



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Faculdade de Direito

GIOVANNA BRANDÃO SILVA LIMA

**A CAPACIDADE CIVIL A PARTIR DA LEI BRASILEIRA DA INCLUSÃO :
IMPACTOS PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL**

**Brasília/DF
2024**

GIOVANNA BRANDÃO SILVA LIMA

**A CAPACIDADE CIVIL A PARTIR DA LEI BRASILEIRA DA INCLUSÃO :
IMPACTOS PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL**

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/DF
2024**

**A CAPACIDADE CIVIL A PARTIR DA LEI BRASILEIRA DA INCLUSÃO:
IMPACTOS PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. João Costa-Neto FD/UnB
Orientador

Prof. (Nome do professor avaliador)
Afiliações

Prof. (Nome do professor avaliador)
Afiliações

Aprovada em: ____ de _____ de 2024.

AGRADECIMENTOS

Nenhuma jornada é individual, por mais solitária que possa parecer a caminhada. Desse modo, agradeço a todas as pessoas que direta ou indiretamente me permitiram chegar até aqui.

Agradeço a Deus por ter me dado forças e paciência para concluir essa etapa que jamais se desvencilhará da minha história.

Aos meus pais que trabalharam arduamente durante a minha infância e adolescência para que eu tivesse a possibilidade de estudar.

À minha avó por suas palavras de ânimo e por deixar algo pronto para que eu comesse ao chegar em casa quase meia noite, após um longo dia de trabalho, estudo e longos deslocamentos utilizando transporte público.

Às amigas valiosas que pacientemente ouviram minhas ansiedades e decepções com relação a graduação.

Às minhas colegas de trabalho pela compreensão e flexibilização de horário que me proporcionaram

Ao meu futuro marido por ser um companheiro excepcional que acreditou em mim todas as vezes em que eu não fui capaz de fazê-lo e por ter me lembrado do meu potencial quando os sentimentos de insuficiência me venciam.

Agradeço por ter tido as condições mínimas para chegar e permanecer.

Agradeço pelo suporte, sem ele nada se mantém de pé.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é avaliar, criticamente, as mudanças que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015 ou Lei Brasileira da Inclusão) provocou na teoria das incapacidades civis. Para tanto, de início, aborda as especificidades da deficiência intelectual, para depois lidar com o conceito de capacidade civil no contexto da legislação brasileira em dois momentos: antes e após o advento da Lei Brasileira da Inclusão. Em seguida, são descritos e discutidos instrumentos jurídicos, notadamente o Art. 1783-A do Código Civil brasileiro, bem como as propostas Projeto de Lei 11.091/2018, procurando verificar suas adequações e possíveis melhorias previstas no caso de sua aprovação. Concluiu-se que melhorias não são apenas necessárias, como urgentes, a fim de se alcançar um alinhamento interno da legislação e melhor corresponder aos ditames das convenções externas das quais o Brasil é signatário.

Palavras-chave: Estatuto da pessoa com deficiência. Deficiência intelectual. Lei 13.146/2015. Projeto de Lei 11.091/2016.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze, critically the changes that the Disability Statute (Law n° 13.146/2015 or Brazilian's Inclusion Law) provoked in the theory of civil. For that, first of all, explains the particularities of intellectual disability, then, deal with the concept of civil incapacity in the Brazilian legislation in two periods: pre- and post-establishment of the Disability Statute. Then, legal instruments are described and discussed, especially the article 1,783- A of the Brazilian's Civil Code and the proposes of bill n° 11.091/2018, trying to attest the improvements planned in the event of it is approval. It's concluded that improventes are not only necessary, they are urgent to achieve internal alignment of legislation and better correspond to the dictates of the international conventions to which Brazil is signatory.

Keywords: civil capacity, statute of the person with disabilities, vulnerability, law n° 13.146/2015, assistance, unproceting, bill 11.091/2018

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AAMR - Associação Americana de Retardo Mental

AIDD - Associação Americana de Deficiência Intelectual e Desenvolvimento

CC – Código Civil

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

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil de 2015

CIPD - Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento

EPD – Estatuto da Pessoa com Deficiência = LBI = Lei 13.146/2015

LBI- Lei Brasileira da Inclusão = Estatuto da Pessoa com Deficiência

ONU – Organização das Nações Unidas

TDA - Tomada de Decisão Apoiada

UNFPA - Fundo de População das Nações Unidas

LISTA DE QUADROS

Quadro 1: Comparativo entre legislação atual e proposta de redação do PL 11.091/2018.....	33
Quadro 2: Comparativo entre nova redação proposta pelo PL 11.091/2018 e a legislação em vigor.....	35

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
Capítulo 1	
CAPACIDADE CIVIL: DO DIREITO ROMANO AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	13
1.1. Sujeito de Direitos: a capacidade jurídica no Direito Romano	13
1.2. Incapacidades no ordenamento jurídico brasileiro antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência	15
1.3. Incapacidade civil no Direito brasileiro a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência	17
Capítulo 2	
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E EQUÍVOCOS LEGAIS: PROMOÇÃO DE AUTONOMIA, SISTEMA PROTETIVO E DIREITOS.....	20
2.1. Suposta promoção de autonomia.....	20
2.2. Vulnerabilidade das pessoas com deficiência intelectual a partir da Lei 13.146/2015	22
2.2.1. Direito a contrair matrimônio.....	23
2.2.2. Direitos sexuais e reprodutivos	25
2.2.3. Responsabilização civil.....	26
2.2.4. Curatela	27
Capítulo 3	
ALTERNATIVAS PARA CORREÇÃO DE INCONSISTÊNCIAS DERIVADAS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	30
3.1. Instituto da tomada de decisão apoiada	30
3.2. Projeto de Lei 11.091/2018 - Uma tentativa de reparação.....	32
3.2.1. Estímulo aos ajustes nos artigos 3º e 4º como meio de combate à desproteção..	33
3.2.2. Uma proposta de aperfeiçoamento aos Instituto da curatela e da tomada de decisão apoiada.....	36
CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS.....	43

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é um marco na história brasileira, não apenas por simbolizar a ruptura com o anterior regime ditatorial, mas, sobretudo por declarar, logo em seu artigo 1º, uma importante escolha: a adoção do modelo do Estado Democrático, fundamentado nos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Porém, o contexto social e político no Brasil exigia mais do que aquilo que esse modelo traz implícito e pode oferecer. Foi preciso declarar, explicitamente, na Carta Magna que direitos sociais importam e que o preceito iluminista da dignidade da pessoa humana deveria ser seriamente considerado. Este é o registro de um pacto social: a assunção de uma responsabilidade conjunta de promover e de garantir a proteção da condição humana de cada indivíduo, independentemente das respectivas condições.

Assim, desde essa Constituição Cidadã, todo o arcabouço legislativo do Brasil passou a ter como norte o princípio da dignidade da pessoa humana, o que implicava realizar mudanças nos códigos e nas leis que já compunham o sistema jurídico. Tais mudanças, embora urgentes, não ocorreram a passos largos; ao invés disso, desde então, vem se percorrendo um longo e árduo caminho rumo à efetivação dos direitos democráticos para todos, sem distinção.

De início, o Brasil participou e tornou-se signatário de acordos internacionais voltados para a inclusão das pessoas com deficiência, como a Declaração de Salamanca, de 1994, e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), aprovada em 2007, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em Nova York.

Em 2009, o Decreto de Promulgação nº 6.949 recepcionou, com força de norma constitucional, essa Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Embora muito importante, a mera recepção não deu uma resposta suficiente às demandas das pessoas com deficiência por uma razão fática: a desatualização do ordenamento jurídico. Por exemplo: havia contradição entre a alínea “a” do artigo 3º do CDPD, que estabelece como um dos princípios gerais a autonomia individual e a liberdade de fazer as próprias escolhas, e o Código Civil, que considerava incapazes as pessoas com deficiência

Tal disparidade somente foi formalmente resolvida seis anos depois, com a instituição da Lei Brasileira de Inclusão, também chamada de “Estatuto da Pessoa com Deficiência”, em 6 de julho de 2015. O advento dessa lei transformou os artigos 3º e 4º do Código Civil: primeiro, ao limitar a incapacidade absoluta ao critério etário, abarcando, portanto, apenas os menores de

16 anos, e segundo, ao estabelecer como critérios da incapacidade relativa novamente o critério etário, dessa vez abrangendo pessoas entre 16 e 18 anos, ébrios habituais e viciados em tóxico. Pessoas pródigas ou aquelas com alguma causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade.

