

**O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA  
E AS INCONGRUÊNCIAS OCASIONADAS PELAS  
MODIFICAÇÕES IDEOLÓGICAS E LEGISLATIVAS NO  
REGIME DAS INCAPACIDADES: UMA PROPOSTA  
DE INTERPRETAÇÃO**

*The statute of persons with disabilities and the inconsistencies entailed  
by ideological and legislative amendments to the disability framework: a  
proposal for interpretation*

*Temistocles Araujo Azevedo*

Juiz Federal da 37ª Vara/PE

Mestre em Direito Processual Civil pela UFRGS

**RESUMO:** Esse artigo tem por objetivo tratar da Lei 13.146/2015 e seus impactos sobre a normativa então vigente que trata da pessoa com deficiência. Parte-se da pressuposição de que o Estado deve ainda prover mecanismos que possibilitem às pessoas com deficiência exercer os seus direitos em igualdade com aquelas que não têm qualquer impedimento em suas funcionalidades e não estão sujeitas às mesmas barreiras, propondo soluções para problemas práticos de interpretação em um contexto que deseja alterar todo o quadro cultural do operador do direito acostumado a uma tradição assentada em conceitos logicamente articulados.

**ABSTRACT:** This article aims to address Law 13.146/2015 and its impacts on the then current regulations concerning people with disabilities. This is based on the assumption that the state should also provide mechanisms that enable people with disabilities to exercise their rights on equal terms with those who have no impairment, or are not subject to the same restrictions, suggesting solutions to practical interpretation problems and seeking to modify the whole cultural framework of legal practitioners accustomed to a tradition based on logical concepts.

## 1. INTRODUÇÃO

No ano de 2009, por meio do Decreto 6.949, a República Federativa do Brasil promoveu a promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo, assinados em Nova York em 30/03/2007, o qual foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 186, de 09/07/2008, passando a contar com *status* constitucional desde então, na forma do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988.

Visando regulamentar as disposições constantes de referido documento, foi editada a Lei 13.146/2015, conhecida dentre os operadores do Direito como “Estatuto da Pessoa com Deficiência”, a qual estabeleceu várias obrigações para o Estado brasileiro em relação às pessoas com deficiência e previu expressamente sua entrada progressiva em vigor.

Essa lei revogou diversas normas do Código Civil, alterando completamente o regime das incapacidades previsto, rompendo com uma tradição já consolidada. Essa alteração, contudo, foi incompleta, pois ocasionou um verdadeiro giro de Copérnico na articulação lógica do regime anterior sem, contudo, promover todas alterações que seriam necessárias para adaptar a legislação à nova abordagem da situação das pessoas com deficiência.

Esse evento, como se verá adiante, tornou a legislação defeituosa, na medida em que normas do regime anterior não foram modificadas para adaptar o ordenamento agora vigente à nova realidade jurídica que se deseja implantar em relação às pessoas com deficiência. O defeito legislativo ocasiona imperfeição técnica e cria para o operador do direito a obrigação de empreender um esforço interpretativo muito maior para concretizar desígnios que seriam próprios da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência internalizada com *status* constitucional ao ordenamento jurídico brasileiro.

Considerando esse aspecto, o presente estudo se iniciará mediante uma abordagem meramente descritiva da situação vigente na redação originária do Código Civil de 2002, seguida de uma abordagem comparativa acerca das alterações que foram promovidas nessa legislação, sobretudo pela Lei 13.146/2015.

Após será realizado um cotejo dos fundamentos jusfilosóficos que sustentam a Convenção Internacional retromencionada, na medida adequada à compreensão do modo como o problema da deficiência teve uma alteração tão profunda que pessoas da mesma geração de quem escreve este artigo fiquem perplexas, justamente porque foram educadas a pensar de uma maneira que, embora articulada logicamente, talvez cooperasse para a discriminação dessas

pessoas, estimulando uma barreira chamada atitudinal pela novel legislação.

Essa abordagem dos fundamentos jusfilosóficos não será realizada de modo aprofundado, não implicando análise pormenorizada de todos os argumentos, nem do acerto de suas premissas e conclusões, mas apenas, como referido acima, na medida necessária para compreender as novas bases do problema da deficiência.

Durante a exposição, considerando a recente entrada em vigor do novo CPC e a possível ausência de familiaridade dos leitores com os seus dispositivos, sempre será mencionado o seu correspondente no CPC/1973.

Por fim, será realizada uma análise do regime jurídico das medidas de salvaguarda das pessoas com deficiência diante do atual contexto legislativo brasileiro.

## **2. CONTEXTO LEGISLATIVO VIGENTE ATÉ A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 13.146/2015:**

O Código Civil de 2002 se aproveitou de muitos dos conceitos técnicos introduzidos no nosso ordenamento jurídico no Código Civil de 1916. Para fins de desenvolvimento do presente trabalho, avulta em importância o conceito técnico de capacidade e personalidade.

Dispõe o art. 1º, do CC de 2002, que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. A capacidade a que se refere essa disposição é a chamada capacidade de gozo ou de direito, que no Código de 1916 derivava da personalidade, entendida como um conceito técnico, e que se refere à aptidão do indivíduo para ser titular de direitos e contrair deveres. Para tanto, basta que ele seja considerado pessoa, havendo uma celeuma doutrinária acerca do início da capacidade de direito, se a partir do nascimento da pessoa ou da concepção, celeuma essa que não será objeto de análise no presente estudo.

Já a capacidade de exercício ou de fato é a aptidão para exercer pessoalmente, ou seja, por si próprio, os direitos de que é titular a pessoa, ou para contrair deveres por si mesmo.

Se a capacidade de direito é inerente a toda a pessoa, o mesmo não se podia dizer da capacidade de fato ou de exercício, a qual requeria que o indivíduo fosse apto a compreender o significado jurídico dos atos que praticava, revelando para tanto discernimento necessário para atuar no espaço de liberdade que lhe era conferido pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, certas pessoas seriam consideradas incapazes, seja porque não tinham a maturidade suficiente para realizar por si atos jurídicos sem que houvesse potencialidade para prejudicar a si mesmas, seja porque não tinham o necessário discernimento para compreender os atos jurídicos em geral.

Assim como as pessoas destituídas de maturidade ou discernimento apresentam graus de déficit de compreensão, as incapacidades também seriam escalonadas, de modo que a legislação estabeleceria uma classificação das incapacidades em absoluta e relativa. A propósito, vale transcrever o que dispunha os arts. 3º e 4º, do CC, em sua redação original:

*“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.*

*Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial”.*

No rol acima referido constata-se que as pessoas com deficiência mental ou enfermidade mental, que não tivessem o necessário discernimento para a prática dos atos jurídicos, assim como os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, pessoas que certamente são dotadas de alguma deficiência no sentido da Lei 13.146/2015, eram destituídas desde logo da capacidade plena de exercício, ou seja, *a priori* não poderiam exercer todos os direitos de que viessem a ser titular, nem a contrair deveres que considerassem relevantes para a sua vida.

Essas regras de incapacidade eram pensadas como medidas de proteção da pessoa e todo um regime jurídico protetivo das pessoas incapazes era estabelecido na legislação.

Assim, um instrumento de proteção de fundamental importância residia na submissão dessas pessoas aos cuidados de um curador, o qual seria designado após a tramitação de um processo judicial conhecido por interdição cujo objetivo era o reconhecimento da situação de incapacidade e consequente estipulação dos limites da curatela. A interdição, a depender do resultado da prova pericial realizada, poderia consistir em vedação à prática de todos os atos da vida civil por si próprio (interdição total) ou de apenas alguns atos

da vida civil isoladamente (interdição parcial), diferenciando assim a pessoa absolutamente incapaz da pessoa relativamente incapaz.

Tratando-se de pessoa com deficiência considerada absolutamente incapaz, o curador a substituiria na prática do ato da vida civil, ao passo que se fosse considerada relativamente incapaz, este realizaria o ato em conjunto com ela, fato que demarcaria a diferença entre a representação legal e a assistência.

Outro instrumento de proteção da pessoa com deficiência consistia na invalidade dos negócios jurídicos firmados por pessoa incapaz: se o negócio fosse firmado por pessoa absolutamente incapaz desacompanhada de seu curador, o negócio jurídico seria nulo; se realizado por pessoa com deficiência, relativamente incapaz, desacompanhada de seu curador, a consequência seria a anulabilidade do negócio jurídico.

O impedimento de correr o prazo prescricional em relação às pessoas absolutamente incapazes, abrangidas as pessoas com deficiência, era outro instrumento de proteção (art. 198, I, do CC), também previsto na legislação esparsa, como, por exemplo, no art. 79 e no art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/1991.

A exceção de reversão do pagamento em proveito do incapaz, também considerado aquele que tem deficiência, após anulação da obrigação, é outro instrumento de proteção a essas pessoas (art. 181, do CC).

O art. 218, do CPC vigente (correspondente ao art. 245, do CPC 2015), consiste em outro instrumento de proteção, na medida em que o réu acometido de deficiência ou enfermidade mental deveria ser citado na pessoa do curador ou de um responsável que seria considerado seu curador naquele processo específico, com poderes para representá-lo na demanda.

