



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

TEILA ROCHA LINS D'ALBUQUERQUE

**O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AS
NOVAS PERSPECTIVAS EM TORNO DA MUDANÇA DA
CAPACIDADE CIVIL.**

**Salvador
2017**

TEILA ROCHA LINS D'ALBUQUERQUE

**O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AS
NOVAS PERSPECTIVAS EM TORNO DA MUDANÇA DA
CAPACIDADE CIVIL.**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA.

Área de Concentração: Relações Sociais e Novos Direitos.

Linha de Pesquisa: Direito das Relações Sociais na Contemporaneidade.

Subárea de Direito Civil: Efeitos da Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações jurídicas privadas.
Orientadora: Prof. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges

**Salvador
2017**

D999

D' Albuquerque, Teila Rocha Lins

O estatuto da pessoa com deficiência e as novas perspectivas em torno da mudança da capacidade civil / por Teila Rocha Lins D' Albuquerque. – 2017.

117 f.

Orientadora: Prof. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de Direito, 2017.

1. Direito Civil - Deficientes. 2. Deficientes - Estatuto legal, leis, etc.. I. Borges, Roxana Cardoso Brasileiro. II. Universidade Federal da Bahia. III. Título.

CDD-346

TERMO DE APROVAÇÃO

TEILA ROCHA LINS D'ALBUQUERQUE

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AS NOVAS PERSPECTIVAS EM TORNO DA MUDANÇA DA CAPACIDADE CIVIL.

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora.

Aprovada em 10/03/2017

Nome: Roxana Cardoso Brasileiro Borges (Orientadora)

Titulação: Doutora

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Nome: Maurício Requião Sant'Ana

Titulação: Doutor

Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Paula Andrea Forgioni

Titulação: Doutora

Instituição: Universidade de São Paulo

Salvador, ____/____/2017

Aos meus pais, Kleber e Maria de Fátima, *in memoriam*. À Mariah, Luísa e Eduardo, com todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS

Agradecer, sempre. Mais uma etapa vencida na caminhada acadêmica. A Deus, energia e força a quem atribuo a minha perseverança para estar aqui.

À minha família, toda a minha gratidão. Minhas filhas Mariah e Luísa, que motivam cada passo da minha carreira acadêmica simplesmente por existirem e tornarem minha vida mais doce. Ao meu marido Eduardo Portugal, agradeço pelo incentivo e apoio, sintam-se parte dessa conquista, nosso amor me fortalece.

À minha orientadora Roxana Cardoso Brasileiro Borges, por todas as contribuições acadêmicas, sempre com paciência e cuidado, esteve presente na minha história com o Programa de Mestrado da UFBA. Impossível esquecer as valiosas discussões nas disciplinas de Direito Civil e Autonomia Privada, além do tirocínio, que tive a honra de assistir aulas e fortalecer toda a minha admiração não só como professora, mas pelo ser humano incrível que é. Meus sinceros agradecimentos.

Agradeço à professora Mônica Aguiar, que muito colaborou com esse trabalho através de valiosas sugestões e indicações de materiais, além da experiência maravilhosa na disciplina de microbioética. Agradeço aos professores Paulo Pimenta e Nelson Cerqueira que muito colaboraram e posso dizer que mudaram a minha visão sobre pesquisa científica através das aulas na disciplina de metodologia.

Aos meus colegas da UFBA, com os quais tive a oportunidade de dividir momentos de grande desenvolvimento pessoal e profissional.

Agradeço aos meus amigos, pessoas que foram essenciais e sempre estiveram dispostos a ajudar, não só com palavras de força, mas também com diálogos enriquecedores.

Agradeço as instituições em que leciono, Universidade Católica do Salvador e Faculdade Maurício de Nassau, não só por me permitirem a grande realização que é ensinar, mas também pelo acolhimento e incentivo ao longo dessa trajetória.

Ao meu pai Kleber Cairo Lins D'Albuquerque e minha mãe, Maria de Fátima Ferreira da Rocha, *in memoriam*. Exemplos de vida e que me permitiram saber o verdadeiro valor do conhecimento.

ALBUQUERQUE, Teila Rocha Lins D'. 117 f. 2017. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as novas perspectivas em torno da mudança da capacidade civil. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

RESUMO

O trabalho tem como objetivo responder algumas questões sobre a alteração da capacidade civil da pessoa com deficiência após a Lei 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, sobre alguns institutos do Direito Civil. A nova lei alterou o sistema de capacidade civil do Código Civil de 2002 ao estabelecer que a pessoa com deficiência possui plena capacidade para se autodeterminar em sociedade, em especial, quanto ao exercício de direitos existenciais, a exemplo do casamento e direitos sexuais. Diante dessa mudança de paradigma, é preciso refletir sobre outros institutos do Direito Civil que sofreram alterações, culminando no seguinte problema de pesquisa: quais os reflexos da alteração da capacidade civil da pessoa com deficiência após a lei 13.146/2015 sobre alguns institutos de Direito Civil? Acredita-se que a Lei 13.146/2015 trouxe profundas alterações com o objetivo de promover a autonomia e a igualdade a essas pessoas, contudo, ao estabelecer as bases dessa nova perspectiva, alguns institutos alterados podem, contrariamente, desproteger, acentuando a vulnerabilidade daqueles que não possuem o discernimento para muitos atos do cotidiano. Para responder àquela indagação, será discutida a autonomia privada como princípio fundamental ao debate, além da solidariedade e a igualdade, que juntos compõem as bases das novas perspectivas legais. Em seguida, aborda-se a pessoa com deficiência e os principais direitos assegurados pela nova lei. Após, a pesquisa se volta à capacidade civil, essencial para a compreensão e estudo dos reflexos sobre os outros institutos cíveis, tais como o sistema de curatela, a responsabilidade civil dos incapazes, a capacidade para contrair matrimônio, o sistema de prescrição e decadência e a validade dos atos e negócios jurídicos realizados pela pessoa com deficiência.

Palavras-chave: lei 13.146/2015, pessoa com deficiência, autonomia, capacidade civil.

ALBUQUERQUE, Teila Rocha Lins D'. 117 f. 2017. The Status For the Person with Disabilities and the new prospects around the change of the civil capacity. Dissertation (Thesis) - Law Faculty, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

ABSTRACT

The study aims to answer some questions about the change of civilian of the person with disabilities after the Law 13.146/2015, status of the person with a disability, about some institutes of Civil Law . The new law has changed the system of civil capacity of the Civil Code of 2002 to establish that a person with a disability has full capacity to self-determination in society, in particular with regard to the exercise of rights, the example of marriage and sexual rights. Faced with this paradigm shift, it is necessary to reflect on other civil law institutes that have undergone changes, culminating in the following research problem: what are the consequences of changing the civil capacity of the disabled person after the law 13.146/2015 on some institutes of Civil Law? It is believed that Law 13.146/2015 has brought about profound changes with the aim of promoting autonomy and equality for these people. However, in laying the foundations for this new perspective, some altered institutes may, however, de-protect, accentuating the vulnerability of those who They do not have discernment for many acts of everyday life. To answer this question, private autonomy will be discussed as a fundamental principle of debate, as well as solidarity and equality, which together form the basis of new legal perspectives. It then addresses the person with disabilities and the main rights enshrined in the new law. Afterwards, the research turns to the civil capacity, essential for the understanding and study of the reflexes on the other civil institutes, such as the system of curatela, the civil liability of the incapacitated, the capacity to contract marriage, the system of prescription and decay and The validity of the acts and legal business carried out by the person with a disability.

Keywords: law 13.146 / 2015, person with disabilities, autonomy, civil capacity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. AUTONOMIA PRIVADA	12
1.1 Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada.....	12
1.2. Autonomia privada, direitos patrimoniais e direitos da personalidade	15
1.3. Limites da autonomia privada	18
1.4. Alguns outros sentidos para a autonomia.....	20
1.5. Outros princípios: solidariedade e igualdade	22
2. A PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UM OLHAR SOBRE A LUTA POR DIREITOS. 26	
2.1. A deficiência na perspectiva social	27
2.1.1. Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde.....	28
2.1.2. Deficiente, portador de necessidades especiais, excepcionais ou pessoa com deficiência? Controvérsias em torno da terminologia mais apropriada.	29
2.2. Noções sobre vulnerabilidade.....	31
2.2.1 Estigma.....	34
2.3. Deficiência e antecedentes: uma história de exclusão social	36
2.3.1. As práticas nos manicômios e a Reforma Psiquiátrica.....	41
2.4 Proteção da pessoa com deficiência como desdobramento dos direitos humanos e o direito à antidiscriminação.....	43
2.5. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências (Nova York, março de 2007)	46
2.6 Algumas considerações sobre a proteção legal da pessoa com deficiência no Brasil.....	48
2.6.1 Principais direitos assegurados pela Lei 13.146/2015.....	49
3. NOVO PANORAMA DA CAPACIDADE CIVIL	53
3.1. Noções sobre capacidade.....	53
3.2. Incapacidade no Código Civil de 1916.....	56
3.3. Incapacidade no Código Civil de 2002.....	58
3.4. Sistema atual da capacidade civil após o estatuto da pessoa com deficiência	61
3.5. Sistema de curatela.....	65
3.5.1. A curatela após o estatuto da pessoa com deficiência	67
3.5.2. Curatela compartilhada	72
3.5.3 A tomada de decisão apoiada.....	73
4. EFEITOS DECORRENTES DA NOVA CAPACIDADE CIVIL.....	81

4.1. A Responsabilidade civil no código de 2002	81
4.1.2 A possibilidade de reparação por parte do incapaz e de seus representantes legais no Código Civil de 2002.	83
4.2. A capacidade da pessoa com deficiência e o dever de reparar	84
4.2 Algumas notas sobre o casamento.....	87
4.2.1 Capacidade para contrair matrimônio antes da Lei 13.146/2015	89
4.2.2 A autonomia da pessoa com deficiência e a possibilidade de casar.	89
4.3. Prescrição e Decadência.....	93
4.3.1. A incapacidade como causa suspensiva ou impeditiva de prescrição e da decadência	94
4.3.2. A prescrição e a decadência em face da pessoa com deficiência mental após a Lei 13.146/2015.....	95
4.4. A esfera de validade dos negócios jurídicos	96
4.4.1. A validade dos negócios jurídicos praticados pelo portador de transtorno mental antes da Lei 13.146/2015.	98
4.4.2. A nova capacidade e a validade dos negócios jurídicos realizados pela pessoa com deficiência mental.	100
CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS	107

INTRODUÇÃO

O Direito Civil tem evoluído para uma abordagem cada vez mais calcada em perspectivas constitucionais de dignidade, solidariedade e igualdade, o que tem sido incorporado pela lei e pelos tribunais. Com isso, é possível observar a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e a interpretação da autonomia privada com base na função social.

A autonomia privada é um importante princípio do Direito Civil e representa a possibilidade da pessoa se autodeterminar em consonância com o ordenamento jurídico (PRATA, 1982). Ao lado de princípios fundamentais como a liberdade e a dignidade da pessoa humana, é possível inferir que a autonomia privada compõe o núcleo essencial de princípios que permitem a convivência em sociedade, onde são realizadas escolhas de cunho patrimonial e existencial.

Embora o Estado ainda restrinja essa autonomia através de diversos dispositivos de lei, muitas vezes com o objetivo de salvaguardar outros interesses considerados superiores, é possível observar que o Direito Civil tem progredido nesse aspecto. Verifica-se a evolução da família através de um conceito dinâmico, a proteção aos direitos da personalidade a partir das escolhas de cada um, a flexibilização dos pilares da responsabilidade civil e, mais recentemente, a mudança na concepção da capacidade civil.

É diante dessas novas perspectivas que se aprovou a lei 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que após quinze anos de tramitação, passou a vigorar no Brasil em 03 de janeiro de 2016. A lei traz importantes mudanças ao Código Civil Brasileiro, em especial, ao tratar a pessoa com deficiência como uma pessoa dotada de capacidade, consagrando uma perspectiva mais humanizada e inclusiva na tentativa de romper com os estigmas sociais comuns ao longo de toda a história (SENADO FEDERAL, 2016).

As pessoas com deficiência sofreram todo tipo de preconceito, em especial, as pessoas com deficiência mental. Dos tempos sórdidos de total isolamento em manicômios até o período da reforma psiquiátrica, muito se modificou no Brasil. As pessoas eram encarceradas em locais com escassas condições de saúde e higiene. Tratamentos com choque e políticas de separação entre mães e filhos eram comuns (CASTRO M., 2015). Após a reforma, a atenção médico-hospitalar se modificou, destacando-se os Centros de Apoio Psicossocial (CAPS), em que o

paciente é tratado através de medidas não-hospitalares, fruto de um novo modelo de atenção psicossocial, embora a figura do hospício não tenha sido completamente extinta (PITA, 2011).

A Lei 13.146/2015 corrobora a concepção humanizada acerca das pessoas com deficiência de todos os tipos, física, mental, sensorial ou intelectual. Os principais aspectos tratados pelo estatuto são a acessibilidade, a inclusão social, a igualdade, os direitos sociais básicos e a autonomia da pessoa com deficiência, através de uma mudança de paradigma em torno da capacidade para exercer diversos atos e funções na sociedade.

Importa esclarecer que a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova York já havia ingressado no ordenamento pátrio com força de emenda à Constituição Federal através do decreto nº 6.949/2009, muito antes da aprovação do estatuto. Desse modo, as previsões constantes na convenção quanto à autonomia e demais tutelas protetivas da pessoa com deficiência já haviam sido incorporadas pelo Brasil, ainda que não tivesse ocorrido a revogação expressa de dispositivos do Código Civil até o estatuto entrar em vigor (LÔBO, 2015).

O presente trabalho abordará os efeitos da mudança da capacidade civil trazidos pelo estatuto da pessoa com deficiência para o Direito Civil. A partir dessa lei, a pessoa com deficiência mental é capaz. A capacidade de fato, a que especialmente interessa ao estudo, consiste na possibilidade de cada pessoa exercer seus direitos por si mesmo, sem a necessidade de representação legal, ou seja, de um curador, judicialmente constituído para gerir os interesses daquele que não tem condições de fazer suas próprias escolhas (FARIAS E ROSENVALD, 2014).

A autonomia privada é reconhecida por parte da doutrina como princípio aplicável às esferas patrimonial e existencial (BORGES, 2007). Verifica-se que as novas concepções presentes na Lei 13.146/2015 buscam promover o poder de autodeterminação às pessoas com deficiência. Como exemplos, podem ser citados a capacidade para o casamento e o exercício de direitos sexuais e reprodutivos pela pessoa com deficiência mental, em que se dispensa a necessidade de curatela, medida agora extraordinária e de restrito alcance. Novos conceitos que rompem com velhos paradigmas, provocando muitos desafios de interpretação e aplicação das normas em diversos ramos do direito.

Desse modo, a lei 13.146/2015 trouxe significativas alterações para o ordenamento brasileiro ao modificar o sistema da capacidade civil, retirando a pessoa com deficiência mental e os excepcionais sem desenvolvimento completo do rol de absolutamente e relativamente incapazes. Com isso, o Código Civil apenas passou a disciplinar uma hipótese de incapacidade absoluta, a dos menores de dezesseis anos. A regra, portanto, é a capacidade da pessoa com deficiência, salvo impossibilidade de manifestar sua vontade, situação em que a doutrina diverge sobre a possibilidade de ser enquadrada como relativamente incapaz.

A partir da mudança da capacidade civil, outras esferas do direito sofreram implicações, a exemplo da mudança na capacidade política da pessoa com deficiência mental, ou seja, o direito de votar e ser votado. Para esse trabalho, contudo, foi delimitada a questão central quanto aos reflexos da alteração da capacidade civil da pessoa com deficiência mental após a lei 13.146/2015 sobre alguns institutos de Direito Civil. E como questões secundárias restam propostas as seguintes inquietações: qual o sistema de capacidade civil em vigor? Como a curatela deve ser requerida e concedida a partir da nova lei? Como sucede a responsabilidade civil da pessoa com deficiência? A pessoa com deficiência tem autonomia para casar? Ocorre a prescrição e a decadência em face dessas pessoas? Em que medida os negócios jurídicos praticados pela pessoa com deficiência possuem validade?

Pretende-se discutir em que medida a alteração da capacidade civil e os efeitos em outros institutos do Direito Civil são, de fato, benéficos à pessoa com deficiência mental. Em especial, objetiva-se discutir se, embora com intenção de promover a inclusão social e a igualdade de oportunidade, alguns desses efeitos podem acabar desprotegendo a pessoa com deficiência, já que algumas dessas pessoas, a depender da situação concreta pode não ter o discernimento necessário para muitos desses atos, havendo o risco de sofrerem abusos diversos.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa e exploratória. Quanto aos procedimentos, será bibliográfica já que decorre da análise de livros, leis e de artigos científicos. De acordo com Marconi e Lakatos (2007, p 269), “a metodologia qualitativa preocupa-se em analisar e interpretar aspectos mais profundos, descrevendo a complexidade do comportamento humano. Fornece análise mais detalhada sobre investigações, hábitos, atitudes, tendências de comportamento, etc”.

Acredita-se que essa abordagem metodológica é a mais adequada para o alcance do objetivo da pesquisa: abordar alguns reflexos da alteração da capacidade civil da pessoa com deficiência após a Lei 13.146/2015, estatuto da pessoa com deficiência, sobre institutos do Direito Civil. Os objetivos específicos da pesquisa são: verificar as mudanças ocorridas na capacidade civil; analisar o instituto da curatela a partir da nova lei; debater a atual responsabilidade civil da pessoa com deficiência; abordar a capacidade desse sujeito para o casamento; discutir os institutos da prescrição e da decadência em face dessas pessoas; tratar da validade dos negócios jurídicos praticados pela pessoa com deficiência.

Para alcançar esse resultado, a pesquisa será dividida em quatro capítulos. No primeiro capítulo, serão abordados os fundamentos da Lei 13.146/2015 que mais se relacionam com o objetivo da pesquisa: a autonomia privada, sua evolução histórica, seus limites e o desdobramento patrimonial e existencial do poder de disposição dos indivíduos, além dos princípios da igualdade e da solidariedade.

No segundo capítulo, será apresentada a luta pelos direitos da pessoa com deficiência mental ou intelectual, abordando um pouco de uma história tão marcada por estigma e exclusão social. Serão abordados alguns aspectos legais, relativos aos direitos humanos e aos direitos sociais básicos, em especial, relativos aqueles assegurados pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e pela Lei 13.146/2015.

No terceiro capítulo, será estudada a capacidade civil, já que a mudança que se operou nessa esfera foi a maior responsável pelos reflexos em outros institutos. A abordagem irá contemplar o instituto a partir do código de 1916, até os dispositivos legais atualmente vigentes, os quais refletem as mudanças ocorridas na sociedade, contemplando ainda as mudanças operadas sobre a curatela e o novo instituto da tomada de decisão apoiada;

No quarto capítulo, serão discutidos os efeitos dessa nova perspectiva em outros institutos de Direito Civil, tais como a responsabilidade civil da pessoa com deficiência, a possibilidade de casamento da pessoa com deficiência, o sistema de prescrição e decadência e a validade dos atos e negócios jurídicos praticados pela pessoa com deficiência.

Destarte, em um cenário de tantas mudanças, em que se observa o esforço da lei em trazer dignidade para pessoas historicamente excluídas, acredita-se que é fundamental discutir os

efeitos da lei 13.146/2015 no Direito Civil, colaborando com a interpretação de um estatuto tão solidário e desafiador.

1. AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada é historicamente estudada associada a negócios jurídicos, ou seja, através do seu aspecto patrimonial (REQUIÃO, 2016). Contudo, a doutrina mais moderna reconhece a função do princípio na esfera existencial da pessoa humana (BORGES, 2007). Essa é a concepção que se defende, de autonomia em seu sentido mais amplo, que engloba os dois aspectos.

Nesse estudo, a ideia de autonomia privada perpassa pela noção tradicional patrimonialista, mas recai especialmente sobre a esfera existencial, em que se pretende discutir a capacidade de autodeterminação da pessoa com deficiência mental para gerir as diversas esferas da sua vida, o que foi corroborado pela Lei 13.146/2015.

1.1 Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada

Entende-se por autonomia privada o princípio segundo o qual os indivíduos podem se autodeterminar, ou seja, a capacidade de regerem suas próprias vidas, inclusive, mediante a realização de negócios jurídicos. (PRATA, 1982)

Para Pietro Perlingieri (1999, p. 17), o princípio da autonomia privada, em geral, pode ser definido como “o poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos”.

A autonomia privada é considerada pelo pensamento jurídico-político moderno como um dos componentes essenciais da liberdade. Possui como base a perspectiva de ser humano como agente moral e racional, que é capaz de escolher o que é positivo ou negativo para si mesmo, devendo ter liberdade para seguir de acordo com suas decisões, sem interferir no direito de terceiro e sem violar os valores sociais (SARMENTO, 2008).

A autonomia privada possui grande relevância histórica em virtude do papel desempenhado enquanto princípio norteador dos ideais iluministas de liberdade. Em um contexto histórico de desvinculação do Estado, a liberdade do homem foi deveras enaltecida, fortalecendo o instituto em estudo.

Durante os séculos XIX e XX, houve importante desenvolvimento do conceito até então de autonomia da vontade, em rompimento ao absolutismo estatal. Nessa perspectiva, houve a construção do Direito Civil baseada em regras de mercado calcadas em livre iniciativa, autonomia privada e *pacta sun servanda* (LEITE, 2010).

Tais princípios influenciaram o Código Civil de 1916 cujas bases referiam à força da propriedade e do contrato mantidos pelo código de 2002, porém, de forma menos individualista e com interpretação voltada ao novo Estado Social.

Com a Constituição Federal de 1988 diversas mudanças ocorreram. O modelo de Estado transcendeu de uma realidade liberalista para uma realidade de tentativa de alcance do idealizado estado de bem-estar social. Nesse contexto, passou-se a tratar de Direitos Fundamentais nas relações privadas, ou seja, da eficácia horizontal desses direitos, em que cabe aos particulares o respeito mútuo da dignidade humana.

No paradigma liberal, os Direitos Fundamentais se relacionavam com a proteção do homem frente ao Estado, enquanto que as relações privadas eram regidas apenas pelo Código Civil, destaque para a propriedade e o contrato. Ou seja, a autonomia da vontade regia as relações privadas enquanto que os direitos fundamentais regiam a relação Estado-indivíduo. Já no paradigma social, houve uma mudança de perspectiva a partir da observação de que o Estado liberal não conseguiu garantir a dignidade humana aos indivíduos, vez que a exploração do homem pelo homem se tornara latente. (SARMENTO, 2008)

Essa mudança de paradigma interessa ainda ao estudo da autonomia privada no que tange à questão terminológica. Borges (2007) reforça a ideia de que a teoria da autonomia da vontade foi superada pela autonomia privada. Ressalta que não pode consistir somente na declaração de vontade a essência do negócio jurídico, mas na aceitação pelo ordenamento jurídico daquele consenso. Ou seja, a declaração de vontade deve estar autorizada pelo ordenamento jurídico, sendo esse o vetor distintivo entre os dois institutos.

Essa necessidade de consonância com o ordenamento jurídico significa que este irá autorizar a capacidade, a forma, o conteúdo do negócio jurídico e a legitimidade das partes. Assim, não é a própria pessoa que irá determinar as regras para a manifestação de vontade, embora tenha o

poder de fazer escolhas referentes às próprias relações, estará limitada diante do ordenamento vigente (BORGES, 2006).

No que tange às mudanças sofridas na liberdade entre as partes em face do contrato, Orlando Gomes ressalta que os efeitos do contrato presumiam-se desejados pelos contratantes. Eventual omissão da lei se justificava em face dessa liberdade, já que partes livres e iguais dispensam intervenção legal para evitar contratações vexatórias ou desproporcionais. O poder dado às partes para contratar fora enaltecido de tal modo que inicialmente as intervenções em contratos desequilibrados foram mal vistas, como restrições à liberdade. Ocorre que esse excesso de liberdade despertou para a necessidade de medidas legislativas capazes de conter a liberdade de forma enfática. Com isso, o instituto contratual se modificou, a liberdade passou a ser vista como capaz de escravizar, enquanto que a lei seria capaz de libertar (GOMES, 2007).

Nesse sentido, é possível observar que no século XIX, a vontade era o centro do contrato, seu elemento principal. A lei buscava assegurar os efeitos decorrentes da manifestação de vontade, sendo irrelevantes eventuais desequilíbrios entre as partes. Partia-se de uma suposta autonomia, liberdade e igualdade entre os contratantes. Esses pilares refletiam a autonomia da vontade, princípio básico desse contexto histórico, onde o Estado era ausente, apenas assegurava as regras do jogo, o que não reflete a realidade atual (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2013).

Gustavo Tepedino (2014) destaca que o viés voluntarista dos séculos passados, de afastamento do Estado em relação aos espaços privados, foi substituído por novos valores constitucionais, o que repercute na questão terminológica. Desse modo, assevera que a ordem pública constitucional enaltece a liberdade na solidariedade, cominando que a autonomia privada seja interpretada como poder de regulamentação não necessariamente atrelada à vontade subjetiva, já que o interesse público condiciona o poder de agir dos particulares à tutela de valores socialmente importantes.

É importante salientar essa diferença entre as terminologias expostas porque efetivamente tratar de autonomia da vontade pressupõe íntima relação com os tempos liberais em que a vontade do homem e a sua liberdade de escolher e pactuar foram postas em destaque. Adentrando o contexto do Estado Social, muda-se o interesse, apesar de haver uma preservação dessa liberdade, surge a necessidade de se pensar em vontade juridicamente autorizada e não vontade

livre e sem filtros. Eis a questão da autonomia privada, um poder de disposição autorizado pelo ordenamento jurídico.

Já Francisco dos Santos Amaral Neto, parte de outro critério distintivo, afirmando que a autonomia da vontade tem uma concepção subjetiva, enquanto que a autonomia privada é o poder do particular de estabelecer relações jurídicas:

Considere-se como ponto de partida que a autonomia privada é o poder jurídico dos particulares de regularem, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo o seu conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Por muitos considerado como sinônimo de autonomia da vontade, com ela, a meu ver, não se confunde, pois a expressão "autonomia da vontade" tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto "autonomia privada" significa o poder particular de criar relações jurídicas de que se participa. Assim, é o poder que nós, particulares, temos, de regular juridicamente as nossas relações, dando-lhes conteúdo e eficácia juridicamente reconhecidos (AMARAL NETO, 1999).

Luigi Ferri (2001) se aproxima do critério acima e assevera que a autonomia privada precisa ter seu conceito restringido para que seja um instrumento útil, o que a literatura civilista muito confunde, de acordo com a opinião do autor. Entende que autonomia privada é mais que uma mera faculdade, constituindo-se em manifestação de poder, que cria normas jurídicas de acordo com limites legais. No que tange à concepção de autonomia da vontade, o autor defende que esta decorre das reais intenções dos sujeitos, seria o aspecto subjetivo da vontade humana.

A partir desses conceitos, observa-se que a doutrina não é uniforme quanto aos critérios de distinção da autonomia privada e da autonomia da vontade. Desse modo, conclui-se que independentemente da questão terminológica, nos tempos atuais não há como conceber uma autonomia absoluta da vontade humana, é preciso que o princípio esteja em consonância com os valores sociais do ordenamento jurídico.

1.2. Autonomia privada, direitos patrimoniais e direitos da personalidade

Observa-se que a doutrina diverge quanto ao alcance da autonomia privada. Há quem entenda que esse princípio apenas se aplica a questões patrimoniais e há quem defenda sua base também extrapatrimonial, conforme será tratado a seguir.

Segundo Roxana Brasileiro Borges (2007), na realização de negócios jurídicos, as pessoas exercem a autonomia privada através do poder de criar, modificar e extinguir relações jurídicas, na medida em que o ordenamento concede esse poder. Enquanto o sujeito regulamenta seus interesses pessoais acaba direcionando sua autonomia privada aos interesses tutelados pelo ordenamento jurídico.

De acordo com Francisco Amaral Neto (1999), a atuação da autonomia privada é patrimonial. O autor refere que matérias de estado, pessoa e família basicamente não se associam ao princípio da autonomia privada. Destaca que o negócio jurídico é o instrumento da autonomia privada, sendo o campo de realização do princípio o Direito das obrigações, no qual o contrato é lei, nas muitas possibilidades que a liberdade contratual permite estabelecer, sendo notória em vários ramos do direito, administrativo, da economia, no direito internacional e na criação de juízo arbitral. Realiza-se no testamento, negócio jurídico em que a pessoa dispõe de seu patrimônio ou estabelece outras disposições para depois da sua morte. Considera que o negócio jurídico é mecanismo da autonomia privada e que não há campo para o exercício dessa autonomia no Direito de Família, defendendo ainda que o casamento não se caracteriza como um negócio jurídico, justamente porque não tem o condão de exprimir o poder jurídico particular por completo.

Nesse sentido, ressalta Ana Prata a visão de liberdade negocial atrelada ao princípio em análise:

A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se, pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como conceito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente a sua actividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos (PRATA, 1982, p. 11).

Contudo, é preciso reforçar que a autonomia privada não se resume a situações negociais, refere-se também ao poder de disposição em situações existenciais, de direito de personalidade. Nesse sentido, Branco e Moreira (2011, p. 134) elucidam a questão, “A autonomia privada é bem mais abrangente do que a “liberdade de estipulação negocial”, pois abarca questões patrimoniais e questões existenciais. Devemos considerar a autonomia privada como um verdadeiro poder de disposição”.

De acordo com Roxana Borges (2007, p. 50), “a autonomia privada não se resume à iniciativa econômica nem à autonomia contratual, pois abrange também situações subjetivas existenciais,

como por exemplo, transplantes, doação de esperma e óvulos, cessão de uso da imagem, da voz”. Nesses exemplos trazidos pela autora é notório o conteúdo de liberdade de escolha dirigido a questões não patrimoniais, constituindo-se em decisões de extrema relevância, capazes de garantir a plenitude do indivíduo e sua realização pessoal.