Com isso, rompeu-se com a lógica de presunção de incapacidade civil em razão da deficiência. Essa mudança reverberou em uma série de institutos, afetando de maneira expressa os direitos referentes ao casamento e à constituição de união estável; aos direitos sexuais, reprodutivos e de planejamento familiar; ao exercício do direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção – como adotante ou adotando –, em igualdade de condições e de oportunidades em relação às demais pessoas.

Este trabalho se insere nesse contexto e tem como objetivo avaliar, criticamente, as mudanças que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015 ou Lei Brasileira da Inclusão) provocou na compreensão jurídica de capacidade civil no Brasil e como essas mudanças impactam na capacidade civil de fato das pessoas com deficiência intelectual.

Para tanto, considera que, passados quase dez anos da promulgação da Lei Brasileira da Inclusão (LBI) e na iminência da reforma no Código Civil, surgem questionamentos quanto aos impactos percebidos no sistema de proteção às pessoas com deficiência, especialmente as **portadoras de deficiência** intelectual. A legislação tem sido assertiva em promover a autonomia e garantir direitos para esse grupo? Conferir formalmente capacidade civil às pessoas com deficiência atende ao artigo 3º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência? É esse o melhor modo de respeitar a dignidade inerente a qualquer pessoa, a autonomia individual e a liberdade de fazer as próprias escolhas, independentemente da condição de sua deficiência? O instituto da decisão apoiada é instrumento apto para reduzir a vulnerabilidade ocasionada por erros legislativos, ao lidar com a LBI?

Tais questões são norteadoras da pesquisa a ser realizada, que busca responder de maneira razoável a elas, considerando que isso exige estudo e consideração a diversos fatores, pois trata-se de tema tão relevante, quanto complexo. Afastando-se da ambição de apresentar respostas soberanas, com os resultados, pretende-se contribuir para o debate do assunto.

O trabalho encontra-se estruturado em três capítulos: no primeiro, utiliza-se do método comparativo para expor as influências do Direito Romano no Direito Civil brasileiro, especificamente no conceito de capacidade, suas espécies e seu regramento no ordenamento

jurídico. Em seguida, são consideradas as transformações na teoria das incapacidades, decorrentes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O segundo capítulo aborda sucintamente os impactos que o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe sobre os direitos das pessoas com deficiência, considerando especialmente a deficiência intelectual.

Por fim, o último capítulo destina-se a expor o instituto da tomada de decisão apoiada como uma ferramenta de contenção da vulnerabilidade para as pessoas com deficiência intelectual que possuem maior grau de comprometimento.

Capítulo 1

CAPACIDADE CIVIL: DO DIREITO ROMANO À CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

1.1. Sujeitos de direitos: existência, personalidade e capacidade jurídica no Direito Romano

O Direito Romano, base das estruturas legais do Ocidente, possuía alguns requisitos para reconhecer a existência do ser humano e para, posteriormente, qualificá-lo como sujeito de direitos.

Embora não haja expressa manifestação nesse sentido por parte dos juristas, é consenso entre os estudiosos dos textos romanos que a existência se condicionava ao preenchimento de, ao menos três, requisitos: nascimento, vida extrauterina e forma humana.

Conforme revelam trechos do Digesto, os romanos consideravam que o feto era uma porção da mulher ou de suas vísceras – *partus enim edatur, mulieris portio est uel uiscerum* (Ulp. 24 *ad ed.*, D. 25, 4, 1) –, podendo, desse modo, apenas ser considerado homem a partir do nascimento e desde que esse ocorresse com vida. Isso porque era necessária a consumação da vida extrauterina. Só existiam como homens aqueles que apresentavam forma humana; os que não a possuíam eram considerados *monstrum* ou *prodigium* (Pap. 7 *quaest.*, D. 35, 2, 9, 1).

Superando a questão da existência, partimos para um ponto mais complexo: a distinção entre *persona* e pessoa física. O termo em latim *persona*, traduzido para o português como “pessoa”, referia-se à compreensão ampla e abrangente de homem, o que não justifica o reconhecimento da existência do homem na ordem jurídica.

Segundo José Carlos Moreira Alves (2018, p.127), em Roma, prevalecia uma máxima segundo a qual a pessoa física correspondia à categoria de homem, mas nem todo homem poderia ser pessoa física. Para compreender tal fato, basta recordar que os escravos romanos eram tratados como “coisa” e, portanto, considerados como objetos de direitos; jamais eram considerados sujeitos de direitos.

A titularização de direitos vinculava-se à obtenção da personalidade jurídica. Conforme explica José Cretella Júnior (2007, p. 62), a personalidade jurídica, em Roma, dependia do atendimento a três requisitos: liberdade (*libertas*), cidadania (*civitas*) e família (*familiae*). Eram

aptos a adquirir personalidade jurídica, portanto, os homens livres, detentores da cidadania romana e que integrassem uma família, fosse como um dos membros de uma agregação de pessoas que viviam sob a dependência de um chefe de família (*familia proprio iure*) ou, na condição de *pater familias* (chefe de uma família). Nessa última hipótese, a capacidade jurídica tornava-se plena.

Para José Carlos Moreira Alves, em termos didáticos, a diferenciação entre personalidade jurídica e capacidade jurídica para os romanistas era:

enquanto personalidade jurídica é conceito absoluto (ela existe, ou não existe), capacidade jurídica é conceito relativo (pode ter-se mais capacidade jurídica, ou menos). A personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos ou de contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade. No direito romano, há exemplos esclarecedores dessa distinção. Basta citar um: no tempo de Justiniano, os heréticos (que eram pessoas físicas; logo, possuíam personalidade jurídica) não podiam receber herança ou legado (por conseguinte, sua capacidade jurídica era menor do que a de alguém que não fosse herético). (ALVES, 2018, p. 132)

Desse modo, a amplitude da capacidade jurídica no campo do Direito privado era determinada pelo preenchimento dos requisitos que faziam com que um indivíduo fosse considerado pessoa física (logo, sujeito de direitos), somado à posição familiar que ocupava.

Por possuir um caráter relativo, a capacidade jurídica no Direito Romano requeria uma série de condições que poderiam restringi-la, a exemplo de, entre outras: quase servidão; intestabilidade; infâmia; turpitude; religião; desempenho de função ou cargo público e condição de eunuco ou castrado.

Além disso, duas situações eram motivos de extinção da capacidade jurídica: a primeira era a morte, causa de extinção que não exige um complexo exercício racional para ser compreendida. Conforme elucidam os juristas e professores Rosa Maria de Andrade Nery e Nélon Nery Júnior (2015, p. 37), “a morte põe fim à pessoa, põe fim à personalidade e, por consequência, põe fim à titularidade que a pessoa detinha sobre direitos e deveres de sua esfera jurídica”.

O Direito clássico dispunha sobre uma possibilidade de “morte civil”, conhecida como *capitis deminutio maxima*. Esse fenômeno decorria da perda do *status libertatis*, ou seja, a conversão de homem livre em escravo. Em consequência, a condição de escravidão ocasionava a perda do *status ciuitatis* e do *status familiae*. Desse modo, perdia-se a cidadania e a posição no arranjo familiar, e o indivíduo era qualificado como “coisa”, o que acarretava sua desqualificação também como ser humano e anulava sua personalidade e capacidade jurídicas.

1.2. A teoria das incapacidades no ordenamento jurídico brasileiro antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência

Antes de abordar a teoria das incapacidades propriamente, é preciso compreender o que o ordenamento brasileiro considera como capacidade jurídica. De acordo com Maria Helena Diniz (2016, p. 170), capacidade jurídica é "a maior ou a menor extensão dos direitos e dos deveres de uma pessoa".

Mas não há consenso em relação a essa definição. Nesse sentido, Carlos E. Elias de Oliveira e João Costa-Neto (2023, p. 135), em seu Manual de Direito Civil, ao admitirem a inexistência desse consenso, optaram por adotar "capacidade" como gênero, do qual derivam as espécies "capacidade de direito" e "capacidade de fato". Enquanto a primeira é a espécie que se refere a uma avaliação da personalidade para verificar os direitos e os deveres que pode adquirir – e, nesse caso, não tem como haver incapacidade –, a segunda diz respeito à capacidade de exercício e se refere à aptidão do indivíduo para exercer, por conta própria, os atos da vida civil. Ao contrário da capacidade de direito, a capacidade de fato admite a hipótese de incapacidade absoluta e de incapacidade relativa, as quais estão previstas, respectivamente, nos artigos 3º e 4º do Código Civil (CC).

Relativamente ao artigo 3º, ao se analisar sua redação original, observa-se que a incapacidade absoluta se dava nas seguintes circunstâncias:

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.