A incapacidade processual não suprida ou a irregularidade de representação não corrigida poderá ensejar a extinção do processo sem resolução do mérito no caso do autor, ou a decretação de revelia no caso do réu (art. 13, parágrafo único, do CPC vigente, correspondente ao art. 76, §§ 1º e 2º, do CPC de 2015).

Apreciando em conjunto todas essas disposições, constata-se que o CC de 2002 estabeleceu uma premissa: as pessoas com deficiência mental em sentido amplo (abrangidas as pessoas sem desenvolvimento mental completo) que não tenham ou apresentem um déficit de discernimento mental para a prática dos atos da vida civil eram destituídas, integral ou parcialmente, da capacidade de fato, sendo a elas estabelecido um regime jurídico protetivo logicamente articulado e perfeitamente compreensível dentro de uma lógica na qual essas pessoas já eram desde logo privadas da participação plena na vida social, lógica essa que permeou a educação jurídica de todos os operadores do Direito desde a época do CC de 1916.

Passa-se agora a tratar das modificações legislativas promovidas desde 2009 e que culminaram com a ruptura de um modelo de compreensão do regime jurídico das pessoas com deficiência que já durava um século no Brasil.

### **3. MODIFICAÇÕES EMPREENDIDAS NA LEGISLAÇÃO E NO REGIME JURÍDICO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA:**

Essas modificações se fizeram sentir inicialmente no âmbito do Direito Público, notadamente na Lei 8.742/1993, que trata do benefício assistencial às pessoas portadoras de deficiência. Referida lei foi modificada pelas Leis 12.435/2011 e 12.470/2011, as quais buscavam adaptá-la à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo, assinados em Nova York em 30/03/2007, o qual foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 186, de 09/07/2008, passando a contar com status constitucional desde então, na forma do art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988. O objetivo primordial era adequar o conceito de deficiência da Lei à nova abordagem dessa condição humana pela retromencionada Convenção.

Para facilitar a compreensão da exposição será realizada a transcrição de determinados trechos considerados mais importantes para a continuidade da exposição do raciocínio.

Em relação à Convenção Internacional, na parte introdutória voltada aos considerando, destacam-se os seguintes pontos:

*“m) Reconhecendo as valiosas contribuições existentes e potenciais das pessoas com deficiência ao bem-estar comum e à diversidade de suas comunidades, e que a promoção do pleno exercício, pelas pessoas com deficiência, de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua plena participação na sociedade resultará no fortalecimento de seu senso de pertencimento à sociedade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza,*

*n) Reconhecendo a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas,*

*o) Considerando que as pessoas com deficiência devem ter a oportunidade de participar ativamente das decisões relativas a programas e políticas, inclusive aos que lhes dizem respeito diretamente,”*

Percebe-se desde logo que o foco da preocupação da Convenção não se restringe à proteção das pessoas com deficiência, havendo expressa

consideração delas como seres dotados de potencialidade para prestar valiosas contribuições ao bem-estar comum e à diversidade de suas comunidades. Ademais, as pessoas com deficiência são reconhecidas como dotadas de autonomia e independência individuais, indicativo de que não carecem de proteção ex ante por meio de sua incapacitação. Para tanto, atribui-se a essas pessoas oportunidade de participar ativamente das decisões relativas a programas e políticas, inclusive aos que lhes dizem respeito diretamente.

Tratando do propósito da Convenção e das definições básicas, vale transcrever, para os fins do presente trabalho, os seguintes dispositivos:

### *Artigo 1*

#### *Propósito*

*O propósito da presente Convenção é 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.*

*Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.*

O objetivo da Convenção não é apenas proteger as pessoas deficientes, mas promover sua inclusão efetiva em sociedade. Ao definir uma pessoa com deficiência a Convenção estabelece expressamente que as deficiências não se encontram nas pessoas, mas na combinação de seu déficit de funcionalidade com barreiras sociais que obstruem sua participação na vida social.

Prosseguindo, dispõe o artigo 2 e seguintes, no que importa para a construção do raciocínio:

### *Artigo 2*

#### *Definições*

*Para os propósitos da presente Convenção:*

*“Comunicação” abrange as línguas, a visualização de textos, o braille, a comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos de multimídia acessível, assim como a linguagem simples, escrita e oral,*

*os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizada e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, inclusive a tecnologia da informação e comunicação acessíveis;*

*“Língua” abrange as línguas faladas e de sinais e outras formas de comunicação não-falada;*

*“Discriminação por motivo de deficiência” 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. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável;*

*“Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;*

*“Desenho universal” significa a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O “desenho universal” não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias.*

## Artigo 5

### *Igualdade e não-discriminação*

*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.*



*Artigo 12*

*Reconhecimento igual perante a lei*

*1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.*

*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.*

*3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.*

*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.*

*5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.*

*Artigo 29*

*Participação na vida política e pública*

*Os Estados Partes garantirão às pessoas com deficiência direitos políticos e oportunidade de exercê-los em condições de igualdade com as demais pessoas, e deverão:*

*a) Assegurar que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na vida política e pública, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos, incluindo o direito e a oportunidade de votarem e serem votadas, mediante, entre outros:*

(...)

*i) Garantia de que os procedimentos, instalações e materiais e equipamentos para votação serão apropriados, acessíveis e de fácil compreensão e uso;*

*ii) Proteção do direito das pessoas com deficiência ao voto secreto em eleições e plebiscitos, sem intimidação, e a candidatar-se nas eleições, efetivamente ocupar cargos eletivos e desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, usando novas tecnologias assistivas, quando apropriado;*

*iii) Garantia da livre expressão de vontade das pessoas com deficiência como eleitores e, para tanto, sempre que necessário e a seu pedido, permissão para que elas sejam auxiliadas na votação por uma pessoa de sua escolha;*

*b) Promover ativamente um ambiente em que as pessoas com deficiência possam participar efetiva e plenamente na condução das questões públicas, sem discriminação e em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, e encorajar sua participação nas questões públicas, mediante:*

(...)

*i) Participação em organizações não-governamentais relacionadas com a vida pública e política do país, bem como em atividades e administração de partidos políticos;*

*ii) Formação de organizações para representar pessoas com deficiência em níveis internacional, regional, nacional e local, bem como a filiação de pessoas com deficiência a tais organizações.*

A leitura de todos esses dispositivos autoriza formular uma série de conclusões que se passa a expor. O propósito da Convenção Internacional é eliminar todas as barreiras que impedem a pessoa portadora de alguma deficiência de exercer direitos a ela formalmente atribuídos. O art. 12, alíneas 2 e 3 utilizam o termo capacidade legal em igualdade de condições, e exercício da sua capacidade legal.

A capacidade legal decorre da sua condição de pessoa perante a lei reconhecida em qualquer lugar (alínea 1 do artigo 12). A capacidade legal corresponde ao que a doutrina tradicional chama capacidade de exercício, ou aptidão para exercer por si direitos e contrair pessoalmente deveres. Essa capacidade de fato ou de exercício dos direitos também pode encontrar limitações em barreiras das mais diversas naturezas especificadas na Convenção, mas não pode ser determinada *ex ante* pela própria lei, e sim desde que constatada no caso concreto jamais implicando em completa incapacitação.

Como o propósito da Convenção é, nos dizeres do artigo 1, “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**”, cabe aos Estados signatários realizar o que o documento chama adaptação razoável, que “significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que **não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso**, a fim de assegurar que as **pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais**”.

Para tanto, vários instrumentos protetivos devem ser postos à disposição das pessoas com deficiência, adequados a promover uma igualdade substancial que a própria Convenção reconhece inexistir nas mais diversas esferas da vida social, considerada a espécie de deficiência existente, que pode ser de caráter mental, intelectual, física ou sensorial (artigo 1).

Dentre esses instrumentos, avulta em importância as medidas de salvaguarda, assim consideradas aquelas que “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” (artigo 12, alínea 4).

Essas salvaguardas não devem privar a pessoa da possibilidade de opinar em todas as decisões que digam respeito à sua vida, conforme dispõe a alínea 5, do artigo 4: “Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, **de controlar as próprias finanças** e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens”.

Considerando as disposições da Convenção Internacional de que a pessoa com deficiência deve ter a vontade e as preferências consideradas e respeitadas, de que as medidas de salvaguarda devem ser proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, cuja vontade nunca pode ser suplantada por meio de um instrumento que *a priori* entregue toda a decisão nas mãos de outra pessoa, e de que as medidas para assegurar às pessoas com deficiência igualdade substancial devem garantir a elas o igual direito de controlar as próprias finanças, revelou-se necessário excluir todas as pessoas

que se enquadrem na definição de pessoa com deficiência da Convenção, da condição de absolutamente incapazes, porque para essas pessoas o instrumento legal de proteção era a curatela decorrente de um processo de interdição total, na qual o incapaz era substituído na prática de todo e qualquer ato jurídico, sem qualquer consideração de sua vontade, de modo que em eventual conflito de interesses entre o curador e o curatelado, a vontade daquele sempre prevalecia.