Outro exemplo interessante, em que se pode observar o aspecto existencial da autonomia privada se dá quanto ao consentimento, seja em questões de saúde ou de divulgação de dados pessoais. Diego Machado (2009) elucida a questão, concluindo que a autonomia privada contribui para o livre desenvolvimento da personalidade através da liberdade das pessoas em decidir sobre sua integridade corporal e sobre seus dados pessoais, o que tem especial importância na atual era tecnológica.

No mesmo sentido, Pietro Perlingieri (1999) defende que a autonomia privada não se restringe ao campo patrimonial, embora a doutrina costume se posicionar dessa forma. O autor aborda as situações negociais não patrimoniais, de caráter pessoal e existencial, desde que dirigidos à concretização de funções e interesses úteis na sociedade. Destaca ainda que os atos de autonomia privada não significam apenas exercício de direitos subjetivos, mas também de solidariedade entre as partes. Arremata o autor que diversos atos negociais representam a iniciativa privada e os direitos da personalidade, sem necessariamente possuir conteúdo patrimonial, e merecem tutela especial, restando inseridos no plano da regulamentação, ou seja, da autonomia privada.

Gustavo Tepedino (2014) corrobora a visão de autonomia privada nas duas esferas. Destaca o autor que esse princípio fundamental do Direito Civil se insere no campo das relações patrimoniais através dos contratos, pois ratifica a regulamentação da iniciativa econômica das partes e ainda no plano das relações existenciais, já que coroa a livre afirmação dos valores da personalidade inerentes à pessoa humana.

Do exposto, importa destacar que a autonomia privada é um princípio fundamental do Direito Civil e não deve ser reduzida às questões patrimoniais. Quando o sujeito de direitos atua com autonomia, legitimado em um ordenamento jurídico que permite a realização de escolhas de cunho patrimonial e existencial é possível verificar o conteúdo desse princípio nos dois planos. Ademais, deve-se ressaltar que escolhas extrapatrimoniais podem ser tão ou mais importantes que escolhas patrimoniais, cabendo à própria pessoa estar à frente de suas decisões com os mais

variados conteúdos e efeitos. Quanto ao intérprete do direito, é preciso atribuir igual importância aos planos em análise, superando eventuais resquícios de um Direito Civil meramente patrimonialista.

1.3. Limites da autonomia privada

A autonomia privada não é um princípio absoluto. O poder de disposição dado ao indivíduo sofre limitações, não pode, portanto, cada pessoa exercê-lo sobre todos os aspectos de sua vida, contrariando mandamentos de superior relevância. O mesmo ordenamento que autoriza esse poder estabelece os seus limites. Observa-se que a doutrina aponta a autonomia privada, a ordem pública e os bons costumes como limitadores da autonomia privada.

Os limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes: a primeira, como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no Direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica; e os últimos, como conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se exprimem em princípios jurídicos como o da lealdade contratual, da proibição do lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc. (AMARAL NETO, 1999, p. 2)

Do mesmo modo, destaca Orlando Gomes (2007) que a utilidade social inspira as limitações à liberdade de contratar. Existem interesses contrários à ordem social ou conflitantes com princípios essenciais a essa ordem, ferindo a ordem pública e os bons costumes. A partir disso, define a lei de ordem pública como aquela relativa aos interesses essenciais da coletividade, do Estado, ou que estabelece as bases jurídicas fundamentais no direito privado. Esclarece o autor que essa noção genérica não é capaz de traçar uma diretriz capaz de guiar o juiz de forma clara, já que não existem interesses essenciais coletivos e do Estado taxativos, o que sofre variação até mesmo em virtude do regime político vigente (GOMES, 2007).

O autor ressalta a dificuldade conceitual quanto à noção de bons costumes, carecendo de expressões gerais capazes de atingir essa definição. Alerta que embora pareça projetar regras morais, os bons costumes com estas não se confundem. Enumera tipos de contratos que contrariam os bons costumes, tais como aqueles cujo objeto vise à exploração de casas de tolerância; que fomentem relações entre concubinários; os de corretagem matrimonial; relacionados ao jogo, os que visam a venda ou o comércio de influência e os que corroboram a usura no mútuo. (GOMES, 2007)

Orlando Gomes acresce aos limites da ordem pública e dos bons costumes, o expediente da tipicidade do negócio jurídico e da determinação legal de todos os efeitos de um negócio jurídico. Alerta sobre a substituição de regras dispositivas por outras de caráter imperativo que tem limitado a liberdade de alteração do contrato, o que denomina de “limitações mais drásticas”, decorrentes de uma “tendência autoritária”. Critica o autor figuras contratuais que, de tão desprovidas de liberdade, nem deveriam ser consideradas como contrato, a exemplo do contrato de adesão (GOMES, 2007, p. 11).

Luigi Ferri (2001) ressalta que a autonomia privada não é uma atividade originária, mas derivada da lei, sendo esta a responsável por estabelecer os limites formais e substanciais de sua atuação. Defende que, embora controversa a discussão, esses limites são negativos porque o Estado não estabelece finalidades e interesses que esse poder jurídico deva perseguir, mas sim barreiras para sua atuação, o que é típico do campo de interesses privados, que são determinados por via de exclusão em relação à atuação estatal.

Daniel Sarmiento (2008) aborda a autonomia privada, destacando a sua importância como um pressuposto da democracia e da existência do indivíduo. Defende que um debate franco de precisa de autonomia privada para que o cidadão possa fazer escolhas políticas conscientes. Igualmente, destaca a importância das escolhas para realização pessoal de cada um, sendo inalienável o direito à liberdade existencial da pessoa humana. Contudo, destaca que essa liberdade não é absoluta, precisa se compatibilizar com a cota de liberdade que é também direito das outras pessoas, bem como com outros valores do Estado Democrático de Direito, a exemplo da solidariedade, democracia, igualdade e segurança.

O código civil de 2002 prescreve no artigo 421 que a liberdade de contratar será exercida e limitada pela função social. Tal preceito busca conciliar os interesses individuais das partes com outros extracontratuais socialmente relevantes relacionados ou atingidos pelo contrato. Essa funcionalização busca promover a dignidade da pessoa humana e interesses existenciais, afastando-se das críticas que a associam a regimes autoritários. Contrariamente, a função social se caracteriza como elemento interno e razão que justifica a autonomia negocial, isso sem que se forme uma relação de subjugação entre a autonomia privada e elementos supraindividuais da função social. Com isso, permite-se o controle concreto da atividade privada através da instrumentalização das estruturas de direito aos valores do ordenamento (TEPEDINO, 2013).

A partir dessa leitura da autonomia privada em face da função social, é possível concluir que cabe o debate em torno da legitimidade de cláusulas contratuais que, ainda que sejam lícitas, podem atingir interesses externos à estrutura contratual, a exemplo de cláusulas de sigilo. Com, isso, o contrato se torna um instrumento de concretização de objetivos constitucionais através de sua transformação qualitativa. Consequentemente, a autonomia privada não pode ser interpretada como um princípio absoluto ou unidade normativa isolada, devendo ser reconhecida apenas se for um meio de promoção de valores constitucionais (TEPEDINO, 2013).

Do exposto, defende-se que a autonomia privada não pode ser encarada como um princípio absoluto, ainda que seja forçoso reconhecer sua relevância enquanto elemento libertador da pessoa humana. Na atualidade, o ordenamento jurídico anseia pela concretização de valores sociais relevantes como a igualdade e a solidariedade que buscam uma convivência harmônica entre os homens, muito distinta de um ideal individualista do liberalismo. Com isso, o exercício da autonomia privada baseado na preocupação com o outro compatibiliza a liberdade de autodeterminação com os valores sociais constitucionais e de interesse supraindividual.

1.4. Alguns outros sentidos para a autonomia

Após a abordagem jurídica em torno da autonomia privada, é preciso compreender a autonomia a partir de outras perspectivas que serão igualmente essenciais ao estudo do panorama de direitos assegurados à pessoa com deficiência.

Na filosofia kantiana, é possível identificar referências à autonomia: “o princípio da autonomia é pois: escolher sempre de modo tal que as máximas de nossa escolha estejam compreendidas, ao mesmo tempo, como leis universais, no ato de querer” (KANT, 1964, ON LINE). Kant parte da razão pura e moral como imperativo da vontade que não deve se justificar por outros fundamentos, mas pelo próprio querer:

O imperativo categórico deve pois abstrair de todo objeto, de maneira que este não exerça nenhum influxo sobre a vontade. Em suma, importa que a razão prática (a vontade) não se limite a administrar um interesse estranho, mas que manifeste unicamente sua própria autoridade imperativa, como legislação suprema (KANT, 1964, ON LINE).

Hupffer (2011, ON LINE) sintetiza bem a visão kantiana da autonomia, muito associada à liberdade: “a razão prática e a liberdade podem ser consideradas o cerne da filosofia de Kant. E liberdade para Kant é autonomia e só o ser que pode agir sob a ideia de liberdade é verdadeiramente livre”. A autora segue, comparando a visão kantiana à de Habermas acerca da autonomia: “diferentemente de Kant, para Habermas a autonomia está na capacidade da comunidade de sujeitos morais de dialogarem para chegarem a acordos resultantes da liberdade de admitir ou rechaçar as razões oferecidas” (HUPFFER, 2011, ON LINE).

Com isso, é possível observar que a filosofia muito discute a questão da autonomia. Kant parte de uma ideia de razão individual pura capaz de conduzir o homem moralmente a sua autonomia, enquanto que Habermas acredita no exercício do pensamento coletivo sobre as múltiplas questões e a capacidade de diálogo entre as pessoas para o exercício da liberdade.

A autonomia também é estudada na educação. Paulo Freire (2002), através de uma análise do processo de construção da autonomia, esclarece que é preciso amadurecimento “do ser para si” e experiências que estimulem responsabilidades e decisões para que esse processo ocorra, não sendo possível estabelecer uma data para isso. O autor, através de uma análise voltada para educação, traz a importância de se construir a autonomia do educando com a participação de uma autoridade docente democrática capaz de permitir esse processo, exercitando a liberdade e a capacidade de escolha dos educandos.

A autoridade coerentemente democrática, mais ainda, que reconhece a eticidade de nossa presença, a das mulheres e dos homens, no mundo, reconhece, também e necessariamente, que não se vive a eticidade sem liberdade e não se tem liberdade sem risco. O educando que exercita sua liberdade ficará tão mais livre quanto mais eticamente vá assumindo a responsabilidade de suas ações. Decidir é romper e, para isso, preciso correr o risco. Não se rompe como quem toma um suco de pitanga numa praia tropical. Mas, por outro lado a autoridade coerentemente democrática jamais se omite (FREIRE, 2002, p. 57).

Desse modo, Freire (2002) defende que a construção da autonomia ocorre através da liberdade, a qual substitui o espaço ocupado pela dependência e proporciona a assunção de responsabilidades pela pessoa.

O mesmo autor, em outra obra, *Pedagogia do Oprimido*, analisa a relação entre o oprimido e o opressor. Defende que o conteúdo vazio deixado pela saída da sombra dos opressores, com sua pauta prescrita aos oprimidos, gera a necessidade de se preencher esse espaço, o que ocorre

através da autonomia e da responsabilidade, que representam a liberdade, uma busca constante e conquistada (FREIRE, 1994).

De acordo com essas reflexões sobre a construção da autonomia, importa debater esse processo frente à pessoa com deficiência. Conforme defende Paulo Freire, a autonomia é a chave para o desenvolvimento livre da pessoa e isso pode ser direcionado a outras esferas diversas da educação. Se a pessoa com deficiência estiver sempre vinculada e dependente de seus familiares ou representantes, pode-se concluir que não conseguirá se desenvolver, tomar decisões e direcionar sua vida a partir de suas próprias escolhas.

Acredita-se que é possível identificar como movimentos sociais a luta das pessoas com deficiência (grupo oprimido), organizado com o fito de buscar a concretização da cidadania, a partir de movimentos que levam até a sociedade os anseios do grupo com o fim de assegurar a igualdade de oportunidades (NEVES, 2000).

Ademais, é importante refletir sobre o processo de construção da autonomia da pessoa com deficiência mental ou intelectual, acreditando-se que se essa pessoa não conseguir ser ouvida ou levada a sério, tende ao comodismo e a dependência, o que não é positivo, ensejando uma infantilização exagerada, que transforma adultos em eternas crianças, cuja conduta fica adstrita a atividades sem produção, sem significado ou utilidade. Desse modo, acredita-se que a pessoa com deficiência mental ou intelectual tem plena consciência de seus anseios e pode estabelecer os meandros para a resolução das injustiças que sofre, sendo suficiente a promoção de oportunidades para que possa participar das discussões e indicar suas necessidades, observando-se as diferenças entre as pessoas (NEVES, 2000).

Desse modo, a Lei 13.146/2015 resgata o debate da autonomia da pessoa com deficiência, tutelando que se proporcione ao sujeito protegido pela lei autonomia nas mais diversas questões do seu cotidiano, o que se pretende em diversos dispositivos que tratam desde a promoção da acessibilidade de forma mais autônoma até a situações existenciais mais complexas como casamento e filiação, em que caberá à própria pessoa, ainda que tenha deficiência mental ou intelectual, realizar suas escolhas.

1.5. Outros princípios: solidariedade e igualdade

Os princípios da solidariedade social e da igualdade substancial estão previstos Constituição Federal enquanto objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme se observa no artigo 3º, incisos I e III. Desse modo, pode-se afirmar que tais princípios constituem normas constitucionais hierarquicamente posicionadas no topo do ordenamento, vinculando a utilização de bens patrimoniais aos interesses existenciais e sociais (TEPEDINO, 2013).

O princípio da solidariedade alude ao reconhecimento de que as pessoas estão interligadas em um destino comum, embora cada qual possua sua individualidade. Significa também que o seio social não deve ser um espaço tumultuado de antagonismo entre pessoas com objetivos opostos, mas sim a interação entre pessoas livres que dialogam e cooperam umas com as outras (SARMENTO, 2008).

A solidariedade pode fundamentar políticas distributivas estatais e a eficácia horizontal dos direitos sociais, ou seja, permitir que haja entre os iguais a responsabilidade pelo bem-estar dos outros. Essa noção busca superar a ideia tão presente na modernidade de que cada um deve seguir sozinho em busca de seus objetivos de modo que o somatório dessa individualidade serviria ao bem comum (SARMENTO, 2008)

Ainda que caiba ao Estado a construção de uma sociedade justa e solidária, as próprias pessoas precisam assumir sua responsabilidade perante a comunidade, ainda mais em face dos vulneráveis. A ideia de solidariedade não pode ser imposta nos sentimentos de cada um, mas o Estado tem como cobrar isso através de obrigações jurídicas impostas, condicionando as condutas dos homens. É por isso que a noção de solidariedade precisa ser compatibilizada com o espaço de liberdade que cada um possui, cabendo ao legislador a difícil ponderação desses interesses (SARMENTO, 2008).

Desse modo, defende-se que os particulares sejam também responsáveis pela concretização de direitos sociais sem perder de vista que o Estado ainda é o principal responsável e que ainda assim não consegue atender a toda uma demanda por direitos sociais básicos, tais como o emprego pleno. Defende-se que em casos de direitos sociais prestacionais deve-se analisar com razoabilidade a relação entre as partes e o ônus econômico que representará para o particular a assunção daquela prestação social (SARMENTO, 2008).

Diante disso, é possível observar bases de solidariedade no atual tratamento dispensado à pessoa com deficiência pelo direito. Conforme as disposições presentes a Lei 13.146/2015, é dever não só do Estado, mas também de particulares assegurarem direitos sociais à pessoa com deficiência. A título ilustrativo, observa-se no artigo 27, parágrafo único, a comunidade escolar, a sociedade e a família como destinatários dos deveres impostos pela lei para assegurar uma educação plena e inclusiva ao sujeito com deficiência. No artigo 34, parágrafo primeiro, é possível observar a obrigatoriedade de empresas manterem ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos para as pessoas protegidas pela lei.

O princípio da igualdade muito se relaciona com a Lei 13.146/2015. Em diversos dispositivos, verifica-se a questão da igualdade, em especial, quanto à sua promoção frente às oportunidades para a pessoa com deficiência, seja no trabalho, na educação, no lazer, na utilização de transportes, na prática de esportes, direitos políticos e acesso à justiça¹.

Na tradição contratualista, o conceito de igualdade atendeu aos interesses burgueses da época liberal. A igualdade era defendida através de uma perspectiva jurídica e formal, pouco importando as diferenças reais entre as partes contratantes, o que se pretendia era romper com os privilégios decorrentes de um sistema de classes e oportunizar a ascensão política da burguesia. Com isso, sustentou-se que as partes mereciam tratamento igual nas questões negociais, sem que se observassem fatores sociais e econômicos comumente distintos. Essa noção foi consolidada no Código de Napoleão e inspirou tantas outras legislações (BORGES, 2006).

Já no século XX, surge a concepção substancial de igualdade, decorrente das desigualdades sociais e econômicas dos contratantes. Essa desigualdade compromete a liberdade de manifestação de vontade à medida que nem sempre é possível observar uma vontade livre entre pessoas que ocupam posições frágeis nos contratos, muitas vezes movidas por necessidade, a exemplo do trabalhador e do consumidor. A partir disso, desenvolve-se a necessidade de propor um tratamento desigual para as partes diferentes, capaz de reequilibrar as forças do contrato (BORGES, 2006).

¹ De logo, observa-se no artigo primeiro a previsão legal sobre a igualdade na Lei 13.146/2015: “Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”.

Robert Alexy (2012) aborda o princípio da igualdade, indicando a clássica fórmula de “tratar igualmente os iguais” e “o desigual, desigualmente” como base para a compreensão do princípio, desde que se estabeleça um dever substancial e não formal de igualdade. Tanto os juízos de igualdade como os juízos de desigualdade se referem a determinadas características, o que constitui uma relação tríade e sugerem uma igualdade fática parcial, justamente porque não é possível englobar todas as características daqueles que estão em comparação. Com isso, o autor segue, aduzindo que é preciso formar uma igualdade valorativa em face das desigualdades ou igualdades fáticas parciais e em relação a determinados tratamentos. A partir disso, assevera Alexy (2012, p. 400): “assim, a igualdade material leva, necessariamente, à questão da valoração correta e, com isso, à questão sobre o que seja uma legislação correta, racional ou justa”.

A igualdade deve ser analisada frente a um critério determinado. Somente se pode falar em igualdade a partir de um aspecto, como por exemplo, igual ou desigual em idade, igual ou desigual em capacidade econômica. Quanto à idade, é possível estabelecer diferenciações entre as pessoas para assegurar o direito ao voto, por exemplo. Quanto à capacidade econômica, podem-se diferenciar pessoas em relação ao pagamento de impostos. A variação desses critérios gera diferente tratamento entre as pessoas, conforme o fator determinante em cada caso (ÁVILA, 2013).

Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão, tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. Há fins e fins no Direito. Como postulado, sua violação reconduz a uma violação de alguma norma jurídica. Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade implica a violação a algum princípio fundamental” (ÁVILA, 2013, p.172).

Em interessante artigo sobre o princípio da igualdade e a inclusão social, Minhoto (2013) analisa a perspectiva de Alexy, ressaltando que o autor se afasta de críticas desvirtuadas de caráter meramente formais, enaltecendo o campo valorativo como o principal aspecto para o debate. Arremata Minhoto (2013, p. 34-35):

Para fins de avaliação das políticas sociais inclusivas, notadamente as públicas, observamos que a colocação acima se reveste da maior importância, pois indica, de modo claro, que qualquer medida adotada com fins de incluir socialmente indivíduos, por seu caráter diferenciador natural, envolve, necessariamente, uma discussão de caráter valorativo (...) Discutir

diferenciação, discutir tratamento desigual, discutir políticas igualitárias e distributivas (baseadas, por sua natureza, num tratamento diferenciado), necessariamente atrai um debate de mérito, de substância e não apenas formal.

É preciso esclarecer que a doutrina aponta três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei”, muito importante na sua origem como forma de abolir privilégios; a igualdade material, pertinente ao ideal de justiça social e distributiva ou critério sócio-econômico; e a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades, tais como critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, entre outros (PIOVESAN, 2014).

A proteção geral e abstrata, típica da igualdade formal marca a primeira fase de proteção aos direitos humanos. Após, surge a necessidade de se tratar os sujeitos de direito de forma particular, ensejando uma proteção especial a certos grupos vulneráveis, como as mulheres, crianças e pessoas com deficiência. Desse modo, é a ótica material que consegue reafirmar a igualdade com respeito à diferença e o reconhecimento de identidades capazes de proporcionar uma plataforma de emancipação (PIOVESAN, 2014).

Feitas tais considerações, é possível verificar que a Lei 13.146/2015, bem como as políticas sociais de inclusão à pessoa com deficiência buscam atribuir um caráter diferenciador de caráter valorativo, adequado a proporcionar igualdade substancial à pessoa com deficiência, o que busca proporcionar uma vida digna e com acesso a direitos básicos, em condições próximas das pessoas que não possuem deficiência.

2. A PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UM OLHAR SOBRE A LUTA POR DIREITOS.

A lei 13.146/2015 trouxe diversas mudanças com o objetivo de proporcionar melhores condições de vida e dignidade à pessoa com deficiência. Nesse capítulo, busca-se abordar a pessoa com deficiência e o sistema de direitos. Para isso, é preciso reiterar que o debate proposto nessa pesquisa possui como centro a deficiência mental, embora se torne necessário compreender e resgatar conceitos gerais associados à temática.

2.1. A deficiência na perspectiva social

No estudo sobre a deficiência é possível observar mudanças de perspectiva, especialmente quanto aos modelos médico e social, que traduzem formas diferentes de interpretar a deficiência.

A abordagem social da deficiência surge como uma resposta ao modelo médico. Esta concepção traduz a deficiência como resultado esperado do corpo lesionado por uma doença. Para o mesmo, consiste a deficiência em uma incapacidade física que leva os sujeitos a diversas desvantagens sociais, em que se observa a necessidade de intervenções médicas para a tentativa de melhoria capaz de amenizar os prejuízos que a pessoa enfrentará na sua vida devido a sua condição (FRANÇA, 2013).

Como corolário do modelo social, observa-se a crítica à perspectiva individualista e restrita ao corpo, o modelo médico, o qual se considera neutro e busca ações para normalizar a pessoa com deficiência ao passo que qualifica esses indivíduos como inaptos, desconsiderando as estruturas da sociedade que impedem a participação social (FRANÇA, 2013).

O modelo médico de deficiência trata a temática através da lesão e da necessidade de cuidados biomédicos. Esse modelo vem sendo questionado e considera-se Paul Hunt um dos precursores do que se chama de modelo social de deficiência. Através de uma carta feita a um jornal inglês em 1972, Paul Hunt questionou a possibilidade da formação de um grupo de pessoas para levar ao Parlamento sugestões que partissem dos próprios portadores de deficiências, de modo que pudessem ser ouvidos, saindo do isolamento e autoritarismo de algumas instituições onde eram internados. A partir disso, a carta de Hunt, sociólogo deficiente físico, ensejou a formação da Liga dos Lesados Físicos Contra a segregação (UPIAS) (DINIZ, 2012).

Essa liga é considerada uma das precursoras do modelo social de deficiência, em que o modelo médico é questionado. Não só Hunt, como também Oliver, Abberley, Finkestein e outros promoveram o debate sobre esse modelo, sugerindo que os deficientes estavam encarcerados em seus locais de tratamento de tal modo que a experiência decorrente da deficiência não era resultado de lesões, mas sim do ambiente alheio à diversidade física (DINIZ, 2012).

Com isso, a proposta da UPIAS era de redefinir a deficiência através de critérios de exclusão social, comum a outros grupos de minorias, sendo considerada uma forma de opressão social. Além disso, se propôs a distinção entre lesão e deficiência, sendo a primeira um aspecto corporal desprovido de valoração, enquanto que a segunda seria o resultado da relação entre o corpo com lesão em uma sociedade que discrimina (DINIZ, 2012).

É possível estabelecer dois objetivos das UPIAS, que foram os responsáveis por uma nova abordagem da deficiência. O primeiro consiste em distinguir natureza e sociedade através da análise da opressão como resultado de uma sociedade excludente e não como consequência da lesão, descrita de forma equivocada como uma desvantagem natural. O segundo consiste em definir a deficiência a partir de uma perspectiva sociológica, que seja capaz de despertar ações políticas e intervenção do Estado (DINIZ, 2012).

A perspectiva social da deficiência colabora com a ideia de promoção dos direitos e inclusão da pessoa com deficiência, pois devolve à sociedade o seu papel e responsabilidade ao excluir esse sujeito. A partir dessa concepção, é possível verificar a importância de se desenvolver instrumentos facilitadores do desenvolvimento e autonomia da pessoa com deficiência, a qual só é valorada como tal se não há espaço para atenuar eventuais impedimentos físicos ou mentais.

2.1.1. Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde.

A Classificação internacional de Funcionalidade Incapacidade e Saúde (CIF) é uma classificação utilizada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e traz a concepção atual em torno da relação de saúde e doença, que vai além de uma perspectiva médico-hospitalar, considerando aspectos sociais ao tratar das incapacidades.

Os domínios contidos na CIF podem, portanto, ser considerados como domínios da saúde e domínios relacionados com a saúde. Estes domínios são descritos com base na perspectiva do corpo, do indivíduo e da sociedade em duas listas básicas: (1) Funções e Estruturas do Corpo, e (2) Actividades e Participação.² Como classificação, a CIF agrupa sistematicamente diferentes domínios³ de uma pessoa com uma determinada condição de saúde (e.g. o que uma pessoa com uma doença ou perturbação faz ou pode fazer). A Funcionalidade é um termo que engloba todas as funções do corpo, actividades e participação; de maneira similar, incapacidade é um termo que inclui deficiências, limitação da actividade ou restrição na participação (CIF, 2004, p. 7).

A CIF se baseia na integração dos modelos médico e modelo social para compreender a incapacidade e a funcionalidade através da síntese dessas perspectivas e utilização de uma abordagem biopsicossocial. Desse modo, “o modelo médico considera a incapacidade como um problema da pessoa, causado directamente pela doença, trauma ou outro problema de saúde, que requer assistência médica sob a forma de tratamento individual por profissionais” (CIF, 2004, p. 21).

O modelo social de incapacidade, por outro lado, reclama uma atenção da sociedade para a inclusão das pessoas com incapacidades em todas as esferas da vida social. Considera a questão como um problema da sociedade, que necessita de integração plena do indivíduo na sociedade. A partir disso, “a incapacidade não é um atributo de um indivíduo, mas sim um conjunto complexo de condições, muitas das quais criadas pelo ambiente social” (CIF, 2004, p. 22).

2.1.2. Deficiente, portador de necessidades especiais, excepcionais ou pessoa com deficiência? Controvérsias em torno da terminologia mais apropriada.

Diversos termos foram utilizados em diversos momentos históricos para fazer referência às pessoas que possuem algum tipo de deficiência. Em interessante artigo sobre o tema, Romeu Sasaki (2014) traz referências a termos, tais como “inválidos”, ainda presentes nos anos 1970, que denotava uma carga de ônus para a família e para a sociedade. O termo “incapitados” esteve muito presente após as guerras e era comum entre 1920 a 1960. Representava que a pessoa não tinha capacidade, o que evoluiu para uma capacidade residual posteriormente. Entre os anos 60 e 80 termos como “defeituosos”, “deficientes” e “excepcionais” estavam presentes na sociedade, sendo os últimos relacionados às pessoas com deficiência intelectual. O termo “deficiente” teve aceitação social ao passo que significava uma distinção entre aqueles que realizavam atividades do cotidiano com ou sem dificuldades, sendo utilizado em casos diversos, tais como deficiências físicas, visuais, auditivas, psicossociais, intelectuais, entre outras (SASSAKI, 2014).

Observa-se uma quebra de paradigma relevante na década de 80. O ano de 1981 foi considerado o ano das pessoas deficientes através de pressões realizados por instituições em defesa dessas pessoas sobre a ONU. A mudança consiste em retirar o termo “deficiente” da posição de substantivo para a posição de adjetivo, “pessoa deficiente”, já que antes da deficiência existe a

pessoa, com igualdade de direitos perante toda outra pessoa, independente de deficiência. Contudo, alguns líderes questionaram essa nomenclatura com o argumento de que aparentava que a pessoa era inteiramente deficiente, o que não seria razoável. Mais uma vez, foi proposto outro termo, “pessoa portadora de deficiência”, que logo se reduziu para “portador de deficiência”, o que refletia a deficiência como um detalhe e não a pessoa por completo, o termo foi adotado por diversas leis, inclusive na Constituição Federal de 1988. (SASSAKI, 2014).

Deve-se ter em vista que o termo “portador” sofre críticas pelo seu significado que conduz a uma ideia de algo provisório, de alguém que porta algo e pode não mais portar, o que não se aplica à maioria das deficiências que não são passíveis de reversão (CASTRO D., 2016).

A partir da década de 90 surgiu o termo “pessoas com necessidades especiais” com variações para “pessoas especiais”, “crianças especiais”, o que também não conseguia designar a questão da deficiência com propriedade por ser a palavra especial um termo aplicável a outras coisas (SASSAKI, 2014).

Já no ano 2000, o termo “pessoas com deficiência” passa a ser o favorito através da indicação de grupos de pessoas deficientes. É possível observar que essa expressão proporciona empoderamento e responsabilidade pela inclusão dessas pessoas, de tal forma que mundialmente se chegou à ideia quase que consensual sobre a expressão, cujos princípios básicos para a escolha são: não ocultar a deficiência; não tentar atribuir uma falsa ideia de que todas as pessoas possuem deficiência; conotar dignidade; apreciar as diferenças e anseios decorrentes; combater o eufemismo em torno de expressões; lutar pela igualdade material entre pessoas com deficiência e sem deficiência, proporcionando oportunidades; proporcionar acessibilidade e inclusão às pessoas com deficiência, corrigindo as restrições de participação (SASSAKI, 2014).

Debóra Diniz (2012) aborda críticas trazidas por Michael Oliver sobre a expressão “pessoa com deficiência”, expressão muito comum nos Estados Unidos. Entende que para a ideologia social, o termo “deficiente” era considerado mais forte para questões políticas, pois não separa a pessoa da deficiência.

