

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
MESTRADO EM DIREITO**

MARINA ARAÚJO CAMPOS CARDOSO

**O SISTEMA PROTETIVO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA:
UMA ANÁLISE DOS REFLEXOS EM INSTITUTOS DE DIREITO CIVIL**

**RIBEIRÃO PRETO
2019**

MARINA ARAÚJO CAMPOS CARDOSO

**O SISTEMA PROTETIVO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA:
UMA ANÁLISE DOS REFLEXOS EM INSTITUTOS DE DIREITO CIVIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adalberto Simão Filho

**RIBEIRÃO PRETO
2019**

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto –

Cardoso, Marina Araújo Campos, 1989-

C198s O sistema protetivo das pessoas com deficiência: uma análise
dos reflexos em institutos de direito civil / Marina Araújo Campos. - -
Ribeirão Preto, 2019.

120 f.

Orientador: Prof. Dr. Adalberto Simão Filho.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direitos coletivos e Cidadania. Ribeirão Preto, 2019.

1. Pessoa com deficiência. 2. Acessibilidade. 3. Dignidade.
4. Igualdade I. Título.

CDD 340

MARINA ARAÚJO CAMPOS CARDOSO

**O SISTEMA PROTETIVO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE
DOS REFLEXOS EM INSTITUTOS DE DIREITO CIVIL.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 14 de dezembro de 2019

Resultado: Aprovada

BANCA EXAMINADORA



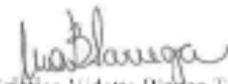
Prof. Dr. Adalberto Simão Filho

Presidente UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto



Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite

UNESP – Universidade Estadual Paulista



Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Bianco Tárrega

UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

RIBEIRÃO PRETO

2019

DEDICATÓRIA

Ao Ronan, pessoa com a qual escolhi compartilhar minha vida, meus sonhos, medos e sucessos, compartilhamos agora a alegria de mais uma conquista. Meu companheiro na sala de aula, nas viagens, nos trabalhos, que esteve ao meu lado em todos os momentos dessa trajetória. Sem ele, o mestrado certamente não seria uma realidade que hoje se apresenta.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que nos protegeu em tantas e idas e vindas a Ribeirão Preto, sempre com segurança, e nos permitiu chegar à conclusão de mais uma etapa na nossa formação profissional.

Agradeço à minha família, que tomou uma nova forma no ano de 2018. Com o apoio dos meus pais e da família do Ronan, que agora é também minha, tudo ficou mais fácil e possível.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo estudar os impactos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico, com ênfase no direito privado. Primeiramente serão abordadas as premissas, objetivos e fundamentos da Lei Brasileira de Inclusão, em especial quanto ao objetivo de garantir dignidade, igualdade e acessibilidade a pessoas que historicamente foram excluídas da sociedade. Também será analisada como esta questão está sendo tratada no âmbito do direito espanhol. Em um segundo momento serão abordados os reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência em institutos do direito civil, sendo que o que possui maior visibilidade é a alteração da teoria das incapacidades. As pessoas que apresentam limitações funcionais e precisariam, em um primeiro momento, de alguma proteção, passam a ser consideradas plenamente capazes e são tratadas com os mesmos ônus daquelas que não as possuem. Contudo, o que causou mais perplexidade foi o fato de serem tratadas como relativamente incapazes pessoas que não conseguem exprimir vontade. Estas alterações geraram reflexos em todos os livros do Código Civil, ou seja, interferiu no regramento dos negócios jurídicos, da prescrição, da prova, da quitação, da responsabilidade civil, do contrato de doação, do casamento, da união estável, da capacidade testamentária, gerando, na maior parte das vezes situações de vulnerabilidade às pessoas que se buscou proteger. Com efeito, a alteração pontual na teoria das incapacidades e em alguns outros dispositivos específicos tornou o sistema protetivo elaborado para as pessoas consideradas vulneráveis falho e inseguro. O que se pretende mostrar com este estudo, portanto, são os avanços do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que são bastante significativos quanto à busca por inclusão, reconhecimento de direitos de participação e, especialmente, a dissociação entre incapacidade e deficiência, mas também o que merece ser revisto, por gerar prejuízo e vulnerabilidade. O método utilizado na elaboração deste trabalho é a pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos, teses, legislação em vigor e jurisprudência, sempre buscando apresentar uma análise crítica dos dados levantados com a pesquisa.

