enquadrado como absolutamente incapaz.”¹⁴²

A respeito do tema, aduz Alexandre Barbosa da Silva que:

De fato, existe grave equívoco na ordem legislativa instaurada com o Estatuto, que foi inserir no rol dos relativamente incapazes a pessoa que, por causa transitória ou permanente, não pode expressar sua vontade. Realmente essa pessoa não se coloca coerentemente como relativamente incapaz, até porque sua condição não é de possibilidade parcial de agir, como é típico das causas de incapacidade relativa descritas no art. 4º, mas de absoluta necessidade de representação, e não assistência.¹⁴³

Sendo assim, a repriminção do inciso III traria de volta sentido técnico-jurídico à teoria das incapacidades, corrigindo um dos graves equívocos resultantes do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Com efeito, realizada a mencionada alteração, revogado estaria, conseqüentemente, o inciso III do art. 4º.¹⁴⁴ A propósito, acerca do referido artigo propõe o legislador a alteração de seu inciso II, o qual passaria a considerar como relativamente incapazes também os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por qualquer causa, tivessem discernimento severamente reduzido. Confira-se:

¹⁴¹ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *As Alterações da Teoria das Incapacidades, à Luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 17, n. 99, jan./ fev. 2016.

¹⁴² TOMAZETTE, Marlon; ARAÚJO, Cavalcanti Rogério Andrade. *Crítica à Nova Sistemática da Incapacidade de Fato Segundo a Lei 13.146/15*. Publicado em 09/2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42271>>.

Nesse sentido: CORREIA, Atalá. *Estatuto da Pessoa com Deficiência traz Inovações e Dúvidas*. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 17, n. 99, jan./ fev. 2016, p. 22-26.

¹⁴³ SILVA, Alexandre Barbosa da. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Regime das Incapacidades: Breve Ensaio sobre Algumas Possibilidades*. In: Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Impactos no novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 246.

¹⁴⁴ Por apresentar esse a mesma redação a que se quer dar ao inciso III do art. 3º

Código Civil de 2002 Redação Original	Código Civil Redação Atual	Código Civil Redação Original do PL Nº 757/2015
<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p>I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por enfermidade ou deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;</p> <p>III – os excepcionais, desenvolvimento mental completo;</p> <p>IV – os pródigos.</p>	<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p>I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos;</p> <p>III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;</p> <p>IV – os pródigos.</p>	<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p>I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p> <p>II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por qualquer causa, tenham discernimento severamente reduzido;</p> <p>III – Revogado</p> <p>IV – os pródigos.</p>

Ora, as propostas de alterações do Projeto de Lei nº 757/2015 referentes à teoria das incapacidades civis além de corrigirem os problemas relacionados à prescrição, à decadência, à responsabilidade civil e à invalidade do negócio jurídico¹⁴⁵ – tendo em vista suas relações diretas com as hipóteses de incapacidade contidas no Código Civil –, se coadunam com o espírito da CDPD, pois buscam a proteção, a securitização e o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Problemas apresentados no Capítulo 2 dessa monografia.

¹⁴⁶ Artigo 1 da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Ademais, os benefícios da aprovação do referido Projeto de Lei não se restringem às matérias disciplinadas nos artigos 3º e 4º do Código Civil, antes, já se mostram necessárias também à adequação de diversos institutos alterados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, dentre outros, v.g., do casamento e da curatela.

Acerca desse último, pretende o Projeto de Lei nº 757/2015 a alteração do artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual passaria a não mais limitar a curatela aos atos e negócios jurídicos de natureza patrimoniais, encerrando importante questão discutida ao final do Capítulo 02.

Importa ressaltar que o mencionado Projeto de Lei não deixa de considerar as pessoas com deficiência como sendo, em regra, capazes. Tratando-as como incapazes apenas em casos graves, em que não haja a mínima condição de expressão de vontade ou quando esteja o discernimento severamente reduzido.¹⁴⁷

Nesse ponto, mais uma vez coadunam-se as citadas propostas de alterações com a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual, incorporada ao ordenamento brasileiro, jamais pretendeu abolir as proteções jurídicas dadas às pessoas que possuem discernimento limitado, seja por deficiência ou por qualquer outra causa,¹⁴⁸ conforme bem aduziu o autor do Projeto, segundo o qual:

(...) o espírito da Convenção é no sentido de garantir que as pessoas com deficiência não sofram discriminação motivada por essa condição, mas tenham acesso aos mesmos mecanismos de apoio disponíveis para quaisquer outras pessoas. Infelizmente, em vez de adaptar o Código Civil aos comandos da Convenção, o Estatuto da Pessoa com Deficiência eliminou garantias que favorecem pessoas com ou sem deficiência que precisam de assistência.