De todo modo, o que se observa é que a expressão “pessoa com deficiência” se tornou a mais indicada, desde o CONADE, atualmente chamado de Conselho Nacional das pessoas com

deficiência, após a ratificação do Brasil à Convenção Internacional até mesmo a mais recente Lei 13.146/2015 (SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA).

No que tange às deficiências mentais, importa esclarecer que hoje a recomendação é adoção do termo “deficiência intelectual”, conforme se vê na Declaração de Montreal sobre deficiência intelectual, aprovada pela OMS em 2004. Justifica-se a mudança pelo fato de a deficiência não se configurar como aspecto absoluto de quem a tem e sim como uma qualidade que se relaciona com o seu meio ambiente físico e humano, adaptando-se as necessidades especiais dessa pessoa através da promoção de apoio nas diversas áreas, tais como autonomia, segurança, saúde, família, entre outros (SASSAKI, 2006)².

Observa-se que a Lei 13.146/2015 traz em seus dispositivos as duas expressões “deficiência mental” ou “intelectual”, a exemplo do próprio artigo segundo que define a deficiência e utiliza as duas expressões³.

Do exposto, importa esclarecer que ao longo desse trabalho, tendo como base a dignidade da pessoa com deficiência, buscou-se seguir as recomendações em torno das nomenclaturas “pessoa com deficiência” e seguindo a própria lei, “deficiência mental ou intelectual”.

2.2. Noções sobre vulnerabilidade

A palavra vulnerabilidade possui origem latina e significa “ferida”, derivando de *vulnus (eris)* traduz a ideia de susceptibilidade de ser ferido, o que é observado nos diversos campos do conhecimento ou na linguagem comum (NEVES, 2006).

² Interessante observar que há diferença nos conceitos de doença e deficiência mental ou intelectual, como bem observa Daniel Miziara (2007, p. 23): “Dessa forma, se na deficiência o indivíduo apresenta desenvolvimento intelectual reduzido ou incompleto, não dispendo, por conseguinte, de instrumentos necessários à boa compreensão de todas ou de parte das coisas, na doença ou no transtorno mental ele detém os instrumentos intelectuais necessários, os quais, entretanto, apresentam funcionamento comprometido”.

³ Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Através de uma perspectiva bioética, é possível estabelecer uma relação entre a necessidade de proteção a um grupo de pessoas e a classificação desse grupo como vulneráveis. A função adjetivante da vulnerabilidade é dotada de valores e impõe uma obrigatoriedade ética de defesa desses classificados como vulneráveis, evitando-se, assim, tratamentos degradantes e abusos (NEVES, 2006).

A partir dessa concepção, acredita-se que é possível identificar a pessoa com deficiência como vulnerável, uma vez que terá maiores possibilidades de sofrer com condutas sociais inadequadas devido à desigualdade de condições a que se expõe com frequência. Contudo, o artigo segundo da Lei 13146/2015 não traz a ideia de vulnerabilidade de forma expressa, e considera com deficiência a pessoa que “tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (Lei 13146/2015).

O relatório de Belmont, importante documento aprovado em 1978 no contexto pós-guerras, estabeleceu três princípios éticos básicos na proteção dos vulneráveis: o respeito pelas pessoas, a beneficência e a justiça. O primeiro se exprime pela necessidade de se reconhecer a autonomia aos indivíduos e de proteger especialmente aqueles que possuem autonomia diminuída, além de compreender a noção de consentimento informado como ato necessário em pesquisas com seres humanos. A beneficência pode ser traduzida pela ideia de se maximizar os benefícios e reduzir potenciais prejuízos. A justiça, por sua, se identifica com a noção de distribuição de benefícios e riscos através de critérios de equidade (NEVES, 2006).

Verifica-se que a partir de 1979 através de Tom Beauchamp e James Childress, se desenvolve uma outra reflexão, no sentido de que tal classificação deve ser combatida, sendo necessária a proteção dessas pessoas. Essa proteção será possível através do consentimento informado como regra de ação do princípio da autonomia. Defende-se a autonomia dos vulneráveis enquanto capacidade de autodeterminação, rejeitando-se o protecionismo paternalista. Com isso, é possível verificar um viés positivo da autonomia, em que se pode exigir do outro a promoção de condições para o exercício da autonomia e não somente o viés negativo de direito a ser respeitado (NEVES, 2006).

Nesse sentido, observa-se que a noção adjetivante da vulnerabilidade pode ser compreendida como noção possível de ser alterada através da atribuição de um poder crescente ao vulnerável (NEVES, 2006).

Importante ressaltar ainda que a condição ou característica de vulnerável pode ser notada ainda que o sujeito seja autônomo, a exemplo de um civilmente capaz que em uma determinada situação possui a autonomia afetada, encontrando-se vulnerável devido a uma fragilidade emocional temporária (AGUIAR, 2013).

Esse panorama em torno da vulnerabilidade e da autonomia reflete o espírito do debate proposto no presente trabalho, em que o estatuto da pessoa com deficiência procurou promover o empoderamento da pessoa com deficiência através de dispositivos que incentivassem a autonomia.

E não é só. Observa-se que o sentido de vulnerabilidade, a partir da década de 90, assumiu uma noção de substantivo que inclui todo ser humano como vulnerável, mais que isso, todo ser existente, diante da sua própria condição naturalmente frágil. A partir disso, não seria possível estabelecer distinções entre as pessoas através do critério da vulnerabilidade, ao fazê-lo, haveria discriminação. Essa concepção universal de vulnerabilidade desperta a responsabilidade do homem com o homem, exigindo um modo de agir não violento e ações responsáveis e solidárias (NEVES, 2006).

É possível estabelecer distinções entre os termos vulnerabilidade, susceptibilidade e vulneração. O primeiro termo refere à vulnerabilidade primária, condição inerente ao ser humano, possui caráter universal. A susceptibilidade é a vulnerabilidade secundária, ou seja, decorre das pessoas susceptíveis de acordo com determinadas características que possuem. Já a vulneração representa o estado em que as pessoas foram diretamente afetadas, restando impedidas de desenvolver suas potencialidades, situação em que a dignidade fica comprometida (SCHRAMM, 2008).

De acordo com Fernando Martins (2016), a vulnerabilidade caminha no sentido da fragilidade em circunstâncias negociais, a qual é presumida em determinadas situações, tais como no mercado de consumo, através de um sistema principiológico aberto, em que há espaço para

ponderações e flexibilidade. Diferencia o autor a vulnerabilidade da capacidade, a qual denota a falta de condições para o exercício de direitos na órbita cível de forma direta e pessoal.

O autor critica o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) que reservou a vulnerabilidade como fator excepcional, relacionada apenas a situações de risco, conforme artigo 10, parágrafo único da lei 13.148/2015⁴. Defende que há presunção absoluta de vulnerabilidade no mercado de consumo diante do desequilíbrio natural inerente a essas relações, sendo paradoxal a escolha do estatuto por um critério excepcional de vulnerabilidade decorrente de condições extraordinárias (MARTINS 2016).

A partir dos conceitos expostos sobre vulnerabilidade, acredita-se que o EPD apenas referiu ao termo em caráter excepcional como forma de romper com a concepção paternalista que acaba por fragilizar a pessoa com deficiência.

2.2.1 Estigma

O estigma encontra antecedentes na Grécia, local que deu origem ao termo que significava os símbolos corpóreos feitos nas pessoas que tinham algo de mau ou indesejável. Tais sinais eram realizados com fogo ou corte para indicar que aquela pessoa era um escravo, traidor ou criminoso, alguém a ser evitado, poluído (GOFFMAN, 1963).

A sociedade impõe atributos comuns a certas categorias de pessoas. A partir disso, quando se conhece um estranho é feita uma análise se ele corresponde à imagem esperada, à identidade social desejada. Quando não há uma correspondência a essa expectativa e o atributo do estranho não é aquele que se esperaria à categoria dele, tende-se a diminuir essa pessoa. “Deixamos de considerá-lo criatura comum e total, reduzindo-o a uma pessoa estragada e diminuída” (GOFFMAN, 1963, p. 6).

Esclarece o autor que estigma é empregado como algo depreciativo, mas que isso é relativo de acordo com a circunstância em que a pessoa se insere. Ter um nível de estudos alto pode ser requisito para um cargo político, mas pode ser desonroso a outro cargo menos expressivo,

⁴ Art. 10. Compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida. Parágrafo único. Em situações de risco, emergência ou estado de calamidade pública, a pessoa com deficiência será considerada vulnerável, devendo o poder público adotar medidas para sua proteção e segurança.

significando fracasso. Utiliza o termo “normal” para indicar aquele que não possui o estigma (GOFFMAN, 1963).

Diferencia entre as pessoas como não normais, aquelas consideradas desacreditadas, daquelas desacreditáveis. As primeiras possuem traços visíveis que a sociedade reconhece como estigmatizantes, como aleijados, pessoas com deformações na face. Já as pessoas desacreditáveis são aquelas que possuem traços passíveis de disfarces como homossexuais, gagos, incontinentes das funções urinárias (GOFFMAN, 1963).

O termo estigma e seus sinônimos ocultam uma dupla perspectiva: Assume o estigmatizado que a sua característica distintiva já é conhecida ou é imediatamente evidente ou então que ela não é nem conhecida pelos presentes e nem imediatamente perceptível por eles? No primeiro caso, está-se lidando com a condição do desacreditado, no segundo com a do desacreditável. Esta é uma diferença importante, mesmo que um indivíduo estigmatizado em particular tenha, provavelmente, experimentado ambas as situações (GOFFMAN, 1963, p. 7).

Distinguem-se, de acordo com o autor, três categorias de estigmas, as várias deformidades físicas, as culpas de caráter individual, em que se incluem o homossexualismo, distúrbios mentais, alcoolismo e paixões tirânicas e, por fim, os estigmas de raça, paixão e religião (GOFFMAN, 1963).

As pessoas ditas como normais não conseguem ignorar a característica estigmatizante e muitas vezes tratam o outro com excesso de cuidado ou com receio, como se aquele traço distinto representasse algo capaz de diminuí-lo, como algo contagioso (GOFFMAN, 1963).

Aborda ainda as sensações vivenciadas por essas pessoas diante dos outros. Podem ter comportamento de correção, diretamente, tentando reparar a característica, a partir de uma cirurgia, por exemplo, ou indireta, ao tentar realizar coisas que são, usualmente, atribuídas aos normais, como a prática de esportes. Outros tendem a se valer do atributo “ruim” para justificar todos os seus fracassos. Há aqueles que podem esconder a característica estigmatizante, e, quando o fazem, guardam sentimentos de mentira e fraqueza diante do próximo (GOFFMAN, 1963).

A condição de portador de doença mental foi abordada pelo autor como passível de estigma. Certo é que infelizmente a pessoa que possui uma deficiência muitas vezes é apontada pela

sociedade como alguém que possui um atributo indesejável, diferente daquele imposto como padrão normal.

Costuma-se atribuir à pessoa com deficiência mental um atributo muito mais grave do que aquele que a doença pode trazer, costumam realizar comparações infelizes, tais como com pessoas que cometem crimes. No sentido vulgar, usam-se palavras como esquizofrênico, psicopata e maluco, corroborando o estigma a doenças mentais (ASSOCIAÇÃO DE APOIO AOS DOENTES DEPRESSIVOS E BIPOLARES -ADEB, 2015).

A pessoa com deficiência mental sofre preconceito no ambiente de trabalho, tende a esconder a sua doença, disfarçando períodos de ausência ao trabalho, evitando dizer que tem ou teve algum transtorno mental no passado. Existe uma falsa crença de que essas doenças não têm cura ou que o indivíduo que já foi doente é menos competente ou incapaz para o trabalho (ASSOCIAÇÃO DE APOIO AOS DOENTES DEPRESSIVOS E BIPOLARES -ADEB, 2015).

Essas pessoas sofrem com frequência o estigma, costumam ser observados como estranhos e incapacitados, que precisam de assistencialismo, além de sentimentos nada louváveis como a pena. Sofrem ainda o menosprezo do seu lado humano, enquanto ser capaz de pensar, escolher e direcionar objetivos para si mesmo. Tal imagem estigmatizada criada socialmente foi crucial para a formação da identidade da pessoa com deficiência, em especial aqueles que têm deficiência mental ou intelectual. Por sorte, tal visão tem se modificado e aquelas pessoas antes vistas como incapazes e necessitadas de proteção, hoje buscam cidadania e inclusão social (NEVES, 2000).

Diante dessas observações, verifica-se que a pessoa com deficiência já convive com esses receios que apenas fragilizam sua identidade e comprometem sua autoestima, cabendo ao Estado o papel de promover uma mudança de concepção, o que, sem dúvida, é um dos objetivos do EPD.

2.3. Deficiência e antecedentes: uma história de exclusão social

A pessoa com deficiência sofre discriminação por ser valorada como diferente dos padrões normais criados socialmente, o que ocorre desde os primórdios. A história remete à maneira

como estas pessoas sofreram exclusão e até foram eliminadas pela aparência diferente em relação aos padrões estabelecidos. Nesse tópico, será tratado um breve histórico sobre a exclusão dessas pessoas na história, com ênfase na abordagem sobre a deficiência mental ou intelectual.

Em Roma, as leis não favoreciam aqueles que nasciam com deficiência. Os pais podiam afogar crianças que apresentassem defeitos físicos, mas, no geral, os abandonavam em cestos nos rios. Aqueles que sobreviviam eram explorados nas cidades ou se juntavam aos circos para entreter os abastados. Ainda no Império Romano, com o surgimento do Cristianismo, noções de caridade foram desenvolvidas e os primeiros abrigos acolhiam pessoas com deficiência (GUGEL, 2007).

Na idade média, o nascimento de pessoas com deficiência na família era encarado por alguns como castigo de Deus. Outros acreditavam que os deficientes tinham poderes sobrenaturais e muitos eram levados de sua família (GUGEL, 2007).

A lepra marcou a história da idade média, o que originou muitos leprosários na Europa entre a alta idade média até as Cruzadas, locais onde os doentes eram isolados. A exclusão social decorrente da doença era justificada pela Igreja como uma forma de salvação para o leproso (FOUCAULT, 1978).

Já entre os séculos XIV e XVII, a lepra foi desaparecendo no ocidente, e com as Cruzadas, os focos orientais da doença também se romperam. Os leprosários foram ocupados, inicialmente, pelos portadores de doenças venéreas, categoria de excluídos sociais que esteve ao lado da loucura, fenômeno descrito por Michel Foucault como verdadeira herança da lepra (FOUCAULT, 1978).

Fato curioso a constatar: é sob a influência do modo de internamento, tal como ele se constituiu no século XVII, que a doença venérea se isolou, numa certa medida, de seu contexto médico e se integrou, ao lado da loucura, num espaço moral de exclusão. De fato, a verdadeira herança da lepra não é aí que deve ser buscada, mas sim num fenômeno bastante complexo, do qual a medicina demorará para se apropriar. Esse fenômeno é a loucura. Mas será necessário um longo momento de latência, quase dois séculos, para que esse novo espantalho, que sucede à lepra nos medos seculares, suscite como ela reações de divisão, de exclusão, de purificação que no entanto lhe são aparentadas de uma maneira bem evidente. Antes de a loucura ser dominada, por volta da metade do século XVII, antes que se ressuscitem, em seu favor, velhos ritos, ela tinha estado ligada, obstinadamente, a todas as experiências maiores da Renascença (FOUCAULT, 1978, p. 12).

A loucura foi retratada na obra literária da Nau dos Loucos, que representava uma realidade de partida dessas pessoas das suas cidades para outros locais, onde normalmente eram abandonados. Muito mais que uma forma de purificar as cidades, essa partida ilustrava a entrega do louco a um destino incerto. A partida e a chegada possuem um simbolismo de entrega do louco a sua própria sorte, onde não há identidade, não se sabe de onde veio e para onde vai através do rito do embarque, que vinculou as águas e a loucura ao logo da história (FOUCAULT, 1978).

Nesse sentido, Michel Foucault (1978, p. 16/17) relata o simbolismo da partida nas águas: “Fechado no navio, de onde não se escapa, o louco é entregue ao rio de mil braços, ao mar de mil caminhos, a essa grande incerteza exterior a tudo. É um prisioneiro no meio da mais livre, da mais aberta das estradas: solidamente acorrentado à infinita encruzilhada”. Contudo, o autor retrata que a figura do louco assume um diferente papel a partir do final da Idade Média, daquele que possui a verdade e é capaz de lembrá-la a todos no centro do teatro. Nesse período, a loucura deixa a faceta do escárnio, assumindo papel importante das peças teatrais. A loucura se associa ao amor e ganha espaço na academia através de discursos e reivindicações de felicidade (FOUCAULT, 1978).

No século XV, a morte teve um espaço sólido enquanto preocupação do homem devido às pestes e guerras que marcaram o período. Todavia, nos últimos anos deste século, a loucura substitui o tema da morte, não como uma ruptura, mas como uma guinada dentro das inquietações já conhecidas. A loucura desafia a morte, desdenhando da existência humana, expondo a fatuidade da vida: “a loucura é o já-está-aí da morte. Mas é também sua presença vencida, esquivada nesses signos cotidianos que, anunciando que ela já reina, indicam que sua presa será bem pobre” (FOUCAULT, 1978, p 21). A loucura nesse período exerce fascínio enquanto um saber, aquele em que o louco não sofre nem possui necessidades, vivendo em um paraíso.

Na era clássica, marcada pelo racionalismo, é possível observar a prática do internamento como ponto crucial para a história da loucura, período em que foram criados grandes hospícios, casas de detenção, de internamento e prisões. De acordo com Foucault (1978), a criação do Hospital Geral de Paris ocorreu em 1656 e constitui-se através de uma reforma administrativa que agrupou estabelecimentos já existentes em uma administração integrada. Sua estrutura era

muito mais jurídica que médica, representando o poder estabelecido entre a monarquia e a burguesia, onde era possível alojar quem espontaneamente se apresentasse e aqueles designados pelas autoridades. Sobre a instituição, Foucault (1978, p. 57) assevera: “Soberania quase absoluta, jurisdição sem apelações, direito de execução contra o qual nada pode prevalecer o Hospital Geral é um estranho poder que o rei estabelece entre a polícia e a justiça, nos limites da lei: é a terceira ordem da repressão”.

O sentido do internamento muito se distanciava de uma preocupação com a doença. Tratava-se de um basta à ociosidade e à mendicância e outras fontes consideradas como desordem. O fenômeno retrava a crise na Europa, marcada pelo desemprego e pela redução dos salários (FOCAULT, 1978):

Ainda durante muito tempo a casa de correção ou os locais do Hospital Geral servirão para a colocação dos desempregados, dos sem trabalho, e vagabundos. Toda vez que se produz uma crise, e que o número de pobres sobe verticalmente, as casas de internamento retomam, pelo menos por algum tempo, sua original significação econômica (FOCAULT, 1978, p. 76).

Em contrapartida, observa-se que nos momentos sem crise, o internamento servia para garantir mão-de-obra barata, explorando o interno forçado a trabalhar por preços módicos. Arremata, Foucault (1978, p. 77): “a alternativa é clara: mão-de-obra barata nos tempos de pleno emprego e de altos salários; e em período de desemprego, reabsorção dos ociosos e proteção social contra a agitação e as revoltas”.

Outro aspecto relevante ainda na era clássica demonstra uma “experiência homogênea” do internamento. Utilizava-se o termo “furioso” para designar diversas formas do que se considerava desordem, que podia ser de coração, espírito ou doença, o que não distinguia o doente de um criminoso.

Noção confusa para nós, talvez, mas suficientemente clara para ditar o imperativo policial e moral do internamento. Internar alguém dizendo que é um "furioso", sem especificar se é doente ou criminoso, é um dos poderes que a razão clássica atribui a si mesma, na experiência que teve da loucura (FOCAULT, 1978, p. 125).

Ainda na era clássica é possível observar a visão religiosa e moral imposta sobre a loucura. A prática de internamento nos estabelecimentos se justificava através de um julgamento moral imposto: para os bons internos seria uma recompensa, para os maus, um castigo. Essa dicotomia

acompanha a valoração em torno da loucura, que pode assumir um contorno de repressão ou de beneficência (FOCAULT, 1978).

No século XVIII, observam-se algumas mudanças. A classificação das desordens ocorre através de uma tentativa de precisão que muito se aproxima da classificação presente na esfera das vegetações, tendo sido, contudo, deveras primitiva e posteriormente superada sem deixar vestígios no século XIX.

Ainda no século XVIII, é possível observar a figura do louco tratada como uma exceção social, sendo comparado a um grupo que se julga normal:

O louco é o outro em relação aos outros: o outro — no sentido da exceção — entre os outros — no sentido do universal. Toda forma de interioridade é, agora, conjurada: o louco é evidente, mas seu perfil se destaca sobre o espaço exterior; e o relacionamento que o define entrega-o totalmente, através do jogo das comparações objetivas, ao olhar do sujeito razoável. Entre o louco e o sujeito que pronuncia "esse aí é um louco", estabelece-se um enorme fosso, que não é mais o vazio cartesiano do "não sou esse aí" mas que está ocupado pela plenitude de um duplo sistema de alteridade: distância doravante inteiramente povoada de pontos de referência, por conseguinte mensurável e variável; o louco é mais ou menos diferente no grupo dos outros que, por sua vez, é mais ou menos universal (FOCAULT, 1978, p. 202-203).

O século XIX é apontado como um marco na história das pessoas com deficiência o que reflete ideias humanistas da Revolução Francesa. Surge a noção de atenção especializada, além dos hospitais e abrigos. Constituem-se organizações para pesquisar cada deficiência. Ampliam-se orfanatos e lares para crianças deficientes. A reabilitação dos feridos também se desenvolve através de grupos de pessoas que queriam ajudar (GUGEL, 2007).

No século XIX, é possível observar a psicologia e a psiquiatria positiva. “A loucura, para o século XIX, terá um sentido inteiramente diferente: estará, por sua natureza e em tudo o que a opõe à natureza, bem perto da história” (FOCAULT, 1978, p. 412). Segue o autor, afirmando que ainda nesse século a relação com a história é superada através de uma relação com a sociedade:

Com isso, a loucura escapa ao que pode haver de histórico no devir humano, para receber um sentido numa moral social: ela se torna o estigma de uma classe que abandonou as formas da ética burguesa; e no exato momento em que o conceito filosófico de alienação adquire uma significação histórica pela análise econômica do trabalho, nesse mesmo momento o conceito médico e psicológico de alienação liberta-se totalmente da história para tornar-se crítica

moral em nome da comprometida salvação da espécie. Numa palavra, o medo da loucura, que no século XVIII era o temor das conseqüências de seu próprio devir, aos poucos se transforma no século XIX, a ponto de ser a obsessão diante das contradições que, no entanto, são as únicas que podem assegurar a manutenção de suas estruturas; a loucura tornou-se a paradoxal condição da duração da ordem burguesa, da qual ela constitui, do lado de fora, no entanto, a ameaça mais imediata (FOCAULT, 1978, p. 414-415).

O século XX trouxe ajudas técnicas e novas tecnologias assistivas para a pessoa com deficiência. Houve o aperfeiçoamento de instrumentos já utilizados, tais como cadeira de rodas e bengalas, além de um sistema de ensino para surdos e cegos. Mesmo com as guerras, a sociedade se organizou para melhor atender essas pessoas (GUGEL, 2007).

2.3.1. As práticas nos manicômios e a Reforma Psiquiátrica

Considera-se que o manicômio enquanto hospital psiquiátrico surgiu a partir do século XIX, em que pese a história apontar outros tipos de casas de internamento em momentos anteriores. Práticas como dar eletrochoques e realizar psicocirurgias nas pessoas, acreditando-se que iriam recuperar a consciência eram comuns nesses locais (SANCHEZ E COLABORADORES, 2000).

A discordância com essas formas de tratamento passou a atrair olhares de profissionais de saúde, como a médica Nise da Silveira que criou em 1946, o Serviço de Terapia Ocupacional do Centro Psiquiátrico Pedro II, no Rio de Janeiro. Nesse local, os funcionários eram orientados a realizar estímulos aos internos para terem contato com várias atividades artísticas. Com isso, se desenvolve a criatividade e o paciente encontra ferramentas que possibilitam a expressão e reflexão sobre o seu estado psíquico (SANCHEZ E COLABORADORES, 2000).

No Brasil, verifica-se que após a ditadura militar, o espaço para lutas e conquistas sociais se ampliou. Com isso, cresceram as exigências de direitos perante o Estado. Nesse espaço, situa-se inicialmente a reforma sanitária em que foram reivindicadas melhores condições de saúde para a população (YASUI, 2010).

Destaca-se nesse mesmo contexto que os profissionais de saúde foram fundamentais para a reforma sanitária, enquanto pensadores das contradições entre o regime ditatorial e a saúde. Inicia-se um pensamento de saúde em sentido amplo, muito mais que puramente biológico.

Nisso se enquadra a questão dos determinantes sociais de saúde, ou seja, que há fatores sociais, políticos, econômicos e culturais que interferem na saúde (YASUI, 2010).

Diante disso, impende salientar a perspectiva da reforma sanitária trazida por Yasui:

A reforma sanitária se colocava, assim, fundamentalmente como um processo político, entendido como possibilidade emancipatória na construção da polis, da esfera pública, dos bens comuns. Era um processo que levava à produção intelectual crítica, práticas e ações alternativas ao modelo hegemônico, militância cotidiana, ocupação de espaços institucionais, articulações com outros setores da sociedade, ocupação de espaços no interior do aparato estatal, avanços e recuos. Um processo político, colocando em cena e em pauta a relação entre Estado e sociedade civil. A Reforma sanitária se constituiu tensionando criticamente os termos dessa relação. (YASUI, 2010, p. 30-31).

O mesmo autor destaca que nesse contexto surgiu a Reforma Psiquiátrica, como fruto das reflexões dos profissionais de saúde em busca de politizar a saúde mental, cujos objetivos eram a mudança na legislação, luta contra instituições psiquiátricas (Movimento Antimanicomial) e a produção de resultados na esfera sociocultural. Situa-se que a década de 70 foi o marco inicial da reforma psiquiátrica, com ganhos nos anos 80 e alcance enquanto política pública a partir de 1990 (YASUI, 2010).

Pode-se concluir que a reforma psiquiátrica compreendeu principalmente uma mudança de foco entre a atenção hospitalar para outras medidas não hospitalares de cuidado ao paciente. Nisso, destacam-se os CAPS (Centro de atenção psicossocial), SRT (Serviços residenciais terapêuticos) e NAPS (Núcleo de apoio psicossocial) (PITTA, 2011).

Destaca Ana Pitta (2011) que os anos 2000 tiveram grande relevância em matéria de saúde mental, merecendo destaque a entrada em vigor da Lei 10.216/2001 (que redireciona o modelo de cuidados assistenciais em saúde mental e estabelece direitos ao portador de doença mental) e a III Conferência Nacional de Saúde Mental, em Brasília. Observa-se uma abordagem em torno dos direitos e cidadania, do combate ao estigma e mudança no modelo assistencial de acesso através da equidade.

Pode-se dizer que reforma psiquiátrica representa uma mudança de paradigma, à medida que os sujeitos passam a ser inseridos no contexto social de proteção, deixando de se isolar em

hospícios, alcançando o papel de cidadão através do novo modelo de atenção psicossocial. (PITTA, 2011).

2.4 Proteção da pessoa com deficiência como desdobramento dos direitos humanos e o direito à antidiscriminação.

A proteção à pessoa com deficiência fundamenta-se, primeiramente, como reflexo dos direitos humanos, considerados como notória superação de um padrão individualista em favor do interesse de toda a sociedade (FARIAS, CUNHA E PINTO, 2016).

A ética dos direitos humanos vislumbra no outro alguém merecedor de consideração e respeito, possuidor do direito de ampliar suas potencialidades livremente, de forma plena e autônoma. Orienta-se pela declaração da dignidade e pela precaução ao sofrimento humano, refletindo um edificado axiológico, a partir de um ambiente emblemático de luta e ação social (PIOVESAN, 2014).

A proteção ao homem através da perspectiva dos direitos humanos divide aqueles que advogam essa causa e outros que criticam. De um lado, a ideia de que cada pessoa tem, independentemente de leis nacionais, direitos básicos a serem resguardados. De outro, a ideia de que os direitos humanos não passam de boas intenções carentes de aplicação prática (SEN, 2010).

Amartya Sen (2010) defende que uma teoria dos direitos humanos deve abordar o tipo de afirmação que uma declaração dos direitos humanos faz; a importância desses direitos; deveres e obrigações que esses direitos geram; as formas de ação capazes de implementar esses direitos; a possibilidade de inclusão de direitos econômicos e sociais entre os direitos humanos e a forma de se defender ou contestar as propostas desses direitos em um status universal em um mundo com tanta variação cultural.

A partir disso propõe que os direitos humanos sejam encarados como demandas éticas antes de qualquer caráter legal, embora inspirem legislações com frequência. Assevera que a base desses direitos são as liberdades de especial importância e as de influenciabilidade social. Considera que os direitos humanos geram obrigações perfeitas e imperfeitas para pessoas que podem ajudar na promoção e proteção dessas liberdades, de modo que a sua implementação vai

além de uma questão de legislação, despertando a necessidade de atenção e mobilização públicas. Acredita que é possível incluir liberdades econômicas e sociais nos direitos humanos, ainda que para isso seja necessário brigar por uma reforma institucional. Propõe ainda que a universalidade dos direitos humanos esteja associada à capacidade de debater livremente questões e opiniões distintas com a abertura de fronteiras nacionais (SEN, 2010).

Entre as liberdades tuteláveis à luz dos direitos humanos elenca a oportunidade. Considera que a oportunidade consiste na disponibilidade de opções e na valorização da livre escolha, entre outras coisas. A partir disso, discute a ideia de capacidade como oportunidade da liberdade através dos aspectos daquilo que a pessoa valoriza ser ou fazer e dos meios que possui para alcançar o que valoriza. Com isso, exemplifica através da situação da pessoa com deficiência que pode ter os mesmos meios, tais como renda e demais bens primários, que uma pessoa sem deficiência, e ainda assim fazer muito menos que a pessoa sem deficiência, ou seja, as oportunidades substanciais são diferentes com o mesmo conjunto de meios (SEN, 2010).