Palavras-chave: Pessoa com Deficiência. Inclusão. Acessibilidade. Teoria das Teoria das Incapacidades. Capacidade de fato. Negócio Jurídico. Casamento. Testamento.

ABSTRACT

This dissertation aims to study the impacts of the Statute of the Disabled on the legal system, especially on private law. Firstly, the premises, objectives and fundamentals of the Brazilian Inclusion Law will be addressed, especially regarding the objective of guaranteeing dignity, equality and accessibility to people who have historically been excluded from society. It will also analyze how this issue is being dealt with under Spanish law. In a second moment, the reflexes of the EPD in institutes of the civil law will be approached, and what has greater visibility is the alteration of the theory of disabilities. People who have functional limitations and would first need some protection are now considered fully capable and are treated with the same burden as those who do not. What was most perplexing, however, was the fact that people who cannot express their will were treated as relatively incapable. These changes reflected in all the books of the Civil Code, ie, interfered with the rule of legal business, prescription, proof, discharge, liability, donation contract, marriage, stable union, testamentary capacity. , generating, in most cases, situations of vulnerability to the people who sought to protect. Indeed, the punctual change in disability theory and some other specific devices has made the protective system designed for people considered flawed and insecure. What is intended to be shown with this study, therefore, are the advances in the Statute of the Disabled, which are quite significant regarding the search for inclusion, recognition of participation rights and, especially, the dissociation between disability and disability, but also the that deserves to be reviewed, as it generates harm and vulnerability. The method used in the elaboration of this work is the bibliographical research in books, scientific articles, theses, current legislation and jurisprudence, always seeking to present a critical analysis of the data raised with the research.

Keywords: Person with disabilities. Inclusion. Accessibility. Disability Theory. Capacity indeed. Juridic business. Marriage. Testament.

LISTA DE ABREVIATURAS E DE SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
art.	Artigo
CC	Código Civil
CDPD	Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência
CF	Constituição Federal
CJF	Conselho da Justiça Federal
CGJSP	Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo
CSM	Conselho Superior da Magistratura
Dec.	Decreto
EPD	Estatuto da Pessoa com Deficiência
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 VISÃO HISTÓRICO-EVOLUTIVA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	14
1.1 NOÇÕES GERAIS	14
1.2 CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA	21
1.3 A CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO ESPANHOL	25
1.4 PRINCÍPIOS ESTRUTURAIS DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO	29
1.4.1 Dignidade	30
1.4.2 Igualdade	36
1.4.3 Acessibilidade	43
2 REFLEXOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA CAPACIDADE CIVIL	49
2.1 EVOLUÇÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 ATÉ O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	53
2.2 CURATELA DE TOMADA DE DECISÃO APOIADA	62
3 REFLEXOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA EM INSTITUTOS DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO DE 2002	71
3.1 NEGÓCIO JURÍDICO	71
3.2 PROVAS	79
3.3 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA	80
4 REFLEXOS JURÍDICOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO CIVIL	86
4.1 CONTRATO DE DOAÇÃO	86
4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL	90
4.3 CASAMENTO	94
4.4 UNIÃO ESTÁVEL	102
4.5 TESTAMENTO	106
CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS	115