Por escolha dos legisladores, nesse inciso I, o requisito etário determinava que as pessoas menores de dezesseis anos não tinham condições de exercer diretamente os atos da vida civil. Para Washington de Barros Monteiro (2009, p. 70), a justificativa da incapacidade em razão da idade se devia à inexperiência da pessoa, decorrente do desenvolvimento incompleto de suas faculdades intelectuais e de suas condições ainda insuficientes para o exercício da autodeterminação e da auto-orientação.

O inciso II tratava dos sujeitos que, em razão de “enfermidade ou deficiência mental”, não possuíam discernimento para a prática dos atos da vida civil. No contexto social em que

prevalecia a visão médica da deficiência, qualquer traço psíquico que fugisse ao padrão de comportamento considerado típico para a idade gerava a incapacidade absoluta, por exemplo.

Por fim, o inciso III apresentava um requisito abrangente, ao estabelecer: “são incapazes os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. Entre as causas transitórias, embora não pormenorizadas no respectivo artigo, encontravam-se, por exemplo, pessoas nas seguintes condições: sob efeito de anestesia geral, sob o efeito de drogas, em estado de coma profundo ou que sofressem, por um breve período de tempo, a perda do discernimento ou dos meios para expressar sua vontade. (VILLELA, 2010, p. 361).

Já a capacidade relativa, ou seja, quando não há o gozo pleno da capacidade por parte do indivíduo, mas ainda assim é possível a prática autônoma de certos atos, estava disciplinada no CC de 2002, especialmente no artigo 4º, cujos incisos delimitavam as hipóteses em que se verificaria a incapacidade relativa.

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.

Desse modo, o rol das condições da incapacidade relativa, a exemplo do rol das situações de incapacidade absoluta, apresentava primeiramente o critério etário, considerando as pessoas a partir dos 16 anos com um grau superior de cognição, em relação às de idade inferior a essa. Ainda assim, não seriam indivíduos suficientemente aptos a usufruírem da plena capacidade jurídica.

Em seguida, os incisos II e III se dirigiam àqueles que demonstravam redução de discernimento em decorrência de quatro circunstâncias: uso habitual e excessivo de álcool (alcooolismo), vício em tóxicos, deficiência mental e desenvolvimento mental incompleto, definido por meio da terminologia “excepcional”.

O inciso IV trazia uma categoria utilizada no Direito Romano: os pródigos. Como não há a conceituação de prodigalidade no CC, a doutrina tratou de suprir essa lacuna, definindo prodígio como “aquele que não sabe administrar sua fazenda de maneira ordenada, levando dilapidação dos seus bens em prejuízo do cônjuge e dos herdeiros necessários (descendentes e ascendentes)” (OLIVEIRA, 2005, p.19)

1.3 Incapacidade civil no Direito brasileiro a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CPDP), regulamentada no Brasil pelo Decreto Nº 6.949 de 25 de agosto de 2009, apresenta, no artigo 3º, os princípios gerais que serviram de base à formulação do Estatuto da Pessoa 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;
- 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.

A incapacidade absoluta, prevista no Código Civil, impedia que todos os que se enquadrassem no rol do artigo 3º exercessem atos da vida civil por conta própria. A respeito de tal impedimento e de suas consequências, Caio Mário da Silva Pereira, três anos antes da promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, declarou :

São os absolutamente incapazes, que têm direitos, podem adquiri-los, mas não são habilitados a exercê-los. São apartados das atividades civis; não participam direta e pessoalmente de qualquer negócio jurídico. A ligação que se estabelece entre os absolutamente incapazes e a vida jurídica é indireta, (...) Como são inteiramente afastados de qualquer atividade no mundo jurídico, naqueles atos que se relacionam com seus direitos e interesses, procedem por via de representantes, que agem em seu nome, falam, pensam e querem por eles. (PEREIRA, 2012, p. 229)

A partir da promulgação da Lei Brasileira da Inclusão, o artigo do Código Civil que se refere a incapacidade absoluta passou a contar com a seguinte redação: “Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.”

Desse modo, as condições de enfermidade ou de deficiência mental deixam de ser critérios para a incapacidade absoluta. Resta, portanto, no sistema jurídico brasileiro, apenas o critério etário que, conforme mencionado, por escolha do legislador, considera as pessoas menores de 16 anos ineptas a exercerem atos da vida civil autonomamente.

A respeito da mudança, Carlos E. Elias de Oliveira e João Costa-Neto comentam:

A incapacidade absoluta é o estado civil de quem não possui absolutamente nenhuma idoneidade psíquica para a compreensão dos efeitos jurídicos do seu ato, ainda que por presunção. Após o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), só há uma hipótese de incapacidade absoluta: quem tem idade inferior a 16 anos (art. 3º, CC). A menoridade representa uma presunção de ausência total de discernimento para os atos da vida civil. É presunção absoluta: não admite prova contrária. (OLIVEIRA; COSTA-NETO, 2023, p. 138)

O dispositivo que disciplina a capacidade relativa também passou por reformulações. A Lei nº 13.146/ 2015 alterou os incisos I e IV, que se referem, respectivamente, à faixa etária entre 16 e 18 anos e à prodigalidade. As alterações mais expressivas ocorreram nos incisos II e III. No inciso II, foram mantidas a ebriedade habitual e o vício em tóxicos como hipóteses de redução da capacidade, porém, houve a exclusão da deficiência mental.

Ademais, a excepcionalidade e o desenvolvimento mental incompleto, disciplinados anteriormente no inciso III, deixaram de compor o rol das condições que determinam a incapacidade relativa. No lugar dessa disposição, passou a vigorar a conjectura que antes integrava o rol da incapacidade absoluta. Portanto, a impossibilidade de expressão de vontade, ainda que transitória, deixou de ser causa de incapacidade absoluta e se tornou causa de incapacidade relativa.

Conforme Carlos E. Elias de Oliveira e João Costa-Neto, a incapacidade relativa depende de a redução do discernimento prejudicar, efetivamente, a capacidade de autogoverno. De igual modo, a deficiência mental ou a intelectual não são, por si sós, causa de incapacidade. Apenas se configura incapacidade quando há comprometimento da habilidade de se autogerir. Os autores esclarecem que há um esforço doutrinário para se encaixar nessa hipótese também aqueles que possuem “discernimento turvo”, quer seja por uma patologia psicológica, quer por lapso momentâneo decorrente, por exemplo, de sustos, que podem levar a pessoa a um estado de choque. (OLIVEIRA; COSTA-NETO, 2023, p. 140)

Em síntese, a redação deste artigo passou a ser:

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

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

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

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

IV - os pródigos

Tais mudanças, referentes à incapacidade absoluta e à incapacidade relativa, representaram uma transformação completa na lógica funcional do sistema protetivo ao deficiente.

Já o artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência enumera os atos da vida civil não afetados pela deficiência, com o que reafirma direitos que podem ser exercidos com autonomia pela pessoa deficiente:

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

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

No que tange ao ponto específico deste estudo, surge a questão: a ampliação da capacidade civil, nos moldes em que ocorreu, representa avanço ou retrocesso para as pessoas com deficiência intelectual?

No próximo capítulo, apresenta-se o cenário criado a partir da nova legislação, considerando os respectivos impactos práticos.

Capítulo 2

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL E EQUÍVOCOS LEGAIS: PROMOÇÃO DE AUTONOMIA, SISTEMA PROTETIVO E DIREITOS

2.1. Suposta promoção de autonomia

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, documento que inspirou a formulação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, como já dito, preceitua o seguinte, na cláusula 2 do artigo 12: “(...) 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”.

Uma análise isolada dessa disposição pode levar ao entendimento de que os legisladores acertaram na condução das mudanças do CC. Afinal, em consonância com o que dispõe a CPDP, pessoas com deficiência deixaram de ser consideradas incapazes perante a lei.

No entanto, Mariana Alves Lara e Fábio Queiroz Pereira, a exemplo de outros, ressaltam que o Estatuto da Pessoa com Deficiência traz uma compreensão equivocada dos legisladores sobre a “capacidade legal”, mencionada no texto da CPDP, como se “capacidade de fato” fosse. Na realidade, o mais adequado seria interpretar essa expressão como “capacidade de direito”. (LARA; PEREIRA, 2016, p. 122)

Na doutrina brasileira, prepondera o entendimento de que a capacidade de direito é sempre plena e está intrinsecamente ligada à existência da personalidade. Sobre isso, Felipe Quintella Machado de Carvalho explica que a incapacidade de direito seria decorrência de uma norma de ordem pública, cujo objetivo é regular situações determinadas, como a proibição de venda dos ascendentes para os descendentes. Já a incapacidade de fato, para ele, decorreria da impossibilidade da pessoa para praticar pessoalmente determinado ato por uma razão jurídica, como a necessidade de representação, por exemplo. (CARVALHO, 2013, p. 34)

Além do equívoco na interpretação do CPDP, o legislador brasileiro presumiu erroneamente que o texto original do CC de 2002 atrelava a incapacidade à deficiência, configurando, com isso, uma discriminação que deveria ser reparada no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Inclusive, essa presunção foi ratificada no relatório da Secretaria de Direitos Humanos, elaborado pelo Grupo de Trabalho para a Análise de Projetos de Lei. Na época, esse grupo lidou com a criação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Segundo o citado relatório,

naquele momento, o CC denotava um entendimento conservador em relação aos direitos das pessoas com deficiência.