Dessa forma, a autora arremata a questão do conceito de liberdades, ressaltando que a capacidade como um tipo de liberdade refere à capacidade de escolha, independente do que a pessoa de fato irá escolher. Exemplifica com Mahatma Gandhi e sua escolha em jejuar como forma de protesto na Índia, enquanto poderia simplesmente escolher estar bem alimentado. Essa questão, defende, se aplica a uma teoria de direitos humanos em que o homem deve ser livre para realizar suas escolhas (SEN, 2010).

O respeito aos direitos humanos requer a superação a barreiras e preconceitos, em especial quanto às pessoas com deficiência. É possível discutir o direito à antidiscriminação como base para promoção da igualdade material entre as pessoas com e sem deficiência. Nesse sentido, Rios (2010, p. 75):

O conceito de discriminação aponta para a reprovação jurídica das violações do princípio isonômico, atentando para os prejuízos experimentados pelos destinatários de tratamento desiguais. [...] A discriminação aqui é estudada por meio de uma perspectiva jurídica mais substantiva que forma: importa enfrentar a desigualdade nociva, pois nem sempre a adoção de tratamentos distintos se revela maléfica, sendo mesmo tantas vezes exigida, como anota a dimensão material do princípio da igualdade (o tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades).

Desse modo, o conceito de discriminação requer a conjugação da base constitucional e de convenções internacionais, sendo possível afirmar que trata-se de formas diversas de exclusão, restrição ou preferência com o objetivo de dificultar ou anular o gozo de direitos humanos e liberdades fundamentais em condições de igualdade nas mais diversas esferas da vida pública (RIOS, 2010).

É possível ainda avançar para um conceito de discriminação em face da pessoa com deficiência, em que as formas diversas de exclusão, diferenciação ou restrição sejam baseadas na deficiência, obstando a fruição dos direitos humanos e liberdades públicas em situação de igualdade com as demais pessoas. O grupo de pessoa com deficiência desperta o debate sobre o direito à antidiscriminação que prevê proteção em face de discriminação direta e indireta por motivo de deficiência (RIOS, 2010).

A primeira consiste em formas explícitas de discriminação, tais como a ridicularização dos portadores de nanismo em programas de humor, a recusa a avaliações adaptadas para estudantes deficientes visuais ou a exclusão de deficientes em certames públicos por suposta incompatibilidade no desempenho da função, sem que seja considerada a possibilidade de medidas adaptativas razoáveis (RIOS, 2010).

A discriminação indireta, por sua vez, ocorre independentemente da intenção de excluir, pode acontecer através de medidas aparentemente neutras, mas que promovem preconceitos e padrões inaceitáveis, o que fere direitos fundamentais de forma objetiva. Quanto às pessoas com deficiência, é possível observar diversas condutas exclusivas através de condutas individuais ou dinâmicas institucionais que propagaram ideologias preconceituosas em uma cultura de padrões que apenas colaboraram com o estigma em face da pessoa deficiente. Como exemplos, observam-se as representações sociais que propagam a imagem dessas pessoas como incapazes por razão da deficiência, o que fomenta um olhar distorcido e limitador da participação dessas pessoas, ainda que desprovido da intenção de discriminar, a exemplo das escolas especiais, que colaboram com uma visão inferiorizante das pessoas deficientes e impedem o desenvolvimento e participação da sociedade (RIOS, 2010).

A noção de discriminação indireta se associa a discriminação institucional, ou seja, o foco é nas práticas sociais aparentemente neutras, mas que encobrem relações de dominação e tendem a desconsiderar a participação da pessoa com deficiência através de um conformismo que conduz

peças não deficientes a não perceberem o quanto são privilegiadas e possuem maiores oportunidades em sociedade (RIOS, 2010).

Surge da questão de discriminação em face da pessoa com deficiência, o dever de adaptação razoável, que consiste na realização de medidas modificadoras e ajustes que possam promover o exercício de direitos humanos e fundamentais às pessoas com deficiência em relação de igualdade com os demais (RIOS, 2010). Esse dever está previsto na Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e na Lei 13.146/2015.

Os direitos humanos são um marco para a concretização de garantias básicas através de ações governamentais para todos. Em especial, quando se trata de grupos específicos e historicamente discriminados, esses direitos tornam-se um trunfo para a defesa da igualdade e justiça em contextos sociais com práticas culturais distintas (SANTOS, 2010).

Do exposto, acredita-se que a perspectiva dos direitos humanos é de suma importância para a concretização dos direitos da pessoa com deficiência, em especial, quanto ao debate acerca da discriminação e propostas de superação da desigualdade. Observa-se que há um avanço a nível internacional que tende a ser incorporado pelas legislações nacionais, o que será adiante demonstrado. Ressalte, de todo modo, que a perspectiva dos direitos humanos precisa ir além da questão legal, sendo imprescindível uma postura ativa da comunidade em promover e lutar pela concretização desses direitos.

2.5. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências (Nova York, março de 2007)

No ano de 2008, o Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU, sendo este o primeiro tratado de Direitos Humanos recepcionado com status igual à emenda constitucional. Tal fato evidencia a seriedade conseguida pelo tema em nosso país e a busca firme do Brasil para promover e proteger os direitos humanos de sua população, com destaque para pessoas em situação de maior vulnerabilidade (FERREIRA E SALVATTI, 2014).

Considera-se esse resultado como reflexo da luta do movimento político das pessoas com deficiência ao longo de décadas, buscando o exercício de sua cidadania e autonomia, em

igualdade de oportunidade com os demais. A internalização da Convenção pelo Brasil é ainda resultado de um processo de amadurecimento dos Direitos Humanos e da sociedade como um todo, que reconheceu e reafirmou a dignidade e o valor dessas pessoas (FERREIRA E SALVATTI, 2014).

A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência indica o empenho dos países em traduzir em um documento a necessidade de mudanças sociais relacionadas à deficiência. Desde que o Brasil ratificou a convenção, observa-se a ampliação do debate acerca da deficiência como desdobramento dos direitos humanos que ensejam mudanças nas legislações políticas públicas voltadas à igualdade entre aqueles que possuem ou não deficiência (SANTOS, 2010).

As mudanças provocadas pela Convenção refletiram-se não somente nas questões terminológicas e de conceito, mas também sobre o jeito pelo qual a deficiência é percebida. Essa cautela vai desde a elaboração do texto legal, mas não está restrita à mera preocupação com termos politicamente corretos e sim demonstra o cuidado que afeta a sociedade de forma muito mais profunda, já que envolve valores enraizados na cultura dos diferentes povos. Buscam-se mudanças culturais, de sistema político, de quebra de paradigma pelas próprias pessoas com deficiência que se sentem inferiorizadas pelos processos de discriminação que sofreram, constituindo-se em verdadeiro desafio. A Convenção busca o empoderamento dessas pessoas, a sua inclusão nas mais diversas instancias de participação, combatendo preconceitos e promovendo direitos, sendo importante a ação da sociedade civil (LOPES, 2014).

Muitas inovações foram esboçadas a partir da Convenção que trouxe para a seara constitucional aspectos antes apenas tratados infraconstitucionalmente. O próprio conceito de deficiência tem o condão de interferir em algumas áreas, tais como na concessão do benefício de prestação continuada, no acesso ao mercado de trabalho, gratuidade no transporte público, servindo de parâmetro para nortear novas legislações e políticas públicas (BONFIM, 2010). Observa-se que foi exatamente o que ocorreu no Brasil com a publicação posterior da lei 13.146/2015⁵.

⁵ Merece destaque o conceito previsto na Convenção: “Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. [...] Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA).

Com isso, um país pode regulamentar os direitos das pessoas com deficiência, baseado na Convenção, dilatando o conceito positivado de que a deficiência deve ser de longo prazo ou permanente para efeito de alcance dos beneficiários dos direitos e deveres presentes no tratado, podendo englobar também as deficiências temporárias. Por outro lado, acredita-se que não é possível restringir os conceitos nacionais nos países que ratificaram o tratado, a exemplo do Brasil, e reduzir para além do mínimo pactuado (LOPES , 2014).

2.6 Algumas considerações sobre a proteção legal da pessoa com deficiência no Brasil.

A condição de limitações físicas, motoras, sensoriais, comportamentais faz parte da história da humanidade e representa expressivo número, de acordo com dados da OMS. Diversos fatores interferem nessa realidade, não só questões atávicas, como também de ordem econômica, social, do ambiente de trabalho, das guerras ou decorrente de criminalidade, ausência de políticas públicas e condições sanitárias ou previdenciárias, condições essas que são “marginalizantes” e obstam o homem de viver de forma plena (MAZILLI, 2004).

Essa dificuldade muitas vezes decorre de questões materiais da própria deficiência, outras vezes, da ausência de acessibilidade e do preconceito social. De todo modo, seja qual for o grau da enfermidade, a pessoa é plena em sua dignidade e merece todo o respeito de modo que hoje é maior a preocupação jurídica e social acerca dessa questão (MAZILLI, 2004).

Não é por menos que a Constituição Federal prevê em muitos artigos um sistema de proteção às pessoas com deficiência que tutela a garantia de emprego, de assistência social, igualdade, vedação à discriminação, previdência social e saúde (CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

O Código Civil, por seu turno, trata da pessoa com deficiência quanto às questões de capacidade, curatela e deserdação por desamparo à pessoa com deficiência mental (MAZILLI, 2004).

Em interessante artigo, Symone Bonfim (2010) aborda a atuação parlamentar sobre a deficiência entre os anos de 2003 a 2008 e indica 431 projetos de lei encontrados através de uma busca no Centro de Documentação e Informação da Câmara dos deputados, sem diferenciar aqueles que foram arquivados ou que tramitaram regularmente. Desses projetos, 134

tratam de acessibilidade, 50 de assistência social, 21 de direitos e garantias, 15 de direito penal, 26 sobre educação, 6 sobre habitação, 88 sobre isenções e incentivos, 5 sobre previdência social, 20 sobre saúde, 39 sobre trabalho e 27 sobre outras temáticas.

A autora conclui que durante os cinco anos anteriores à aprovação da Convenção sobre os Direitos da pessoa com Deficiência dois desafios se notam: a ausência de projetos que de fato demonstrem inovações em propostas para eliminar desigualdades e discriminação e a lentidão para que esses projetos se tornem lei refletem a fragilidade nessa esfera (BONFIM, 2010).

Na esfera federal, observam-se diversas leis sobre deficiência que tratam de temáticas, tais como isenção de impostos, integração social, reserva de vagas para trabalho em empresas, assistência social, passe livre em transportes coletivos interestaduais, acessibilidade, prioridade de atendimento, forma de comunicação, entre outros (INSTITUTO BENJAMIM CONSTANT).

Diante disso, a necessidade de promoção de direitos básicos em condições de igualdade não parece estar atrelada apenas uma questão legal, em especial após a ratificação da Convenção Internacional pelo Brasil e da publicação da Lei 13.146/2015, que representam um largo passo na luta e defesa dos direitos da pessoa com deficiência, é preciso mais, é preciso a mudança de concepção e a formação de uma nova consciência.

2.6.1 Principais direitos assegurados pela Lei 13.146/2015

A Lei 13.146/2015, chamada de estatuto da pessoa com deficiência, disciplina diversas diretrizes, tais como a promoção da igualdade e da não discriminação nos artigos quinto e sexto, tratadas no capítulo anterior enquanto base principiológica. O legislador buscou conjugar em um único instrumento questões de direitos básicos como a dignidade (artigos 10 e 11), a saúde (artigo 18), educação (artigo 27), moradia (artigo 31), trabalho (artigo 34) e acessibilidade (artigo 53), o quais serão tratados brevemente apenas com a finalidade de melhor se conhecer a lei em exame, sendo inviável tratar de todas as garantias ali presentes (LEI 13.146/2015).

Inspirada na Convenção internacional que havia sido ratificada pelo Brasil desde 2008, foi a partir da publicação da lei que se acirrou o debate em torno da proteção às pessoas com

deficiência, em especial quando às alterações promovidas no código civil de 2002 e o sistema de capacidade civil até então vigente (FARIAS, CUNHA E PINTO, 2016) .

De logo, registre-se a definição da Lei 13.146/2015 quanto à pessoa com deficiência, muito semelhante ao conceito da Convenção internacional:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (LEI 13.146/2015)

A dignidade da pessoa com deficiência dialoga com o princípio da igualdade material, de modo que seja assegurado àquele que possui uma deficiência um tratamento diferenciado capaz de lhe assegurar essa dignidade. Convém destacar a eficácia positiva e negativa da dignidade, que se impõe ao Poder Público e ao particular. Como eficácia positiva, existe a afirmação da dignidade através de obrigações impostas ao particular e ao Poder público. Como eficácia negativa, entende-se a restrição ao exercício de determinados direitos, evitando-se assim, discricionariedades (FARIAS, CUNHA E PINTO, 2016).

Essa ideia de eficácia positiva e negativa da dignidade da pessoa com deficiência pode ser exemplificada com outras normas previstas na lei 13.146/2015. Constitui um exemplo de eficácia positiva a previsão contida no artigo sétimo, que informa o dever de todos em denunciar às autoridades eventuais ameaças ou violações aos direitos das pessoas com deficiência. Como exemplo de eficácia negativa, pode-se citar o artigo vigésimo terceiro, que veda a diferenciação de cobranças por planos de saúde, tendo em vista a condição de deficiência.

No que tange ao direito à saúde, merece realce a questão da participação da pessoa com deficiência na elaboração de políticas nessa seara, prevista no parágrafo primeiro do artigo 18 e inspirado no artigo quarto, item três da Convenção Internacional. Ademais, o estatuto prevê o incentivo à capacitação dos profissionais de saúde que prestam assistência às pessoas com deficiência.

A avaliação biopsicossocial positivada na Lei 13.146/2015 deve ser destacada por representar o modelo médico e o modelo social na abordagem em torno da deficiência. Isso significa que

além de uma avaliação médica que atesta o grau de impedimento da pessoa, serão observadas questões familiares, profissionais, entre outros.

De acordo com o EPD, no parágrafo primeiro, artigo segundo, a avaliação deve ser realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, devendo considerar os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; a limitação no desempenho de atividades e a restrição de participação.

Sobre a avaliação biopsicossocial, assevera Perlingieri:

A insuficiência mental, para justificar um estatuto particular de incapacidade ou limitada capacidade, e, portanto, para derrogar o princípio de igualdade formal (art. 3 § 1, Const.), deve representar objetivamente um estado patológico. Esse estado patológico pode ser individuado mediante uma complexa avaliação das condições pessoais do sujeito e daquelas sociais, culturais e ambientais, mas, sempre, em relação ao exclusivo interesse das manifestações do desenvolvimento pessoal, e não já alegando razões de interesse superior que bem se prestariam a legitimar qualquer instrumentalização, também política, com violação do art. 22 Const. (PERLINGIERI, p. 166, 1999)

O direito à educação, por seu turno, previsto no artigo 27 da Lei 13.146/2015 estabelece as bases de uma educação inclusiva e que busca o desenvolvimento da pessoa com deficiência, sendo vedada qualquer forma de violência, negligência e discriminação. Tal previsão possui fundamentos diversos, tais como o artigo 6º e 205 da CF/1988, o artigo 24.2 da Convenção, entre outras leis infraconstitucionais.

O sistema inclusivo de educação visa inserir o aluno deficiente e não segregá-lo junto a outros que apresentam déficits semelhantes. Isso enseja a vivência da escola em sua plenitude, ainda que seja necessária uma rede de apoio capaz de proporcionar condições de aprendizagem semelhantes aos outros alunos.

O direito à moradia digna, previsto no artigo 31 traduz a concepção de moradia voltada para boas instalações, com o atendimento de uma rede sanitária adequada, água, energia elétrica, esgoto, coleta de lixo e transporte. A lei prevê ainda a necessidade de se apoiarem ações capazes de proporcionar maior independência à pessoa com deficiência, o que denota um incentivo por parte da lei à autonomia dessa pessoa.

O direito ao trabalho, previsto no artigo 34 estabelece a livre escolha por parte da pessoa com deficiência, a necessidade de um ambiente inclusivo e acessível, bem como a garantia da oportunidade em iguais condições com as demais pessoas. Importa destacar que a noção de ambiente inclusivo perpassa pela acessibilidade e ausência de segregação da pessoa com deficiência que não deve ser colocada em locais isolados, sendo importante a sua locomoção.

O direito à acessibilidade estabelece a possibilidade de a pessoa com deficiência alcançar com segurança e autonomia os mais diversos espaços sociais, além de tecnologias, serviços, transportes e edificações. Esse direito permite a igualdade material para que a pessoa com deficiência possa se desenvolver em sociedade em condições semelhantes àqueles que possuem impedimentos.

A doutrina tem apontado que, em sua maioria, as previsões legais representam elogiável avanço para a proteção da dignidade da pessoa com deficiência. A nova legislação altera e revoga alguns artigos do Código Civil, proporcionando grandes mudanças estruturais e funcionais na teoria das incapacidades, o que traz repercussões em diversos institutos do Direito de Família, como o casamento, a interdição e a curatela, entre outros (TARTUCE, 2016).

Seguindo os moldes da Convenção Internacional, a lei buscou priorizar a questão da igualdade e inclusão das pessoas com deficiência, partindo da necessidade de conceder oportunidade a essas pessoas para se desenvolver e exercer de forma autônoma os mais diversos atos da vida civil.

3. NOVO PANORAMA DA CAPACIDADE CIVIL

A Lei 13.146/2015 trouxe mudanças em matéria de capacidade que tem despertado as mais distintas reações da doutrina justamente por considerar a pessoa com deficiência mental ou intelectual como um sujeito capaz de exercer seus direitos e deveres na ordem civil. No presente capítulo, serão abordadas essas mudanças, que refletem no sistema de curatela e produzem ainda outros efeitos a serem abordados no quarto capítulo.

3.1. Noções sobre capacidade

De acordo com Washington de Barros Monteiro (2003, p. 64), entende-se por capacidade “a aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. O conjunto desses poderes constitui a personalidade, que, localizando-se ou concretizando-se num ente, forma a pessoa”.

No mesmo sentido, Gonçalves (2016) assevera que os conceitos de capacidade e personalidade se completam, sendo essencial à personalidade, a capacidade, tal e qual a relação entre direito e titular de um direito. Caso ao homem fosse recusada a capacidade genérica de adquirir direitos haveria uma frustração da própria personalidade. O autor também refere à ideia de que a

capacidade é a medida da personalidade, destacando que para algumas pessoas há plena capacidade, enquanto que para outros haverá limites.

Orlando Gomes defende que a capacidade de direito e a personalidade se confundem na atualidade, o que não ocorre quanto à capacidade de fato:

A capacidade de direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de direitos. Ninguém pode ser totalmente privado dessa espécie de capacidade. Não obstante, admitem-se restrições de caráter especial. Há pessoas que são privadas do gozo de certos direitos. A capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade. (GOMES, 1999, p. 166)

Há quem defenda, contudo, que os conceitos de capacidade e personalidade não se confundem, sendo fruto dessa imanência entre capacidade jurídica e personalidade de direito o equívoco. Nesse sentido, assevera Marcos Bernardes de Mello:

O direito atribui a todo ser humano, indistintamente, e a certos entes por ele criados, capacidade jurídica que se caracteriza como a atribuição da possibilidade de sujeito de direito, isto é, de poder ser titular de direito e obrigações na ordem civil (Código Civil, art. 1º). É, portanto, a capacidade jurídica imanente à personalidade civil, mas, não é apenas a ela, uma vez que há entes não personificados que a têm. Essa imanência conduz, em geral, a doutrina a confundir capacidade jurídica com personalidade de direito. Erroneamente, porém, uma vez que o conceito de capacidade jurídica é bem mais amplo que o de capacidade civil (MELLO, 2015 p. 62)

Sintetiza Washington de Barros Monteiro (2003, p. 64): “capacidade exprime poderes ou faculdades; personalidade é a resultante desses poderes; pessoa é o ente a que a ordem jurídica outorga esses poderes”.

Roxana Borges (2007, p. 242) defende que a visão de capacidade e personalidade como termos sinônimos encontra-se ultrapassada, já que “a personalidade cada vez mais é afirmada como valor, estando mais próxima da ideia de dignidade da pessoa humana do que da ideia de capacidade jurídica da pessoa”. A autora ressalta que tanto a doutrina como a jurisprudência tem acompanhado a interpretação da personalidade como valor, o que difere da ideia de atributo para constituir relações jurídicas. A afirmação de personalidade atrelada à potencialidade de contrair obrigações e direitos reduz a pessoa humana, que tem muitos outros aspectos oriundos de sua dignidade.

Essa concepção é seguida por Nelson Rosenvald (2013), que corrobora a ideia de personalidade como valor capaz de impedir a divisão do ser humano em categorias, enquanto que a capacidade traduz a subjetividade de cada um como medida de um valor, relacionada à sanidade e maturidade. A capacidade é quem estabelece se a pessoa terá condições de exercer os atos da vida civil de forma autônoma ou se necessitará de um representante ou assistente. Com isso, conclui o autor acerca do maior alcance da personalidade: “A personalidade é um dado pré-normativo, sendo reconhecida pelo direito. Já a capacidade é concedida pelo ordenamento, variável em graus, sujeita, portanto, aos humores do legislador e sobremaneira ao estágio cultural de cada sociedade” (ROSENVALD, 2013, p.147).

Acredita-se que a personalidade tem uma perspectiva de fato mais ampla que a capacidade. Reserva ao sujeito uma proteção que vai além da discussão sobre sua possibilidade de exercer os atos da vida civil pessoalmente, constitui-se através da própria dignidade e se revela em cada aspecto da plenitude humana.

Importa estabelecer a diferença entre capacidade de fato e capacidade de direito. A capacidade de direito é concedida a todos que possuem personalidade. Já a capacidade de fato se configura quando a pessoa pode sozinha executar esses atos da vida civil. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves:

Nem todas as pessoas têm, contudo, a capacidade de fato, também denominada capacidade de exercício ou de ação que é a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil. Por faltarem a certas pessoas alguns requisitos materiais, como maioridade, saúde, desenvolvimento mental etc., a lei, com o intuito de protegê-las malgrado não lhes negue a capacidade de adquirir direitos, sonega-lhes o de se autodeterminarem, de os exercer pessoal e diretamente exigindo sempre a participação de outra pessoa, que os representa ou assiste (GONÇALVES, 2016, p. 96)”.

Orlando Gomes (1999) ainda esclarece que a restrição da capacidade para o exercício de direitos ocorre mediante construções técnicas para possibilitar esse exercício de forma segura. Diante disso, preceitos legais de ordem pública estabelecem exceções à regra geral da capacidade, privando a pessoa em que se presume não haver o discernimento necessário para prática de alguns ou de todos os atos jurídicos.

Importa ressaltar que a capacidade de direito ou de gozo é inerente ao ser humano de modo que o ordenamento jurídico não pode privar o ser humano. Contudo, não se confunde com a legitimação, a qual decorre da impossibilidade de praticar alguns atos jurídicos devido a uma posição especial face a certos bens, pessoas ou interesses (MONTEIRO, 2003).

3.2. Incapacidade no Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916 adotava uma perspectiva bem diferente do que se observa na atualidade no sistema de capacidade civil. Os menores de 16 anos já eram considerados absolutamente incapazes. Todavia, a lei trazia a duvidosa expressão “loucos de todo gênero”, os surdos-mudos que impossibilitados de exprimir sua vontade e os ausentes como categorias de absolutamente incapazes⁶.

Ressalte-se que a Convenção Interamericana de Bogotá em 1948 outorgou os mesmos direitos civis do homem à mulher, o que foi acolhido pelo Brasil, culminando com a exclusão da mulher do rol de incapazes, posteriormente reafirmado pela Constituição Federal de 1988 (MONTEIRO, 2003).

A incapacidade absoluta era disciplinada no diploma legal como óbices decorrentes de critérios do estado individual da pessoa, como a saúde e a idade, bem como por questões de impossibilidade estranhas ao estado da pessoa, tais como na hipótese de ausência e de condenação penal (GOMES, 1999).

Orlando Gomes já defendia que tecnicamente nem o preso nem o ausente eram incapazes. Na verdade, o fato de estarem impossibilitados de exercer os atos da vida civil, um porque desapareceu, sendo necessário nomear um curador para gerir seu patrimônio e o outro por estar recluso, impedido, portanto, de executar tais atos (GOMES, 1999).

Washington de Barros Monteiro assevera que o ausente é aquele que se retirou do domicílio sem deixar representante e que o Código de 1916 tutelava essa pessoa através de medidas

⁶ Art. 5.º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – Os menores de dezesseis anos.

II – Os loucos de todo o gênero.

III – Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.

IV – Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

acautelatórias que se dividiam nas fases de curadoria do ausente, sucessão provisória e permanente. Sustenta que, embora as fases tenham sido mantidas no Código Civil de 2002, trata-se de mera proteção ao patrimônio, pois o ausente não é incapaz, apenas está em local desconhecido, podendo retornar a qualquer momento e reassumir sua posição jurídica pretérita (MONTEIRO, 2003).

Quanto às pessoas com deficiências mentais, o autor refere que, uma vez privadas da razão, não poderiam exercer os seus direitos por si mesmos, sendo irrelevante a natureza do processo patológico: “toda alteração grave das faculdades mentais determina a incapacidade” (GOMES, 1999, p. 173). Já aqueles que possuem deficiência de sentido não têm uma incapacidade presumida, somente quando não puderem exprimir sua vontade é que se enquadraram como absolutamente incapazes, à luz do Código Civil de 1916 (GOMES, 1999).

Já se defendia à época a inclusão de pessoas com vícios no rol de absolutamente incapacitados. Orlando Gomes (1999) assevera que os toxicômanos e ébrios contumazes podem ir à ruína financeira, além de ter graves alterações da saúde mental devido ao abuso de substâncias alcoólicas e psicotrópicas.

Observa-se, como isso, que no Código Civil anterior os ébrios e os viciados em tóxicos não estavam inseridos como incapazes, o que apenas ocorreu com o Código de 2002 e diferentemente do quanto defendido por Orlando Gomes, foram considerados relativamente incapazes.

O rol de incapacidade relativa do Código de 1916 é igualmente diferente do que vigora hoje no Direito Civil. Observa-se o critério da idade estendido até os 21 anos, maioridade civil da época, os pródigos e silvícolas⁷.

O critério etário para ser enquadrado como relativamente incapaz pressupõe uma semicapacidade, em que o menor encontra-se em um estado de transição e pode exercer alguns

⁷ Art. 6.º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. I), ou à maneira de os exercer:

I – Os maiores de dezesseis e os menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).

II – Os pródigos.

III – Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à civilização do país.

atos sob vigilância. Nesse caso, o representante legal pode conceder a capacidade ao menor através da emancipação ou do casamento (GOMES, 1999).

Os pródigos já estavam inseridos no rol de relativamente incapazes, não absolutamente, vez que não seria exatamente uma doença, mas uma fraqueza, merecendo assistência para a prática de atos e evitando a ruína patrimonial. Assevera Orlando Gomes que a liberdade individual não pode prevalecer sobre a possibilidade de dissipação do patrimônio, em que pese outros códigos terem banido tal causa de incapacidade (GOMES, 1999).

Nesse sentido, destaca-se que pródigo é “aquele que desordenadamente dissipa seus haveres, reduzindo-se à miséria” (MONTEIRO, 2003, p. 72). Frise-se que no caso do pródigo, a interdição apenas atinge atos negociais, tais como alienar, emprestar, hipotecar, continua apto para casar e trabalhar, por exemplo (MONTEIRO, 2003).

3.3. Incapacidade no Código Civil de 2002

Maurício Requião (2016) defende que as legislações de 1916 e de 2002 muito se aproximaram quanto à regulamentação das incapacidades a partir da restrição da autonomia das pessoas no que tange aos fundamentos, efeitos e, de algum modo, em relação ao rol de incapazes.

A proteção do incapaz foi o argumento utilizado para a limitação através da incapacidade, o que podia ser observado na concepção presente nos manuais em que se utilizava a ideia de vulnerabilidade e assim, digno de especial proteção. Quanto aos efeitos, as legislações também se identificaram ao passo que previam total limitação para os atos da vida civil por parte de absolutamente incapazes e parciais limitações por parte dos relativamente incapazes, o que enseja à luz de ambos os códigos, nulidade absoluta e relativa, respectivamente. Apenas quanto ao rol de incapazes as leis se diferenciam (REQUIÃO, 2016).

O Código Civil de 2002 alterou a idade para se atingir a capacidade plena. Reduziu-se de 21 para 18 anos. A mudança pode ser debatida através de alguns fatores decisivos, tais como a maturidade precoce, o acesso à comunicação devido aos processos de massificação do consumo, além do conhecimento acadêmico de nível superior que não justificava um jovem entre 18 e 21 anos não possuir capacidade plena. Além disso, as esferas penal e eleitoral já consideravam o jovem capaz de votar e de responder por crimes (AGUIAR, 2013).

Assim, quanto aos relativamente incapazes, foi alterado o critério etário para a faixa entre 16 e 18 anos, incluíram-se os ébrios habituais e viciados em tóxico, bem como a pessoa com discernimento reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo, mantendo-se a previsão quanto aos pródigos. Os silvícolas também saíram do rol de relativamente incapazes, alimentando-se a ideia de regulação por legislação especial (VENOSA, 2004).

Os viciados em tóxico e os ébrios habituais possuem em comum o vício em substâncias entorpecentes que diminuem o discernimento do indivíduo. Sendo assim, o uso por um tempo prolongado causa dependência química e compromete a saúde e a sanidade da pessoa, sendo necessário o tratamento adequado (MONTEIRO, 2003).

Quanto aos excepcionais sem o desenvolvimento mental completo, Venosa (2004) entende que a lei quis diferenciar aqueles que nascem com limitações mentais, de outros que adquirem ao longo da vida, sendo esses últimos, os que se enquadram como pessoa com deficiência com discernimento reduzido. Defende Wasington de Barros Monteiro (2003) que é a medicina que definirá o exato grau da incapacidade do indivíduo nesses casos.