Em relação à legislação que regulamenta a Convenção Internacional, vale transcrever o art. 6º, da Lei 13.146/2015:

*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.*

Bem se percebe que esse dispositivo nada refere acerca de atos de caráter patrimonial, referindo direitos de marcada dimensão existencial. O art. 4º, da Lei 13.146/2015, complementando, estabelece o direito à igualdade do portador de deficiência. Assim sendo, conclui-se que não existe mais nenhuma pessoa dotada de deficiência, enfermidade mental ou desenvolvimento mental incompleto considerada incapaz desde logo, seja a incapacidade absoluta ou relativa. A propósito, vale transcrever a redação atual dos arts. 3º e 4º, do Código Civil:

*Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*III - (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

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

*Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*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;~~

~~II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)~~

~~III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)~~

~~IV - os pródigos.~~

~~Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.~~

~~Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)~~

O fato de não se constituírem em pessoas dotadas de incapacidades civis não significa que as pessoas portadoras de alguma espécie de moléstia, deficiência mental ou desenvolvimento mental incompleto não estejam submetidas a qualquer espécie de regime protetivo. Para isso continua existindo o instrumento da curatela, valendo transcrever o que dispõe a Lei 13.146/2015 a respeito:

*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.*

*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.*

*Art. 86. Para emissão de documentos oficiais, não será exigida a situação de curatela da pessoa com deficiência.*

*Art. 87. Em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do Código de Processo Civil.*

O Código Civil, por seu turno, ao tratar da curatela, no que importa, dispõe o seguinte:

*Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:*

*I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*IV - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*V - os pródigos.*

*Art. 1.768. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*I - pelos pais ou tutores;*

*II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente;*

*III - pelo Ministério Público.*

*IV - pela própria pessoa. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*Art. 1.769. O Ministério Público somente promoverá o processo que define os termos da curatela: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*I - nos casos de deficiência mental ou intelectual; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*II - se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do artigo antecedente;*

*III - se, existindo, forem menores ou incapazes as pessoas mencionadas no inciso II. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*Art. 1.771. Antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*Parágrafo único. Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*Art. 1.777. As pessoas referidas no inciso I do art. 1.767 receberão todo*

*o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*Art. 1.778. A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado, observado o art. 5o.*

O art. 85, caput, da Lei 13.146/2015 dispõe expressamente que a curatela se circunscreve aos atos de natureza patrimonial e negocial. Para os atos de caráter existencial, notadamente aqueles discriminados no art. 6º, da Lei 13.146/2015, foi instituído novo instituto, chamado Tomada de Decisão Apoiada, cujo procedimento se encontra regulado no art. 1783-A, do Código Civil:

*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. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no **caput** deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*§ 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*§ 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e*

*um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

Não há mais curatela total, voltada a proteger absolutamente incapaz. Agora toda curatela é parcial, circunscrita às hipóteses descritas no art. 1782, do CC (art. 1772, CC), e as situações antes consideradas de deficiência mental, enfermidade mental e desenvolvimento mental incompleto não mais ocasionam incapacidades.

Uma dúvida surge de tudo isso: o texto do art. 1783-A, §§ 5º e 6º, sugere tomada de decisão apoiada para realização de negócios jurídicos de caráter patrimonial e de contratos, os quais, em sua grande maioria, tem efeitos patrimoniais ou produzem alguns efeitos de caráter patrimonial. Assim, conclui-se que a adoção desse modo de proteção do incapaz somente pode ser utilizado em situações de caráter patrimonial se se tratar de pessoa com deficiência mental ou desenvolvimento mental incompleto em que, no caso concreto, seja possível reconhecer razoável compreensão da situação negocial, bem como razoável compreensão do significado social dos atos que pratica em geral, a ponto de ser desnecessária a curatela. Tratando-se de pessoas com grave redução da capacidade de discernimento, a medida de salvaguarda deve ser realmente a curatela<sup>1</sup>.

1 - Essa conclusão parece estar em desacordo com o regime instituído pela própria Lei, na qual se estabelece que a vontade da pessoa com deficiência será sempre considerada. A interpretação deve levar em consideração a definição de adaptação razoável, pois nem sempre a utilização de métodos de tecnologia assistiva ou de outros instrumentos de tecnologia existentes no momento possibilitarão à pessoa participar ativamente da vida social. Assim, se o déficit for cognitivo e de natureza ampla, comprometendo grande parte da capacidade intelectual da pessoa, muito provavelmente sua inclusão será focada na sua dimensão afetiva e emocional, sem desprezar os estímulos à sua dimensão cognitiva, contudo, ainda assim não será



Assim, o que outrora se chamava modos de suprimento da vontade dos deficientes mentais, portadores de enfermidade mental ou desenvolvimento mental incompleto, hoje consideradas medidas de salvaguardas de pessoas com deficiência mental, consiste na assistência (curatela) e na tomada de decisão apoiada.

#### **4. BREVE ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS QUE SUSTENTAM A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEU PROTOCOLO ALTERNATIVO:**

O objetivo do presente tópico não é empreender uma análise exaustiva desses substratos teóricos, nem focar a atenção nos argumentos esgrimidos pelas correntes filosóficas, nem tampouco fazer a defesa de um ou outro ponto de vista, mas apenas descrever as fontes de onde derivam essas ideias para compreender como o que ocorreu não consiste apenas em modificação legislativa, mas em autêntica mudança do modo de ver a deficiência no contexto internacional. Para tanto, utilizar-me-ei, no que for relevante para o trabalho, das ideias esboçadas no livro *Fronteiras da Justiça*, da filósofa norte-americana Martha Nussbaum.

No livro a autora rediscute as teorias contratualistas de justificação da sociedade e de princípios de justiça, com destaque para a teoria de John Rawls, e conclui que todas elas são insuficientes para inserir no pacto inicial de formulação de princípios de justiça as pessoas acometidas por alguma deficiência. Os motivos seriam os mais variados, valendo destacar: a) a exigência de que o pacto seja firmado entre pessoas iguais, livres e independentes, o que requer uma igualdade aproximada de condições normais de faculdades morais e condições físicas; b) a exigência da vantagem mútua como pressuposto para que o contrato social seja firmado, entendida essa como vantagem de natureza econômica, calcada nos critérios de renda e riqueza; b) a concentração da atenção da teoria no aspecto racionalidade da pessoa, faculdade que lhe dotaria de dignidade (compromisso da teoria de Rawls com a filosofia de Kant, a ponto de ser conhecida como construtivismo kantiano); d) o foco em uma situação original em que as pessoas com deficiência são vistas não como iguais, ou seja, não há razão de se cooperar com essas pessoas porque elas não são produtivas e não tem o que oferecer às demais, consideradas normais.

---

possível promover inclusão plena da pessoa, estando o curador autorizado a praticar determinados atos de caráter negocial até que a tecnologia existente evolua a ponto de permitir a participação plena e efetiva daquela pessoa com autonomia, algo que pode nunca acontecer. De certo modo, o procedimento de tomada de decisão apoiada, posto que voltado a atos de caráter não patrimonial, pode também ser utilizado para esse fim, dependendo do grau de deficiência experimentado no presente pela pessoa.

Diante da sua condição de desigualdade física e mental, essas pessoas com deficiência seriam objeto de dominação e não de justiça.

A propósito, Nussbaum dialoga constantemente com Raws, pois visa se aproveitar em parte de sua teoria, afastando-se de seu comprometimento lógico com a doutrina do contrato social. Para desenvolver seu raciocínio, inicialmente ela trata da teoria criada por John Raws.

Segundo Nussbaum, Raws adota uma concepção procedimental de justiça, centralizando sua atenção nas condições ideais em que princípios de justiça seriam formulados para reger a relação entre cidadãos em uma sociedade bem ordenada.

Para tanto, supõe uma situação fática propícia à imparcialidade, sem recorrer a qualquer artifício como a consideração de que o ser humano é bom por natureza, como o fez John Locke. Nessa situação, que chama posição original, os cidadãos são livres, independentes e possuem uma mesma condição normal de desenvolvimento de suas personalidades (não estão abaixo de um nível mínimo de normalidade), condição normal essa que exclui dos cidadãos que integram a posição original as pessoas com deficiência.

Segue Nussbaum explicando que para Raws a situação de imparcialidade é alcançada mediante o artifício do véu da ignorância, ou seja, as pessoas sabem que tem uma determinada concepção de bem, mas ignoram o seu conteúdo, assim como ignoram sua condição de raça, cor, sexo e desenvolvimento intelectual, isto é, ignoram as características que lhes são atribuídas pela loteria natural.

As pessoas que participam do pacto inicial para firmar princípios de justiça agem para alcançar vantagens recíprocas, considerando que todas são pessoas produtivas, entendido o termo em um sentido econômico.

O objetivo de Raws, segundo Nussbaum, é formular um esquema simples, abstrato e básico de princípios que parta de uma concepção parcial de bem e que não comprometa o regime liberal de justiça. Para tanto, não pode fixar uma noção única do que seja o bem, pois se assim o fizesse eliminaria a liberdade das pessoas de adotar concepções diversas, estabelecendo para todos uma concepção única de vida boa.