INTRODUÇÃO

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em 30 de março de 2007 em Nova York, foi ratificada pelo Brasil em 31 de agosto de 2008 e promulgada pelo Decreto 6.949 de agosto de 2009. Ingressou em nosso ordenamento jurídico com status de norma constitucional, pois foi aprovada em dois turnos de cada casa do Congresso Nacional por dois terços dos votos, conforme autoriza o texto constitucional. A Convenção reconhece a deficiência como questão de direitos humanos e, após ser ratificada, passou a trazer direitos fundamentais constitucionais, ou seja, garantiu-se o direito às pessoas com deficiência de desfrutar de todas as condições necessárias ao desenvolvimento de suas habilidades e aspirações. Representa, em verdade, um importante passo na concretização do valor fundamental da dignidade da pessoa humana e da efetivação do princípio da igualdade, em sua concepção material.

Já existia na Constituição da República normas que determinavam a proteção das pessoas com deficiência e vedavam discriminações, como por exemplo a vedação de salários desiguais e diferentes critérios de admissão, bem como na legislação infraconstitucional, mas o ordenamento jurídico carecia de normas que garantissem a esse grupo de pessoas a efetividade direitos sociais e individuais. Ainda que incontestada a essencialidade de normas que estabeleçam políticas públicas, a inclusão social dessas pessoas era realmente necessário. Um grande avanço que o Estatuto da Pessoa com Deficiência representa é, exatamente, a proteção de direitos existenciais, de caráter individual, ou seja, uma preocupação com a pessoa e o maior desenvolvimento possível de suas habilidades e interesses.

Com o objetivo de assegurar e promover o efetivo exercício dos direitos e liberdades fundamentais às pessoas com deficiência, e retirar o estigma histórico vivenciado por essas pessoas ao longo de décadas, foi promulgada a Lei Federal 13.146 em 6 de julho de 2018, denominada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual entrou em vigor cento e oitenta dias após a publicação. Esta lei trouxe como premissa fundamental a

igualdade e a não discriminação, reconheceu os direitos fundamentais à vida, habilitação e reabilitação, saúde, educação, moradia, trabalho, assistência e previdência social, acesso à cultura, esporte, lazer e mobilidade, mas também alterou substancialmente a teoria das incapacidades, revogando e alterando os artigos 3º e 4º do Código Civil.

A partir da entrada em vigor do Estatuto da pessoa com deficiência a incapacidade absoluta passou a se restringir às pessoas com idade até dezesseis anos, sendo as demais situações de impossibilidade ou comprometimento da manifestação de vontade tratadas como incapacidade relativa. Um marco desta alteração reside no fato de incapacidade civil se desvincular completamente da noção deficiência e se basear essencialmente no discernimento para manifestação da vontade. Esta mudança afeta significativamente diversos institutos dispersos em todo o Código Civil e até mesmo na legislação extravagante. Com relação às pessoas com deficiência, estabeleceu-se a capacidade plena para os atos de natureza existencial e somente os atos com conteúdo patrimonial se sujeitam à teoria das incapacidades, ou seja, dependem de representação ou assistência.

De acordo com a nova teoria das incapacidades trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, as pessoas com deficiência presumem-se plenamente capazes e caso o discernimento seja comprometido, ou até mesmo em total ausência deste, somente podem ser considerados relativamente incapazes quanto aos atos de conteúdo patrimonial. Muitos autores já reconheciam que a interdição e a curatela repercutiam apenas no plano dos direitos patrimoniais do curatelado, o que ficou definido de forma expressa no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

É nítido o propósito de integração das pessoas com deficiência na sociedade, seja no ambiente escolar ou no trabalho, bem como a busca pela igualdade e a dignidade da pessoa humana. Ocorre que o nosso ordenamento jurídico foi construído de forma a proteger de uma forma mais ostensiva aquelas pessoas consideradas absolutamente incapazes, proteção esta que deixaria de alcançar as pessoas que não são capazes de manifestar a vontade, seja em virtude da deficiência, seja por outros fatores.