Ora, o que a Convenção condena, com veemência, é que uma pessoa não possa exercer seus direitos apenas porque tem deficiência, de maneira que seria absurdo considerar civilmente incapaz uma pessoa com deficiência física motora ou sensorial, ou mesmo muitas pessoas com deficiência intelectual, que não necessariamente têm comprometimento das habilidades de compreensão ou de raciocínio, podendo ter, por exemplo, déficits relativos apenas em habilidades sociais, comunicativas ou de cuidados pessoais.

¹⁴⁷ TARTUCE, Flávio. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 757/2015: altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374546&disposition=inline>> Acesso em: 22 de março de 2018.

¹⁴⁸ Projeto de Lei do Senado Federal nº 757/2015 em sua redação original. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=574431&disposition=inline>> Acesso em: 26 de março de 2018.

Todavia, no caso de pessoas que não possuem o discernimento mínimo para autodeterminar-se, o ordenamento jurídico precisa protegê-lá com razoabilidade e de modo muito excepcional, impedindo, por exemplo, que ela – por um ato de desvario decorrente de um surto – perca todo o seu patrimônio com um negócio jurídico celebrado, ou seja prejudicada por não ter condições de compreender os riscos inerentes a alguns negócios, ou ainda fique indefesa diante de ataques aos seus interesses, por não ter condições de agir em defesa de si mesma e não ter representante que o faça em seu nome.

A presente proposição busca proteger essas pessoas que não se comunicam ou não possuem discernimento suficiente, independentemente de a sua carência de lucidez decorrer de deficiência ou de qualquer outro motivo.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Projeto de Lei do Senado Federal nº 757/2015 em sua redação original. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=574431&disposition=inline>> Acesso em: 26 de março de 2018.

CONCLUSÃO

A Lei nº 13.146, mais conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, teve por persecução enquadrar o Brasil no rol dos países que tentam romper os obstáculos e barreiras que marginalizam as pessoas com deficiência e, nessa perspectiva, assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais a tal grupo de indivíduos.

Sugerindo uma abordagem social em substituição à abordagem médica, definiu-se, acertadamente, por meio da mencionada lei, ser a deficiência uma composição de fatores em que se englobam questões sociais, ambientais, físicas e psicológicas.

Outrossim, andou bem a referida lei ao elencar, em seu artigo 3º, uma série de princípios norteadores, dentre os quais se destaca o combate à discriminação por motivo de deficiência que, nas palavras do referido documento, significa:

“qualquer diferenciação exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro”

No entanto, no afã de se promover a tão almejada inclusão da pessoa com deficiência e promoção da igualdade, muitos foram os desacertos cometidos pelo legislador na elaboração da referida lei, sobretudo no âmbito da teoria das incapacidades civis.

Nesse ponto, julgando ser o antigo tratamento inadequado, revogaram-se as antigas redações dos artigos 3º e 4º e passou-se a dispor, em matéria de incapacidade civil, que:

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

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

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

- II – os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
- III – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- IV – os pródigos.

Como visto, esses equívocos interpretativos cometidos pelos legisladores brasileiros os fizeram crer, erroneamente, na necessidade de reformulação da teoria das incapacidades civis.

Considere-se, com efeito, primeiramente, conforme aduzem Mariana Alves Lara e Fábio Queiroz Pereira, que os legisladores, ao se depararem com a redação do art. 12 da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁵⁰, compreenderam de maneira equivocada a “capacidade legal” referida na Convenção e, havendo-se equivocadamente, interpretaram-na como capacidade de fato, o que acabou por acarretar a supressão de qualquer menção à deficiência – mesmo que acompanhada da redução ou ausência de discernimento – no que concerne ao enquadramento das incapacidades civis.