Para tanto, Raws lança mão do conceito de bens primários, partindo do pressuposto de que para a justiça política e social basta uma semelhança parcial entre as concepções dos cidadãos acerca do bem. Nas palavras do filósofo norte-americano, “Basta que los ciudadanos se vean a si mismos como movidos por los dos intereses de orden supremo de la personalidad moral, y para promover sus concepciones particulares del bien, por muy distintos que puedan ser sus fines y lealtades últimos, sean necesarios más o menos los mismos bienes primários, por ejemplo, los mismos derechos, libertades

y oportunidades, así como ciertos médios omnivalentes, como la renta e la riqueza” (RAWS, John. **La justicia como equidad**. Materiales para una teoría de La justicia. Tradução M. A. Rodilla. Madrid: Tenos, 1999, p. 265).

A lista de bens primários, para Raws, compreenderia liberdades básicas, como a de pensamento e de consciência, de associação, império da lei, liberdades políticas, de movimento e de escolha de ocupação sobre um contexto de oportunidades diversas, poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade, particularmente inseridos nas principais instituições políticas e econômicas, renda e riqueza e as bases sociais do autorrespeito.

Dentro desse contexto as pessoas firmariam dois princípios de justiça: 1) cada pessoa tem um igual direito ao mais amplo esquema de iguais liberdades básicas compatível com um esquema similar de liberdades para todos (princípio da igualdade); 2) as desigualdades econômicas e sociais têm de satisfazer duas condições: tem que a) ser para o maior benefício dos membros menos favorecidos da sociedade; e b) estar adstritas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de equitativa igualdade de oportunidades (princípio da diferença).

Afirma Nussbaum que nesse esquema teórico as pessoas com deficiência estão excluídas e somente serão contempladas em um momento posterior, **quando já formada a sociedade bem ordenada com base nesses princípios de justiça em cujas bases suas necessidades não foram consideradas**. Prossegue suas conclusões fazendo uma crítica a Raws o qual, segundo ela, estabelece como critério de medição do bem estar social apenas a riqueza e a renda, mesmo depois de considerar que as bases sociais do autorrespeito seriam um bem primário.

De acordo com Nussbaum, ao tratar da teoria de Raws, as pessoas com deficiência poderiam ser contempladas no futuro, não por ocasião de firmar o pacto acerca dos princípios de justiça destinados a reger as relações das pessoas normais. **Isso significa que sua proteção adviria de caridade e não de justiça**.

O objetivo da filósofa norte-americana é justificar a obrigação de cooperação entre os indivíduos em um amor à própria justiça e na compaixão que as pessoas em geral tem a respeito daquelas pessoas que necessitam de mais do que as outras para ter uma condição de vida apropriada à dignidade da pessoa humana, **afastando-se do esquema da vantagem recíproca analisada exclusivamente do ponto de vista econômico**. Para isso, rompe com o paradigma kantiano de dignidade, desenhando um conceito que leva em consideração não apenas a racionalidade, mas igualmente as necessidades próprias do aspecto animal da pessoa, os quais, juntamente com a sociabilidade, justificam

a necessidade de cooperação entre as pessoas, as quais firmam um pacto de justiça englobando as capacidades, compreendidas como oportunidades de escolha e de atividades que devem ser fomentadas e estimuladas em qualquer ser humano para que ele tenha condições apropriadas de vida dotada de dignidade. Para tanto, considerando sua compaixão (benevolência) e seu amor à própria justiça, não excluirão as pessoas deficientes do pacto inicial que indicará as condições de justiça que regerão a vida das pessoas em sociedade.

Ao proceder dessa forma, aspectos referentes ao cuidado e ao ambiente propício ao autorrespeito são conduzidos como objetivos de justiça a serem alcançados, imbricados no próprio conceito de dignidade, juntamente com dez capacidades elencadas, de modo que os mecanismos de proteção não sejam fornecidos às pessoas com deficiência para adaptá-las a condições sociais injustas, mas sim para criar uma sociedade justa em que os impedimentos que caracterizam as pessoas com deficiência sejam eliminados ou reduzidos a ponto de favorecer sua plena inclusão e exercício integral de todos os direitos.

Ao assim proceder Nussbaum defende que apesar de estender a lista de bens primários, inserindo nela um conteúdo diversificado, não rompe com o liberalismo político, pois apenas fixou uma lista mínima para que as pessoas tenham uma vida boa, sem esgotá-la, ainda havendo amplo espaço para essa discussão entre os cidadãos. A propósito, escreve:

“O enfoque das capacidades não pretende fornecer uma explicação completa da justiça social. Não diz nada, por exemplo, sobre como a justiça trata desigualdades acima do nível mínimo. (Nesse sentido não responde a todas as questões respondidas pela teoria de Raws). É uma explicação do mínimo de garantias sociais e centrais e é compatível com diferentes visões sobre como lidar com questões de justiça e distribuição que surgiriam uma vez que todos os cidadãos estivessem acima do nível mínimo. Tampouco insiste que essa lista de direitos seja uma explicação exaustiva da justiça política; pode haver outros valores políticos importantes, estreitamente conectados com a justiça, e que ela não incluiu em seu esquema” (p. 91).

A lista de Nussbaum, que seria aberta e suscetível de modificação ao longo do tempo, compreenderia as seguintes capacidades:

*a) “Vida: ter a capacidade de viver até o fim de uma vida humana de duração normal; não morrer prematuramente, ou antes que a própria vida se veja tão reduzida que não valha a pena vivê-la; b) saúde física: ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva; de receber alimentação adequada; de dispor de um lugar adequado para viver;*

c) **integridade física**: ser capaz de se movimentar livremente de um lugar a outro; de estar protegido contra ataques de violência, inclusive agressões sexuais e violência doméstica; dispor de oportunidades para a satisfação sexual e para a escolha em questões de reprodução; d) **sentidos, imaginação e pensamento**: ser capaz de usar os sentidos, a imaginação, o pensamento e o raciocínio – e fazer essas coisas de um modo “verdadeiramente humano”, um modo informado e cultivado por uma educação adequada, incluindo, sem limitações, a alfabetização e o treinamento matemático e científico básico. Ser capaz de usar a imaginação e o pensamento em conexão com experimentar e produzir obras ou eventos, religiosos, literários, musicais e assim por diante, da sua própria escolha. Ser capaz de usar a própria mente de modo protegido por garantias de liberdade de expressão, com respeito tanto à expressão política quanto artística, e liberdade de exercício religioso. Ser capaz de ter experiências prazerosas e evitar dores não benéficas; e) **emoções**: ser capaz de manter relações afetivas com coisas e pessoas fora de nós mesmos; amar aqueles que nos amam e que se preocupam conosco; sofrer na sua ausência; em geral, ser capaz de amar, de sentir pesar, sentir saudades, gratidão e raiva justificada. Não ter o desenvolvimento bloqueado por medo e ansiedade. (Apoiar essa capacidade significa apoiar formas de associação humana que podem se revelar cruciais para seu desenvolvimento); f) **razão prática**: ser capaz de formar uma concepção de bem e de ocupar-se com reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida. (Isso inclui proteção da liberdade de consciência e de prática religiosa); g) **Afiliação**: **g.1.** ser capaz de viver com e voltado para outros, reconhecer e mostrar preocupação com outros seres humanos, ocupar-se com várias formas de interação social; ser capaz de imaginar a situação do outro. (Proteger essa capacidade significa proteger as instituições que constituem e alimentam tais formas de afiliação e também proteger a liberdade de associação e de expressão política); **g.2.** ter as bases sociais do autorrespeito e não humilhação; ser capaz de ser tratado como um ser digno cujo valor é igual ao dos outros. Isso inclui disposições de não discriminação com base em raça, sexo, orientação sexual, etnia, casta, religião, origem nacional; h) **outras espécies**: ser capaz de viver uma relação próxima e respeitosa com animais, plantas e o mundo da natureza; i) **lazer**: ser capaz de rir, brincar, gozar de atividades recreativas; j) **controle sobre o próprio ambiente**: **j.1. político**: ser capaz de participar efetivamente das escolhas políticas que governam a própria vida; ter o direito à participação política, proteções de liberdade de expressão e associação; **j.2. material**: ser capaz de ter propriedade (tanto de bens imóveis quanto de móveis) e ter direitos de propriedade em base igual à dos outros; ter direito de candidatar-se a empregos em base de igualdade com os demais;

*ter a liberdade contra busca e apreensão injustificadas. No trabalho, ser capaz de trabalhar como ser humano, exercendo a razão prática e participando de relacionamentos significativos de reconhecimento mútuo com os demais trabalhadores”.*

Por isso as pessoas acometidas por alguma deficiência não mais podem ser consideradas incapazes *a priori*, pois ao assim proceder a sociedade as discrimina e impede sua inclusão e conseqüente exercício integral de todos os direitos de que é titular, privando-as também do desenvolvimento de todas as faculdades que favorecerão sua inclusão na sociedade.