A hipótese deste trabalho é justamente um estudo verticalizado a respeito das consequências do Estatuto da Pessoa com Deficiência, quais as situações que a inovação legislativa causou prejuízo e menor proteção às pessoas com deficiência e

qual a melhor forma de interpretá-lo e aplicá-lo tanto no âmbito dos direitos da personalidade como dos direitos patrimoniais, reconhecendo a importância de proteção do patrimônio das pessoas com deficiência, inclusive como condição para uma existência digna. Consiste ainda, em abordar os reflexos positivos e negativos desta alteração da teoria das incapacidades ao se admitir que uma pessoa que não tenha condições de manifestar a vontade seja considerada relativamente incapaz e seja impossível atribuir-lhe o tratamento de incapacidade absoluta, pelo menos mediante uma interpretação literal dos dispositivos legais. O problema que este trabalho se propõe a enfrentar é se o Estatuto da Pessoa com Deficiência não acabou por gerar vulnerabilidade para um grupo de pessoas que precisam da sua proteção, talvez o principal deles, com o afã de garantir a igualdade.

É incontestável que a pessoa humana e todos os valores existenciais a ela inerentes devem se sobrepor aos interesses patrimoniais, mas também é importante lembrar que a nossa doutrina e jurisprudência já reconhecem a importância da proteção de um patrimônio mínimo como forma de garantir a subsistência da pessoa e, por conseguinte, a sua dignidade.

Ao longo do trabalho será analisado se o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao tratar todas as pessoas que não possuem condições de manifestar a vontade como relativamente incapazes, sem a possibilidade de lhes outorgar a proteção conferida pelo ordenamento jurídico aos absolutamente incapazes, não acabou por gerar uma situação prejudicial no âmbito patrimonial com reais possibilidade de resvalar nos direitos existenciais.

Serão abordados os reflexos das alterações provocadas pelo Estatuto da pessoa com deficiência em vários institutos do direito civil, seja na parte geral, que trata da teoria das incapacidades, negócio jurídico, prescrição e decadência, prova, seja na parte especial, nos contratos, no casamento e no testamento, evidenciando que a reforma provocada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o direito civil como um todo. Estabelecidas as alterações será possível concluir se foram em benefício ou prejudiciais às pessoas com deficiência.

Este trabalho teve como método a pesquisa teórica e como objetivo a análise crítica da bibliográfica consultada, em especial livros, artigos científicos, legislação e jurisprudência, bem como publicações especializadas e tem como referencial teórico os estudos de Heloiza Helena Barbosa, Flavia Piva Almeida Leite

e Luiz Alberto David de Araújo, a doutrina brasileira de direito civil e demais autores que tratam do assunto.

1 VISÃO HISTÓRICO-EVOLUTIVA DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

1.1 NOÇÕES GERAIS

A sociedade internacional e os Estados nacionais vêm demonstrado preocupação em proteger os grupos considerados vulneráveis e, para tanto, elaboram tratados e convenções internacionais, os quais são inseridos na legislação interna de cada país signatário, como é o caso da convenção sobre direitos das pessoas com deficiência. O ponto de partida desse movimento foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que apesar de não ser obrigatória, marca um compromisso dos Estados com a efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido estão as convenções e tratados internacionais para a eliminação da discriminação racial de 1965, eliminação da discriminação contra a mulher, de 1979, contra a tortura, de 1984, sobre os direitos da criança, de 1989, sobre os povos indígenas, de 1989, para proteção dos migrantes, de 1990, e proteção das pessoas com deficiência em 2007¹.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência tem como fundamento a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assinada em Nova Iorque em 2007 e ingressou na ordem jurídica interna através do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, que o aprovou, e posteriormente com a promulgação do Decreto Presidencial 6949 de 25 de agosto de 2009², conforme expresso no artigo primeiro,

¹ PEREIRA, Marcos Vinicius Torres. **Estatuto da pessoa com deficiência**: comentários à Lei 13.146/2015. GALASSI, Almir et al. MARTINS, Guilherme Magalhães; HOUAISS, Livia Pitelli Zamarian (Org.). Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 4.