Ora, em verdade, “o referido dispositivo deveria ter sido interpretado como atinente à capacidade de direito, não podendo ser os deficientes, assim, excluídos da possibilidade de titularizarem direitos e obrigações”¹⁵¹. E isso se afirma, porque, tendo-se em vista a intenção protetiva do documento normativo, bem como sua a internacionalidade – a qual possivelmente considerou a capacidade em termos diferentes da empregada pela doutrina brasileira¹⁵² – não parece haver sentido em, por meio dele,

¹⁵⁰ Art. 12. 4. Os Estados-partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

¹⁵¹ LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Proteção ou desproteção?* In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016, p. 115-152

¹⁵² O posicionamento preponderante na doutrina é o de que a capacidade de direito é sempre plena e está intrinsecamente ligada à existência da personalidade; no entanto, Augusto Teixeira de Freitas entende de maneira diversa. Para ele existem as chamadas incapacidades de direito, as quais diferem das incapacidades de fato. Acerca do tema assevera Felipe Quintela Machado de Carvalho que a incapacidade de direito decorre de uma norma de ordem pública, que visa regular uma determinada situação (ex: proibição de venda dos ascendentes para os descendentes); enquanto a incapacidade de fato decorre da impossibilidade de a pessoa praticar pessoalmente determinado ato por uma razão jurídica (ex: necessidade de representação).

se fomentar a perda de direitos do deficiente, tal qual se fez, em parte, com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Por sua vez, não bastando a desacertada interpretação da CDPD, atesta o relatório da Secretaria de Direitos Humanos¹⁵³, bem como o relatório do Senador Romário¹⁵⁴, exarado no Projeto de lei que desencadeou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que o legislador brasileiro mais uma vez se equivocou ao considerar que, segundo o texto original do Código Civil de 2002, a deficiência estava necessariamente atrelada à incapacidade e por isso o Estatuto da Pessoa com Deficiência deveria reverter tal discriminação.

Acontece que as hipóteses de incapacidade, em verdade, nunca estiveram centradas na deficiência, mas sim na ausência de discernimento, o que pode ser facilmente depreendido – como ficou comprovado no Capítulo 2 dessa monografia – de uma simples leitura das antigas redações dos artigos 3º e 4º:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o **necessário discernimento** para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

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, tenham o **discernimento reduzido**;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

¹⁵³ Relatório da Secretaria de Direitos Humanos elaborado pelo grupo de Trabalho para a análise de Projetos de Lei que tratam da criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. P. 40. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_imagens-filefield-description%5D_93.pdf>.

¹⁵⁴ FÁRIA, Romário. *Relatório ao Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 4, de 2015, ao Projeto de Lei do Senado nº 6, de 2003 (Projeto de Lei nº 7.699, de 2006, na Câmara dos Deputados), do Senador PAULO PAIM, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira da Inclusão*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4541434&disposition=inline>>. Acesso em: 13 de Fevereiro de 2018.

Com efeito, muitas foram as consequências jurídicas decorrentes – ou que deveriam decorrer¹⁵⁵ – do novo paradigma das incapacidades criado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

No campo da validade dos negócios jurídicos, com as mudanças ocasionadas, passou-se a considerar plenamente válidos os atos praticados pelo deficiente mental ou intelectual com discernimento reduzido, afastando-se, assim, o sistema protetivo descrito nos artigos 166 e 171 do Código Civil.

Por sua vez, a partir da vigência da Lei nº 13.146/2015, passou a correr, mesmo contra a pessoa com deficiência sob curatela, a prescrição e a decadência, pois a teor dos artigos 198, I, e 208, do Código Civil, os referidos institutos apenas não fluem contra os absolutamente incapazes, ou seja, os menores de dezesseis anos.

De igual modo, em termos de responsabilidade civil houveram prejuízos aos deficientes, pois não mais possível foi sua responsabilização subsidiária, tendo em vista a impossibilidade de aplicação do artigo 928 do Código Civil.