Cumprir destacar que mudanças sempre geram debates e pontos de vista distintos. A mesma discussão sobre a desproteção que hoje permeia o estatuto da pessoa com deficiência ocorreu em face do jovem que teria a maioridade civil reduzida quando do advento no atual código civil (AGUIAR, 2013).

Observa-se que a mudança na maioridade decorreu da evolução dos costumes, bem como de questões sociais e econômicas, a exemplo da prática de relações de trabalho, da obtenção da Carteira Nacional de Habilitação, da obrigatoriedade do voto e do próprio desenvolvimento mental e intelectual dos jovens (MONTEIRO, 2003).

A lei atual retirou as expressões “loucos de todo gênero” e “surdos-mudos” do seu rol de incapacidades absolutas, bem como suprimiu a previsão sobre os ausentes, mantendo o menor de 16 anos, incluindo aqueles que por enfermidade ou deficiência não tenham o necessário discernimento e aqueles que não pudessem exprimir sua vontade, mesmo que por causa transitória.

Tais mudanças decorreram de muitas críticas, em especial a substituição da expressão “loucos de todo gênero, que de forma mais respeitosa passou a vigorar através dos termos “enfermidade ou deficiência mental”. Ademais, os surdos-mudos só seriam a partir da nova lei considerados absolutamente incapazes caso não consigam exprimir sua vontade. Quanto aos ausentes, não seria propriamente um caso de incapacidade, mas sim de proteção ao patrimônio e demais interesses do desaparecido, sendo feliz a mudança para tratar da ausência enquanto instituto autônomo entre os artigos 22 e 39 do código civil de 2002 (FARIAS, 2005).

De acordo com Wahington de Barros Monteiro (2003), independentemente da causa da perturbação psíquica, adquirida ou congênita, restando impedida a formação da vontade e o entendimento da pessoa, desde que a situação seja permanente, ocasionará a incapacidade absoluta, o que conduz a uma interdição e nomeação de curador.

O mesmo autor diferencia a hipótese de incapacidade por enfermidade mental daquela em que não há como a pessoa exprimir transitória ou permanentemente a sua vontade, asseverando que nesta há vontade, há a compreensão dos atos, faltando o meio para transmitir. A título de exemplo indica o estado hipnótico, o surto psicótico intenso, a perda da consciência por trauma físico e a pessoa movida pelo álcool que não se enquadre em um ébrio habitual (MONTEIRO, 2003).

Impende ressaltar a complexidade em torno da compreensão da alienação mental, o que vale para o Direito e a própria Medicina. Isso decorre da variedade de distúrbios, os quais englobam pequenas disfunções imperceptíveis ao olhar do leigo e outras mais severas, o que impacta até na escolha de um termo adequado para enquadramento legal (VENOSA, 2004).

Desse modo, Silvio Venosa endossa a crítica à expressão “loucos de todo o gênero” como uma “vetusta expressão” do Código anterior, mas ressalta que o Código de 2002 se utilizou de expressão igualmente genérica ao incluir para tratar dos absolutamente incapazes como aqueles que não possuem “necessário discernimento” e dos relativamente incapazes como aqueles que tenham “o discernimento reduzido”. Por outro lado, o autor elogia a gradação utilizada pelo Código Civil de 2002, que refletiu a jurisprudência em ações de interdição (VENOSA, 2004).

Igualmente, considera Requião (2016) que a decisão da lei de estabelecer uma gradação na incapacidade entre os portadores de transtornos mentais, possibilitando em alguns casos a saída

da esfera da absoluta incapacidade, como no caso dos excepcionais e de pessoas com discernimento reduzido, é digno de destaque, uma vez que foi uma alteração que enalteceu a autonomia.

Nelson Rosenvald (2013) compartilha do entendimento de que o Código Civil de 2002 manteve um sistema reducionista na teoria das incapacidades, que mesmo com as alterações terminológicas, não foi capaz de alterar a essência do discurso excludente. Assevera o autor a capacidade como um direito fundamental, que permite dignidade e liberdade à pessoa, sendo inaceitável o decreto da incapacidade, salvo em situações extraordinárias e justificadas na proteção daquele que possui transtornos mentais permanentes. Critica o atual código civil, considerando que ficou aquém da Lei 10.216/2001, que trouxe avanços na questão de assistência à saúde através de uma política antimanicomial.

A partir da análise dos dois diplomas cíveis, é possível observar uma grande semelhança ideológica com poucas evoluções, não havendo, mesmo no lapso temporal de quase cem anos, uma quebra de paradigma quanto ao tratamento da pessoa com deficiência mental, o que apenas está ocorrendo com entrada em vigor da Lei 13.146/2015.

3.4. Sistema atual da capacidade civil após o estatuto da pessoa com deficiência

A partir da vigência do estatuto da pessoa com deficiência, algumas mudanças ocorreram no Código Civil de 2002, alguns dispositivos foram revogados, restando como absolutamente incapaz apenas o menor de 16 anos.

No que tange aos relativamente incapazes, foram mantidos os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e viciados em tóxico, aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade e os pródigos.

De logo, observa-se que os dispositivos que traziam as pessoas com deficiências mentais como incapazes foram revogados, bem como os excepcionais sem desenvolvimento completo, restando apenas a previsão quanto àqueles com impossibilidade de exprimir a vontade, agora considerados relativamente incapazes⁸.

⁸ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

A partir da mudança operada no sistema da capacidade civil promovida pelo estatuto da pessoa com deficiência, esse sujeito não é mais incapaz, sendo identificado como pessoa plenamente capaz, de acordo com o artigo sexto da supracitada lei.

Paulo Lobo (2015) ressalta que, na verdade, desde que o Brasil integrou a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência no sistema constitucional, a partir de 2009, a capacidade das pessoas com deficiência foi reconhecida desde então, cabendo à Lei 13.146/2015 apenas a explicitar a derrogação operada em face do sistema de capacidade do código civil.

Se, por um lado, a nova lei ressaltou a capacidade plena das pessoas com deficiência, por outro, discute-se se haveria uma brecha, chamada por Pablo Stolze Gagliano (2016) em artigo sobre o tema de “brecha autofágica”, devido à possibilidade de enquadrar essas pessoas como relativamente incapazes no caso de impossibilidade de manifestarem suas vontades.

O autor critica essa possibilidade, considerando-a inconstitucional por ferir a Convenção de Nova York que preceitua a plena capacidade, sem exceção e o próprio espírito do estatuto, defendendo uma hermenêutica restrita aos outros casos de impossibilidade de manifestação de vontade, a exemplo de um estado de coma, diversos da situação da pessoa com deficiência, a quem a lei promoveu plena capacidade (GAGLIANO, 2016). Considera que a impossibilidade absoluta de manifestação da vontade não foi bem situada junto aos relativamente incapazes, pois sempre foi interpretada e aplicada às situações em que a pessoa está totalmente impossibilitada, sendo hipótese de absoluta incapacidade para a prática de atos da vida civil.

Com isso, entende o autor que o estatuto alterou o código civil, mas permitiu uma brecha que contradiz o próprio espírito da lei diante da promoção da plena capacidade à pessoa com deficiência: “uma brecha inconstitucional e autofágica, pois, além de ferir mortalmente a

I – (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II – (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III – (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

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

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

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

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

IV – os pródigos.

Convenção de Nova York, teria o condão de dismantelar a pedra fundamental do próprio Estatuto, que, com isso, destruiria a si mesmo” (GAGLIANO, 2016, ON LINE).

No que tange à inclusão da pessoa com deficiência no rol de relativamente incapazes, defende-se que isso somente será possível de forma excepcional. Primeiramente, é notório o “arranjo” doutrinário nesse sentido, já que o dispositivo tradicionalmente se aplicava aos casos de extrema impossibilidade, tais como estado vegetativo ou de coma. Desse modo, se foi a maneira de se ter um espaço para incapacidade, ainda que relativa, quanto à pessoa com deficiência, que essa apenas se concretize em casos extraordinários de ausência de discernimento que inviabilize a manifestação de vontade, o que pode de fato ocorrer em algumas doenças mentais mais graves.

Em outro artigo sobre o tema, Kumpel e Borgarelli (2015) tecem severas críticas à mudança da capacidade de fato. Partem das noções de cognoscibilidade, autodeterminação e discernimento como eixo do sistema de capacidade civil, asseverando que aqueles que não possuem esses atributos precisam ser protegidos, inclusive de si mesmos. Seguem afirmando que a pretendida inclusão social pela lei gera desproteção e abandono. Nas palavras dos autores:

De fato, ela os inclui, jogando-os no grupo dos capazes, isto é, daqueles que não recebem a proteção consubstanciada no sistema das incapacidades. Os inclui para desprotegê-los e abandoná-los a sua própria sorte. Quem se importa se com isso a pessoa com deficiência – acometida pelos males que expusemos – sofrerá? O importante mesmo é fazer uma lei que, formalmente, proclame a igualdade e despeje uma saraivada de princípios desprovidos de significado[...]Porém, infelizmente, a lei 13. 146/2015, ao mutilar os artigos 3º e 4º do Código, desguarnece justamente aquele que não tem nenhum poder de autodeterminação. Trata-se de "autofagia legislativa" [...]Parece incrível o dispositivo legal. Aterrorizante, na verdade. O seu pretenso alvo de proteção é, ao mesmo tempo, sua maior vítima! (KUMPEL E BORGARELLI, 2015, ON LINE).

Os autores comparam ainda um jovem de 15 anos com as pessoas em coma, que foram alçadas por força do novo artigo 4º, inciso III, à condição de relativamente capazes, asseverando que uma pessoa em coma possui maior poder de autodeterminação e maior livre arbítrio do que um jovem de 15 anos, o mesmo ocorrendo no caso dos deficientes mentais que foram promovidos à condição de capazes (KUMPEL E BORGARELLI, 2015).

Atalá Correia (2015) reconhece como elogiosa a iniciativa legal, mas aduz que isso não muda a realidade biológica dos fatos. Antes da mudança da lei, muitas pessoas eram declaradas por peritos judiciais como absolutamente incapazes já que no sentido biológico não conseguem

compreender a realidade nem manifestar a vontade. Como exemplo traz a realidade das demências senis, cada vez mais comuns com o envelhecimento da população, entre tantas outras deficiências. Não se pode afirmar, ainda, que a pessoa que se tornou deficiente por moléstia incurável e que não consegue realizar atividades básicas como a escrita do nome, após a vigência da lei, conseguirá manifestar sua vontade.

Pablo Stolze Gagliano (2016) em outro artigo, *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Sistema Jurídico Brasileiro de Incapacidade Civil*, assevera que a intenção do estatuto, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, foi impor que a pessoa com deficiência não mais fosse “rotulada” como incapaz. Com isso, através de uma perspectiva constitucional isonômica, passa a ser dotada de plena capacidade legal, ainda que surja a necessidade de se adotar institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e a curatela, em caráter excepcional, para a prática de atos na vida civil.

Maurício Requião (2016) propõe uma interessante reflexão sobre a quem a incapacidade visa proteger. Embora muito se afirme que o objetivo do sistema de incapacidade é proteger o incapaz já que a ausência de discernimento pode gerar danos se vier a realizar atos jurídicos sem o auxílio de terceiro, na verdade, é notória a preocupação com familiares e interesses diversos da sociedade. Assevera que a autonomia é, no mínimo, parcialmente perdida quando se limita a capacidade, o que restringe a liberdade, direito fundamental. Isso é tolerado socialmente ao argumento de que é a única alternativa viável, tendo em vista que a outra solução seria tratar cada caso prático individualmente, de acordo com eventual prejuízo daquele que se busca proteger, o considerado incapaz, o que esbarra na segurança jurídica.

De logo, destaque-se que a ideia de tratar a questão sobre a validade dos atos realizados pela pessoa com deficiência mental ou intelectual de acordo com o caso concreto merece ser considerada, em especial, após as mudanças trazidas pelo estatuto, o que será debatido oportunamente.

Pelo exposto, pode-se afirmar que a mudança da capacidade civil prevista na Convenção e regulamentada pela Lei 13.146/2015 tem despertado calorosos debates na doutrina e, de fato, representa, ao menos no plano ideal, uma mudança de valores e de padrões a serem incorporados pela sociedade. O grande desafio, contudo, é analisar se, em termos práticos, essa possibilidade de exercer pessoalmente determinados atos do cotidiano, além de promover

inclusão e igualdade de oportunidade, não acaba por desproteger essas pessoas em alguns momentos, o que será discutido oportunamente.

3.5. Sistema de curatela

De acordo com Maria Berenice Dias (2013, p.652), a curatela é “instituto protetivo dos maiores de idade, mas incapazes, isto é, sem condições de zelar por seus próprios interesses, reger sua vida e administrar seu patrimônio”.

Orlando Gomes (1999) distingue a curatela da tutela, ressaltando que a primeira é um instituto autônomo dirigido aos maiores, necessita de intervenção judicial, pode consistir apenas em um poder de administrar o patrimônio, sendo, no geral, poderes do curador mais limitados que aqueles concedidos na tutela.

Nelson Rosenvald diferencia a curatela da interdição, afirmando que aquela pode ser definida como “encargo deferido a alguém para reger a pessoa e administrar os bens de outrem, que não pode fazê-lo por si mesmo em razão de um modo de ser, ou seja, um déficit cognitivo (deficiência) ou um modo de estar calcado em um processo patológico (enfermidade)”. Quanto à interdição, considera como “via processual de jurisdição voluntária para a obtenção da declaração judicial de incapacidade da pessoa sujeita à curatela” (ROSENVALD, 2013, p. 147).

O direito brasileiro estabelece a necessidade de reconhecimento judicial das incapacidades baseadas no critério subjetivo ou psicológico. Nisso consiste a curatela de interditos ou ação de interdição, uma ação específica com procedimento voluntário que visa determinar a graduação da incapacidade jurídica da pessoa, nomeando um curador para zelar pelos seus interesses, o qual deverá atuar somente nas situações em que o incapacitado não consiga se autodeterminar (FARIAS E ROSENVALD, 2014).

Destaca Maurício Requião (2016) que a fixação da curatela possui dupla importância, inicialmente, pela imposição de limites à autonomia da pessoa com deficiência e ainda porque a partir daí nomeia-se também o curador, pessoa de importante presença na vida do curatelado.

Perliguieri (1999) destaca que não se deve aceitar a interpretação reducionista em relação à aplicação da curatela apenas em relação à administração dos bens. Critica ainda que essa

assistência não deve se ater a um controle preventivo de atos de extraordinária administração. Considera que há diferentes enfermidades mentais e que mesmo aquelas menos graves podem gerar no incapacitado a necessidade de auxílio no âmbito extrapatrimonial, sendo a curatela o instrumento disponível para isso. Ou seja, para o autor, a diversidade de efeitos da doença deve ser considerada, de modo que a curatela não deve ser tratada como um instituto intangível, devendo atender as diferentes carências dos incapacitados, sob pena de configurar uma “morte civil”.

Destaca o autor que as escolhas de vida que a pessoa com deficiência é capaz de fazer devem ser valorizadas, desde que concretamente seja capaz de exprimir ou tenha considerável propensão. Defende que não se pode estabelecer um padrão de limitações, vedações e exclusões diante de casos com grau e qualidade de déficit psíquico variáveis. Isso seria desproporcional e ofenderia o pleno desenvolvimento do indivíduo (PERLINGIERI, 1999).

No mesmo sentido, em um artigo sobre deficiência psíquica e curatela, observa Ana Carolina Teixeira:

A curatela deve ser, em sua gênese, um instituto de proteção ao incapaz, repita-se, àquele que não tem condições de cuidar de si, principalmente, e de seu patrimônio. Por isso, é nomeado alguém que o auxilie neste intento. Ocorre que, em todas as situações, a proteção deve ocorrer na exata medida da ausência de discernimento, para que não haja supressão da autonomia, dos espaços de liberdade (TEIXEIRA, 2009, p. 5).

Sublinhe-se, ademais, que a decisão judicial de interdição alcança valores constitucionalmente tutelados em favor da pessoa, a exemplo da liberdade e a intimidade. Sendo assim, acredita-se não ser possível considerar para a interdição a pura e simples ocorrência da patologia psíquica. Deve-se observar que a medida judicial atinge garantias e direitos fundamentais e, reflexamente, a cidadania do interditado. Por isso, a concepção de que a interdição sempre precisa estar baseada na proteção da dignidade do interditado e jamais de terceiros, ainda que parentes (FARIAS E ROSENVALD, 2014).

Observa-se que o sistema de curatela já sofria críticas severas por parte da doutrina. Admitir uma realidade em que o representante legal possui poderes decisórios sobre a vida de outra pessoa é uma afronta aos Direitos Humanos. A pessoa com deficiência mental possui aspectos outros atinentes a sua personalidade, que não se esgotam apenas na questão da integridade

psíquica. Com isso, é criticável ainda os intervalos de lucidez que acompanham o cotidiano dessas pessoas, os quais são cada vez mais comuns com o desenvolvimento da farmacologia, mas estranhamente ignorados pelo ordenamento jurídico (ROSEVALD, 2013).

O instituto da curatela é naturalmente complexo, já que divide uma necessidade de se proteger uma pessoa sem discernimento para muitos atos em sociedade, mas acaba por instituir uma capacidade decisória a um terceiro, que não se sabe até que ponto privilegia o interesse daquele considerado como incapaz. Ademais, sabe-se que a proteção ao patrimônio sempre foi aspecto prioritário no Direito Civil, o que certamente esteve à frente ao longo da história do que o próprio interesse do incapaz. Por isso, mudanças na curatela foram instituídas a partir do EPD com o objetivo de efetivamente atender ao interesse da pessoa com deficiência, promovendo sua autonomia, o que mexe com toda uma estrutura e ideologia em torno do sistema de incapacidade até então vigente.

3.5.1. A curatela após o estatuto da pessoa com deficiência

Após a lei 13.146/2015 muitas alterações surgiram no instituto da curatela. No código civil, dispositivos foram revogados de modo que estarão sujeitos à curatela, de acordo com o artigo 1.767: aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, os ébrios habituais e os viciados em tóxico e os pródigos. Em paralelo, a lei 13.146/2015 prevê no artigo 84, parágrafo primeiro que quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, sendo facultado o instituto da tomada de decisão apoiada.

De logo, surge o questionamento se a pessoa com deficiência deve se sujeitar ao regime de curatela, se o código civil apenas trata da curatela em face de ébrios, viciados em tóxico e dos que não podem exprimir a vontade. A princípio, poder-se-ia concluir que para se sujeitar a curatela, a pessoa com deficiência mental deveria estar inserida na hipótese de impossibilidade de manifestar a vontade. Contudo, a lei 13.146/2015 afirma a possibilidade da curatela à pessoa com deficiência sem essa ressalva em relação à manifestação da vontade. Com isso, a doutrina tem divergido sobre o alcance da curatela da pessoa com deficiência.

Sustenta Requião (2016) que a nova curatela volta-se não mais exclusivamente aos incapazes, já que a pessoa com deficiência deixou de ser incapaz, mas aos sujeitos que possuam qualquer limitação, com a finalidade de promover-lhes a autonomia.

Em outra perspectiva, observa-se que há quem sustente que a curatela apenas poderá ser concedida às pessoas com deficiência, incapacitados de expor a vontade, ou seja, em relação àqueles que poderão se enquadrar como relativamente incapazes. Quando houver a plena capacidade e algum tipo de deficiência que não impossibilite essa manifestação de vontade, o caminho não seria o da curatela, mas o da tomada de decisão apoiada (FARIAS, CUNHA e PINTO, 2016). Nesse sentido:

De fato, quando a pessoa com deficiência possui limitações no exercício do autogoverno, mas preserva, ainda que precariamente, a aptidão para expressar as suas vontades e de se fazer compreender, o caminho não pode ser a incapacidade relativa, com a conseqüente curatela. Mostra-se, sem dúvidas, justificável a concessão de alguma proteção, mas não o enquadramento em um dos modelos jurídicos de incapacidade. São pessoas capazes, reclamando, porém, uma proteção do sistema jurídico (FARIAS, CUNHA e PINTO, 2016, p. 335).

Rogério Alvarez de Oliveira (2016) em artigo sobre o tema defende que a perspectiva da nova lei evitou termos como “interdição” e “incapacidade”, preferindo o termo “curatela” como forma de suprir eventual ausência de incapacidade intelectual. Refere a uma mudança de paradigma através da inclusão da pessoa com deficiência nos atos do cotidiano, em que a curatela apenas deverá ser utilizada excepcionalmente. Defende a utilização da tomada de decisão apoiada para os casos de transtorno mental em que a pessoa conserva a sua capacidade intelectual.

Nesse ponto, defende-se que a curatela possa ser utilizada pelos capazes, como aponta Maurício Requião e não somente para os casos graves de ausência de manifestação de vontade. Isso não quer dizer que a curatela deva ser frequente, mas apenas quando refletir um processo dignificante, promotor de autonomia à medida que seja capaz de assegurar à pessoa com deficiência mental um verdadeiro amparo na tratativa de questões negociais, cabendo às outras questões, o instituto da tomada decisão apoiada, que será tratado adiante.

Em sentido próximo, interessante opinião é trazida por Antonio Lago Jr. e Amanda Barbosa (2016), que acreditam estar autorizada a curatela de pessoas capazes, o que é uma afirmação contraditória, já que se considera como capaz aquele que não precisa de ajuda para a prática de atos da vida civil. Concluem que de fato a deficiência não pode estar necessariamente atrelada à incapacidade, já que existem vários tipos e graus de deficiência e mesmo em um grupo de determinada deficiência, esta se manifestará de modo diverso em cada caso. Com isso, propõem

que a análise deve ser pessoal e casuística para alcançar o estado de capacidade em cada situação específica, complexidade que foi ignorada pelo CC/02.

Importa esclarecer quanto à curatela que o Novo Código de Processo Civil revogou alguns dispositivos do Código Civil (arts. 1.768 a 1.773). O diploma processual teve sua vigência a partir de março de 2016, ou seja, após a vigência do Estatuto, que é de janeiro de 2016. Como o EPD alterou esses dispositivos e logo depois o NCPC os revogou, considerando a perspectiva formal e temporal quanto à data da vigência, tal fato ensejou diversos debates doutrinários. Contudo, deve-se ressaltar que o NCPC foi publicado sem a intenção de revogar normas alteradas pelo EPD, mas sim os artigos do Código Civil anteriores a essa modificação, já que o EPD foi editado posteriormente à publicação do NCPC.

Tal cenário despertou opiniões doutrinárias divergentes. Para Freddie Diddier (2015) há uma sintonia de propósitos entre as leis de modo que devem ser interpretadas para dar coerência ao sistema, conciliando as leis no plano intertemporal. Maurício Requião (2016) defende que o NCPC de fato revogou as alterações realizadas pelo EPD e, apesar dos avanços notórios no sistema processual, manteve a nomenclatura da interdição, que foi abolida no EPD por uma questão de romper com o estigma em torno desse termo, o que é criticável.

Daneluzzi e Mathias (2016) defendem que as mudanças operadas pelo EPD devem repercutir no NCPC (arts. 747/759), uma vez que as normas processuais se complementam, ensejando uma aproximação principiológica de diálogo das fontes. Ademais, não se deve ignorar o novo paradigma do Estatuto, calcado na igualdade e não discriminação.

Deve-se destacar também importante mudança quanto à legitimidade para promover a ação interdição. Antes do estatuto, estavam legitimados os genitores, o cônjuge, os parentes e o Ministério Público. Agora, resta prevista a possibilidade de iniciativa pela própria pessoa, chamada pela doutrina de autocuratela. Em que pese a revogação do artigo 1.768 pelo Novo Código de Processo Civil, parte da doutrina defende essa possibilidade, em que a própria pessoa pode ingressar com o pedido de curatela. Freddie Diddier (2015) propõe que o artigo 747 do NCPC deve ser interpretado como se tivesse um novo inciso, autorizador da interdição pelo próprio interditado, pois quando houve a revogação no Código Civil, não havia a previsão da autocuratela na redação do artigo 1.768. Já Maurício Requião (2016) defende a inserção de

novo inciso no artigo 747 do NCPC que autorize a autocuratela, considerando que o artigo introduzido pelo EPD teve curto tempo de vida após a revogação operada pelo NCPC.

Acredita-se que a questão deve ser proposta sobre a essência do EPD e da própria revogação operada pelo NCPC, que por desatenção legislativa não teve a intenção de extirpar as alterações realizadas pelo EPD, posto que incidia sobre a antiga redação dos artigos, como já explicado anteriormente. Ademais, a essência do EPD não pode ser afastada do Código Civil e do próprio NCPC, de modo que os dispositivos que tratam da curatela devem ser interpretados sobre os parâmetros de melhor interesse da pessoa com deficiência. Com isso, defende-se que o termo interdição deve ser evitado, bem como que a possibilidade de autocuratela é plenamente possível no atual sistema.

Antes mesmo da entrada em vigor do estatuto, civilistas já teciam críticas ao sistema de curatela da pessoa com deficiência mental.

Também é de relevo lembrar que o direito à igualdade substancial e à não discriminação, assegurados constitucionalmente, ganham cores, tons e matizes bastante nítidos quando se trata de pessoa com transtorno mental. Ao contrário do que sugere o Código Civil (que, em visão simplista, permite a retirada da plena capacidade de alguém pelo simples fato de ter uma conformação mental diferenciada), o direito constitucional à igualdade traz a reboque o direito à singularidade, que não é outra coisa, senão o direito de ser diferente (FARIAS E ROSENVALD, 2014, p. 318).

Com o advento da nova lei, caberá à pessoa com deficiência se submeter à curatela de acordo com seus próprios interesses e não de seus familiares. Essa perspectiva substitui a interdição total anterior e é proporcional às particularidades de cada caso, devendo durar o mínimo possível, conforme preceitua o artigo 84 da lei. Essa medida possui natureza de medida protetiva e não de impedimento ao exercício de direitos, o que apenas deve interferir nos negócios jurídicos patrimoniais. Não há, portanto, restrição aos direitos de família, trabalho, eleitoral, obtenção de documentos oficiais (LÔBO, 2015).

É possível observar a autonomia para a prática de atos existenciais através das disposições do artigo 6º do estatuto que ressalta o direito da pessoa com deficiência exercer atos como casamento, direitos sexuais, fertilidade, direito à guarda e adoção, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Com isso, defende-se o caráter de excepcionalidade da curatela, sendo imposto ao juiz a obrigatoriedade de constar na sentença as causas e fundamentos para a curatela específica e o tempo que durará (LÔBO, 2015).

Importa ainda discutir as curatelas concedidas anteriormente à mudança legal. Uma vez que ocorria a mudança no estado da pessoa após a sentença que declarava a curatela, diversos eram os casos de incapacidade absoluta ou relativa. Como conciliar esse cenário com o atual reconhecimento da capacidade no ordenamento, qual será, enfim, o status jurídico das pessoas que foram interditadas anteriormente à Lei 13.146/2015?

De acordo com José Simão (2015) as pessoas que foram interditadas antes da lei se tornam capazes já que é uma lei sobre o estado da pessoa, sendo desnecessário levantar a interdição devido a sua eficácia imediata.

Pablo Stolze (2016), por seu turno, conclui que as curatelas em curso devem seguir o procedimento judicial, sendo finalizadas de acordo com a nova, observando-se as novas diretrizes e os limites na atuação do curador. Quanto às curatelas que foram finalizadas antes da vigência lei, entende que também devem ser interpretadas em conformidade com os novos paradigmas, ou seja, no caso da pessoa com deficiência terá aplicabilidade apenas aos aspectos patrimoniais. Defende que ofenderia a segurança jurídica e social tornar inválidos e ineficazes os termos de curatela concedidos antes da lei.

A partir dessas considerações, defende-se que não é possível conciliar termos de curatela que atestam incapacidade civil com o sistema vigente. Desse modo, as pessoas com deficiência, ainda que se observe sentença de interdição anterior, são capazes a partir da vigência do estatuto e o ideal seria a revisão desses termos de curatela com a atualização de seu conteúdo, tornando-os compatíveis com as mudanças ocorridas. Claro que se observam obstáculos de cunho prático contra essa questão, tais como a alta demanda judiciária e os custos processuais, reconhecendo-se, por isso, a inviabilidade dessa revisão, mas sendo imperiosa uma interpretação mais restrita dos termos de curatela anteriores.

Do exposto, conclui-se que o sistema de curatela foi modificado através de uma proposta humanizada e de dignidade da pessoa com deficiência, devendo ser utilizada como forma de inserir esse sujeito nas situações restritas em que não conseguir se autodeterminar sozinho.

3.5.2. Curatela compartilhada

A possibilidade de mais de um responsável se tornar curador já era defendida pela doutrina (DIAS, 2013) antes mesmo de a lei 13.146/2015 incluir essa possibilidade de forma expressa no artigo 1775-A do Código Civil: “na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa”.

Já defendia Maria Berenice Dias (2013), antes da alteração da lei, que dois parentes podem exercer a curatela, sejam eles os genitores, avós, casados, conviventes ou homoafetivos. Ressalta que a rigidez das normas não deve prevalecer sobre a possibilidade de critérios de interpretação novos que são capazes de garantir os direitos fundamentais.

Na prática, antes da publicação da nova lei, já era possível observar a divisão das responsabilidades e trabalhos em face da pessoa interditada. Os novos contornos assumidos pela curatela se inserem na evolução do pensamento psiquiátrico através de um processo de inclusão e cidadania. A interdição, considerada como “morte civil” retira a cidadania do sujeito interditado, o qual sofre com estigma de ser um excluído da sociedade. Diante disso, na Psiquiatria, fala-se em “portadores de sofrimento psíquico”, uma tentativa de suavizar o preconceito (PEREIRA, 2015).

No mesmo sentido, em entrevista concedida ao IBDFAM, Nelson Rosenvald (2015) destaca que a concessão da curatela a apenas um dos genitores pode representar um corte na relação da pessoa com aquele que não é o curador, sendo mais indicado que a curatela seja compartilhada, o que protege o direito fundamental do curatelado à convivência com ambos os pais.