² BRASIL. **Decreto 6949 de 25 de agosto de 2009**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.

parágrafo único³ da Lei 13.146⁴. Foi o primeiro tratado internacional sobre direitos humanos ratificado pelo Brasil através do procedimento introduzido no artigo 5º da Constituição⁵ pela Emenda Constitucional 45/2004, ou seja, aprovado em dois turnos por três quintos de votos e, por isso, com status de norma constitucional, o que lhe garante estar hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro efeito da subscrição pelo Brasil da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo – CDPD – é o reconhecimento da deficiência como uma questão de direitos humanos, o que fica claro no primeiro artigo do diploma internacional, e assegura o direito da pessoa com deficiência de desenvolver todas as suas faculdades e habilidades de forma plena⁶. Os direitos humanos caracterizam-se pela universalidade, pois atinge todos os seres humanos indistintamente, independente de fator social, religioso, de gênero, econômico ou qualquer outro, e pela indivisibilidade, pois gera um vínculo entre os direitos civis, políticos, culturais, econômicos e sociais. Ao comentar a indivisibilidade dos direitos humanos, Cristiano Chaves exemplifica com o direito à liberdade de expressão, que ficaria esvaziado sem o direito à educação, o que também é verdadeiro se analisado ao contrário, ou seja, o direito à educação não faria muito sentido sem a possibilidade de manifestar as ideias⁷.

3 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. Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

4 BRASIL. **Lei Federal n. 13.146**, de 6 de julho de 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.

5 (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

6 BARBOZA, Heloiza Helena (Coord.). **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência à luz da Constituição da República**. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 31.

7 FARIAS, Cristiano Chaves de, CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência - comentado artigo por artigo**. 3. rev. Ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 22.

Ao discorrer sobre os direitos humanos David Sanchez Rubio⁸ ensina que a noção de direitos humanos pode ser percebida como processos de abertura e consolidação de espaços de luta por diversas formas de entender a dignidade da pessoa humana e como forma de acessar a bens que satisfazem as necessidades humanas. Propõe, portanto, uma ampliação e expansão do olhar, a partir da complexidade e relacionada às lutas dos movimentos sociais que os originam e lutas cotidianas individuais. Além disso, sugere que a abordagem dos direitos humanos não seja apenas na dimensão pós-violada, mas também com viés preventivo e pré-violador.

O segundo efeito da CDPD reside no fato de que os direitos da pessoa com deficiência passaram a ser questão de natureza constitucional, o que gera dois reflexos imediatos, a saber, as diretrizes para a interpretação da legislação infraconstitucional são aquelas previstas na convenção internacional, em especial para garantir o alcance o Estatuto da Pessoa com Deficiência e, por outro lado, as pessoas com deficiência passam a ser amparadas pela Constituição, à qual poderão recorrer diretamente em caso de violação de seus direitos ou se forem vítimas de discriminação⁹.

A Lei 7.853¹⁰, de 24 de outubro de 1989, buscou proteger as pessoas com deficiência. Estabelece no artigo 2º o dever do Poder Público e seus órgãos de assegurar às pessoas portadoras de deficiência, termo utilizado na lei, o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico. Contudo, na época vigorava a ideia de integração social da pessoa com deficiência e não a noção de inclusão, como é atualmente. Trata-se de um dispositivo legal que previu a implementação de políticas públicas para a concreção dos direitos das pessoas com deficiência, em uma visão assistencialista, sem considerar que o compromisso é de toda a sociedade, que tem o dever de

⁸ RUBIO, David Sanchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos:** de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 48-49

⁹ BARBOSA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência à luz da Constituição da República.** Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 31.