Retomando o texto original do inciso II do artigo 3º do CC, nota-se que eram considerados absolutamente incapazes para os atos da vida civil aqueles que, por enfermidade ou por deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil: “Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: (...) II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos (...)” .

Como oportunamente lembrado por Carlos E. Elias de Oliveira e João Costa-Neto, não existe absoluta limitação à capacidade, porque, a depender do direito envolvido, alguns atos da vida civil não podem ser restringidos.

É evidente que a falta absoluta de idoneidade para compreensão dos efeitos jurídicos do ato é uma ficção jurídica destinada à proteção do incapaz. Contudo, os limites de exercício a atos da vida civil não são absolutos. É preciso averiguar a natureza de cada ato jurídico envolvido e do direito envolvido para se fixar se haverá ou não restrições ao absolutamente incapaz. (OLIVEIRA; COSTA-NETO, 2023, p. 140)

Já a redação original do artigo 4º incluía, entre as causas de incapacidade relativa, não apenas a deficiência mental, mas também a embriaguez habitual e o vício em tóxicos, que promoviam o discernimento reduzido, ou a excepcionalidade, por seu desenvolvimento mental incompleto.

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

 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;
 (...)

A análise adequada dos dispositivos legais que vigoravam até o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência não deixa dúvidas de que, a incapacidade, quer absoluta, quer relativa, não decorria apenas da condição de deficiência, mas sim, da concomitância da deficiência com a redução expressiva ou ausência do discernimento.

Desse modo, parece razoável a compreensão de Paulo Luiz Netto Lôbo sobre a antiga redação do CC, de que “a deficiência ou a enfermidade mental apenas eram consideradas, para fins da incapacidade, se impedissem o necessário discernimento para a prática desses atos”.

Ainda de acordo com Lôbo, “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”. (LÔBO, 2013, p. 92)

2.2. Vulnerabilidade das pessoas com deficiência intelectual a partir da Lei 13.146/2015

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) traz logo, em seu artigo 2º, um conceito de deficiência.

Art. 2º 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 plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

De maneira mais específica, a *American Association on Intellectual and Developmental (AIDD)* (2010, p.310-311), Associação Americana de Deficiência Intelectual e Desenvolvimento, apresenta a deficiência intelectual como aquela caracterizada por limitações no funcionamento intelectual e no comportamento adaptativo, que envolve habilidades conceituais, sociais e práticas".

Desse modo, pessoas com deficiência intelectual têm comprometimento na aprendizagem e na aquisição de novas competências. Embora o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) não disponha, até o momento, de dados específicos que mapeiem cada espécie de deficiência, o módulo “Pessoas com deficiência”, da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua) de 2022 traz uma estimativa da população com deficiência no Brasil a partir de dois anos de idade. Naquele momento, o número era de 18,6 milhões de pessoas, o que corresponde a 8,9% da população dessa faixa etária.

Complementarmente, dados de 2021 do Instituto Inclusão Brasil estimaram que cerca de 13% das crianças brasileiras em idade escolar apresentam algum tipo de deficiência intelectual com comprometimentos mais severos, o que exigirá atendimento especial por toda a vida.

Diante desses dados, resta o questionamento: se, por vezes, as deficiências de cunho físico (cegueira, surdez, monoplegia, paraplegia, dentre outras) impedem ou restringem a efetiva expressão da vontade, o que dizer da deficiência intelectual, especialmente nos casos em que há significativo comprometimento cognitivo?

Com efeito, em consequência daquele equívoco interpretativo dos legisladores pátrios, foi suprimido o enquadramento da incapacidade para todas as pessoas com deficiência, mesmo nos casos de flagrante redução ou até mesmo ausência de discernimento. Em decorrência disso, surgiu um problema de ordem prática: diante da lei, as pessoas com deficiência são consideradas capazes, mas cotidianamente não conseguem expressar sua vontade.

Vale notar que a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência prevê, na cláusula 4 do artigo 12, que as nações membro, ao garantirem a capacidade legal, devem primar pelo respeito às necessidades singulares das pessoas com deficiência.

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.

Tal disposição, no entanto, parece ter sido desconsiderada pelos legisladores que formularam o Estatuto da Pessoa com Deficiência no Brasil, ocasionando o que, segundo José Fernando Simão, “deixou o deficiente à mercê de pessoas sem escrúpulos e com maior dificuldade para invalidar negócios jurídicos”. (SIMÃO, 2015, p.6)

Tendo em vista a importância do suficiente grau de discernimento para o efetivo exercício dos atos da vida civil, como já mencionado, a legislação atual termina por vulnerabilizar as pessoas com deficiência intelectual em diversas esferas de direitos. Algumas delas serão abordadas a seguir.

2.2.1. Direito a contrair matrimônio

A disposição que se encontra no inciso I do artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, de que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para casar-se e constituir união estável, teve reflexos significativos no CC. O primeiro deles foi a revogação do inciso I do artigo 1548, que enunciava: “Art. 1.548. É nulo o casamento contraído: I - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil”.

De forma prevalente, a doutrina e a jurisprudência compreendem que os absolutamente incapazes, referidos originalmente no inciso II, do artigo 3º do CC de 2002, enquadram-se na descrição de “enfermo mental sem o necessário discernimento”, apresentada no inciso revogado do artigo 1548 do CC.

A revogação, portanto, elimina a hipótese de invalidade do matrimônio contraído por pessoas com deficiência mental, conferindo mais peso ao direito assegurado no artigo 6º da Lei 13.146/2015.

Outro reflexo do referido artigo do Estatuto da Pessoa com Deficiência sobre o CC foi a inclusão do parágrafo 2º ao artigo 1550, com a redação: “Art. 1550. (...) § 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbria poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.”

Essa redação expressa a possibilidade advinda da LBI, de que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbria se case ou contraia união estável, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador legal.

A inovação foi recepcionada majoritariamente de forma positiva por doutrinadores como Flávio Tartuce (2017, p. 99) que, sobre isso, declarou o seguinte: “mais uma vez nota se o objetivo de plena inclusão social da pessoa com deficiência, especialmente para os atos existenciais familiares, afastando-se a tese de que o casamento poderia ser-lhe prejudicial”.

Por sua vez, José Fernando Simão (2015, p. 12) apresenta um ponto que merece atenção: o advento da lei abre espaço para que a manifestação de vontade da pessoa com deficiência intelectual ocorra por meio de um responsável ou curador legal. Tendo em vista que a vontade é, em primeiro lugar, ato personalíssimo e um dos pressupostos para a realização e a validade do casamento, a transferência de sua manifestação contraria o instituto do matrimônio.

Sobre a questão, Moacyr Petrocelli de Ávila Ribeiro (2016, p. 32) aduz que a inovação trazida pela LBI para o CC tem inconsistências e contradições. Segundo ele, admitir a manifestação da vontade por meio de um curador, além de carecer de lógica jurídica, denota incompatibilidade com a natureza personalíssima do casamento e contraria o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que restringia a atuação do curador apenas aos atos patrimoniais e negociais.

2.2.2. Direitos sexuais e reprodutivos

A LBI dispõe, no inciso II do artigo 6º, sobre a plena capacidade das pessoas com deficiência para o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos: “Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: (...) II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; (...)”.

Esse dispositivo legitima, como direito humano, que as pessoas com deficiência, inclusive com deficiência intelectual, são livres para decidir se querem ou não ter relações sexuais, da mesma forma que o são para decidir se querem ou não ter filhos, quantos filhos desejam ter e em que momento de suas vidas.