Independentemente de haver por parte dos curadores uma relação estabelecida, com contornos familiares desejáveis, a possibilidade de se compartilhar a curatela muito se aproxima, ao menos pelo seu fundamento, da guarda compartilhada. Claro que nessa última há um necessário rompimento de um relacionamento, duradouro ou não, e a decorrente necessidade de se cuidar de um menor com a presença de ambos os genitores. Farias (2013) esclarece que a guarda compartilhada não traduz uma convivência alternada entre os pais de acordo com dias da semana, mas sim a participação de ambos os pais sobre as decisões relacionadas ao menor, buscando o seu bem-estar, no exercício do que chama de “autoridade parental conjunta”.

Fabíola Albuquerque (2004) ao abordar o poder familiar nas famílias recompostas já defendia a guarda compartilhada como forma de concretização da dignidade da pessoa humana, realização pessoal dos cônjuges e melhor interesse do filho. Aduz que com a separação dos pais ocorre a fragmentação do poder familiar através da guarda unilateral, o que não consegue preservar a noção de unidade familiar.

Tal concepção pode ser trazida para a curatela compartilhada, que deve estar amparada no melhor interesse do curatelado e na preservação da sua dignidade. Na curatela compartilhada poderá ocorrer de os curadores serem casados, residindo ambos com o curatelado. Poderá ocorrer, em semelhança com a guarda compartilhada, a hipótese de serem divorciadas, ou ainda poderá recair sobre outros parentes, tais como tios, diante da impossibilidade dos pais assumirem essa função. Em cada caso, caberá ao julgador analisar as circunstâncias especiais, as limitações da pessoa com deficiência, suas necessidades, para estabelecer as nuances para esse compartilhamento, o que deverá incidir sobre questões de domicílio e divisão de tarefas no acompanhamento do curatelado.

Frise-se que na curatela compartilhada, todos os co-curadores devem preencher os requisitos legais, vez que todos assumem responsabilidades nas esferas processual, criminal e cível pelo múnus público que lhes foram confiados (FARIAS, CUNHA e PINTO, 2016).

Defende-se que o instituto da curatela compartilhada parece muito benéfico e vai ao encontro das atuais tendências já observadas na guarda compartilhada, em especial, pela possibilidade de permitir uma participação de dois curadores na execução desse múnus, com auxílio e participação efetiva em conjunto na vida do curatelado. Claro que existirão casos com maior dificuldade de se ter duas pessoas em condições de serem nomeadas curadores, o que deve ser analisado com muita cautela e sensibilidade por parte do julgador.

3.5.3 A tomada de decisão apoiada

O estatuto da pessoa com deficiência incorporou um novo instituto ao código civil, a tomada de decisão apoiada. Com essa medida de apoio, a pessoa com deficiência tem a opção de escolher as pessoas de sua confiança para que possa exercer sua capacidade civil com o auxílio desses apoiadores.

De acordo com Nelson Rosenvald (2015), a tomada de decisão apoiada muito se diferencia da tutela e da curatela. Trata-se de um instituto mais flexível, em que a pessoa preserva a plena capacidade civil, sendo auxiliada apenas em alguns atos. Enquanto que a curatela esteve tradicionalmente relacionada à tutela do patrimônio da família e da segurança na sociedade, a Tomada de decisão apoiada (TDA) favorece a capacidade de agir e a autonomia do sujeito, libertando-o do estigma da interdição.

Ressalte-se que o instituto foi inserido em outras codificações, tais como o código civil italiano, em que se observa a figura do “administrador de apoio” e o recente novo código argentino, além de constar no decreto 6949/2009 que promulga na Convenção da ONU sobre as pessoas com deficiência⁹ (ROSENVALD, 2015).

Schreiber (2016) destaca a experiência italiana como uma resposta aos institutos tradicionais da “interdizione giudiziale e da inabilitazione”, em que se busca aparentemente a substituição pelo “amministrazione di sostegno”. O administrador de apoio previsto na legislação italiana, introduzido pela Lei n° 6 de janeiro de 2004, foi anterior à própria Convenção da ONU sobre a matéria, datada de 2006. Trata-se de uma nova perspectiva de proteção que, embora tenha sido inserida próxima dos outros institutos tradicionais já mencionados, se preocupa com as características particulares de cada pessoa.

Com a perspectiva do apoio, a pessoa com deficiência preserva a capacidade de se autodeterminar sem o estigma da curatela, medida mais agressiva. Ademais, a curatela é tradicionalmente associada a questões patrimoniais, além de atender muito mais o interesse da sociedade ao isolar o incapaz e da família ao preocupar-se com o patrimônio, enquanto que a tomada de decisão apoiada seria um “remédio personalizado” capaz de atender questões existenciais da pessoa. Desse modo, esse instituto promove a autonomia e protege a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, já que não interfere nas suas aspirações (ROSENVALD, 2015).

No código civil de 2002, a medida está prevista no artigo 1.783-A, em que se prevê a escolha de, ao menos dois apoiadores, para auxiliar a pessoa com deficiência através da um

⁹ Artigo 12.3 do decreto 6949/2009: Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

requerimento judicial em que constarão os limites e o prazo da medida ¹⁰. Desse modo, Nelson Rosenvald (2015) defende a possibilidade de a pessoa exercer sua capacidade em igualdade de condições com outras pessoas através da tomada de decisão apoiada, restando a curatela para pessoas com deficiência qualificada que não conseguem se autodeterminar.

Schreiber (2016) critica a tomada de decisão apoiada, sustentando que o estatuto previu no artigo 84, § 3º a curatela proporcional para circunstâncias especiais de cada caso de modo que parte da doutrina já defende que este instrumento terá cabimento com a manutenção da plena capacidade. Com isso, questiona a utilidade da tomada de decisão apoiada, que se daria somente através da previsão de um procedimento simplificado, o que não foi contemplado no estatuto, pois, além de prever a necessidade de um processo judicial, exige a presença do Ministério Público e a assistência de uma equipe multidisciplinar, culminando em um processo demorado e burocrático.

Não obstante às críticas realizadas pelo autor, acredita-se que a intenção do Estatuto é reduzir a curatela a questões de extrema necessidade e de ordem patrimonial, de modo que a previsão de uma curatela proporcional ocorre apenas para reforçar a necessidade de se atender razoavelmente aos aspectos de extrema necessidade. Com isso, reserva-se à tomada de decisão apoiada tantas outras questões de ordem existencial e até mesmo patrimonial, em que o sujeito sinta a necessidade de ser auxiliado e precise desse suporte sem que tenha sua capacidade de autodeterminação ceifada por uma curatela.

A exigência de participação do Ministério Público merece críticas, de acordo com Anderson Schreiber (2016), pois reflete uma contradição na própria concepção do estatuto que tornou capaz a pessoa com deficiência, mas acabou por reproduzir uma forma preconceituosa de tratamento ao exigir a presença do Ministério Público. Defende o autor que o procedimento judicial da tomada de decisão apoiada corre o risco de tornar o instituto desinteressante, já que no Brasil os processos judiciais não são céleres e as pessoas carentes de recurso enfrentam

¹⁰ **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) (Vigência)

§ 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) (Vigência) (...)

dificuldades para ter acesso à justiça, podendo a pessoa com deficiência, como pessoa capaz, optar por instrumentos diversos, tais como o mandato.

Quanto à exigência da escolha de duas pessoas por parte do estatuto, igualmente merece críticas. Frise-se que a ideia de repelir abusos ao se dividir o apoio entre duas pessoas muito pouco pode ser eficaz, trazendo mais transtornos à pessoa com deficiência que precisará ter duas pessoas de sua confiança para poder utilizar a tomada de decisão apoiada. Ademais, os apoiadores poderão eventualmente não serem pessoas com afinidade mútua, embora próximos do apoiado, podem estar desconfortáveis em ter que compartilhar a função de apoiador. Função essa que a lei desestimula ao estabelecer um sistema aberto de responsabilidade civil aos apoiadores no artigo 1.783 –A, § 7^o¹¹ (SHREIBER, 2016).

A legitimidade para requerer a medida é da própria pessoa com deficiência, conforme o parágrafo segundo do artigo 1.783 – A. Após, a escolha apresentada ao juiz, este irá se manifestar, ouvindo o Ministério Público, a equipe multidisciplinar e os apoiadores e apoiado. De acordo com Rosenvald (2015), em que pese a escolha ser do apoiado, o juiz poderá não concordar com a opção da pessoa com deficiência, designando outras pessoas em substituição. Poderá ainda alterar os limites da tomada de decisão apoiada, estabelecendo restrições aos apoiadores com o objetivo de proteger os interesses do apoiado.

A tomada de decisão apoiada reflete um modelo centrado na escolha do apoiado. De acordo com o artigo 1783-A do código civil, a pessoa com deficiência poderá pleitear ao juiz a exclusão do instituto, havendo culpa ou não por parte do apoiador. No caso de culpa, caberá denúncia ao Ministério Público por parte do apoiado ou de outras pessoas, sendo possível a substituição do apoiador ou o término do acordo. Poderá igualmente o apoiado a qualquer tempo solicitar a mera extinção da tomada de decisão apoiada ao juiz. Quando o apoiador quiser se desligar dessa função também poderá pleitear ao juiz, ficando, contudo, o seu desligamento adstrito à manifestação do juiz.

A escolha por parte do apoiado em relação à extinção da tomada de decisão apoiada é defendida por Rosenvald como direito potestativo, ou seja, caberá ao juiz somente acatar essa opção

¹¹ § 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.

(ROSENVALD, 2015). Igualmente, Requião (2016) assevera que o juiz não pode denegar tal pedido do apoiado.

Essa autonomia do sujeito é observada na legitimidade para pleitear a tomada de decisão apoiada, que é do próprio apoiado. Isso demonstra que decorre de sua vontade essa decisão e não por imposição (REQUIÃO, 2016).

Para Nelson Rosenvald (2015), verifica-se um modelo inovador e com valores preferenciais em relação aos modelos anteriormente conhecidos: “Aqui é possível perceber o protagonismo do beneficiário do apoio, ele mesmo com legitimidade para iniciar o processo, o que reforça a posição do novo modelo em base axiológica preferencial à curatela e à incapacitação” (ROSENVALD, 2015, p. 6). O autor assevera ainda a possibilidade de um familiar ou o Ministério Público apresentar o requerimento de tomada de decisão apoiada ao juiz, em que pese a lacuna da lei, nos casos em que a pessoa com deficiência estiver interdita.

Interessante indagação se dirige aos limites e ao prazo da tomada de decisão apoiada. O artigo 1783 – A no parágrafo primeiro estabelece que deverá ser firmado um termo entre o apoiado e os apoiadores, onde constarão as informações sobre como será exercido esse auxílio. Os limites irão variar em cada caso, conforme o pedido feito pelo apoiado, o que reflete a autonomia que se tenta assegurar com o instituto. A doutrina discute se o prazo poderá ser indeterminado, já que a lei diz que deve constar no termo o prazo da vigência, o compromisso dos apoiadores e as aspirações dos apoiados (REQUIÃO, 2016).

É possível debater aspectos positivos e negativos acerca da vigência desse acordo. A princípio, observa-se que a ausência de prazo torna o instituto mais acessível, permitindo às partes a permanência por maior tempo sem a intervenção da justiça, o que facilita também o encerramento desse processo a qualquer tempo. Por outro lado, estabelecer um termo pode representar maior facilidade para fiscalizar a situação em caso de desvirtuação da finalidade, já que as partes deverão ir até a justiça para renovar o pacto (REQUIÃO, 2016). Conclui o autor, diante desse debate que é possível a fixação de um prazo indeterminado na tomada de decisão apoiada, em especial, porque até mesmo a curatela que é medida mais restritiva o prazo pode ser indeterminado.

Quanto ao tema do prazo na tomada de decisão apoiada afirma Nelson Rosenvald, após comparar com o sistema italiano cujo prazo é de 10 (dez) anos, com exceção de parentes muito próximos: “o Estatuto da Pessoa com Deficiência dispensou a fixação de um “mandato” para os apoiadores, deixando a vigência da medida para a livre eleição do beneficiário do apoio, incluindo-se a possibilidade de prorrogação” (ROSENVOLD, 2015, p. 5).

Acredita-se que a intenção da lei ao estabelecer que no termo devem constar os limites e o prazo de vigência do acordo é de estabelecer um prazo determinado para essa medida, o que corrobora uma maior fiscalização por parte do juiz, que atua diretamente nessa escolha, já que é a ele que se apresentará o termo. Embora possa parecer contraditória à ideia de autonomia tão propagada com o estatuto, é impossível perder de vista o cuidado com a pessoa com deficiência, tornando a medida a termo mais adequada para a proposta.

Quanto aos limites, alguns questionamentos surgem sobre a essência do instituto da TDA, se envolvem questões meramente patrimoniais ou também existenciais, privativas do apoiado. A princípio, defende Nelson Rosenvald, se a análise partir da curatela que, de acordo com a nova lei, afetará somente questões negociais, poder-se-ia afirmar que a tomada de decisão apoiada não poderia atingir questões existenciais, tais como a filiação e o consentimento informado em questões de saúde. Contudo, conclui que é possível a utilização do apoio para questões inerentes à personalidade humana, através da transferência do poder decisório para o apoiador, de modo que isso não implique renúncia de direitos por parte da pessoa com deficiência, pois a TDA é uma medida em caráter apenas provisório. Acredita que é possível o apoio em questões existenciais, desde que isso implique em promoção da dignidade do apoiado, que pode a qualquer tempo revogar a medida, defende o mesmo autor (ROSENVOLD, 2015).

Acredita-se totalmente compatível com as questões existenciais a tomada de decisão apoiada, contudo, a medida dessa ajuda deve ser estabelecida pelo apoiado, de modo que sua vontade esteja no centro das decisões e não como uma transferência de poder decisório, que acabaria muito se aproximando do instituto da interdição, tradicionalmente associado à morte civil da pessoa, justamente por não permitir um razoável conteúdo de autodeterminação ao sujeito.

Maurício Requião (2016, p. 185) aborda também uma conjuntura negocial para a tomada de decisão apoiada: “No caso brasileiro a tomada de decisão apoiada parece não implicar em perda da capacidade do sujeito que a requer, mas sim em caminho que oferece reforço à validade de

negócios por ele realizados”. Prossegue o autor, defendendo que a realização de negócios com base nesse instituto não permite alegações de invalidade com base na capacidade do apoiado, podendo o terceiro negociante solicitar assinatura dos apoiadores para uma maior segurança jurídica. Esclarece que quando houver divergência entre o apoiado e apoiadores em negócios que representem maior risco, a lei prevê a intervenção judicial para sanar a controvérsia, enquanto que nos casos de menor monta, prevalecerá o interesse do apoiado, sendo prudente que os apoiadores se preservem deixando por escrito e registrada eventual opinião oposta ao negócio em questão (REQUIÃO, 2016).

Proposta interessante é defendida por Daneluzzi e Mathias (2016). Os autores entendem que os legitimados a requerer a tomada de decisão apoiada são aqueles não previstos no artigo 4º, inciso III do CC/02, ou seja, são as pessoas com deficiência capazes. Com isso, ventilam a possibilidade de a tomada de decisão apoiada ser requerida por outras pessoas que se sintam fragilizadas para a prática de alguns atos, a exemplo de pessoas idosas, o que pode trazer maior segurança para o ato jurídico e para as partes.

Defende-se que a tomada de decisão apoiada foi estabelecida pela lei como instrumento protetivo e facilitador dos mais diversos atos da vida da pessoa com deficiência. A partir disso, se a iniciativa para essa medida é da própria pessoa, nada impede que esta se sinta mais vulnerável em um aspecto existencial, como por exemplo, em um ato de registro de filiação ou de núpcias. Sendo assim, acredita-se mais coerente que o instituto possa ser livremente utilizado pelo apoiado para solicitar ajuda nas mais diversas questões, independentemente de representarem um risco patrimonial ou existencial.

A intenção legislativa de proporcionar a escolha unicamente ao sujeito com deficiência certamente corrobora os princípios que embasam a lei, tais como a função social e a autonomia privada, além de evitar a interferência muitas vezes duvidosa de alguns familiares nesse processo. Não obstante, é preciso refletir sobre o grau de discernimento do sujeito protegido pelo estatuto ao ponto de se esperar que ele possa tomar a iniciativa de eleger alguém para apoiá-lo. Acredita-se que em algumas deficiências, embora haja manifestação de vontade por parte da pessoa, pode faltar o discernimento para reconhecer que precisa de auxílio em questões

existenciais.¹² Nesse caso, não haverá curatela já que não é uma questão patrimonial, nem tomada de decisão apoiada, se o sujeito entender que não precisa. Um espaço para desproteção.

Desse modo, o novo instituto representa uma tentativa de promoção da dignidade e da autonomia do apoiado centrado nas suas próprias escolhas e receios, devendo ser utilizado sempre que a pessoa sentir-se fragilizada para exercer determinados atos da vida civil, cabendo aos apoiadores essa importante e democrática função de zelar pelo apoiado, cuidando para que ele consiga exercer essa autonomia com maior segurança. Contudo, é preciso pensar na possibilidade de se estabelecer o apoio a requerimento de pessoas próximas, conforme o caso concreto a ser analisado pelo juiz, se existem riscos de prejuízos existenciais à pessoa com deficiência.

¹² Acredita-se nessa dificuldade, em especial, pela variedade de transtornos psíquicos existentes. Em uma simplificada consulta ao site da Associação de Apoio aos Doentes Depressivos e Bipolares em Lisboa, é possível a leitura acerca das características de algumas doenças mentais, tais como disfunções de ansiedade, alimentares, Depressão, Esquizofrenia, as quais apresentam variadas manifestações.

4. EFEITOS DECORRENTES DA NOVA CAPACIDADE CIVIL

Com as alterações da Lei 13.146/2015, a capacidade civil da pessoa com deficiência foi enunciada. A partir disso, a regra agora é que a pessoa com deficiência possa exercer os direitos por si mesma. Contudo, essa capacidade produz efeitos em outros institutos do Direito Civil. Cumpre-nos questionar como serão tratados os institutos da responsabilidade civil, o casamento, a prescrição e a decadência e o sistema de validade dos negócios jurídicos realizados pela pessoa com deficiência.

4.1. A Responsabilidade civil no código de 2002

Importa ao presente estudo discutir os efeitos da lei 13.146/2015 no sistema de responsabilidade civil para a pessoa com deficiência. Ao ser considerada plenamente capaz, acredita-se que a pessoa com deficiência não mais estará amparada por um sistema especial de responsabilidade civil, atualmente previsto no artigo 928 do código civil.

Desse modo, serão abordados aspectos pertinentes aos atuais paradigmas da responsabilidade civil que dialogam com a responsabilidade civil do incapaz, discutindo-se como será a perspectiva em torno da responsabilidade imputável à pessoa com deficiência, a partir da nova lei.

A responsabilidade civil consiste na obrigação de ressarcir em decorrência do dano causado a terceiro. Segundo Orlando Gomes (2011, p. 92), possui responsabilidade: “Quem infringe um dever jurídico *lato sensu*, causando dano a outrem, fica obrigado a ressarcir-lo. A infração pode ser de dever estabelecido numa relação jurídica ou na própria lei, ou do princípio geral de que ninguém deve prejudicar os outros”.

O código civil de 2002 incorporou mudanças ocorridas ao longo do século XX no tema de responsabilidade civil. De acordo com Cavallieri (2003), em artigo sobre o tema, a revolução na matéria não decorreu do código civil, mas sim a partir da Constituição Federal de 1988, em especial, na previsão contida no artigo 37, parágrafo 6º com a responsabilidade objetiva do Estado sobre os prestadores de serviço público. Igualmente, considera o autor que o Código de defesa do consumidor, ao estabelecer a responsabilidade objetiva nos artigos 12 e 14 para os

fornecedores de serviço e produto, alterou profundamente as bases da responsabilidade civil, já que as relações de consumo representam um grande volume na sociedade atual.

Com isso, o autor destaca que o código de 1916 era subjetivista, tendo a culpa como núcleo do dever de reparar, o que se tornou um obstáculo para a vítima obter a reparação, concluindo que “o novo código civil não fez e nem fará nenhuma revolução em sede de responsabilidade civil, porque a revolução já havia ocorrido antes dele. Mas, enfatizo, o novo Código fez uma mudança profunda na disciplina, no sistema que estava previsto no Código de 1916” (CAVALLIERI, 2003, p. 33).

Observa-se que a atual legislação ampliou a responsabilidade objetiva através de duas cláusulas gerais, presentes nos artigos 187 combinado com o artigo 927 e no 927, parágrafo único. A primeira prevê a responsabilidade no caso de abuso de direito, independente da intenção do agente e a segunda estabelece a responsabilidade independente de culpa nas atividades de risco (CAVALLIERI, 2003).

Destaque-se que durante muito tempo a culpa fora o fundamento do dano, pois se acreditava que a intenção de transgredir, o ato voluntário do causador do dano o é que possuía caráter reprovável. Contudo, a mudança de fundamento passou a priorizar a reparação do dano, sendo voltado para o próprio fato da coisa, daí a teoria do risco da atividade. Assim, como já anunciado, o instituto jurídico em análise tem se modificado. Ressalte-se que dois eram os pilares enfrentados pelas vítimas em busca de ressarcimento: o filtro da culpa e o do nexos de causalidade, os quais funcionavam como barreiras para obtenção de indenizações. Destaca que a própria justiça enxergava que sem tais filtros, existiria um aumento considerável de demandas (SCHREIBER, 2013).

O autor entende que tais filtros têm passado por um processo de erosão em que suas bases foram flexibilizadas ou até desconsideradas para facilitar o ressarcimento:

Longe de ser restrita ao âmbito probatório, esta flexibilização indica uma alteração gradativa e eminentemente jurisprudencial na estrutura da responsabilidade civil, a refletir a valorização de sua função compensatória e a crescente necessidade de assistir a vítima em uma realidade social marcada pela insuficiência das políticas públicas na administração e reparação de danos. Neste contexto, os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à imputação do dever de indenizar (culpa e nexos causal) perdem relevância em face de certa ascensão daquele elemento que consiste, a um só tempo, no objeto e na ratio da reparação: o dano (SCHREIBER, 2013, P. 83).

Observa-se dessa análise a importância atribuída ao dano propriamente e não a análise do culpado. Impende destacar ainda que tal mudança de paradigma denota a crescente preocupação com a dignidade humana, princípio básico constitucional que passou a permear as relações privadas.

Entre as mudanças presentes no atual código civil, importa a esse estudo tratar da responsabilidade civil pelo fato de outrem. Essa modalidade de responsabilidade se embasa na necessidade de se garantir a efetividade do dever de reparar em alguns casos que é preciso ir além da pessoa que de fato causou o dano. O código de 2002 inaugurou a ideia de responsabilidade objetiva para esses casos, substituindo a concepção de culpa presumida nas situações de responsabilidade do pai pelo filho menor, do empregador pela conduta do empregado, do tutor e curador pelo pupilo e curatelado (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

Os artigos 932 e 933 do código civil estabeleceram essa responsabilidade pelo fato de outrem de forma objetiva, em que o causador do dano e os responsáveis legais responderão de forma solidária perante a vítima. Será abordado no presente estudo de forma mais aprofundada a questão do incapaz e de seu representante legal.

4.1.2 A possibilidade de reparação por parte do incapaz e de seus representantes legais no Código Civil de 2002.

O código civil de 2002 prevê a responsabilidade civil do incapaz, o que mitiga a ideia do direito clássico de que a ausência de discernimento impede o dever de reparação pessoalmente por parte do incapaz causador do dano (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

Com isso, o código civil no artigo 928 estabelece uma responsabilidade civil subsidiária e equitativa, que atinge o patrimônio do incapaz apenas quando os seus responsáveis legais não tiverem como arcar com eventual indenização e desde que não prive o incapaz e seus dependentes do mínimo existencial. Com isso, a pretensão indenizatória deve ser dirigida ao responsável legal e somente quando não houver patrimônio suficiente recairá sobre o patrimônio do incapaz e desde que, não acarrete a supracitada privação (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

Por outro lado, se o responsável legal possui condições de arcar com a indenização, este apenas terá a possibilidade de ação de regresso posterior contra o incapaz, se este não for seu descendente, conforme disposto nos artigos 932 e 934 do código civil (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

Esse sistema de reparação busca conciliar a proteção à vítima e ao incapaz, à medida que o juiz tende a impor indenizações, que não deixem o incapaz sem o mínimo existencial, mas que consigam representar uma compensação à vítima, que, ao menos, não ficará desprotegida, como ocorria no sistema do código de 1916 (FARIAS E ROSENVALD, 2016).

Cavallieri (2003) afirma que o fundamento dessa inovação trazida pelo código de 2002 encontra-se na equidade, pois se o incapaz tem patrimônio próprio é justo que a vítima seja amparada. O autor destaca que para a equidade não importa se houve ilicitude ou violação a dever jurídico, mas sim a realização da justiça.

Desse modo, observa-se que a responsabilidade civil do incapaz prevista na atual codificação permite que o seu patrimônio seja excepcionalmente atingido, caso o seu representante legal não tenha essa possibilidade econômica. Esse panorama se aplicava à pessoa com deficiência, considerada como absolutamente incapaz antes da vigência da lei 13.146/2015. Contudo, importa discutir a atual responsabilidade civil aplicável à pessoa com deficiência, uma vez que, em regra, não há mais incapacidade.

4.2. A capacidade da pessoa com deficiência e o dever de reparar

Como reflexo da capacidade plena da pessoa com deficiência existe a possibilidade de recair sobre o seu patrimônio o dever de reparação, não mais de forma subsidiária e condicional. Já que não mais se enquadra como uma pessoa incapaz, o sistema de reparação civil deve seguir as normas ordinárias em face da pessoa com deficiência?

A questão que se observa é aparentemente simples, porém, causa um justificável receio. Ao ser enquadrada como plenamente capaz, a pessoa com deficiência não tem um tratamento diferenciado no que tange ao sistema de reparação civil. A partir disso, não se aplica à pessoa

com deficiência a previsão contida no artigo 928 do código civil¹³. Como consequência, observa-se que o dever de reparação incide, de logo, sobre a pessoa com deficiência e não mais de forma secundária.

Ademais, questiona-se sobre a responsabilidade do tutor e do curador, nos termos do inciso II do artigo 932 que prevê a responsabilidade objetiva pelos danos causados pelo tutelado e curatelado. Ora, o artigo 932 sempre foi interpretado em conjunto com o artigo 928, mas no caso da pessoa com deficiência, a partir do estatuto, acredita-se que poderá haver um curador sem uma necessária incapacidade. Sendo assim, os curadores ainda possuem alguma responsabilidade? Seria somente nos casos em que a pessoa com deficiência simplesmente restar desprovida da possibilidade de manifestar a vontade, quando é enquadrada pela lei como relativamente incapaz?

Observa-se que o estatuto da pessoa com deficiência não abordou esse aspecto. De acordo com Fernando Martins (2016), caberia ao estatuto promover uma “emancipação suficiente” através de medidas protetivas à pessoa com deficiência e não uma “mera emancipação”. Nesse aspecto, se distanciou da Convenção internacional que prevê no artigo 12, item 5 um sistema de proteção ao patrimônio da pessoa com deficiência, a quem foi assegurado o acesso aos créditos, bens, mas restou previsto como dever dos Estados evitar a destituição dos bens de forma arbitrária (MARTINS, 2016)¹⁴.

Observa-se que o estatuto apenas se limitou a prever a possibilidade da medida de curatela para questões patrimoniais, sem especificar tutelas adequadas para a salvaguarda dos interesses da pessoa com deficiência, que, de forma contraditória, poderá ficar mais fragilizada, respondendo com seu patrimônio preliminarmente (MARTINS, 2016).

¹³ Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

¹⁴ Artigo 12. Item 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.

Quanto ao tema, discorre José Simão (2015) que a pessoa enferma ou excepcional com plena capacidade terá uma desvantagem na órbita jurídica, pois passará a responder com o seu próprio patrimônio em virtude de eventuais danos causados a terceiros, não se aplicando mais a essa pessoa a previsão do artigo 928 do Código Civil. Exemplifica o autor a hipótese de uma pessoa que, em virtude de problemas psicológicos, pode ter acessos de fúria, causando danos a terceiro e a partir do estatuto não será o patrimônio do curador que responderá, mas o do próprio causador do dano.

A fim de proporcionar uma interpretação coerente com as diretrizes da nova lei, acredita-se que somente caberá responsabilidade civil para o curador quando a pessoa com deficiência for considerada como relativamente incapaz, que só é cabível atualmente quando a pessoa estiver impossibilitada de manifestar a sua vontade, nos termos do artigo 4º, inciso III do código civil. Nos demais casos, se a pessoa com deficiência é capaz, suportará o ônus de reparar um dano causado a alguém.

De fato, a incidência da plena capacidade nesse aspecto não beneficiou a pessoa com deficiência e, conforme lembra José Simão (2015) não só na matéria de responsabilidade civil, mas também nos temas de doação e de quitação obrigacional. Com a plena capacidade advém a necessidade de se aceitar um bem doado, não incidindo mais para a pessoa com deficiência a regra inculpada no artigo 543 do código civil¹⁵. Outrossim, a quitação dada pelo credor com deficiência terá plena validade, pois também não se trata de pessoa desprovida de capacidade, não se aplicando a proteção estabelecida no artigo 310 do código civil¹⁶.

Maurício Requião (2016) pondera que a possibilidade de se estabelecer a responsabilidade direta da pessoa protegida pelo estatuto contraria o próprio sistema de proteção da lei. Sugere uma mudança legislativa que estenda a proteção do artigo 928 do código civil à pessoa com deficiência, evitando, com isso, que esse sujeito venha a arcar com indenizações de elevado valor e que acabem por comprometer a sua subsistência. Sustenta ainda que é possível se defender essa tese a partir da teoria do patrimônio mínimo, independentemente de mudança legislativa. Quanto à possibilidade de se responsabilizar o curador, o autor afirma que isso permanecerá, nas situações abrangidas pelo artigo 932, II do código civil¹⁷.

¹⁵ Art. 543. Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.

¹⁶ Art. 310. Não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu.