Em outras palavras, tanto a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo internalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, quanto a Lei 13.146/2015, que a regulamenta, partem de um viés diverso daquele que as gerações passadas de juristas estudaram no Direito Civil. Antes, pensava-se em mecanismos de proteção que desde já incapacitavam a pessoa e não atribuíam qualquer obrigação à sociedade e ao Estado de promover a habilitação/reabilitação das pessoas com deficiência à uma vida plena e a condições de vida apropriadas à dignidade da pessoa humana. Sem refletir adequadamente sobre essas questões, as gerações passadas de operadores do Direito dispensavam às pessoas com deficiência um tratamento discriminatório porque não eram tratadas com justiça, recebendo alguma proteção por questão de caridade. Em suma, os juristas se acostumaram a aplicar os institutos herdados de outras épocas sem se perguntar se eles eram adequados a promover às pessoas com deficiência condições de vida apropriadas à dignidade da pessoa humana.

De acordo com a perspectiva ideológica desenvolvida atualmente, essas pessoas devem ser incluídas na sociedade e essa inclusão é parte dos princípios de justiça que a regem, de modo que as medidas de salvaguarda que impedem temporariamente o exercício pleno dos direitos somente podem ser tomadas caso se comprove no caso concreto que a deficiência é realmente caracterizada por uma barreira que obstrui nesse período de tempo o desenvolvimento pleno de sua personalidade.

No mesmo caminho segue o Parecer 266, de 2015, da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, de autoria do Senador Romário (<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=167262&tp=1>), no qual consta, após breve digressão histórica, que passamos da fase da integração para a fase da inclusão, pois “o foco agora não é mais amparar ou eliminar o que está supostamente errado com a pessoa, e sim corrigir o que está errado com a sociedade que as segrega por não ser capaz de derrubar as barreiras impeditivas da plena inclusão social”.

Ao tratar da deficiência, discorre o parecer:

*“Não há uma deficiência intrínseca. A deficiência decorre de uma característica atípica da pessoa em interação com barreiras de diversas categorias existentes na sociedade. Por isso o conceito de deficiência está em permanente evolução, uma vez que cada vez mais se estudam e se descobrem condições raras de indivíduos que os impedem de exercer plenamente suas potencialidades, dada a existência dessas barreiras mencionadas. Não podemos, portanto, correr o risco de, ao adotarmos uma solução pela descrição exaustiva dos tipos de deficiência, cancelar o engessamento de situações abrangidas sob o guarda-chuva da segurança jurídica em detrimento de novas situações de impedimentos de natureza física, mental, sensorial, intelectual obstrutivos da plena participação na sociedade, não acobertados pelos rígidos padrões tipificados pela legislação”.*

Ainda no parecer vale transcrever longo trecho elucidativo sobre a relação entre capacidade/incapacidade e deficiência:

*“Seu cerne é o reconhecimento de que condição de pessoa com deficiência, isoladamente, não é elemento suficiente 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. Mesmo nessas hipóteses extremas, a curatela afetará, tão-somente, os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, na redação proposta pelo art. 85, do SCD.*

*Reiteramos, ainda, a posição do SCD, que estendeu o conceito de capacidade para outras áreas além do direito ao trabalho e do direito ao voto. De fato, seguindo a linha de que a decretação da curatela se limita aos atos de natureza patrimonial e gerencial, ao curador é vedado interferir nos demais aspectos da vida íntima e personalíssima da pessoa com deficiência, como o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, bem como na educação e na saúde.*

*Em outras palavras, o valor desses dispositivos reside em **desvincular a associação imediata entre deficiência e incapacidade civil ou política, sem afastar a possibilidade de apoio para o exercício da capacidade legal para praticar os atos da vida civil**, caso isso seja necessário, com ou sem deficiência, oferecendo salvaguardas contra possíveis abusos. 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. Os institutos da tutela e da curatela têm sido empregados de modo retrógrado e draconiano, **limitando exageradamente a capacidade das pessoas que deveriam ser suas beneficiárias**. Com as alterações promovidas pelo SCD, apenas os menores de dezesseis anos seriam absolutamente incapazes, prevalecendo à capacidade relativa para os ébrios e os toxicômanos, além daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. **A curatela passa a considerar apenas os critérios de discernimento e capacidade de exprimir a vontade, deixando de considerar a existência de deficiência ou enfermidade**. Às pessoas com deficiência, especificamente, seriam aplicáveis as regras previstas nos arts. 84 a 87 do SCD, e na nova redação dada ao art. 1.769 do Código Civil” (grifos meus).*

A partir da Lei 13.146/2015, houve desvinculação necessária entre curatela e interdição, na medida em que aquela é voltada tanto a servir de medida de salvaguarda às pessoas com deficiência, quanto como instrumento protetivo de pessoas incapazes.

Finda essa abordagem do substrato teórico da situação de deficiente no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a um esboço de interpretação acerca do regime jurídico dos deficientes, diante da manutenção do sistema protetivo anterior e da revogação das disposições que consideravam essas pessoas incapazes.

## **5. PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: MEDIDAS DE SALVAGUARDA E REGIME PROTETIVO:**

Do exposto até o presente momento verifica-se que o objetivo tanto da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo, quanto da Lei 13.146/2015, é reformular a política de atendimento às necessidades das pessoas com deficiência a partir da mudança do foco do Estado de uma perspectiva meramente assistencialista, restrita à caridade, para uma perspectiva de equidade, centrada na justiça.



Desse modo uma série de obrigações são atribuídas à sociedade e ao Estado no sentido de promover a inclusão efetiva das pessoas com deficiência e reprimir/eliminar toda forma de discriminação, seja por meio de atividades de natureza jurídica (revogação de leis, determinações políticas atitudinais e voltadas à educação), seja por meio de prestações fáticas (acessibilidade, saúde, educação, trabalho, habilitação e reabilitação, etc.).

Concretizando esse propósito o art. 6º, caput, da Lei 13.146/2015, dispõe expressamente que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, pois uma grande gama de obrigações foram impostas ao Estado e à sociedade no sentido de equilibrar as relações entre as pessoas com deficiência e as pessoas sem deficiência, corrigindo distorções estruturais sociais de modo a suplantar as barreiras diversas que obstruem o livre desenvolvimento da personalidade pelas pessoas com deficiência.

O propósito, portanto, é de evitar tratamento discriminatório prejudicial à pessoa com deficiência, e não deixá-la no completo desamparo. Muito pelo contrário, o ordenamento jurídico reconhece a situação de diferenciação da pessoa com deficiência e em razão dessa diferenciação fática é que uma série de obrigações jurídicas foram impostas. Nesse sentido dispõe o art. 4º e §1º, da Lei 13.146/2015:

*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.*

O ideal é que a pessoa com deficiência exerça sua capacidade legal em igualdade com as demais pessoas (art. 84, caput, da Lei 13.146/2015), mesmo que para isso devam ser previstos anteparos, providências protetivas ou medidas de salvaguarda para evitar o prejuízo consistente na distinção, restrição ou exclusão baseada na deficiência e que sejam adequadas à condição da pessoa com deficiência (artigo 12, alíneas 3 e 4, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo, assinados em Nova York em 2007).

Esse é o critério hermenêutico que deve orientar o operador do Direito no momento de solucionar os diversos problemas práticos que possam surgir.

Uma primeira questão que surge é a seguinte: a nova Lei dispõe que as pessoas com deficiência sem o necessário discernimento para a prática de atos jurídicos, e as pessoas sem desenvolvimento mental completo, não se consideram absolutamente, nem relativamente incapazes, respectivamente, como previa a legislação anterior. Com isso, automaticamente essas pessoas se tornam capazes, de modo que as interdições anteriores a 07/01/2016, data de entrada em vigor da nova Lei, perderam suas eficácias?

Entendo que não, pois a sentença que decretou a interdição seguiu um procedimento previsto em lei e transcorreu sem mácula. A nova Lei terá aplicação regular a partir da sua entrada em vigor. Ressalte-se que a própria Lei 13.146/2015, em seu art. 84, §3º, dispõe que a curatela será temporária e excepcional, sujeita a revisão pelo próprio órgão judiciário que a decretou (artigo 12, alínea 4, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo, assinados em Nova York em 2007). Desse modo, em respeito ao paralelismo das formas, somente o Poder Judiciário, devidamente provocado ou pela própria pessoa com deficiência, ou pelo Ministério Público (CC, art. 1768, IV e art. 1769, I, respectivamente), pode promover o levantamento da curatela, alterar os seus termos ou prorrogar seu prazo de duração.