Além disso, situação peculiar se inaugurou com a nova redação do inciso III do artigo 4º, haja vista que tendo sido revogada a antiga redação que disciplinava a incapacidade relativa para os excepcionais sem desenvolvimento mental completo, tomou seu lugar o antigo inciso III do art. 3º.

Assim, a impossibilidade de expressão de vontade, mesmo transitória, que antes era tida como causa de incapacidade absoluta, passou a ser, na sistemática atual, a despeito de qualquer sentido técnico-jurídico, causa de incapacidade relativa.¹⁵⁶

Essa é a angústia que manifesta Marlon Tomazette, quando indaga:

(...) se a pessoa NÃO pode expressar sua vontade, como demandaria a presença de um assistente (e não de um representante) que lhe acompanharia na prática dos negócios jurídicos? Repita-se: é imprescindível, nas hipóteses de assistência, que o assistido manifeste sua vontade, estando apenas acompanhado pelo curador, que lhe afere a oportunidade e a não lesividade. Fica quase impossível imaginar como alguém em coma profundo será assistido, por ser relativamente incapaz,

¹⁵⁵ Como visto, os juízes têm relativizado a aplicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

¹⁵⁶ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *As Alterações da Teoria das Incapacidades, à Luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 17, n. 99, jan./ fev. 2016.

e não representado, o que demandaria que fosse enquadrado como absolutamente incapaz.¹⁵⁷

Assim, diante de uma legislação que, sob o argumento de se evitar discriminações, acabou por gerar o abandono jurídico de uma importante parcela da população¹⁵⁸, medidas são requeridas a fim de se possibilitar a inclusão e proteção efetivas da pessoa que não se comunica ou não possui discernimento suficiente, independentemente de a sua carência decorrer de deficiência ou de qualquer outro motivo.

Para tanto, duas são as formas de solução vislumbradas pela doutrina.

Como primeira forma possível, a interpretação jurisprudencial, por meio da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso, serviria para escolher o sentido mais favorável da lei às pessoas com deficiência, o que se daria mediante o controle de constitucionalidade realizado pelo STF, tendo em vista a integração da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do procedimento descrito no art. 5º, §3º, da Constituição Federal.

No entanto, mais adequado parece ser uma solução por via legislativa, como se almeja fazer por meio do Projeto de Lei nº 757/2015, pois além de resolver os problemas decorrentes do Estatuto da Pessoa com Deficiência e de sua teoria das incapacidades civis, afasta-se uma possível discussão acerca da atuação do juiz como legislador.

¹⁵⁷ TOMAZETTE, Marlon; ARAÚJO, Cavalcanti Rogério Andrade. *Crítica à Nova Sistemática da Incapacidade de Fato Segundo a Lei 13.146/15*. Publicado em 09/2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42271>>.

Nesse sentido: CORREIA, Atalá. *Estatuto da Pessoa com Deficiência traz Inovações e Dúvidas*. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 17, n. 99, jan./ fev. 2016, p. 22-26.

¹⁵⁸ SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade (Parte II)*. Publicado em: 7 de agosto de 2015. Acessado em: 17 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e Interdição civil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 223-224

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5 ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 152.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASSETTARI, Cristiano. *Elementos de Direito Civil*. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

CORREIA, Atalá. *Estatuto da Pessoa com Deficiência traz Inovações e Dúvidas*. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 17, n. 99, jan./ fev. 2016, p. 22-26.

COSTA, Larissa Muhana Dáu. *Casamento do Portador de Deficiência: Improriedades do Novo Regramento Trazido pela Lei nº 13.146/2015*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9842/Casamentodoportadordedeficienciaimproriedades-do-novo-regramento-trazido-pela-Lei-13146-2015>> Publicado em: 09 de julho de 2016. Acesso em: 28 de fevereiro de 2018.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. v.1. Teoria Geral do Direito Civil*. 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 1997.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. *Direito Civil: LINDB e Parte Geral*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011.

FARIA, Romário. *Relatório ao Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 4, de 2015, ao Projeto de Lei do Senado nº 6, de 2003 (Projeto de Lei nº 7.699, de 2006, na Câmara dos Deputados), do Senador PAULO PAIM, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Brasileira da Inclusão*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4541434&disposition=inline>>. Acesso em: 13 de Fevereiro de 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 15. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

HOSNI, David S.S. *O Conceito de Deficiência e sua Assimilação Legal*. In: A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 35- 64.

KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. *A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes*. Migalhas de Peso. Publicado em: 12/08/2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048A+destruicao+da+teoria+da+s+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>> Acesso em 07 de fevereiro de 2018.

LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: Proteção ou desproteção?* In: *A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência* – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 115-152.

LIMA, Taisa Maria Macena. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas Repercussões na Capacidade Civil*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 60, n. 91, jan./ jun. 2015. Belo Horizonte, p. 223-233.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Silvia Portes Rocha. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as Alterações Jurídicas Relevantes no Âmbito da Capacidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais Online. Vol. 974/2016, p. 225-243, dez/2016.

MENDONÇA, Bruno Lima de. *Apontamento sobre as Principais Mudanças Operadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) no Regime das Incapacidades*. In: *Impactos dos novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro*. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Impactos no novo CPC e do EDP no Direito Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 257- 277.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. v.1. Parte Geral. 42º. ed.* – São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil* (livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8. ed.* – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

NICOLAU, Gustavo Rene. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência Protege o Incapaz? Não.* Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-protege-o-incapaz--nao/15733>> Publicado em: 03 de setembro de 2015. Acesso em: 27 de fevereiro de 2018.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TOLEDO, Roberta Cristina Paganini Toledo. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência: Reflexões sobre a Capacidade Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais Online. v. 974/2016, p. 35-62, dez/2016

OLIVEIRA, Leonardo Alves. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), seus Direitos e o Novo Paradigma da Capacidade Civil.* Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 64, nº 470, Dezembro de 2016.

PANDORI GIANCOLI, Brunno. *Direito Civil. Coleção Elementos do Direito; v. 4* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil. Vol.1. Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral de Direito Civil*. 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. p. 102.

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 7. ed. Atual. Ovídio Rocha Sampaio Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 630.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. *O Itinerário Legislativo do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: *A teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência* – PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 65-100.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. *Estatuto da Pessoa com Deficiência: a Revisão da Teoria das Incapacidades e os Reflexos Jurídicos na Ótica do Notário e do Registrador*. In: *Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil*. v. 17, n. 99, jan./ fev. 2016, p. 22-26, p.37-46.

ROCHA MARTINS, Silvia Portes. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as Alterações Jurídicas Relevantes no Âmbito da Capacidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais Online. v. 974/2016, p. 225-243, dez/2016.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 34. ed – São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

ROSENVALD, Nelson. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência: 11 perguntas e respostas*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/05/em-11-perguntas-e-respostas-tudo-que-voce-precisa-paraconhecer-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>. Publicado em: 05 de outubro de 2015. Acesso em: 28 de fevereiro de 2018.

SANTOS, Ivana Assis Cruz. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as Alterações no Código Civil de 2002*. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 17, n. 99, jan./ fev. 2016, p. 22-26, p. 27-36.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 455-456.

SILVA, Alexandre Barbosa da. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Regime das Incapacidades: Breve Ensaio sobre Algumas Possibilidades*. In: Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). Impactos no novo CPC e do EDP no Direito Civil Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 241-255.

SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade (Parte I)*. Publicado em: 06 de Agosto de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018.

STOLZE, Pablo. *Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil*. Revista Jus Navigandi, Teresina. nº 4411, 30 de julho de 2015, p. 2. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381>> Acesso em 10 de dezembro de 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v.1: Lei de Introdução e Parte Geral* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v.5: Direito de Família* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil. Volume Único*. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 90.

TOMAZETTE, Marlon; ARAÚJO, Cavalcanti Rogério Andrade. *Crítica à Nova Sistemática da Incapacidade de Fato Segundo a Lei 13.146/15*. Publicado em 09/2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42271>>. Acesso em 22 de Novembro de 2017.

TRINDADE, Ivan Gustavo Junio Santos. *Os Reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) no Sistema Brasileiro de Incapacidade Civil*. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Programa de Pós- Graduação *Strictu Sensu* em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral. Vol. 1*. 13. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *As Alterações da Teoria das Incapacidades, à Luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. v. 17, n. 99, jan./fev. 2016.