¹⁷ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

Do exposto, a capacidade plena concedida a uma pessoa que possui algum tipo de dificuldade psíquica e/ou de discernimento poderá trazer prejuízos. A capacidade como corolário da autonomia tão potencializada pela nova lei trouxe de forma reflexa alguns efeitos perigosos para a pessoa com deficiência. Acredita-se que a nova lei poderia ter previsto essas questões e estabelecido um sistema de proteção capaz de evitar as desvantagens analisadas. Contudo, diante da omissão legal, espera-se que, na prática, ainda se discuta um intermédio capaz de não vulnerar a pessoa com deficiência nesses casos.

Espera-se ainda que a utilização do instituto da tomada de decisão apoiada com a amplitude já defendida seja capaz de minimizar esses riscos, considerando que a pessoa apoiada esteja exercendo os atos da vida civil de fato auxiliada por apoiadores de confiança e que se façam presentes no seu cotidiano, o que, de todo modo, não é capaz de afastar completamente o risco de a pessoa com deficiência ser responsabilizada civilmente e de responder com seu patrimônio.

4.2 Algumas notas sobre o casamento

Nos idos do Código de 1916, o casamento era a forma de constituição de família reconhecida em lei e refletia um modo patriarcal e sagrado para a sociedade da época. Aos poucos, surgiu a necessidade de mudar a concepção acerca das relações familiares, reconhecendo-se outros formatos, tais como a união estável e a família monoparental (DIAS, 2013).

Com isso, deve-se destacar que a CF/1988 considerou a família a base da sociedade e não o casamento. O código civil, por sua vez, não atribui um conceito ao matrimônio, mas o coloca logo no início do livro das famílias e dispensa 110 artigos para tratar do tema, destacando a sua finalidade enquanto comunhão plena de vidas (DIAS, 2013).

O casamento possui duplo significado enquanto ato de celebração e relação jurídica matrimonial. A partir disso, surge entre os cônjuges o vínculo conjugal e o vínculo de afinidade com os parentes um do outro. Ocorre a mudança de estado civil e a depender do regime de bens, perde-se a titularidade exclusiva sobre o patrimônio. Constitui o casamento uma relação

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

complexa com direitos e deveres recíprocos que geram seqüelas pessoais e patrimoniais (DIAS, 2013).

Venosa (2004) conceitua que o casamento é o núcleo do direito de família, de onde irradiam suas normas fundamentais. Possui relevância, como negócio jurídico formal, que vai desde as formalidades anteriores à celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que desdobram na relação entre os consortes, deveres recíprocos e assistência aos filhos.

Muitas controvérsias existem sobre a natureza jurídica do casamento. Basicamente se discutem a natureza contratual, institucional e eclética. A primeira teoria reconhece unicamente o caráter de negócio jurídico, a segunda se vincula à noção de que as partes apenas se vinculam a uma estrutura preexistente cogente com questões sociológicas, como educação dos filhos e assistência recíproca. Contudo, o que vem ganhando força é noção de casamento com uma natureza mista, um contrato especial, de modo que o casamento quanto ao ato é um negócio jurídico, enquanto que o casamento-estado é uma instituição (VENOSA, 2004).

Pode-se atribuir ainda a noção de negócio de direito de família, já que não gera apenas efeitos patrimoniais decorrentes de um acordo de vontades, mas sim deriva de um envolvimento afetivo, ou seja, conjuga não o campo das vontades, como também o campo dos sentimentos (DIAS, 2013).

Fato é que o casamento gera diversos efeitos de ordem patrimonial e existencial, sendo considerado, ainda que de forma especial, como um contrato, o que desperta o debate sobre o regime de bens, à escolha dos nubentes. A princípio, pode ser feito um pacto antenupcial registrado em escritura pública, em que constará a escolha feita pelos consortes e na ausência deste, prevalecerá o regime da comunhão parcial, regime eleito pelo atual código civil (HIRONAKA, 2003).

Com isso, é notória a natureza jurídica contratual do casamento, ainda que especial, vez que não existe apenas uma questão patrimonial no centro da relação entre os cônjuges, mas esse reconhecimento se impõe, em especial para que se possa refletir sobre as mudanças causadas pela Lei 13.146/2015 em face da pessoa com deficiência.

4.2.1 Capacidade para contrair matrimônio antes da Lei 13.146/2015

A capacidade para o casamento está prevista no artigo 1.517 do código civil atual, onde consta a informação de que os maiores de 16 anos podem casar com autorização dos representantes legais, cabendo o suprimento judicial.

Antes da Lei 13.146/2015 vigorava no artigo 1.518 a possibilidade dos curadores revogarem a autorização, o que foi excluído, mantendo apenas a hipóteses de tutores e pais procederem com tal ato, até a celebração do casamento.

Desse modo, observa-se que a disciplina legal sobre a capacidade do casamento leva em consideração apenas a chamada idade núbil, deixando de referir às outras causas incapacitantes presentes na anterior redação dos artigos 3º e 4º do CC-02. Com isso, dúvidas já surgiam quanto à capacidade de portadores de deficiência (DIAS, 2013).

De todo modo, em que pese à supracitada omissão quanto ao aspecto da capacidade, constam como situação de nulidade ou de anulabilidade a questão do enfermo mental nos artigos 1.548, inciso I e 1.550, incisos III e IV (DIAS, 2013).

4.2.2 A autonomia da pessoa com deficiência e a possibilidade de casar.

Antes mesmo da alteração promovida pela Lei 13.146/2015, já se defendia a atribuição de capacidade para casar aos deficientes mentais. Considerar que essas pessoas não podem casar seria um tipo de discriminação institucional prevista em lei, nas palavras de Debóra Diniz e Wederson Santos (2010).

A partir da Lei 13.146/2015, a pessoa com deficiência pode casar, independentemente de autorização de eventual curador. O artigo 1.518 do CC-02 foi alterado, o qual estabelecia a necessidade de autorização do curador para o matrimônio, restando apenas a possibilidade de tutores e pais revogarem o ato contraído pelo menor¹⁸ (TARTUCE, 2015).

¹⁸ Art. 1.518. Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

A alteração da lei busca proporcionar maior autonomia à pessoa com deficiência, no sentido existencial (REQUIÃO, 2016). Contudo, é preciso refletir sobre essa autonomia, pois a lei prevê a possibilidade de curatela para questões negociais e maior independência para questões existenciais, mas essas são de grande relevância e podem ter impactos tão merecedores de cuidados quanto às questões negociais. Por isso, defende-se a possibilidade de utilização da tomada de decisão apoiada nesses casos.

O matrimônio está longe de ser um ato simples e de poucas consequências. Além do próprio aspecto material, sempre em voga no debate doutrinário, essencialmente refletido no regime de bens do casamento, é preciso refletir sobre importantes situações que envolvem a rotina de um casal, de um lar, decisões quanto aos filhos e muitas outras que se o sujeito protegido pelo estatuto assim necessitar poderá estar apoiado por alguém de sua confiança.

Não se pode esquecer, todavia, que nem sempre o sujeito com deficiência mental tem condições de entender que precisa de ajuda e nesse aspecto não irá requerer apoio, sendo suscetível de situações de abusos na esfera existencial.

Além disso, o estatuto revogou o artigo 1548, I do CC-02, que previa nulidade absoluta para o matrimônio contraído por enfermo mental sem discernimento necessário para os atos da vida civil. Tartuce (2015) assevera que tal mudança é muito importante, pois o sistema anterior presumia de forma equivocada que o casamento não seria positivo para a pessoa com deficiência, o que foi sanado. Com isso, conclui que permitir o casamento do sujeito protegido pela lei é assegurar a sua inclusão social, o que com certeza foi o objetivo da lei.

Críticas já existiam quanto ao inciso I do artigo 1.548 e a previsão de nulidade absoluta do casamento realizado pelo enfermo mental sem discernimento, em especial quando confrontados esse artigo e o 1.550, inciso IV, que traz a nulidade relativa para o incapaz de consentir. Já se questionava a diferença quanto aos vocábulos “discernir” e “consentir”, bem como se discutia a possibilidade de reconhecimento dos momentos de lucidez da pessoa como situações plenamente possíveis da realização de um ato jurídico, que, no máximo poderia ser discutido pela via da nulidade relativa (LINS E SILVA, 2008). Nesse sentido:

Todo enfermo mental, sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, é desprovido de capacidade para consentir; portanto, pairam dúvidas interpretativas ao analisarmos os dois incisos dos artigos 1.548 e 1.550. No meu entendimento, seria mais pertinente que fosse excluído o item I do artigo 1.548. Nos dias atuais, com o avanço da área neurológica da medicina, um enfermo mental pode ter momentos de lucidez e consentir com a realização de seu casamento, que por sua vez, pelo texto do novo Código Civil, seria totalmente nulo, quando, na realidade, está mais próximo da anulabilidade, mais compatível com o espírito que o legislador incutiu no inciso II do artigo 1.550 do novo Código Civil (LINS E SILVA, 2008, p.2).

A alteração promovida pelo estatuto ao extinguir a nulidade absoluta nesse caso é pertinente e reforça a possibilidade desses momentos de lucidez que a pessoa com deficiência mental possa ter. Muito além disso, vai ao encontro da ideia de plena capacidade como regra geral para esses sujeitos, protegidos pelo estatuto. Ora, como sujeitos capazes e que dispensam autorização para casar, seria incabível a manutenção de um dispositivo legal que prevê o casamento nulo.

Outro aspecto relevante alterado pelo estatuto é quanto ao erro sobre a pessoa. O artigo 1.557 do CC-02 sofreu alterações, o inciso III foi alterado e o inciso IV foi revogado no sentido de afastar a configuração de erro essencial sobre a o estado de saúde da pessoa com deficiência mental, não sendo possível invalidar o casamento por essa razão. Observa-se, assim, que o sujeito passa a ser valorizado por questões que vão além da doença, acreditando-se que diversas outras razões levaram ao matrimônio. Desse modo, se a doença descoberta posteriormente for o motivo para o fim da relação deverão as partes realizar o divórcio (REQUIÃO, 2016).

Importa destacar como se configura o erro essencial sobre a pessoa, o qual assume relevância jurídica à medida que o enganado não teria concretizado o ato se conhecesse a realidade. Assim, o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge apenas invalida o casamento porque age sobre a vontade do cônjuge ludibriado, sendo determinante que tal vontade não se articulasse em caso de sabedoria sobre as circunstâncias não previstas, atestadas apenas depois da realização do casamento (LINS E SILVA, 2008).

No caso do erro em face de doença mental desenvolvida ou diagnosticada após o casamento, é possível reconhecer posicionamentos favoráveis a essa possibilidade de processo anulatório, embora a jurisprudência atual demonstre a dificuldade de comprovação das mais diversas alegações de erro sobre a pessoa no casamento.

O inciso IV fala de doença mental grave que por sua natureza torne insuportável a vida em comum. Seria talvez o único item admissível do artigo

1.557, pois a doença mental, muitas vezes, surge ou se exterioriza independentemente de nossa vontade, muito embora os exames neurológicos já possam antever tais males, quando realizados com antecedência. Uma esquizofrenia ou uma psicose maníaco-depressiva, descobertas durante os primeiros anos da vida conjugal, justificariam o processo anulatório (LINS E SILVA, 2008, p. 16).

A partir de uma busca na jurisprudência atual é possível observar que poucos casos são considerados pelos julgadores como passíveis de anulação de casamento em face de erro sobre pessoa, havendo uma tendência mais atual de se considerar as mais diversas alegações, a exemplo de orientação sexual do outro cônjuge, ausência de conjunção de carnal e também doenças mentais como hipóteses para simples divórcio, normalmente por conta da dificuldade em se provar o desconhecimento da outra parte da situação ensejadora de erro¹⁹.

Nesse sentido, é possível observar alguns julgados que demonstram a dificuldade de caracterização do erro sobre a pessoa e a consequente nulidade do casamento²⁰. Nesses casos, verificam-se a indicação da via do divórcio para se extinguir a relação, tendo sido indeferida a possibilidade de anular o casamento através da alegação de erro sobre a pessoa do cônjuge.

Quanto ao aspecto da enfermidade mental sendo caracterizada como fator de nulidade, não se reconheceu no caso abaixo a possibilidade de se anular o casamento, em que um dos cônjuges tinha doença mental. A discussão foi travada em torno da possibilidade de consentir à época do

¹⁹ A pesquisa foi feita no site do JusBrasil, a partir dos vocábulos “erro sobre a pessoa” e “casamento”.

²⁰ **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CASAMENTO. ALEGAÇÃO DE QUE A CÔNJUGE SE RECUSA A MANTER RELAÇÕES SEXUAIS E A AUXILIAR NOS AFAZERES DOMÉSTICOS E DO CAMPO. **ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA NÃO CONFIGURADO.** ROL TAXATIVO DO ART. 1.577 DO CC . INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CÔNJUGE QUE DEVERÁ BUSCAR A SEPARAÇÃO OU O DIVÓRCIO PARA A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Publicado em 24 de agosto de 2011. TJ-SC - Apelação Cível : AC 556319 SC 2010.055631-9 (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, 2011).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CASAMENTO. OMISSÃO NA INFORMAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE VASECTOMIA ANTERIOR AO CASAMENTO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ERRO ESSENCIAL, MAS INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM QUE LEVA AO DIVÓRCIO. INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS DEVEM SER POSTULADOS AÇÃO IDNENIZATÓRIA NO JUÍZO CÍVEL. SENTENÇA MANTIDA A omissão da realização de vasectomia pelo cônjuge, descoberta após o **casamento**, leva à insupportabilidade da vida em comum e decreto do Divórcio. Não postulado reconhecimento do erro essencial para **anulação** do **casamento**, mas o reconhecimento da omissão, da mentira, do mau caráter e má intenção do cônjuge por falta de informação da cirurgia realizada. Pedido de indenização por danos materiais e morais devem ser postulados em ação indenizatória no juízo cível. APELO DESPROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70047977418, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Munira Hanna, Julgado em 20/03/2013) (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2013)

casamento, em que se pugnou, através do artigo 1.548, inciso I, a nulidade absoluta do ato. Contudo, não restou comprovada a impossibilidade de consentimento à época da realização do matrimônio.

Ementa: Ementa APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE CASAMENTO. DOENÇA MENTAL DO JÁ FALECIDO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. 1. A ausência de capacidade faz nulo o casamento em que um dos nubentes é enfermo mental, cuja doença lhe retira o pleno discernimento para a prática dos atos da vida civil, conforme disposto no art. 1.548, inciso I, do CC. 2. Ausente a comprovação de que o pai da apelante encontrava-se impossibilitada de consentir quando da celebração do casamento, não há que se falar em vício e em anulação do casamento. 3. Comprovado nos autos a existência de relacionamento amoroso anterior à celebração do casamento, bem como que existiu uma vida em comum do casal antes e após o enlace, afasta-se a fraude. 4. Recurso Improvido. TJ-PI - Apelação Cível AC 00000907020108180037 PI 201200010022708 (TJ-PI).
Data de publicação: 30/06/2015 (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ, 2015)

Após a mudança da lei não será possível questionar a nulidade absoluta de casamento realizado pela pessoa com deficiência mental, salvo se a pessoa se enquadrar em um impossibilitado de manifestar a vontade e for reconhecida, então, como relativamente incapaz, à luz do artigo 4º, inciso III, hipótese em que o ato será tão somente anulável.

4.3. Prescrição e Decadência

Para que seja possível tratar dos efeitos produzidos pelo estatuto da pessoa com deficiência na prescrição e na decadência, é necessários alguns breves comentários acerca dos institutos em análise.

Os institutos da prescrição e decadência possuem raízes romanas e se relacionam com os efeitos do tempo sobre as relações jurídicas, provocando desde sempre acirrados debates doutrinários acerca de sua distinção (AMORIM FILHO, 2014).

Fundamentam-se os institutos na paz social e na tranquilidade da ordem jurídica. Há interesse de ordem pública na não perpetuação de direitos, pois a inércia dos titulares de direitos geraria uma insegurança quanto ao lapso temporal que poderiam reivindicá-los. Com isso, é possível se estabilizar as relações sociais através dos fatos jurídicos em sentido estrito da prescrição e decadência (VENOSA, 2004).

A distinção mais apontada entre os institutos é a de que a decadência extingue o direito, enquanto que a prescrição extingue a pretensão: “Seguindo critério por nós adotado de que a prescrição extingue diretamente as ações e atinge indiretamente, portanto, os respectivos direitos, partimos do ponto de que a decadência extingue diretamente o direito (VENOSA, 2004, p. 636)”. Contudo, críticas existem a tal critério: “entretanto, tal critério, além de carecer de base científica, é absolutamente falho e inadequado, uma vez que pretende fazer a distinção pelos efeitos ou conseqüências” (AMORIM FILHO, 2014, p. 2.).

A partir de tal crítica, Agnelo Amorim Filho (2014) propõe a distinção entre prescrição e decadência através da distinção entre direitos subjetivos potestativos e subjetivos prestacionais e das ações constitutivas e condenatórias. Para o autor, a prescrição se relaciona aos direitos prestacionais e às ações condenatórias, enquanto que a decadência se relaciona aos direitos potestativos e às ações constitutivas.

Gonçalves (2016) defende que o código civil para sanar a controvérsia sobre as diferenças entre a prescrição e a decadência buscou elencar todos os prazos prescricionais nos artigos 205 e 206 do código civil, deixando os prazos decadenciais para outros dispositivos legais.

4.3.1. A incapacidade como causa suspensiva ou impeditiva de prescrição e da decadência

Feitas as considerações anteriores, importa destacar que o código civil de 2002 prevê hipóteses de suspensão, interrupção e impedimento dos prazos prescricionais, o que, por disposição de lei, se aplica igualmente à decadência. A fluência dos prazos pode ser obstada pelas causas de impedimento ou de suspensão de modo que o prazo cessa temporariamente o seu curso: “ou preexiste ao vencimento da obrigação o obstáculo ao início do curso do prazo prescricional, e o caso será de impedimento, ou esse obstáculo surge após o vencimento da obrigação e durante a fluência do prazo, ocorrendo nessa hipótese a suspensão da prescrição (VENOSA, 2004, p. 646)”.

O artigo 198, inciso I do Código Civil de 2002 estabelece que a prescrição não corre contra os incapazes referidos no artigo 3º do mesmo diploma²¹. Importante destacar que a disposição do

²¹ Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o [art. 3º](#);

II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;

III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

artigo 198, inciso I se aplica também em caso de prazo decadencial, por força do artigo 208 do código civil. Esclarece Venosa (2004) que as pessoas elencadas no artigo são favorecidas como credoras de modo que se forem devedoras, os prazos correrão normalmente. No caso dos absolutamente incapazes, antes da mudança inaugurada pelo estatuto, era possível afirmar que enquanto credores não sofriam os efeitos da prescrição tanto os menores de dezesseis anos, como aqueles que não possuísem discernimento e também os que por causa transitória não pudessem exprimir a vontade. Frisa o autor que aos deficientes mentais que não foram interditados não se aplica esse benefício.

Desse modo, elucida Gonçalves (2016, p. 535) o início da contagem do prazo para o menor: “a prescrição contra o menor só se inicia após completar 16 anos de idade. Mas corre a favor dos absolutamente incapazes, isto é, quando poderiam ser acionados. Podem ser beneficiados com a arguição da prescrição da pretensão manifestada pela outra parte, ou seja, pelo credor.

Ademais, destaque-se que os artigos 197, 198, 199 e 200 tratam de causas suspensivas ou impeditivas, a depender da situação fática concreta, como esclarece e exemplifica Venosa (2004, p. 647), “é o caso de uma pessoa capaz que se torna incapaz no curso do prazo prescricional: suspende-se a prescrição. Se a pessoa já era incapaz, o prazo prescricional não começa a fluir, sendo, portanto, caso de impedimento”.

4.3.2. A prescrição e a decadência em face da pessoa com deficiência mental após a Lei 13.146/2015.

Após a revogação do artigo 3º do código civil que passou a considerar apenas os menores de 16 anos como absolutamente incapazes, observa-se que contra a pessoa com deficiência haverá o fluxo normal dos prazos prescricionais. Como assevera Gonçalves (2016, p. 535):

Tendo a Lei 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da pessoa com deficiência), revogado os incisos do art. 3º do código civil e mantido como absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos, correrão contra o deficiente (enfermo ou excepcional), considerado agora pessoa plenamente capaz, a prescrição e a decadência.

Esse posicionamento é igualmente observado por José Simão, que enumera algumas críticas às mudanças trazidas pela Lei 13.146/2015:

III – sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, terá uma outra desvantagem em termos jurídicos: a prescrição e a decadência correrão contra ele. Atualmente, por força dos artigos 198, I e 208 do CC, a prescrição e a decadência não correm contra os absolutamente incapazes. Isso significa que quando o absolutamente incapaz é credor não terá a desvantagem de ver suas pretensões prescritas. Assim, se um menor com 10 anos de idade é credor de aluguel, a prescrição fica impedida de correr até que ele complete 16 anos. O tempo decorrido não prejudica o absolutamente incapaz, mas apenas o favorece. Assim, se o mesmo menor for devedor, o prazo prescricional transcorre normalmente, pois isso o beneficia. Como, com o Estatuto, os deficientes e excepcionais são capazes, a prescrição correrá contra eles, prejudicando-os, portanto. Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma (SIMÃO, 2015, s/p).

Maurício Requião (2016) pondera que a mudança legal apenas atingirá alguns dos sujeitos portadores de transtornos mentais, o grupo que poderia ser enquadrado como absolutamente incapaz, considerando que alguns desses sujeitos eram considerados relativamente incapazes e por isso já seriam excluídos da previsão do artigo 198, inciso I, que somente protege os absolutamente incapazes.

Interessante exemplo é relatado por Gustavo Rene Nicolau (2015) no Jornal Carta Forense, em que tece críticas ao estatuto da pessoa com deficiência, imaginado uma situação em que o portador de transtorno mental recebe uma herança e se torna proprietário de um apartamento alugado. Aduz o autor que antes da mudança legal, eventuais atrasos de alugueis que fossem vencendo enquanto perdurasse a incapacidade absoluta não haveria fluência de prazo prescricional para cobrança. Entretanto, após o estatuto, os prazo correrão normalmente contra esse sujeito, restando protegido apenas o menor de 16 anos.

4.4. A esfera de validade dos negócios jurídicos

O código civil de 2002 dedicou alguns artigos ao tema da validade dos negócios jurídicos, bem como quanto à ausência de validade. Para o presente trabalho interessa esclarecer alguns aspectos acerca disso, destacando, ao final, o que mudou com o estatuto da pessoa com deficiência. De acordo com o artigo 104 do código civil, são elementos de validade, o agente capaz, objeto lícito possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei.

A partir disso, pode-se afirmar que o plano de validade se opera a partir de elementos essenciais, tais como objeto lícito, agente capaz e a forma. Ademais, a vontade é considerada pela doutrina como um pressuposto do negócio que, segundo Venosa (2004) pode interferir na validade ou na eficácia, a depender do caso concreto, já que alguns negócios se realizam com mera aparência de vontade. Assevera o autor que: “a vontade, sua declaração, além de condição de validade, constitui elemento do próprio conceito e, portanto, da própria existência do negócio jurídico” (VENOSA, 2004, p. 423).

Para Gonçalves (2016), a declaração de vontade constitui requisito de existência do negócio jurídico, enquanto que a capacidade é requisito de validade. Assevera o autor que a exteriorização da vontade é que é um requisito, sendo esta apenas de caráter subjetivo.

É possível estabelecer uma classificação diferente daquela prevista em lei, com três categorias de pressupostos de validade, que se relacionam ao sujeito, ao objeto e à forma de exteriorização da vontade. A primeira se relaciona à consciência e autenticidade do sujeito em sua declaração de vontade, a segunda se relaciona à conformidade do ato jurídico com o direito e a terceira, por sua vez, se relaciona às solenidades especiais necessárias para a prática de alguns atos que precisam ser documentados, facilitando a sua prova (MELLO, 2015).

A questão da capacidade do agente e da manifestação de vontade são as que mais interessam a esse estudo. A capacidade foi tratada em capítulo próprio, cabendo nessa oportunidade apenas a sua análise enquanto elemento no negócio jurídico.

É possível observar que a ausência de capacidade traz implicações na validade do negócio jurídico, de modo que o CC/02 estabelece que o negócio jurídico celebrado por agente absolutamente incapaz é nulo, enquanto que aquele celebrado por relativamente incapaz, é anulável.

A manifestação de vontade, por sua vez, pode ser discutida através dos vícios do negócio jurídico, os quais se dividem em vícios sociais e vícios de vontade, sendo os últimos o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo e a lesão. Como consequência desses vícios, o Código Civil prevê a anulabilidade dos negócios no artigo 171, inciso II.

Desse modo, observa-se que tanto a capacidade do agente como a declaração de vontade interferem no negócio jurídico e sua validade, sendo relevante a discussão desses aspectos para que se possa abordar a validade do negócio praticado pelo portador de transtorno mental após a Lei 13.146/2015.

4.4.1. A validade dos negócios jurídicos praticados pelo portador de transtorno mental antes da Lei 13.146/2015.

Os negócios jurídicos realizados pelo incapaz podem ser discutidos em face da ausência de representação legal, ou seja, enquanto não houver uma ação de interdição, no caso dos portadores de transtornos mentais.

Importa esclarecer que no caso do absolutamente incapaz o suprimento da incapacidade ocorre através de representação, enquanto que o relativamente incapaz será auxiliado por assistência. Esses institutos estão previstos no código civil para a situação do menor, que será representado por pais ou tutores antes dos 16 anos e será assistido após os 16 anos, com aplicação, no que couber, à curatela, conforme preceitua o artigo 1.774 do CC-02 (GONÇALVES, 2016).

A incapacidade absoluta gera a vedação plena do exercício do direito pelo incapaz, ou seja, não pode praticar atos e negócios jurídicos, os quais serão celebrados pelo representante legal, sob pena de nulidade. Já a incapacidade relativa autoriza a prática de atos do cotidiano, alguns deles, contudo, precisam ser assistidos pelo representante legal, sob pena de nulidade relativa (GONÇALVES, 2016).

A partir disso, muito se discute sobre a natureza jurídica da sentença de interdição. Parte da doutrina defende que a sentença é declaratória na medida em que declara uma situação fática anterior, a deficiência como causa de interdição, por exemplo. Como assevera Gonçalves (2016, p. 121), “há uma declaração de certeza do direito preexistente, das condições necessárias e determinadas em lei para se criar nova relação, ou alterar relação existente”. Conclui o autor que a natureza é mista, tese defendida por Maria Helena Diniz, sendo ao mesmo tempo declaratória e constitutiva.

Quanto aos atos praticados pelo incapaz, afirma Gonçalves (2016) que após a sentença que declara a curatela é anulável de forma presumível, mas antes da sentença de interdição só será

anulável se provada a deficiência ou incapacidade de forma inequívoca, tese defendida por Pontes de Miranda. O autor reconhece ainda a corrente que a invalidade do ato anterior à sentença dependerá da notoriedade do seu estado de incapacidade, cuja inspiração vem do direito francês e busca proteger a pessoa que contratou com o relativamente incapaz, desconhecendo a sua condição.

Essa teoria é defendida por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2014), segundo os quais a regra é que apenas após a sentença de interdição possa haver a nulidade do ato praticado pelo incapaz sem a devida representação. Assim, defendem a validade dos atos praticados anteriormente à sentença de interdição, salvo se a incapacidade era notória ou se houver prejuízo ao incapaz, resguardando os interesses de terceiro de boa-fé.

Em artigo sobre negócios jurídicos realizados antes da sentença de interdição, Gilberto Andrade (2015) discute a possibilidade de o juiz estabelecer uma data anterior à sentença para declarar efeitos desde o passado, o que atingiria eventuais negócios jurídicos anteriores. Ocorre que a natureza constitutiva dessa sentença afastaria essa possibilidade, devendo em casos especiais ser proposta uma ação específica para se atingir eventual invalidação de um negócio realizado antes da sentença.

Como se observa, a sentença de interdição, em relação aos efeitos, possui natureza jurídica constitutiva, operando-os para o futuro. O novo CPC traz no artigo 1.012, parágrafo 1º, inciso VI, a informação sobre a produção imediata dos efeitos da sentença de interdição, destacando que não efeito suspensivo para o caso.

Desse modo, os portadores de transtornos mentais que praticassem negócios jurídicos antes da sentença de interdição, ou seja, antes de serem considerados incapazes para o direito, em regra, realizavam atos válidos, já que a interdição ensejaria uma situação jurídica que produz efeitos *ex nunc*. Por outro lado, se o estado de incapacidade fosse evidente, haveria possibilidade excepcional de essa nulidade retroagir à data do ato. Ademais, após a interdição civil, os incapazes deveriam estar assistidos ou representados para realizar negócios jurídicos válidos, sob pena de nulidade absoluta ou relativa, conforme o grau da incapacidade, panorama completamente alterado pelo estatuto da pessoa com deficiência.

4.4.2. A nova capacidade e a validade dos negócios jurídicos realizados pela pessoa com deficiência mental.

Como já foi discutido durante o trabalho, o portador de deficiência é capaz na esfera do direito, de modo que apenas excepcionalmente poderá ser enquadrado como relativamente incapaz, em casos mais graves, quando a deficiência impedir a manifestação da vontade. Desse modo, a capacidade permite a esse sujeito a realização de negócios jurídicos sem uma intervenção obrigatória de representantes legais.

Embora se discuta o instituto da curatela após as mudanças provocadas pelo estatuto, acredita-se que o mesmo terá espaço, especialmente, para os casos de portador de transtorno mental impossibilitado de manifestar a vontade. Contudo, é preciso discutir os casos em que se consegue manifestar a vontade, mas não se tem um pleno discernimento acerca dos negócios a serem concretizados. Pela nova regra, essa pessoa é capaz e realiza negócios válidos, que não serão nem mesmo anuláveis já que o sujeito consegue manifestar a vontade, ainda que não tenha pleno discernimento devido à sua deficiência.

Assevera José Simão (2015) que antes da vigência do estatuto os casos de negócios jurídicos realizados por pessoas com transtornos mentais eram facilmente anuláveis após a sentença de interdição, o que muda com a nova lei, em que será necessário um grande esforço para enquadrar a situação em uma das hipóteses de vício de consentimento, tais como o erro e dolo, o que torna o procedimento mais complexo e não protege a pessoa com deficiência.