Apesar de haver posicionamentos em sentido contrário na doutrina, reputo que a novel legislação não promoveu alteração na denominação da demanda instrumentalizada para requerer designação de curador à pessoa com deficiência. Aliás, reputo que é mesmo irrelevante essa questão. A própria lei, ao modificar artigos do Código Civil concernentes à curatela, manteve a expressão “interditando” (arts. 1771, caput e 1772, parágrafo único). Ademais, o objetivo da interdição, na visão de quem redige o trabalho, não era a declaração de incapacidade, mas sim a sujeição de uma pessoa aos cuidados de um curador, nos limites da curatela, em virtude do reconhecimento de uma situação de incapacidade (art. 755, I, CPC 2015 e art. 1.183, parágrafo único, do CPC de 1973)<sup>2</sup>. Essa é uma das justificativas de natureza técnica pela qual a sentença de interdição produz efeitos *ex nunc*, visto que é juridicamente impossível a retroação desse efeito<sup>3</sup>.

2 - No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Eficácia da Sentença de Interdição por Alienação Mental**. In: *Revista de Processo*. Ano 11. n. 43. p. 14-18. Julho-setembro de 1986.

3 - Essa observação tem a ver com os efeitos da sentença de interdição em relação com os atos jurídicos pretéritos praticados pelo incapaz no regime anterior à entrada em vigor da Lei 13.146/2015. Apreciando precedentes do STJ e de Tribunais de Justiça era possível constatar que havia três motivos principais para entender que os atos jurídicos pretéritos não tinham sua validade fulminada pelo simples fato de ter sido decretada a interdição do incapaz, dois de natureza estritamente técnica e um de natureza principiológica: a) a invalidade decorria da situação de incapacidade e não da interdição propriamente dita, pois uma vez comprovada a incapacidade, mesmo que não houvesse interdição, o ato seria inválido; b) a interdição sujeitava o incapaz aos cuidados de um curador em virtude do reconhecimento de uma situação de incapacidade. Isso significa que a sentença de interdição tinha uma eficácia declaratória, contudo,

Assim, mesmo que não exista mais um vínculo necessário entre incapacidade e interdição, os efeitos principais desse processo continuam sendo os mesmos. O que a lei de direito material reformulou foi aquilo que na demanda consistirá no fundamento jurídico: antes seria uma situação de incapacidade e agora poderá consistir também em uma situação de deficiência nos termos da Lei 13.146/2015.

Outro ponto que já levanta discussões é a norma contida no art. 198, I, do CC, cuja redação é a seguinte:

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

Essa regra protegia o absolutamente incapaz nas relações jurídicas que mantivesse com qualquer pessoa, na medida em que eventual desídia não podia ser a ele imputável, pois somente por meio de um terceiro, seu representante legal, poderia realizar atos jurídicos, no caso, exercer a pretensão por meio do ajuizamento de uma demanda judicial. Outra regra que teria a mesma justificativa é a prevista no art. 197, III, do CC:

*Art. 197. Não corre a prescrição:  
(...)  
III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.*

Da mesma forma que a regra insculpida no art. 198, I, do CC, o curatelado não teria condições de exigir reparação civil ou o pagamento de outra dívida qualquer do curador porque somente por intermédio dele a pretensão poderia ser exercida. Desse modo, o incapaz estaria temporariamente impossibilitado de exercer a pretensão.

Fazendo uma breve consulta em artigos escritos na internet mencionados ao final verifica-se que todos os doutrinadores esboçam a ideia de que não sendo mais as pessoas deficientes incapazes, as regras de impedimento de correr do prazo prescricional não mais se aplicam a elas, salvo se forem curateladas e a pretensão for exercida em face do curador, com fundamento no art. 197, III, do CC.

---

sua eficácia preponderante era de natureza constitutiva, criando uma situação jurídica nova na relação curador/curatelado; c) a proteção da boa-fé de terceiros, os quais estariam impossibilitados de defender-se adequadamente e de discutir a situação jurídica do outro figurante do negócio jurídico na época em que firmado o negócio jurídico. Mantém entendimento no mesmo sentido da continuidade da existência do procedimento de interdição, posto que por outros fundamentos: GAGLIANO, Pablo Stolze. **É o fim da interdição?** Sítio eletrônico: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>. Publicado em fevereiro de 2016.

A quem escreve o presente artigo não parece muito coerente que antes da entrada em vigor da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo, assinados em Nova York, em que o objetivo não era equilibrar as relações entre pessoas com deficiência e promover sua inclusão social, mas conferir alguma proteção por motivo de caridade, o prazo prescricional não corresse contra elas, e hoje que o objetivo do ordenamento jurídico modificou-se integralmente, estabelecendo uma obrigação aos Estados de conferir medidas de salvaguarda adequadas às especificidades de cada pessoa com deficiência (artigo 5, alínea 4, artigo 12, alíneas 4 e 5, todos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo, assinados em Nova York) a interpretação seja diversa, sem medidas de salvaguarda, sem consideração das especificidades, dos diversos graus de deficiência, das diversas funcionalidades que são afetadas, do risco que essa interpretação possa causar a muitas pessoas com deficiência, as quais ficariam no completo desamparo legal e sem condições de exercer efetivamente sua capacidade legal, conforme dicção do art. 84, caput, da Lei 13.146/2015.

É necessário recordar que o objetivo da exclusão das pessoas com deficiência do rol dos incapazes foi considerá-las sujeitos destinatários dos princípios de justiça que regem a sociedade, de modo que o tratamento a elas fornecido não importe em simples adaptação delas a condições sociais injustas, meras concessões por motivo de caridade. O dever de inclusão parte do pressuposto de que essas pessoas possuem impedimentos diversos que em combinação com inúmeras barreiras sociais ocasionam a deficiência e que o rompimento dessas barreiras requer o reconhecimento da sua condição de vulnerabilidade e a imposição de muitos outros deveres ao Estado para que possam desenvolver todas as potencialidades de sua personalidade.

Tomando esse critério hermenêutico como ponto de partida, conclui-se que há impedimentos de caráter cognitivo, emocional, sensorial, etc., que dependem de estímulos por meio do que a Lei 13.146/2015 chama adaptação razoável, mecanismos de tecnologia assistiva voltados a promover a efetiva inclusão da pessoa<sup>4</sup>. Dentro desse contexto, é possível que a tecnologia

4 - Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

(...)

III - tecnologia assistiva ou ajuda técnica: produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social; (...)

VI - adaptações razoáveis: adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais;

disponível ainda não autorize vencer completamente aquele impedimento, de modo que a pessoa dependa de um curador para realizar determinados atos jurídicos. A importância da exclusão das pessoas com deficiência do rol dos incapazes é atribuir ao Estado a obrigação de estar sempre buscando alternativas para a plena inclusão da pessoa, para que ela possa exercer de fato sua capacidade legal em igualdade de condições com as pessoas que não tem deficiência (art. 4º, art, 6º e art, 84, caput, da Lei 13.146/2015), pois, não custa repetir, essa característica não decorre do impedimento em si, mas da sua combinação com condições injustas da vida social<sup>5</sup>.

Assim, por mais que as pessoas com deficiência mental ou desenvolvimento mental incompleto não sejam incapazes, podem não apresentar o necessário discernimento para a prática dos atos jurídicos essenciais ao exercício dos direitos de que são titulares. Por mais que a legislação não tenha sofrido a necessária adaptação no art. 198, I, do CC, não se pode desconsiderar o disposto no art. 197, III, do CC e a partir dele e da sua combinação com os arts. 4º, 6º e 84, da Lei 13.146/2015 e com o art. 12, alíneas 3 e 4, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Alternativo, assinados em Nova York, extrair um princípio protetivo em relação às pessoas com deficiência, no sentido de que não corre a prescrição contra as pessoas com deficiência caracterizada por impedimento de caráter cognitivo, mental, sensorial, emocional, etc., ou sem desenvolvimento mental completo, que não tenham o necessário

---

5 - Um bom exemplo de como essas especificidades moldam as medidas de salvaguarda, a adaptação razoável e os mecanismos de tecnologia assistiva se encontra no trecho que se transcreve da obra de Nussbaum:

“Pessoas com impedimentos mentais graves, assim como outros seres humanos, têm necessidades em todas as áreas abrangidas pelas capacidades. Uma boa assistência irá tratar de todas essas necessidades. Fora isso, pouco pode ser dito, de modo geral. Um bom assistente para uma pessoa com lesão mental – e boas políticas públicas que apoiem o cuidado – deve reconhecer e adequar-se à natureza particular do impedimento da pessoa. Um bom cuidado para Sessa é aquele centrado em afeto, equilíbrio emocional e saúde. Sua grande capacidade para afeição e prazer deve ser sempre central em qualquer relacionamento com ela. Um bom cuidado também vai alimentar a sua necessidade de estímulo cognitivo – seu amor por música e movimento, por exemplo, ou seu grande interesse em não estar confinada em um único ambiente físico. Mas o estímulo cognitivo deve ser mantido em um nível que seja apropriado para as suas capacidades. Emprego, participação política e a escolha de um modo de vida parecem ser menos pertinentes a sua situação.