Ante a importância de se garantir o mais adequado exercício dos direitos sexuais e reprodutivos às pessoas com deficiência, Gisele Machado Figueiredo Boselli considera que o debate sobre o tema é relevante, principalmente frente a “ incontestável importância da família como a base da sociedade”, explicitada no artigo 226 da Constituição Federal. Nesse sentido, argumenta:

Os indivíduos que desejarem iniciá-la (vida matrimonial) devem possuir plenas capacidades para expressar esta vontade, assim como para agir de forma consciente e ponderada, assumindo plenamente as responsabilidades e reconhecendo os direitos decorrentes do casamento e da criação dos filhos. Seria aceitável preterir estes valores, pelo direito individual da busca à felicidade ou ao prazer? É realmente possível o Estado garantir a busca de direitos abstratos e tão relativos? (BOSELLI, 2022, p.68).

Tania Patriota, representante auxiliar do *United Nations Population Fund* (UNFPA), Fundo de População das Nações Unidas, no Brasil, pontua que a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada em 1994, no Cairo, implicou mudanças significativas no manejo das políticas e programas de população. Anteriormente, o foco era promover o controle do crescimento populacional com o objetivo de melhorar a situação econômica e social dos países. A partir da CIPD, os países signatários, incluindo o Brasil, passaram a considerar os seguintes fatores como pontos determinantes para a elevação da qualidade de vida dos indivíduos: o pleno exercício dos direitos humanos e a ampliação dos meios de ação das mulheres.

Essa compreensão é complementada pela ligação da saúde reprodutiva com os direitos humanos e o desenvolvimento sustentável, asseverada pela Agência de Saúde Sexual Reprodutiva das Nações Unidas. Desse modo, sempre que necessidades ligadas à saúde sexual e reprodutiva não são satisfeitas de maneira adequada, considera-se que há privação de um

direito existencial do indivíduo. Os efeitos dessa violação recaem não apenas sobre o indivíduo diretamente atingido, mas sim, sobre toda a sociedade, inclusive sobre as gerações futuras.

Erika Silva (2021, p. 197) contribui para o debate, ao esclarecer que "não se trata de preconceito ou negação de direitos por razões de deficiência. A questão é perceber se o sujeito terá discernimento para compreender a responsabilidade sobre ter filhos e os meios de suprir suas limitações".

A exemplo do direito de contrair matrimônio, os direitos sexuais e reprodutivos, quando assegurados sem a devida aferição das condições de discernimento, representam desproteção às pessoas com deficiência intelectual, que se tornam mais expostas a situações de abuso, o que pode culminar, no mínimo, em danos emocionais.

2.2.3. Responsabilização civil

A modificação na teoria das incapacidades em decorrência da LBI refletiu-se também na responsabilização civil da pessoa com deficiência. Conforme expõe Eugênio Facchini Neto (2010, p. 19), responsabilidade civil é a obrigação que incumbe a uma pessoa de reparar o dano causado a outrem por ato próprio ou por ato cometido por pessoa ou fato que dela dependam.

Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 21) aduz que o CC pressupõe, no artigo 186 – “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” –, o elemento da imputabilidade. Com base nesse pressuposto, para que haja responsabilização pelo dano causado, faz-se necessário que o agente do ilícito detenha capacidade de discernimento. Logo, aquele que não pode querer ou compreender sua conduta não incorre em culpa e tampouco pratica ato ilícito.

Ademais, de acordo com entendimento doutrinário e com base no que dispõe o artigo 932 do CC, os danos causados pela conduta de agentes inimputáveis ocasiona responsabilização substitutiva ou coexistente de outra pessoa.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II- o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Na sistemática anterior do CC, havia a previsão de que os deficientes mentais e intelectuais com discernimento reduzido pudessem responder pelos danos causados apenas de maneira subsidiária, nas situações em que o patrimônio do tutor ou curador não fosse suficiente. No entanto, a presunção da capacidade plena acarretou a inversão dessa lógica. Desse modo, atualmente, a regra é que as pessoas com deficiência, inclusive as que possuem deficiência mental ou intelectual, devem ser responsabilizadas, respondendo de forma direta por atos que venham a cometer e que resultem em danos. Conforme aduz Amartya Sen (2001, p. 13), a capacidade representa os “poderes para fazer ou deixar de fazer sem os quais não há escolha genuína”.

2.2.4. Curatela

O instituto da curatela historicamente se configurou como uma ferramenta de direito assistencial, voltada para a proteção dos interesses de pessoas maiores de idade. Maria Helena Diniz (2014, p. 720) conceitua a curatela da seguinte forma: “A curatela é o encargo público, cometido por lei, a alguém para reger e defender a pessoa e administrar o bem dos maiores, que por si sós, não estão em condições de fazê-lo, em razão de enfermidade ou doença mental.”

Para os absolutamente incapazes, a curatela era expressa pela representação legal; para os relativamente incapazes, ela significava assistência legal. O advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência inaugurou a possibilidade de esse instituto ter sua aplicação estendida a pessoas plenamente capazes, uma vez que poderia ser utilizado para pessoas com deficiência, conforme expressa o artigo 84 da referida lei.

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.

Portanto, a incapacidade deixou de ser pressuposto fático para a curatela a partir da LBI. A partir daquele momento, estabeleceu-se que o instituto da curatela se destinasse apenas e tão somente aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, como pode ser observado no artigo 85 da Lei 13.146/2015.

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

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

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

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

O artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, além de deixar clara a restrição da curatela aos atos patrimoniais e negociais, reafirma o exercício pleno dos direitos assegurados no artigo 6º. Ademais, esse artigo reverberou no CC, ocasionando a “extinção da interdição total”.

Mesmo antes da LBI, os direitos inerentes à personalidade não eram afetados pela restrição da capacidade, o que, inclusive, foi objeto de entendimento consagrado no enunciado nº 138 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal. Conforme se transcreve, “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do artigo 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.”

A alteração legislativa, no entanto, tornou regra geral o que anteriormente era uma das alternativas disponibilizadas ao juiz na prolação da sentença. O texto anterior do artigo 1772 do CC permitia, ao magistrado, circunscrever os limites da curatela das pessoas com deficiência às restrições enumeradas no artigo 1782 do mesmo Código, relativamente aos pródigos. Já havia, naquele momento, a aplicação da curatela predominantemente voltada aos atos de natureza patrimonial.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência apenas retirou do juiz o poder de limitação da curatela, ao fixar que os limites foram fixados, de antemão, no artigo 1782 d do CC, que elenca os seguintes atos: “Artigo 1.782. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.”

Embora o instituto da curatela se destine, intrinsecamente, às questões de natureza patrimonial e negocial, logo as alterações originaram dúvidas sobre a qual seria o tratamento jurídico mais adequado aos casos que exigissem a prática de atos de natureza diversa. As incoerências e as lacunas da legislação ressoaram nos tribunais de imediato, ocasionando divergências jurisprudenciais em questões complexas.

Diante de tais fatos, fica claro que, nos moldes atuais, a legislação se mostra falha na proteção aos interesses das pessoas com deficiência, que não dispõem de suficiente discernimento ou condições de expressar sua vontade. Evidente é a fragilização do sistema protetivo.

E quais seriam as possibilidades de reconstrução desse sistema? Como avançar para um cenário em que haja inclusão efetiva e promoção de autonomia, sem abrir mão de mecanismos que protejam as pessoas com deficiência intelectual?

O capítulo final desta monografia se destina a apresentar soluções propostas por civilistas ao longo dos anos.

Capítulo 3

ALTERNATIVAS PARA CORREÇÃO DE INCONSISTÊNCIAS DERIVADAS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

3.1. Instituto da tomada de decisão apoiada

A importância dos sistemas de apoio para as pessoas com deficiência mental e intelectual vem sendo enfatizada desde o “Sistema 92”, publicado em 1992 pela *American Association on Mental Retardation* (AAMR), Associação Americana de Retardo Mental. A AAMR, instituição especializada em deficiência intelectual, adotou “o valor do QI como índice de demarcação da avaliação intelectual” (CARVALHO; MACIEL, 2003, p. 150).

Posteriormente, o “Sistema 200”² da AAMR passou a considerar a deficiência mental pela medida do desvio-padrão, estabelecendo, como pontos definidores, duas unidades de desvio-padrão abaixo da média, com base em teste padrão da população considerada. Erenice Natália Soares de Carvalho e Diva Maria Moraes de Albuquerque Maciel descrevem os requisitos para a respectiva avaliação:

Os seguintes requisitos são recomendados no processo avaliativo: (a) a qualidade dos instrumentos de medida, considerando a validade dos testes e a adequação de seu uso; (b) a qualificação do avaliador para a aplicação e interpretação dos resultados dos testes empregados; (c) a seleção dos informantes quanto à sua legitimidade para fornecer dados sobre a pessoa que está sendo diagnosticada; (d) a contextualização ambiental e sociocultural na interpretação dos resultados do processo avaliativo; (e) a história clínica e social do sujeito; (f) as condições físicas e mentais associadas, que possam interferir nos resultados avaliativos das habilidades intelectuais (CARVALHO; MACIEL, 2003, p. 150).