Igualmente, afirma Requião (2016) que a mudança operada pela lei irá interferir em toda teoria dos negócios jurídicos justamente porque boa parte das causas de invalidade foram afastadas, restando a discussão quanto aos vícios do negócio jurídico, seus limites e características, propondo um especial debate sobre a lesão.

Um aspecto que vem sendo discutido pelos autores é a qualidade de relativamente incapaz, que pode ser associada à pessoa com deficiência mental grave e a validade dos negócios jurídicos nesse caso. Ora, se não há mais nulidade absoluta para essa hipótese, ressalvada a configuração de simulação, o negócio apenas será anulável. Mas não é só isso. Como relativamente incapaz

cabe a assistência pelo representante legal, a mera assistência (KUMPEL E BORGARELLI, 2015).

Atalá Correia (2015) também discute a situação, questionando como se aplicará a assistência nesses casos, se a pessoa com deficiência não consegue sequer manifestar a vontade. Propõe, com isso, a hibridização de instituto, em que, embora seja caso de capacidade relativa, exista um a representação legal no lugar da mera assistência.

Como se sabe, a validade do ato jurídico, nessas situações, exige a assistência do curador. Isso quer dizer que o curatelado deve manifestar, conjuntamente com o curador, seus interesses, não podendo a vontade deste substituir a daquele. Contudo, se o interditado não detém qualquer possibilidade de manifestação de vontade, a nova legislação o colocou diante de um impasse: seu curador não pode representá-lo, pois ele não é absolutamente incapaz, e tampouco conseguirá praticar qualquer ato da vida civil, pois não conseguirá externar seus interesses para que alguém lhe assista. Caso o quadro legislativo não se altere, será razoável tolerar uma hibridização de institutos, para que se admita a existência de incapacidade relativa na qual o curador representa o incapaz, e não o assiste. Entendida a questão de maneira literal, a interdição de pessoas teria pouco significado prático (CORREIA, 2015, ON LINE).

O autor segue defendendo que o controle de validade desses atos deve ensejar nulidade e não anulabilidade, o que seria mais favorável à pessoa com deficiência, pois a anulabilidade precisa de um interessado para que seja arguida, sujeitando-se a prazo decadencial (CORREIA, 2015).

Outras questões negociais parecem trazer prejuízos ao portador de transtornos mentais. A primeira é a quitação prevista no artigo 310 do código civil. Com a mudança da capacidade civil, verifica-se que a quitação concedida pela pessoa com deficiência terá validade e eficácia, ainda que na prática, esta pessoa não tenha condições de avaliar eventual prejuízo (SIMÃO, 2015). Nesse caso, frise-se que a pessoa com deficiência pode ter comprometimentos cognitivos, mas conseguir expressar sua vontade, o que impede a sua caracterização como relativamente incapaz à luz da nova regra, tendo plena validade os seus atos.

A outra situação que vem sendo apontada como prejudicial ao portador de transtornos mentais é a necessidade de aceitação de doação. Conforme a regra do artigo 543 do CC/02, não é necessária a aceitação para absolutamente incapaz no caso de doações puras. Já que o portador de transtorno mental é capaz e no máximo será relativamente incapaz, quando não conseguir exprimir a vontade, será necessária a sua aceitação, o que pode ser de difícil aplicabilidade por questões de dificuldades de compreensão típicas de determinadas deficiências (SIMÃO, 2015).

Apesar de serem situações aparentemente prejudiciais ao portador de transtorno mental, essas duas questões levantadas podem ser, de certa forma, amenizadas a partir da tomada de decisão apoiada, instituto já trabalhado nessa pesquisa. Claro que para isso é preciso que a própria pessoa busque essa ajuda e não se sabe até que ponto terá condições de discernir que precisa disso, sendo necessário refletir sobre a ampliação da legitimidade ativa desse instituto. Por outro lado, é preciso pensar também na curatela para os atos negociais, que se aplicariam a essas situações e não estariam restritas à iniciativa da pessoa com deficiência, ainda que a pessoa não se enquadre na incapacidade relativa por ausência de possibilidade de manifestar a vontade, seria uma curatela para uma pessoa capaz, que precisa ser protegida, o que pode ser facilitado por uma alteração legislativa para se prever essa possibilidade sem maiores esforços de interpretação.

Outro ponto interessante, defendido por Maurício Requião, refere a uma modificação na lei para que os atos realizados pelos incapazes em qualquer grau não sejam considerados nulos, em nenhuma hipótese, mas apenas anuláveis. Com isso, mesmo que o negócio tenha sido feito por um menor de 16 anos, o único absolutamente incapaz que restou previsto no CC-02, deve-se apurar a situação concreta e se houve prejuízo ao incapaz, o que permitem uma maior flexibilidade aos negócios, bem como permanece protegendo essa pessoa, sem que a doutrina precise criar explicações excêntricas para atos comumente praticados pelo menor (REQUIÃO, 2016).

Acredita-se que seja possível adotar para os casos das pessoas com deficiência mental ou intelectual a flexibilização dos institutos de controle da validade dos negócios jurídicos. Os conceitos de assistência e representação, bem como a ideia de nulidade ou anulabilidade poderiam ser aplicadas conforme o caso concreto, o grau de discernimento da pessoa envolvida e, especialmente, o interesse dessa pessoa, verdadeiro destinatário da proteção legal.

CONCLUSÃO

A Lei 13.146/2015 buscou a renovação do sistema de proteção à pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro, que embora já estivesse disciplinado na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência ratificada pelo Brasil, ganhou novos ares ao promover discussões sobre os efeitos dessa lei no Direito Civil após a alteração da capacidade civil.

Como um importante corolário da luta pelos direitos da pessoa com deficiência se destaca o princípio da autonomia privada. Observou-se que o princípio fundamenta a concepção de que o sujeito deve ter liberdade para realizar escolhas de ordem patrimonial e existencial, desde que estejam em consonância com os valores vigentes na sociedade e no ordenamento jurídico. Contudo, não se trata de uma construção fácil quando o debate ocorre em torno da pessoa com deficiência mental ou intelectual, que pode ter dificuldades de discernimento em maior ou menor grau, realizando escolhas que podem ser maléficas para sua personalidade ou para seu patrimônio.

A dignidade da pessoa com deficiência se fortalece ao passo que a sua autonomia é reconhecida. Como foi abordado à luz de Paulo Freire, o oprimido precisa romper com a dependência em relação ao seu opressor para conseguir se desenvolver em sociedade. Entende-se, portanto, que a promoção da autonomia é necessária para romper com antigos estigmas que macularam a pessoa com deficiência mental ao longo da história da humanidade.

Como o estigma e o preconceito são ainda comuns em face dessas pessoas é preciso utilizar de instrumentos como a lei para que se estabeleçam algumas regras capazes de romper com a ideia de que quem tem algum impedimento mental não pode conviver em sociedade e não é capaz de fazer escolhas. Desse modo, acredita-se que a autonomia é um caminho para um novo paradigma de respeito, igualdade e solidariedade na proteção das pessoas com deficiência.

Além disso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência reafirmou a bandeira dos direitos sociais básicos, tais como a moradia, saúde, trabalho e educação através de perspectivas de solidariedade, como um dever de toda a sociedade a sua promoção, responsabilizando o seio social tão excludente pelo resgate à dignidade e pelo empoderamento dessas pessoas.

Não obstante, quando a Lei 13.146/2015 estabelece a plena capacidade para as pessoas com deficiência mental, em conformidade com a Convenção Internacional sobre o tema, se aproxima de uma seara mais delicada, provocando o debate sobre a o discernimento para exercer os atos da vida civil pessoalmente. Ao longo da história, a ideia de incapacidade foi presumida através da deficiência mental, em menor ou maior grau, de modo que a ausência de discernimento embasava a necessidade de uma proteção especial através do sistema de interdição. Todo esse panorama foi alterado. Existe agora uma presunção de capacidade, ainda que se falte o pleno

discernimento, o que deverá, excepcionalmente, ser demonstrado para se chegar a uma incapacidade relativa, pois a absoluta apenas se preservou em face dos menores de 16 anos no sistema vigente.

A partir da mudança no sistema de capacidade, operou-se um novo olhar sobre o instituto da curatela. A nova concepção pugna por um processo humanizado, utilizado no melhor interesse da pessoa com deficiência, e ainda, deve ser medida excepcional, de acordo com a situação concreta, em que será possível observar a real necessidade de um curador. Com isso, é possível combater as antigas concepções meramente patrimonialistas, que por vezes ignoravam a pessoa com deficiência enquanto sujeito de direitos capaz de se desenvolver em sociedade.

Nessa temática, outros instrumentos estão sendo discutidos, tais como: a autocuratela, que decorre da iniciativa da pessoa com deficiência que mesmo com a aparente revogação pelo NCPC coaduna com a ideologia do Estatuto, devendo prevalecer no sistema; a curatela compartilhada entre mais de um responsável legal, capaz de integrar um sistema de proteção mais adequado em alguns casos com uma melhor gerência do interesse da pessoa; e a tomada de decisão apoiada, instrumento que tem a possibilidade de permitir um auxílio menos invasivo e a critério da pessoa com deficiência em questões existenciais e patrimoniais. Quanto a esta última, impende destacar a proposta de que se flexibilize a questão da legitimidade em casos de doenças mentais mais graves em que o próprio sujeito não teria condições de pleitear o apoio, mas seria um instrumento útil para sua própria proteção.

Outros efeitos decorrem da mudança da capacidade civil. Conclui-se que a capacidade atrai a responsabilidade civil da pessoa com deficiência de modo que não será mais beneficiário do sistema subsidiário do dever de reparação, previsto no art. 928 do CC/2002. Tal mudança pode prejudicar esse sujeito, um verdadeiro ônus decorrente da sua reinserção social, interpretação inevitável, que pode ser ressaltada a partir de alguma inovação legal que tente resguardar a pessoa com deficiência dada a sua particularidade. Ademais, no que tange ao curador, acredita-se que apenas será responsabilizado na hipótese de se enquadrar a pessoa com deficiência como relativamente incapaz, quando não conseguir demonstrar vontade. Nas demais hipóteses, considerando a curatela concedida para um civilmente capaz, como instituto cada vez mais restrito a alguns poucos negócios, conforme o caso concreto, não haverá o que se falar na responsabilidade do curador.

Igualmente, discute-se a capacidade para contrair matrimônio pela pessoa com deficiência. Essa capacidade foi concedida de modo que não se pode alegar ainda nulidade em caso de erro sobre a pessoa por desconhecimento de doença mental de um dos cônjuges. Essa mudança endossa a ideia de autodeterminação, realização pessoal plena e de rompimento com estigmas sociais. Acredita-se que foi uma alteração benéfica e que enaltece a capacidade como direito fundamental, cabendo apenas a concretização de instrumentos de apoio para que a pessoa consiga se realizar plenamente de forma segura, a exemplo da utilização da tomada de decisão apoiada.

Quanto à prescrição e decadência, não se vislumbra nessa primeira reflexão, outra interpretação que não venha a prejudicar a pessoa com deficiência, de modo que tal como ocorreu no sistema de responsabilidade civil, constitui-se como um ônus decorrente da nova capacidade. Assim, correrão os prazos sem a possibilidade de se alegar a deficiência mental como causa impeditiva. De todo modo, convém esclarecer que a ideia de autonomia e de inclusão propostas podem trazer consequências que, embora onerosas, são naturais à posição de plena capacidade agora pertencente a esse sujeito. Nos casos particulares da responsabilidade civil a priori e da prescrição e decadência, é possível refletir sobre formas de equilibrar a necessária capacidade e uma condição de menor ônus à pessoa com deficiência, através da inclusão de dispositivo legal capaz de mitigar tais prejuízos.

Outro ponto que tem despertado grandes debates decorre da validade dos negócios jurídicos realizados pela pessoa com deficiência. Ora, conforme exposto na pesquisa, os negócios são válidos e, excepcionalmente, será possível discutir apenas a anulabilidade, já que se vislumbra apenas excepcional incapacidade relativa dessas pessoas. Ademais, observa-se que a representação legal não mais será o instrumento adequado para essas pessoas, mas sim a assistência, o que necessita de um esforço interpretativo para conciliar as situações concretas e o interesse da pessoa com deficiência, que desprovida de possibilidade de manifestação de vontade não precisaria de mera assistência, mas sim de alguém a substituísse para realizar atos do cotidiano.

Com isso, acredita-se que será necessário adequar os tradicionais institutos da representação e da assistência para conciliá-los com as alterações aqui discutidas. Não só esses institutos precisarão de maiores reflexões, como também todo o sistema de nulidade e anulabilidade em relação a esse sujeito de direitos, já que após a mudança na capacidade civil não cabe anulação

de ato realizado pela pessoa com deficiência, salvo hipótese simulação ou coação absoluta, cabendo apenas anulabilidade. Por um lado, verifica-se a promoção de autonomia e de reconhecimento dessa pessoa como integrante da sociedade, apto a realizar diversos atos jurídicos. Por outro, impedir o reconhecimento de eventual nulidade absoluta afasta a possibilidade de terceiros ingressarem com medidas protetivas para defender o interesse da pessoa com deficiência.

Desse modo, o novo panorama nos convida a questionar o sistema de invalidades tal como conhecido até então. Os conceitos rígidos acima apontados não mais serão satisfatórios para enfrentar a complexidade por trás da capacidade da pessoa com deficiência mental ou intelectual. Não se pode ignorar que várias são as manifestações possíveis de transtornos mentais ou déficits intelectuais, em maior ou menor grau, os quais não foram, e possivelmente não poderiam ser, contemplados em espécie pela lei. Com isso, é necessário que a aplicação desse sistema seja repensada principalmente pelos aplicadores do direito, privilegiando-se a casuística devidamente analisada com o cuidado e proteção que o tema merece. Quanto à lei, entende-se como razoável a ponderação sobre uma proposta que ao menos permita essa flexibilização como cláusula aberta a ser decidida conforme caso concreto.

Dito isso, observa-se que a Lei 13.146/2015 de fato buscou promover os valores que permeiam a luta das pessoas com deficiência, tais como a autonomia, a inclusão social, o rompimento com estigmas e a dignidade da pessoa humana. Contudo, não é de todo benéfico o sistema instaurado. Ao confrontar a alteração da capacidade civil com desdobramentos legais aqui estudados, é possível verificar prejuízos potenciais a essas pessoas, que exigirão da doutrina e da jurisprudência, em especial, grande esforço para compatibilizar os institutos, minimizando esses efeitos.

Não se deve esquecer que o objeto de estudo trata de uma nova perspectiva e como tal necessita de muitas reflexões. Com o tempo, novas indagações surgirão e situações práticas serão levadas ao judiciário, cabendo à comunidade acadêmica acompanhar os desdobramentos da Lei 13.146/2015, de modo que seria impossível esgotar todas as propostas e interpretações nessa pesquisa.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Monica. *Modelos de autonomia e sua incompatibilidade com o sistema de capacidade civil no ordenamento positivo brasileiro: reflexões sobre a resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina*. Acessado em 05 de agosto de 2016. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=69c7e73fea7ad35e>.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do CC/2002* in Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família / coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. IBDFAM, Del Rey, 2004. Disponível em http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/117.pdf . Acesso em 20 de janeiro de 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Projeto do Código Civil. *Autonomia privada*. Acessado em 08 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/235/397>

AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Disponível em <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/prescricao-agnelo1.pdf>. Acesso em 11 de novembro de 2016.

ANDRADE, Gilberto. *A sentença de interdição e os negócios Jurídicos praticados anteriormente pela pessoa interditada*. Disponível em: <https://gilbertoandrad.jusbrasil.com.br/artigos/152372630/a-sentenca-de-interdicao-e-os-negocios-juridicos-praticados-anteriormente-pela-pessoa-interditada>. Acesso em 22/12/2016. Acesso em 22 de outubro de 2016.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. *Curatela compartilhada para pessoas com deficiência é aprovada pela Câmara*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5698/Curatela+compartilhada+para+pessoas+com+defici%C3%Aancia+%C3%A9+aprovada+pela+C%C3%A2mara> .

ASSOCIAÇÃO DE APOIO AOS DOENTES DEPRESSIVOS E BIPOLARES, ADEB. *Estigma & Saúde Mental*. Disponível em <http://www.adeb.pt/publications/estigma-e-saude-mental>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: malheiros, 2013.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Reflexões sobre a autonomia negocial*. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 407-423.

BARCELOS, DAWILSON. *Licitações públicas e os reflexos do estatuto da pessoa com deficiência*. Acessado em 02 de outubro de 2016. Disponível em <http://www.licitante.com.br/licitacoes-publicas-reflexos-estatuto-pessoa-deficiencia/>

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BONFIM, Simone Maria Machado. *Atuação parlamentar sobre a deficiência: uma análise de projetos de lei do período de 2003 a 2008* in Debora Diniz e Wanderson Santos (org.). *Deficiência e discriminação*. Brasília: editora UNB, 2010.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Contrato: do clássico ao contemporâneo*, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, Salvador, v. 13, p. 29-50, 2006. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/081007.pdf>.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos e MOREIRA, José Alberto Marques. *Autonomia privada nas relações de direito de família*. Acessado em 28 de janeiro de 2014. Disponível em <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/959>

CASTRO, Dione Silva. *Terminologias usadas e a inclusão das pessoas com deficiência*. Disponível em: <https://dionecastro.jusbrasil.com.br/artigos/362086469/terminologias-usadas-e-a-inclusao-da-pessoa-com-deficiencia>

CATRO, Manuela. *Mais de 60 mil pessoas morreram no maior manicômio do Brasil*. Acessado em 20 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/08/mais-de-60-mil-pessoas-morreram-no-maior-manicomio-do-brasil>

CAVALLIERI FILHO, Sérgio. *Responsabilidade Civil no Novo Código Civil*. Revista da EMERJ, volume 6, número 24, 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_31.pdf.

CORREIA, Atalá. *Estatuto da pessoa com deficiência traz inovações e dúvidas*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9ª edição. São paulo: editora revista dos tribunais, 2013.

DIDDIER, FREDDIE. Editorial 187 - *Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão*. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/> . Acesso em 10 de novembro de 2016.

DINIZ, Debora e SANTOS, Wanderson (org.). *Deficiência e discriminação*. Brasília: editora UNB, 2010.

DINIZ, Debora. *O que é deficiência?* São Paulo: editora brasiliense, 2012.

DIPP, Carlos Eduardo. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Disponível em <http://revistas.unibrazil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/viewFile/752/706>

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: teoria geral*. Salvador: Editora Juspodium, 2005

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Parte geral e LINDB*. Editora Jus Podium, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Responsabilidade Civil*. Salvador: editora Jus Podium, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Escritos de Direito e Processo das famílias. Novidades e Polêmicas*. Salvador: editora Jus Podium, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo* (2016) - Conforme NOVO CPC. Salvador: editora JusPodium, 2016.

FERREIRA E SALVATTI IN *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência*. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* : SNPD – SDH-PR, 2014. (CITAR CADA AUTOR)

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Trad. esp. Luis Sancho Mendizabal. Granada: Editorial Comares, 2001.

FRANÇA, Thiago. *Modelo Social da deficiência: uma ferramenta sociológica para a emancipação social in Lutas Sociais*, Revista do Núcleo de Estudos de Ideologias e Lutas

Sociais (NEILS) Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais – PUC/SP. v. 17, n. 31 (2013). Disponível em <http://revistas.pucsp.br/index.php/ls/article/view/25723/18359> . Acesso em 10 de novembro de 2016.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 25ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. Disponível em http://www.apeoesp.org.br/sistema/ck/files/4-%20Freire_P_%20Pedagogia%20da%20autonomia.pdf . Acesso em 02 de janeiro de 2017.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*, 17ª ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1994. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/paulofreire/paulo_freire_pedagogia_do_oprimido.pdf . Acesso em 04 de janeiro de 2017.

FILOMENO, José Geraldo Brito; GONÇALVES, Renato Afonso; WAGNER JR, Luis Guilherme da Costa. *O código civil e sua interdisciplinaridade*. Editora Del Rey

FOCAULT, Michel. Editora Perspectiva, 1978. *A História da Loucura*. Disponível em https://monoskop.org/images/1/15/Foucault_Michel_Historia_da_loucura_na_idade_classica.pdf. Acesso em 15 de setembro de 2016.

FORGIARINI, Roberta Rossarolla. *A produção da autonomia no sujeito deficiente: contribuições da escola inclusiva*. Revista Educação por Escrito –PUCRS, v.3, n.2, dez. 2012. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/poescrito/article/view/11241> . Acesso em 15 de dezembro de 2015.

GOFFMAN, Erving. *Estigma - Notas Sobre A Manipulação Da Identidade Deteriorada*. 1963 (publicação original). Disponível em http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/92113/mod_resource/content/1/Goffman%3B%20Estigma.pdf. Acesso em 12 de setembro de 2016.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marinho. Forense, 26 ed, 2007.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil* . Rio de janeiro: Forense, 1999.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*; Rio de janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro 1: parte geral*. Editora Saraiva, 2016.

GUGEL, Maria Aparecida. *A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade*. Disponível em

HIRONAKA, Giselda. *Casamento e regime de bens*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4095>>. Acesso em: 9 de outubro de 2017.

HUPFFER, Heide Maria. *O princípio da autonomia na ética kantiana e sua recepção na obra direito e democracia de Jürgen Habermas*. Revista Anima: Curitiba, 2011 - academia.edu. Disponível em <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Seleta-Externa/Haide-Maria-Hupffer.pdf>.

INSTITUO BENJAMIM CONSTANT. Disponível em <http://www.ibr.gov.br/?itemid=85> . Acesso em 17 de janeiro de 2017.

JORNAL DO SENADO. *Lei Brasileira de Inclusão completa um ano com avanços na educação*. Disponível em <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/07/01/lei-brasileira-de-inclusao-completa-um-ano-com-avancos-na-educacao/tablet>. Acesso em 10 de outubro de 2016.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo, Cia Ed. Nacional, 1964. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf

KRETZ, Andrietta. *Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais*. São Paulo: Momento Atual, 2005.

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

LAGO JR., Antonio. BARBOSA, Amanda. *Primeiras Análises Sobre O Sistema De (In)Capacidades, Interdição E Curatela Pós Estatuto Da Pessoa Com Deficiência E Código De Processo Civil De 2015*. Revista de Direito Civil Contemporâneo: RDCC, São Paulo, v. 3, n. 8, p. 49-89, jul/set. 206.

LINS E SILVA, Paulo. *Da nulidade e da anulação do casamento*. Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Paulo_Lins_e_Silva/Nulidade.pdf

LÔBO, Paulo. *Com Avanço Legal Pessoas com Deficiência Mental não são mais Incapazes*. Fonte: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>,

LOPES, Laís de Figueiredo in *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência*. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência : SNPD – SDH-PR*, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima (org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *A emancipação insuficiente da pessoa com deficiência e o risco patrimonial ao novo emancipado na sociedade de consumo*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 104. An0 25. P. 203 – 255. São Paulo: RT, mar-abr. 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato Jurídico*. 14ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MINHOTO, Antonio Celso Beata. *Refletindo com Robert Alexy sobre liberdade e igualdade: subsídios teóricos para um debate em torno da inclusão social*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1-16-1-pb.pdf>

MIZIARA, Daniel Souza Campos. *Interdição Judicial da Pessoa com Deficiência Mental*. Revista do Advogado, AASP, 2007. Acesso em 21/11/2016. Disponível em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Revista_do_Advogado.pdf.

NEVES, M. Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio / *Senses of vulnerability: characteristic, condition, principle* (M. Patrão Neves). Revista Brasileira de Bioética volume 2, número 2 de 2006. Disponível em: https://rbbioetica.files.wordpress.com/2014/11/rbb2-2_completa.pdf

NEVES, Tania Regina Calada. *Movimentos sociais, auto-advocacia e Educação para a cidadania de pessoas com deficiência mental*. Universidade Federal De São Carlos Centro De Educação E Ciências Humanas Programa De Pós-Graduação Em Educação Especial, Ano 2000. Disponível em http://www.apaenet.org.br/images/apostilas/movimentos_sociais.pdf .

NICOLAU, Rene. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência protege o incapaz? NÃO*. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-protege-o-incapaz--nao/15733> . Acesso em 18 de novembro de 2016.

NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. Acesso em 10 de novembro de 2016.

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

PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Lei 13.146 acrescenta novo conceito para capacidade civil*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>. Acesso em 05 de novembro de 2016.

PETTIT, Philip. *Teoria da liberdade*. Trad. Renato Sérgio Pupo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PIOVESAN, Flávia, In *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência*. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR)/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência : SNPD – SDH-PR*, 2014.

PITTA, Ana Maria Fernandes. *Um balanço da reforma psiquiátrica brasileira: instituições, atores e políticas. Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2011, vol.16, n.12. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext_pr&pid=S1413-81232011010600001. Acessado em 10 de outubro de 2013.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Livraria Almedina.

RESENDE, Ana Paula e VITAL, Flávia Maria. *A convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência comentada*. Disponível em: <http://www.governoeletronico.gov.br/documentos-e-arquivos/A%20Convencao%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Deficiencia%20Comentada.pdf>

REQUIÃO, Maurício. *Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição*. Salvador, Jus podium: 2016.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação e discriminação por deficiência*. in Debora Diniz e Wanderson Santos (org.). *Deficiência e discriminação*. Brasília: editora UNB, 2010.

ROCHA, Rafael da Silva. *Autonomia Privada e Direitos da Personalidade*. Disponível em:

http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/258/232. Acesso em 20 de novembro de 2016.

ROSENVALD, Nelson: *Tomada de decisão apoiada*. Disponível em http://media.wix.com/ugd/d27320_ad4936f4ed4e41088be63d7bf571cf61.pdf . Acesso em 05 de setembro de 2016.

ROSENVALD, Nelson. A necessária revisão das teorias das incapacidades n: Thiago Ferreira Cardoso Neves. (Org.). *Direito & Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária*. Estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013.

SANCHEZ, Fábio e colaboradres. *Reforma Manicomial*. Disponível em <http://www.comciencia.br/reportagens/manicom/manicom11.htm>. Acesso em 11 de dezembro de 2016

SANTOS, Wederson. *Deficiência, desigualdade e assistência social: O Brasil e o debate internacional* in Debora Diniz e Wanderson Santos (org.). *Deficiência e discriminação*. Brasília: editora UNB, 2010.

SARMENTO, Daniel (organizador) e outros. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Como chamar as pessoas que têm deficiência?* (2013) Disponível em: <http://diversa.org.br/artigos/como-chamar-as-pessoas-que-tem-deficiencia-2013/>.

SASSAKI, R.K. *Terminologia sobre deficiência na era da inclusão*. In: *Revista Nacional de Reabilitação*, São Paulo, ano V, n. 24, jan./fev. 2002, p. 6-9. In: VIVARTA, Veet (org.). *Mídia e Deficiência*. Brasília: Agência de Notícias dos Direitos da Infância / Fundação Banco do Brasil, 2003, p. 160-165. In: VIVARTA, Veet (org.). *Medios de comunicación y discapacidad: análisis periodístico desde la óptica de los derechos del niño*. Brasília: Save the Children Suecia, Agência de Notícias dos Direitos da Infância e Fundação Banco do Brasil, 2004, p. 160-165. Disponível em: <http://www.selursocial.org.br/terminologia.html>

SCHRAMM, Fermin Roland. *Bioética da proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização*. *Revista Bioética*, volume 16, número 1. Acessado em 05 de novembro de 2016. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/52/55

SHREIBER, Anderson: *Tomada de decisão apoiada: o que é e qual a sua utilidade*. Ano: 2016. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608> . Acesso em 13 de outubro de 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. São Paulo: editora Atlas, 2013.

SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Conade). Disponível em <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/conade> . Acesso em 12 de dezembro de 2016.

SEN, Amartya. *Elementos de uma teoria de Direitos Humanos* in Debora Diniz e Wanderson Santos (org.). *Deficiência e discriminação*. Brasília: editora UNB, 2010.

SILVA, Denis Franco. *O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução*. In: MORAES, Maria Celina Bodin (Coord.). *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SIMÃO, José Fernando. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade - Parte 01*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em 05 de outubro de 2016.

STOLZE, Pablo. *É o fim da interdição?* Fonte: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano> . Acesso em 05 de outubro de 2016.

STOLZE, Pablo. *Deficiência não é causa de incapacidade relativa, a brecha autofágica*. Fonte: <https://jus.com.br/artigos/51407/deficiencia-nao-e-causa-de-incapacidade-relativa> . Acesso em 10 de outubro de 2016.

STOLZE, Pablo. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Sistema Jurídico Brasileiro de Incapacidade Civil*. Disponível em <http://pauloabreu14.jusbrasil.com.br/artigos/214749257/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>. Acesso em 10 de outubro de 2016.

TARTUCE, Flávio. *Projeto de lei do senado federal n. 757/2015*. Altera o estatuto da pessoa com deficiência, o código civil e o código de processo civil parecer fonte: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getpdf.asp?t=195850&tp=1>

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Deficiência Psíquica e Curatela: Reflexões Sob o Viés da Autonomia Privada*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Ano: 2009. Acessado em 10 de setembro de 2016. Disponível em <http://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1986/Defici%C3%Aancia%20ps%C3%ADquica%20e%20curatela%20reflex%C3%B5es%20sob%20o%20vi%C3%A9s%20da%20autonomia%20privada.pdf?sequence=1>

TEPEDINO, Gustavo. *Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos*. Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 1, 2014, disponível em https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume1/rbdcivil-volume-1- doutrina_001.pdf. Acesso em 15 de outubro de 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *O princípio da função social no direito civil contemporâneo*. In: Thiago Ferreira Cardoso Neves. (Org.). *Direito & Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária*. Estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Atlas, 2013.

VELOSO, Zeno. *Estatuto da pessoa com deficiência: uma nota crítica*. Fonte: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/338456458/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-uma-nota-critica> . Acesso em 10 de novembro de 2016.

VENOSA, Silvio De Salvo. *Direito Civil parte geral*. São Paulo: editora atlas, 2004.

YASUI, Silvio. *Rupturas e encontros: desafios da reforma psiquiátrica brasileira*. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2010.