O caso de Arthur é completamente diferente: suas enormes capacidades cognitivas precisam ser alimentadas em uma atmosfera que não lhe cause trauma emocional, seja por causa de *bullying* ou de seu medo geral de grupos. Ele precisa de apoio constante e em acordo com as suas capacidades de relacionamento; uma assistência nessa área que seria ótima para a maioria das crianças, seria inadequada para ele” (Ob. cit., p. 208). Sessa e Arthur são pessoas mencionadas pela filósofa norte-americana no início do segundo capítulo de sua obra, a primeira acometida de paralisia cerebral congênita e retardo mental grave e o segundo de síndrome de Asperger e um tipo de autismo de alto nível funcional, como a síndrome de Tourette. O importante é ter em vista que as especificidades das deficiência implicam em adaptação razoável dos cuidados necessários ao desenvolvimento de suas funcionalidades afetadas, das medidas de salvaguarda e dos mecanismos de tecnologia assistiva.

discernimento para o exercício da pretensão, objetivando assegurar os direitos de que são titulares.

O próprio teor desse princípio obsta que todas as pessoas com deficiência sejam tratadas da mesma forma, pois há graus diversos de deficiência, de modo que somente o tratamento individual possibilitaria verificar no caso concreto a aplicabilidade desse princípio. Assim, a verificação da prescrição dependeria da produção de prova pericial ou da verificação do grau e do tipo de deficiência por outro modo e só depois o magistrado poderia decidir<sup>6</sup>.

Essa conclusão pode sofrer duas críticas: a) compromete a segurança jurídica; b) as regras de suspensão, impedimento e interrupção da prescrição são de direito estrito e dependem de previsão expressa em lei.

A primeira crítica se afigura como uma constatação óbvia, mas o cumprimento de desígnios constitucionais de proteção da pessoa se revela mais importante, notadamente quando visa eliminar a discriminação e as barreiras sociais que obstruem o pleno desenvolvimento de pessoas com deficiência.

A segunda crítica é de ordem doutrinária, contudo, está ancorada à preocupação de concretizar a segurança das relações jurídicas travadas entre particulares. Se fosse possível estender a interpretação de normas que impedem a fluência do prazo prescricional e, conseqüentemente, mantém vivas pretensões por período de tempo indeterminado, as pessoas que figuram no polo passivo de relações jurídicas estariam eternamente vinculadas a deveres e obrigações contraídos há muito tempo. Ocorre que a interpretação aqui sugerida está em conformidade com desígnios constitucionais de salvaguardar posições de equilíbrio social e de proteção da pessoa<sup>7</sup>.

Esse mesmo entendimento serve para sustentar a interpretação que se deve dar aos arts. 7º, a 9º, do CPC de 1973, correspondentes aos arts. 70 a

---

6 - Nesse caso, visando acelerar o rito procedimental, mormente nos casos em que a deficiência não consubstancia o objeto do processo, a prova pericial poderia ser simplificada, com inquirição do perito em audiência designada especificamente para isso, após breve exame da pessoa com deficiência, conforme autoriza o art. 421, §2º, do CPC de 1973, correspondente ao art. 464, §3º, do CPC de 2015. Nos Juizados Especiais Federais, esse questionamento acerca do impedimento de correr do prazo prescricional pode ser esclarecido mediante quesito formulado ao perito, o qual terá como objeto o grau de deficiência e de discernimento acerca da titularidade do direito e da necessidade de exercício da pretensão no prazo legal.

7 - Não se pode esquecer que já na década de 1980, no Brasil, o princípio da autonomia privada sofreu inúmeras modificações a partir da aplicação do princípio da boa-fé nas relações privadas, mesmo não havendo previsão expressa no Código Civil de 1916. Por meio desse princípio inúmeras obrigações que não decorriam de lei ou do contrato foram reconhecidas, importando em verdadeira mudança na abordagem das relações privadas para reconhecer que elas não deveriam apenas ser formalmente perfeitas, mas também para considerá-las substancialmente em consonância com valores primordiais do direito privado, como o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Como exemplo, tem-se a Apelação Cível 589073956, julgada pela Quinta Câmara Cível do TJRS, relator Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em 19/12/1989, em cuja ementa inicia: “O princípio da boa-fé impõe deveres anexos de acordo com a natureza do negócio e a finalidade pretendida pelas partes”. Em idêntico sentido o entendimento assentado no julgamento da Apelação Cível 591028295, julgado pela 5ª Câmara Cível do TJRS, relator Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em 06/06/1991.

73 do CPC de 2015. Referidos dispositivos regulam a capacidade da parte de estar em juízo, a qual requeria, nas lições da doutrina que tinham foco no conceito de incapacidade, capacidade de fato ou de exercício<sup>8</sup>.

Considerando que as pessoas com deficiência, abrangidas as acometidas de desenvolvimento mental incompleto, não mais se enquadram no rol das pessoas incapazes, é possível que os operadores do direito em geral concluam que essas pessoas não dependem mais do curador para ingressar com uma demanda em juízo.

Apreciando a legislação, reputo que esse não é o melhor entendimento a ser adotado. O fato de não mais se considerarem incapazes legalmente não significa que não sejam destinatárias de medidas de salvaguarda.

Essas medidas, de acordo com a Lei 13.146/2015, consistem na curatela e na tomada de decisão apoiada. Antes de prosseguir, visando facilitar a compreensão, transcrever-se-á o art. 1.783-A, do CC, introduzido pelo art. 116, da Lei 13.185/2015:

*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.*

*§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.*

*§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no **caput** deste artigo.*

*§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do*

---

De certa forma, a interpretação sugerida no presente trabalho ocasiona modificação semelhante na abordagem do ordenamento jurídico no que concerne à situação das pessoas com deficiência no Direito Civil, devendo-se atentar apenas para o fato de que o critério hermenêutico proposto tem sua fonte nas impropriedades técnicas do legislador, o qual não promoveu as devidas adaptações legislativas às modificações que terminou por empreender.

8 - Na doutrina processual a capacidade para ser parte pressupõe autorização legal para integrar o polo ativo ou passivo. Em regra, corresponde aos entes dotados de capacidade de direito, além de outros que, mesmo destituídos dela, possuem uma personalidade judiciária, como o espólio e a herança jacente, por exemplo. Já a capacidade para estar em juízo consiste na faculdade de estar pessoalmente exercendo no processo os ônus, poderes, deveres e faculdades processuais. Não teriam capacidade para estar em juízo os incapazes, cuja representação deve ser regularizada mediante nomeação de representante legal, auxílio do assistente ou designação do curador especial. Diante das transformações sofridas pela legislação no que concerne ao regime das incapacidades, esse ponto também merece alguma reflexão.

*Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.*

*§ 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.*

*§ 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.*

*§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.*

*§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.*

*§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.*

*§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.*

*§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.*

*§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.”*

Lendo os dispositivos legais que regulam esses institutos constata-se que, em regra, a curatela é voltada à prática de atos de natureza patrimonial<sup>9</sup>, ao passo que a tomada de decisão apoiada é voltada a atos de natureza existencial. Ademais, deduz-se da leitura dos dispositivos que a curatela é destinada a um maior número de atos jurídicos, ao passo que a tomada de decisão apoiada pode envolver um ou alguns poucos atos jurídicos e esgotar o seu objeto. Assim, a curatela é instituto destinado a pessoas cujo déficit de discernimento é de grau mais elevado do que aquelas para as quais a legislação instituiu a tomada de decisão apoiada, pois em relação a todos os demais atos da vida civil a pessoa com deficiência teria condição de praticá-los isoladamente.

---

9 - 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.



Afirma-se que essas são as distinções que **em geral** se verificam, pois o §3º, do art. 1.783-A, pressupõe ato negocial entabulado com terceiro, o qual pode, portanto, deter caráter patrimonial.

Nesse caso, se o objetivo for simplesmente ingressar com uma demanda e a deficiência da pessoa não for de grau tão elevado a ponto de comprometer completamente seu discernimento para compreender o significado jurídico do ato que deseja realizar, aparentemente o instrumento adequado é a tomada de decisão apoiada, devendo-se antes de ingressar com a ação providenciar a designação dos apoiadores, conforme o procedimento estabelecido pelo art. 1.783-A, do CC.

Como sói acontecer na praxe forense, dificilmente os Advogados tomarão esse cuidado prévio, notadamente nas demandas de natureza previdenciária ou assistencial que tramitam na Justiça Federal, pois os litigantes, em geral, consistem em pessoas pobres e com graves déficits de educação, que não se preocupam em regularizar a situação jurídica de pessoas com deficiência que vivam sob seus cuidados.

Como nessas demandas o fundamento jurídico, em regra, consiste no fato do autor ser acometido por deficiência tão séria e grave que lhe retira o discernimento básico para a prática dos atos jurídicos, o mais aconselhável é suspender o processo por prazo razoável determinado pelo magistrado para que o autor, pessoa com deficiência, regularize sua situação dentro do processo, sob pena de restar desprotegido, conforme preconizava o art. 13, do CPC de 1973, atualmente correspondente ao art. 76, do CPC de 2015. Para isso, podem se utilizar tanto do instrumento da tomada de decisão apoiada, quanto da curatela.