Em sua avaliação, Carvalho e Maciel (2003, p. 147) consideram que essa “proposta teórica é funcionalista, sistêmica e bioecológica”, pelo fato de incluir “as dimensões intelectual, relacional, adaptativa, organicista e contextual” da vida. Segundo elas justificam, deficiência mental (como o nome indica) é uma “condição deficitária” que engloba um conjunto de aspectos, como: “habilidades intelectuais; comportamento adaptativo (conceitual, prático e social); participação comunitária; interações e papéis sociais; condições etiológicas e de saúde; aspectos contextuais, ambientais, culturais e as oportunidades devida do sujeito.” Sobre o apoio, a AAMR considera sua essencialidade nesses casos, definindo e argumentando nesse sentido que

Os apoios são identificados como mediadores entre o funcionamento do sujeito e as cinco dimensões focalizadas no modelo teórico. Quando necessários e devidamente aplicados, os apoios desempenham papel essencial na forma como a pessoa responde às demandas ambientais, além de propiciar estímulo ao desenvolvimento e à aprendizagem da pessoa com deficiência mental ao longo da vida. (AAMR, 1992, p.18)

Erenice Natália Soares de Carvalho e Diva Maria Moraes de Albuquerque Maciel (2003, p. 147) consideram que se trata de um “paradigma de apoio” que tem influência sobre a funcionalidade do sujeito e defendem a “necessidade do estabelecimento de parâmetros conceituais e avaliativos consensuais para a aplicação de estratégias quantitativas e qualitativas válidas”, que possibilitem identificar efetivamente a deficiência mental.

Complementarmente, os relatórios mais recentes da Associação Americana de Retardo Mental classificam os apoios em intermitentes, limitados, extensivos ou pervasivos, de acordo com sua intensidade. A intensidade, por sua vez, é determinada levando em consideração as particularidades e os graus de desenvolvimento e de discernimento da pessoa com deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência parece alinhado à compreensão dessa vertente médica. A valorização dos apoios fica evidente no parágrafo 2º do artigo 84 do referido diploma legal: “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. (...) § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.(...)”

É notório que a LBI tenha gerado, com base nesse dispositivo, a criação de um capítulo no CC, destinado ao instituto da tomada de decisão apoiada. O disposto no artigo 1.783-A desse Código conceitua e rege esse instituto,

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

Os 11 parágrafos desse artigo destinam-se a disciplinar como a tomada de decisão apoiada deve ser requerida, em quais hipóteses pode ser aplicada e quais critérios são utilizados, por exemplo, para a prestação de contas dos atos realizados por meio desse instituto, que pode ser utilizado no lugar da curatela.

Conforme salienta Joyceane Bezerra de Menezes, para que a pessoa apoiada tome decisões seguras, o apoiador deve proporcionar as explicações necessárias à pessoa apoiada

O apoiador é um facilitador que deve explicar melhor os termos, o negócio e as suas consequências, para que o apoiado tome decisões mais seguras. Diverge de um mero consultor, porque terá legitimidade processual ativa para, por meio de oposição dirigida ao juiz, intervir na consolidação da avença, se entender que esta trará graves riscos aos interesses existenciais ou patrimoniais do apoiado. (MENEZES, 2015, p.9)

A tomada de decisão apoiada, (TDA) portanto, apresenta-se como um caminho interessante para solucionar algumas incongruências geradas pela curatela nos moldes determinados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ainda assim, não se pode abandonar a urgente necessidade de se aperfeiçoar a curatela, assim como os demais pontos frágeis do atual modelo de TDA, como asseveram Carlos E. Elias de Oliveira e João Costa-Neto a seu respeito:

A redação do dispositivo ficou atabalhoada, de modo a que a falta de precisão normativa dá margens às mais diversas interpretações. O art. 84 do EPD estabelece que a pessoa com deficiência pode ser submetida à curatela e assegura que ela, facultativamente, requeira a TDA. A TDA decorre de pedido da própria pessoa com deficiência e é, portanto, facultativo (art. 84, § 2º, do EPD e art. 1.783-A do CC). (OLIVEIRA e COSTA-NETO, 2023. p.145)

3.2. O Projeto de Lei 11.091/2018 - uma tentativa de reparação

Tramita na Câmara dos Deputados, em fase final, o Projeto de Lei nº 11.091/18¹, que propõe mudanças de dispositivos do CC, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código de Processo Civil, dispositivos esses relativos à capacidade das pessoas com deficiência para a prática dos atos da vida civil estejam em harmonia.

O entendimento dos proponentes do Projeto de Lei, (originalmente, PL nº 757/2015, no Senado) é o de que as pessoas com deficiência intelectual em grau expressivo comprometimento devem contar com uma legislação que considere suas particularidades e limitações. Aduzem os parlamentares, na respectiva justificação da proposta, apresentada pelo Senado à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa e à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara Legislativa:

O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi, sem dúvida, um dos maiores avanços legislativos brasileiros em matéria de proteção, valorização e inclusão das pessoas com deficiência, mas, provavelmente em razão da vasta dimensão dos seus 127 artigos, acabou por veicular lapsos e inconsistências legislativas que deixarão juridicamente desprotegidas pessoas desprovidas do mínimo de lucidez ou de capacidade comunicativa. Não nos referimos apenas às pessoas com discernimento intelectual reduzido, mas especialmente àquelas em profundo grau de obnubilação. Não se propõe, aqui, restabelecer qualquer espécie de preconceito ou de discriminação contra as pessoas com

¹Saliente-se que esse projeto tem tramitação bicameral. Enquanto tramitava no Senado, recebeu o nº 757/2015. Após aprovação, foi destinado à Câmara dos Deputados, encontrando-se em tramitação neste momento.

deficiência – a maioria das quais é perfeitamente apta para exercer plenamente a sua autonomia na vida civil. O que se pretende é garantir que quaisquer pessoas, com ou sem deficiência, tenham garantido o apoio de que porventura necessitem para a prática dos atos da vida civil, conforme determina o art. 12.3 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

3.2.1. Estímulo aos ajustes nos artigos 3º e 4º como meio de combate à desproteção

O Projeto de Lei nº 11.091/2018 propõe retomar, com adaptações, o tratamento previsto originalmente no documento legal brasileiro, quanto à capacidade civil. No que concerne aos artigos 3º e 4º do CC, a proposta de redação desse PL segue lógica semelhante à dos incisos que compunham o texto original do CC de 2002, quando vigorava a teoria das incapacidades.

Para o artigo 3º, que trata da incapacidade absoluta, esse PL propõe a manutenção do critério etário, considerando menores de 16 anos como absolutamente incapazes, e o acréscimo dos incisos II e III. No quadro 1, apresenta-se a proposta de nova redação do artigo 3º, comparativamente à da legislação atual:

<p>Proposta de redação dada pelo PL nº 757/2015, atualmente PL 11.091/2018</p>	<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I. os menores de 16 (dezesesseis) anos. II – os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial; III – os que, mesmo por causa transitória não puderem exprimir sua vontade</p>
<p>Código Civil Redação Atual</p>	<p>Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.</p>
<p>Código Civil 2002 Redação original</p>	<p>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.</p>

Quadro 1 – Comparativo entre a legislação atual e a proposta de redação do PL 11.091/2018
Fonte: Elaborado pela pesquisadora

No que se refere ao inciso II, há condicionamento da capacidade ao suficiente grau de discernimento. O texto do PL apresenta alternativa compatível com a não discriminação em

razão da deficiência, ideal preconizado pela Conferência da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, especialmente no artigo 5º que dispõe:

Art. 5

1. Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.
2. Os Estados Partes proibirão qualquer discriminação baseada na deficiência e garantirão às pessoas com deficiência igual e efetiva proteção legal contra a discriminação por qualquer motivo.
3. A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida.
4. Nos termos da presente Convenção, as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.

Ao mesmo tempo, a redação não desconsidera casos de comprometimentos graves que afetem a expressão de vontade ou a capacidade de avaliar com clareza e bom-senso as situações. Além disso, o entendimento quanto à decisão judicial considerar uma avaliação biopsicossocial e não apenas a tradicional avaliação médica é considerado um grande acerto desse PL, no sentido de harmonizar o texto legal às concepções mais atualizadas sobre a deficiência. Inclusive, anos após o PL, originalmente datado de 2015, o Decreto nº 11.063 de 2022 estabeleceu a avaliação biopsicossocial como modelo oficial a ser adotado, com previsão no Estatuto da Pessoa com Deficiência, como pode ser visto:

Art 2º.(...)

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

- I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
- II- os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
- III - a limitação no desempenho de atividades;
- IV - a restrição de participação.

A propósito, o modelo social reconhece pessoas com deficiência como titulares de direitos e reafirma sua dignidade humana, ao determinar que as barreiras havidas na sociedade, sejam elas arquitetônicas, de comunicação, atitudinais, ou qualquer outra descrita no rol do artigo 3º da Lei 13.146/2015, sejam extintas. Desse modo, fomentam-se a adoção de posturas ativas por parte da sociedade, do Estado e das próprias pessoas com deficiência. (OLIVEIRA; JUNQUEIRA; MALHEIROS; COLTRO; ROSSINI, et al., 2016, p. 43).

Por fim, a proposta de inserir no rol da incapacidade absoluta a hipótese de impossibilidade de expressão da vontade, ainda que transitória, parece solucionar a problemática apontada por alguns autores. Para além da questão da deficiência, uma pessoa que se encontra em coma, por exemplo, está impossibilitada de expressar sua vontade, o que implica não a necessidade de assistência, mas sim, a de necessidade de representação. Portanto, é mais adequada a configuração de incapacidade absoluta do que de incapacidade relativa, segundo aduzem Marlon Tomazette e Rogério Andrade Cavalcanti Araújo:

(...) 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, e não representado, o que demandaria que fosse enquadrado como absolutamente incapaz. (TOMAZETTE; ARAÚJO, 2015, p.78)

Desse modo, a aprovação da nova redação do artigo 3º impactaria diretamente o atual rol do artigo 4º, que conta com a impossibilidade transitória de expressão da vontade como hipótese para a incapacidade relativa.

Ademais, o Projeto de Lei propõe alterações no inciso II, de modo a classificar ébrios eventuais, viciados em tóxicos e os que, independentemente do motivo, apresentarem severa redução do discernimento como relativamente incapazes. No quadro 2, a proposta de redação para o artigo 4º é apresentada, comparativamente aos termos da legislação em vigor:

<p>Proposta de redação dada pelo PL nº 757/2015, atualmente PL 11.091/2018</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, tenha discernimento severamente reduzido;</p> <p>III – Revogado</p> <p>IV– os pródigos</p>
<p>Código Civil Redação Atual</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>Código Civil 2002 Redação original</p>	<p>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 enfermidade ou deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, desenvolvimento mental completo; IV – os pródigos.</p>
--	---

Quadro 2: Comparativo entre nova redação proposta pelo PL 11.091/2018 e a legislação em vigor
Fonte: Elaborado pela pesquisadora

Para além de oferecer alternativas de adequações ao tratamento jurídico dado à teoria das incapacidades civis, o PL 11.091/2018 acaba por afetar também questões intrinsecamente correlatas, como a responsabilidade civil, por exemplo.

Além disso, após algumas emendas, o PL passou a debruçar-se de modo mais evidente sobre os institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada.

3.2.2. Uma proposta de aperfeiçoamento aos instituto da curatela e da tomada de decisão apoiada

Conforme abordado, segundo o que rege o diploma legal, a curatela consiste na presença de um terceiro, nomeado judicialmente, para cuidar dos interesses de uma pessoa maior de idade sem condições de manifestar sua vontade.

Com a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ocorreram alterações referentes à teoria das incapacidade no CC. Como resultado, a curatela passou a estender-se a pessoas consideradas plenamente capazes, limitando-se, no entanto, às esferas negocial e patrimonial.

Por força do artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, artigos referentes a esse instituto foram transformados ou revogados, tanto no CC, quanto no Código de Processo Civil (Lei 13.105/15). O referido artigo menciona:

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

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

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

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

Também como já referido, as lacunas deixadas por esse artigo geraram e ainda geram contradições e divergências jurisprudenciais. Visando solucionar a problemática em torno da curatela, o PL propôs a criação de um parágrafo, a ser acrescido ao artigo 4º do CC.

Desse modo, após apresentar o rol da incapacidade relativa, o diploma legal contaria com a previsão voltada para a capacidade dos indígenas, o que, atualmente, corresponde ao parágrafo único. Em sequência, haveria a previsão do instituto da curatela como ferramenta de apoio e de salvaguarda ao efetivo exercício da capacidade, ferramenta essa voltada para pessoas com deficiência mental, intelectual ou deficiência grave.

Em síntese o texto proposto pelo PL 11.091/2018 seria o seguinte:

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 qualquer causa, tenha discernimento severamente reduzido;

III – Revogado

IV- os pródigos

§ 1º A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

§ 2º As pessoas com deficiência, inclusive mental ou intelectual ou deficiência grave, maiores de 18 (dezoito) anos têm assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas, devendo-se, quanto aos apoios e às salvaguardas de que eventualmente necessitarem para o exercício dessa capacidade, observar o seguinte:

I – a curatela, regulada pelos arts. 1.781 e seguintes deste Código, poderá ser utilizada para as pessoas com deficiência apenas quando apresentarem as condições previstas nos incisos II e IV do caput deste artigo.

II– a presença de deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, por si só, não configura a hipótese prevista no inciso II do caput deste artigo, sendo facultada a essas pessoas a tomada de decisão apoiada regulada no art. 1.783-A deste Código;

III – o acolhimento judicial do pedido de tomada de decisão apoiada pressupõe a vulnerabilidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual ou deficiência grave, garantindo à pessoa apoiada a mesma proteção legal prevista neste Código e em outras leis, às pessoas relativamente incapazes.

§ 3º A curatela das pessoas referidas no inciso II do caput deste artigo outorga ao curador o poder de representação, e os atos por ele praticados, nessa qualidade, devem ter como parâmetro a potencial vontade da pessoa representada.”

Pelo visto, infere-se que essa redação atende de maneira mais adequada ao 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 e promover o respeito pela sua dignidade inerente”, expresso no artigo 1º da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

A proposição do PL é delimitar, com mais precisão, os casos em que cabe a curatela, deixando um número menor possível de lacunas quanto à sua aplicabilidade e restringir sua duração ao tempo estritamente necessário. Isso, porque o instituto deve ser tratado como medida excepcional, como mostra a sugestão de texto para os incisos I e II do artigo 1781-A:

Art. 1.781-A. A curatela das pessoas previstas no art. 1.767:

I – constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses da pessoa sujeita à curatela e aplicada, sempre que possível, a tomada de decisão apoiada;

II – deve ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso e durará o menor tempo possível;

Já quanto à tomada de decisão apoiada, ela também é abarcada pelo PL, com sugestões que visam aprimorar sua aplicação e ressaltar seu caráter de ferramenta que salvaguarda os direitos das pessoas com deficiência mental, intelectual ou que se encontram impossibilitadas de expressar sua vontade. Prova disso é a redação proposta para o artigo 747-A do CC: “ Art. 747-A. Os pedidos de tomada de decisão apoiada e de curatela são procedimentos destinados a pessoas em situação de vulnerabilidade para apoio ao exercício da capacidade civil e salvaguarda”.

A exemplo do que o PL propõe para a curatela, nota-se preocupação no sentido de a tomada de decisão apoiada não vir a cercear a autonomia da pessoa que dela se beneficie. Não restam dúvidas sobre isso, quando se observa a proposta para o artigo 178 do CC:

Art. 178.

.....

 III – no caso de atos de incapazes ou de pessoas sujeitas a tomada de decisão apoiada, do dia em que cessar a incapacidade ou em que for homologado o término do termo de apoio.

CONCLUSÃO

Desde a promulgação da Constituição Cidadã em 1988, é evidente, no Brasil, a tendência de efetivação e de garantia dos direitos fundamentais para todas as pessoas, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a participação brasileira em eventos internacionais extremamente relevantes do ponto de vista social durante a década de 1990 e nos início dos anos 2000, inclusive como signatário em muitos dos acordos gerados nesses eventos, foi fundamental para que, em 2009, a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência fosse recepcionada com força de Emenda Constitucional, por meio do Decreto de nº 6.949.

A partir de então, as determinações da CPDP ganharam um peso ainda maior, forçando ajustes na legislação brasileira para que fossem acatados seus pressupostos, especialmente os princípios dispostos em seu artigo 3º.

Art. 3º. 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;
- 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.

Tal fato abriu caminho para que, anos mais tarde, fosse promulgada a Lei nº13.146/2015, conhecida como Lei Brasileira da Inclusão (LBI) e como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Iniciou-se, daquele momento em diante, uma transformação no ordenamento jurídico brasileiro, com expressivos impactos no CC que, naquele momento, contava com apenas 13 anos de vigência.