Quando a pessoa com deficiência ocupar o polo passivo, afigura-se aplicável o disposto no art. 218, do CPC de 1973, correspondente ao art. 245, do CPC de 2015, os quais, mesmo utilizando termos discriminatórios (“demente” e “mentalmente incapaz” respectivamente), caso o oficial de justiça perceba déficit de discernimento para entender o significado da citação e os termos da demanda<sup>10</sup>.

10 - Mesmo que a Lei 13.105/2015 considere a pessoa portadora de deficiência capaz e que sua interdição produza efeitos apenas parciais, semelhante ao que ocorria na época em que essas pessoas eram consideradas relativamente incapazes (ou totais, quando consideradas absolutamente incapazes), o certo é que se o oficial de justiça constatar o risco de prejuízo à pessoa portadora de deficiência, deve certificar e devolver o mandado sem cumprimento para o que magistrado tome as providências necessárias. O Juiz deverá indicar um médico que examinará o citando e apresentará um laudo no prazo de cinco dias. O CPC não regula o procedimento, o qual deve seguir a rotina própria da perícia médica. Havendo alguém responsável pela pessoa acometida de deficiência, deve conduzir o citando até o local onde seria submetido ao exame, sob pena de presumir-se sua situação de desprovida de discernimento necessário, com fulcro nos arts. 231-232, CC. Ressalte-se que se trata de dever da parte o comparecimento a Juízo porque esse exame não compromete o direito

Por fim, indaga-se: qual a consequência jurídica para o negócio jurídico firmado por pessoa com deficiência sem o necessário discernimento para a prática dos atos jurídicos?

No regime revogado pela Lei 13.146/2015, a incapacidade de um dos figurantes do negócio jurídico implicava em invalidade do negócio jurídico, já que o art. 104, I, do CC, dispõe ser um dos requisitos de validade o agente capaz.

Como as pessoas com deficiência deixaram de ser consideradas incapazes, seria possível concluir que o negócio jurídico seria válido.

A melhor interpretação, a quem escreve o texto, não parece ser esta. As pessoas com deficiência deixaram de ser consideradas incapazes não porque o legislador passou a entender que elas não merecem qualquer proteção, mas para evitar tratamento discriminatório e obstar que o Estado descumpra com deveres de promover adaptação razoável para a plena inclusão social dessas pessoas mediante derrubada das barreiras que, combinadas com a deficiência, impedem que ela desenvolva livremente sua personalidade.

Assim, constatado no caso concreto que a pessoa com deficiência não tinha o necessário discernimento para a prática de atos jurídicos mediante prova pericial produzida, se necessário, por equipe multiprofissional e interdisciplinar (art. 2º, §1º, da Lei 13.146/2015), a conclusão é de que o negócio jurídico não poderia ser realizado somente pelo figurante cujo discernimento restou obnubilado, mas também por um curador ou apoiador. O negócio jurídico será nulo por preterição de solenidade essencial prevista em Lei, no caso, ser acompanhado por curador ou apoiador (art. 166, V, do CC).

Essas são, em linhas gerais, alguma das consequências da modificação do regime jurídico das incapacidades por parte da Lei 13.146/2015, obrigando

---

deduzido em Juízo, salvo se se tratar de interdição. Essa é a inteligência do art. 378 c/c o art. 379, III, do CPC de 2015 (correspondente aos artigos 339 e 340, III, do CPC de 1973). O mesmo se aplica ao responsável, com base no art. 380, I, do CPC (correspondente ao art. 341, I, do CPC de 1973). A advertência da presunção indicada nos artigos do CC retromencionados se enquadra no disposto no art. 380, parágrafo único, como medida indutiva (sem correspondente no CPC de 1973). Esse exame pode ser substituído por exames médicos recentes apresentados pelo responsável durante a diligência. Reconhecida a deficiência, o magistrado deverá nomear um curador para o ato específico. Ressalte-se que o CC foi alterado para determinar que no ato de nomeação do curador o Juiz deve considerar a vontade do deficiente, motivo pelo qual ele deve orientar os oficiais de justiça a certificarem, caso possível, se a pessoa com deficiência teve condição de declinar nome ou identificar aquele que ele preferiria que fosse seu curador para aquele ato específico.

Dependendo da forma como realizada a diligência, com juntada de laudos médicos, declarações de parentes, apresentação de eventual termo de curatela, é possível que a perícia retromencionada se torne desnecessária, diante de vastos elementos de convencimento que tornem a prova técnica despicienda (art. 464, §1º, II, do CPC/2015, correspondente ao art. 420, parágrafo único, II, do CPC/1973).

o intérprete a fazer uma análise mais detida e cuidadosa da legislação visando solucionar os problemas práticos que se anunciam e que continuarão a surgir.

## 6. CONCLUSÃO:

Após essas poucas páginas escritas sobre um assunto que reformulou todo o sistema de tutela jurídica da pessoa incapaz, modificando o eixo ao redor do qual gravitam todos os demais institutos de proteção e de eliminação de estigmas e preconceitos, conclui-se que as mudanças legislativas ocasionadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência não tem por objetivo equipará-las em todos os sentidos às pessoas que não apresentam qualquer deficiência. Ao contrário, parte-se da pressuposição de que o Estado deve ainda prover mecanismos que possibilitem às pessoas com deficiência exercer os seus direitos em igualdade com aquelas que não têm qualquer impedimento em suas funcionalidades e não estão sujeitas às mesmas barreiras.

A pessoa com deficiência não mais é considerada incapaz e nem pode sê-lo, mesmo que submetida ao regime da curatela ou da tomada de decisão apoiada. Tratá-la dessa maneira, na visão ideológica que permeia o Estatuto, seria como estabelecer para ela um rótulo idôneo a provocar uma discriminação injustificada, com aptidão para diminuí-la em sua personalidade e fomentar uma barreira social atitudinal.

O papel do Estado é estabelecer a adaptação razoável e estimular a criação de tecnologias assistivas voltadas a promover a inclusão social efetiva da pessoa com deficiência, de modo que as funcionalidades afetadas pela deficiência não sejam um impeditivo à efetiva interação dessas pessoas com todas as demais que compõem a sociedade.

O legislador brasileiro, contudo, ao aprovar a lei não adaptou o ordenamento jurídico a essa nova visão ideológica que passa a caracterizar o sistema de proteção das pessoas com deficiência, não mais consideradas incapazes, criando para o intérprete grandes desafios na aplicação de institutos como a interdição, a prescrição, as invalidades, a atuação processual, sem contar com os vários institutos de direito de família que nem mesmo foram objeto de abordagem nesse estudo.

A partir do que foi visto, talvez seja possível até levantar um questionamento acerca da constitucionalidade da lei, na medida em que promoveu uma proteção débil da pessoa com deficiência. A quem escreve esse texto não parece ser essa a melhor solução, pois o objetivo que impulsionou a aprovação do texto legal é o mesmo que inspirou a assinatura de uma Convenção Internacional envolvendo diversos países e que foi internalizada em nosso ordenamento jurídico com *status* jurídico de Emenda Constitucional.

De qualquer forma, o tema é recente e o autor desse esboço não tem a pretensão de esgotá-lo, nem tampouco o objetivo de abordá-lo em todos os sentidos possíveis, mas apenas de compartilhar suas angústias com o novo e de propor soluções para que um debate se inicie, com a consciência de que essas palavras foram postas no papel para serem superadas, o que é característico de todo trabalho científico.

### **BIBLIOGRAFIA:**

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Eficácia da Sentença de Interdição por Alienação Mental**. In: *Revista de Processo*. Ano 11. n. 43. p. 14-18. Julho-setembro de 1986.

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. São Paulo, Editora Paulo de Azevedo, 1959, 12ª ed., 1959, volume 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo. Ed. Saraiva. 10ª ed., 2008, volume I.

\_\_\_\_\_. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil**. Sítio eletrônico: <https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>. Publicado em julho de 2015.

\_\_\_\_\_. **É o fim da interdição?** Sítio eletrônico: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>. Publicado em fevereiro de 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. Atualização: PINTO: Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil**. São Paulo. Ed. Saraiva. 39ª ed. 2003, volume 1.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da Justiça: Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. Tradução: CASTRO. Susana de. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. **O novo sistema de (in)capacidades e a atuação do MP na curatela**. Sítio eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-18/mp-debate-sistema-incapacidades-atuacao-mp-curatela>. Publicado em 18/04/2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 3ª ed., 1971, Tomo IV.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 3ª ed., 1971, Tomo V.

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.** Sítio eletrônico: <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjIyMA==>. Publicado em 26/08/2015.

TARTUCCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 Repercussões para o Direito de Família e confrontações com o Novo CPC. Primeira parte.** Sítio eletrônico: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/213830256/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13146-2015>. Publicado em setembro de 2015.

RAWS, John. **Justiça e Equidade.** In: **A idéia de justiça de Platão a Raws.** Org: MAFFETTONE, Sebastiano; e VECA, Salvatore. Tradução: JANINI, Karina. São Paulo. Editora Martins Fontes, págs. 385-443.

\_\_\_\_\_. **Justicia como equidad.** Seleção, tradução e apresentação: RODILLA, Miguel Ángel. Madrid. Editorial Tecnos. 1999.