A Lei nº 13.146 trouxe avanços inegavelmente oportunos: primeiro, forneceu a conceituação para a deficiência logo em seu artigo 2º, nos seguintes termos: “Art. 2º 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 plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. Depois, delimitou conceitualmente o que se compreenderia, daquele momento em diante, por “acessibilidade”, “desenho universal”, “tecnologia assistiva” e “barreiras”. Em outro momento, relacionado à LBI, em 2022, houve a oficialização do modelo biopsicossocial para a avaliação da deficiência por meio do Decreto nº 11.063.

Igualmente digno de elogio é o fato de que a lei não apenas se posiciona favoravelmente à eliminação da discriminação, como também oferece um conceito para a discriminação, conforme pode ser observado ao analisar o artigo 4º do referido diploma legal:

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Apesar desses pontos louváveis e da pretensão do Estatuto de ser o símbolo da visibilidade e do aumento da proteção às pessoas com deficiência, como oportunamente lembra Dalmo de Abreu Dallari “não basta afirmar que todos são iguais perante a lei; é indispensável que sejam assegurados a todos, na prática, um mínimo de dignidade e de igualdade de oportunidades”. (DALLARI, 2004, p. 46)

Observa-se, portanto, que apesar da intencionalidade de promover inclusão, autonomia e dignidade, as incoerências e má formulação do Estatuto da Pessoa com Deficiência têm produzido efeitos nefastos ao longo do tempo, sobretudo no âmbito da teoria das incapacidades civis e em diversas esferas de direitos que são correlatas à questão da capacidade.

O equívoco ocorre, primeiramente, na interpretação dos legisladores à cláusula 2 do artigo 12 da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o qual preconiza: “Art. 12 (...) 2. 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”.

A doutrina compreendeu o equívoco dos legisladores quanto ao sentido da expressão “capacidade legal”, referida na CPDP como capacidade de fato, quando na verdade o mais adequado seria interpretá-la como “capacidade de direito”. Desse modo, ter-se-ia compreendido que a teoria das incapacidades não era incompatível com a Convenção da ONU, tampouco se

impediria o exercício dos direitos existenciais definidos no artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a saber:

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

I - casar-se e constituir união estável;

II- exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

No entanto, em face do equívoco interpretativo, os artigos 3º e 4º do CC 2002 passaram a ser vistos como discriminatórios e incompatíveis com as premissas da CPDP e da LBI. Visando reparar a suposta discriminação, foram suprimidas as hipóteses de incapacidade que mencionavam a deficiência, desconsiderando até mesmo os casos de perda significativa ou completa ausência de suficiente grau de discernimento.

De igual modo, os caminhos escolhidos pelo legislador, ao que parece, desconsideraram a cláusula 4 do artigo 12 da CPDC, no qual há expressa indicação de que os Estados membros assegurem medidas que salvaguadem o exercício da capacidade legal, dentro dos limites das circunstâncias das pessoas com deficiência.

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.

Vale ressaltar que, conforme elucidado por Paulo Luiz Netto Lôbo (2013, p. 74), na redação original do Código Civil, “a deficiência ou a enfermidade mental apenas eram consideradas, para fins da incapacidade, se impedissem o necessário discernimento para a prática desses atos”.

Os impactos, conforme o que foi brevemente exposto, foram percebidos desde as esferas dos direitos existenciais, como o direito ao matrimônio e o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, até as questões atinentes à responsabilidade civil e ao instituto da curatela. Resta evidenciada, portanto, a fragilização do sistema protetivo das pessoas com deficiência, vulnerabilizando especialmente os indivíduos que apresentam quadro grave de comprometimento do discernimento.

Diante disso, fazem-se necessários ajustes. Um dos caminhos para a retomada do sistema protetivo às pessoas com deficiência intelectual é a ampliação do uso do instituto da tomada de decisão apoiada. Ademais, o Projeto de Lei nº 11.091/2018 oferece sugestões de ajustes à redação dos artigos 3º e 4º do CC, visando restaurar o adequado tratamento à teoria das incapacidades, além de propor aprimoramentos ao instituto da curatela.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A Interdição a partir da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) **Revista do Ministério Público**, n. 59, jan./mar. 2016.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

AADID..Associação Americana de Deficiências Intelectuais e do Desenvolvimento. **Concepção de deficiência intelectual**. 2010. Disponível em: <https://www.aaid.org/education/annual-conference> Acesso em: 09 maio 2024.

AAMR. American Association on Mental Retardation. **Mental retardation: definition, classification, and systems of support**. Washington. 1992 Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/247893412_American_Association_on_Mental_Retardation_AAMR_1992_Mental_Retardation_Definition_Classification_and_Systems_of_Support_American_Association_on_Mental_Retardation_Washington_D Acesso em: 09 maio 2024

BOSELLI, Gisele Machado Figueiredo. **Direitos sexuais e reprodutivos da pessoa com deficiência mental e intelectual**. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/> Acesso em: 09 maio 2024.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em: 06 maio 2024

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1ª de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> Acesso em: 06 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>Acesso em: 06 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**.Código de Processo Civil. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>Acesso em: 06 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**.Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil> Acesso em: 06 maio 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 11.091/2018**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoes>Acesso em: 09/05/2024

BRASIL. **Conselho de Justiça Federal**. III Jornada de Direito Civil 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/215>. Acesso em: 09/05/2024

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais**. Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos. Caderno n. 2. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 757, de 2015**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/> Acesso em: 09 maio 2024

BRASIL. **Pnad contínua**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012> Acesso em: 09/05/2024.

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* PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CARVALHO, E.N.S; MACIEL, D.M.M.Á. Nova concepção de deficiência mental segundo a American Association on Mental Retardation-AAMR: sistema 2002-**Temas psicol.** v.11, n.2, 2003. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/> Acesso em: 09 maio 2024

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2 ed. São Paulo: Moderna, 2004, p. 46.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5. Direito de Família. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014

FARAH, Fabiana Barrocas Alves. A capacidade civil no direito romano e o direito civil brasileiro contemporâneo: uma análise comparativa sob a perspectiva da pessoa com deficiência. **Revista Científica Multidisciplinar**. Núcleo do Conhecimento. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br> Acesso em: 09 maio 2024.

GONÇALVES, Antonio Baptista. **Quando os avanços parecem retrocessos**. São Paulo: Manole, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. IV.

LARA, Mariana Alves; PEREIRA, Fábio Queiroz. Estatuto da Pessoa com Deficiência: Proteção ou desproteção? *In* PEREIRA, Fábio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (Orgs). **A teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

LARA, Mariana Alves. **Capacidade civil e deficiência: entre autonomia e proteção**. Belo Horizonte: Editora d'Plácido, 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Júlio Fernando Queiroz. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos na teoria das incapacidades civis**. 2019. *Monografia (Graduação em Direito) = Universidade de Brasília, Brasília, 2019*. Disponível em: <https://bdm.unb.br/> Acesso em: 20 jun 2024.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de Direito Romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1 l.

NETO, Eugênio Facchini. Da responsabilidade civil do novo Código. **Rev. TST**, v. 76, n. 1, 2010.

NICOLAU, Gustavo Rene. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência protege o incapaz? Não**. 2015. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/> Acesso em: 09 maio 2024.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito Civil**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Método, 2023.

OLIVEIRA, Ana Irene Alves de; JUNQUEIRA, Ana Luída Cellula; MALHEIROS, Antonio Carlos; COLTRO, Antônio Carlos Mathias; ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza et al. (Coord.) **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

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. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, v.17, n. 99, p. 43, 2016.

RODRIGUES, Renata de Lima. A proteção dos vulneráveis: perfil contemporâneo da tutela e da curatela no sistema jurídico brasileiro. In MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmutiak Matos (Org.). **Direito das famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Luciana Aparecida Heck, PEREIRA, Lucieny Magalhães Machado Pereira. **Monumenta- Revista De Estudos Interdisciplinares**, v. 1, n.2, 2020.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Tradução Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 2001.

SILVA, Erika Mayumi Moreira da. **Capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual e mental: entre a autonomia e a desproteção jurídica**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SIMÃO, José Fernando. Artigo de opinião. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade** (Parte I). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/> Acesso em: 09 maio 2024

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Direito de Família**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. v. 5.

TOMAZETTE, Marlon; ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti . **Crítica à nova sistemática da incapacidade de fato segundo a Lei 13.146/15**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42271>. Acesso: 15 de maio de 2024

VILLELA, João Baptista. Incapacidade transitória de expressão. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio; TAVEIRA TÔRRES, Heleno; CARBONE, Paolo (Coords.). **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: Homenagem a Túlio Ascarelli**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 355-368.