¹⁰ BRASIL. **Lei Federal n. 7.853**, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: < [http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm)>. Acesso em: 11 out. 2019.

eliminar as barreiras que impedem ou dificultam a fruição de todos os direitos inerentes à pessoa.

Heloisa Helena Barboza destaca que já existia na Constituição da República disposições que visavam a integração das pessoas com deficiência na sociedade, contudo sob uma perspectiva assistencial, o que representava um avanço, mas não era suficiente. As pessoas com deficiência necessitavam de direitos individuais e sociais efetivos, de meios hábeis a proporcionar o pleno desenvolvimento individual e, paralelamente, a inclusão na sociedade.

A autora apresenta ainda uma interessante distinção entre os conceitos de integração e inclusão. Embora a noção de integração tenha sido desenvolvida com o objetivo de acabar, ou ao menos reduzir, com a exclusão social que afetou as pessoas com deficiência por muitos anos, ela se funda na premissa de que a pessoa com deficiência que deve se adaptar ao meio e superar as barreiras presentes na sociedade, a qual permanecia em estado de inércia. Já a inclusão pressupõe uma conduta ativa por parte da sociedade, a qual tem o dever de se adaptar para acolher as pessoas com deficiência¹¹. Nesse sentido, um dos princípios gerais trazidos pela CDPD é a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade.

Conforme ensina Barboza, o Estatuto da Pessoa com Deficiência adotou o denominado modelo social da deficiência, que constitui um novo paradigma sobre o tema. O “modelo moral” foi o primeiro a ser adotado e existiu na antiguidade, segundo ele a pessoa com deficiência nada tem a contribuir com a sociedade, constitui um ônus, uma carga a ser suportada pela família e pela comunidade – trata-se de um castigo divino em virtude de algum pecado ou falha moral. Já o “modelo médico” trata a deficiência como uma patologia, devendo a pessoa ser tratada para se tornar o mais “normal” possível. A principal característica desse modelo consiste na substituição da divindade pela ciência e a possibilidade de a pessoa com deficiência, se “tratada”, ser capaz de contribuir para a sociedade. Enquanto prevaleceu este modelo vigorava a compreensão de integração da pessoa e foram desenvolvidos meios de prevenção, reabilitação e tratamento das pessoas com deficiência¹².

¹¹ BARBOZA; ALMEIDA, 2018, p. 33.

¹² Ibid., p. 33.

O modelo médico reconhecia a pessoa com deficiência como um “inválido”, ou seja, uma pessoa incapaz de tomar as suas próprias decisões e, nesse contexto, as respostas do Poder Público para essas pessoas eram fundadas no assistencialismo e na caridade, sem reconhecer que a pessoa com deficiência é sujeito de direitos. Nesse modelo buscava-se a “cura” da pessoa através de tratamentos médicos para o retorno à “normalidade”¹³.

O modelo social, por sua vez, foi criado nos fins da década de 1970 nos Estados Unidos e é trazido no preâmbulo da CDPD, a qual reconhece que a “deficiência é um conceito em evolução”, e constitui uma questão social, não sendo, portanto, de cunho religioso ou somente médico, e demanda intervenções na sociedade. Nesse modelo a deficiência deixa de ser unilateral, na perspectiva do indivíduo buscar a sua inserção social, e passa a ser bilateral, na medida em que a sociedade para a ter o dever de fornecer os meios, serviços e instrumentos para que as pessoas com deficiência sejam incluídas¹⁴.

Nesse sentido ensina Laís de Figueiredo Lopes:

O modelo social frisa o impacto do ambiente na vida da pessoa com deficiência e determina que este seja considerado, sempre. Pode-se dizer que essa positivação da mudança de enfoque conceitual e de olhar passa da lente do modelo médico assistencial para a lente do modelo social da deficiência baseado nos direitos humanos.¹⁵

Segundo a autora, o modelo social determina que as barreiras existentes na sociedade devem ser removidas, sejam elas arquitetônicas, de comunicações ou atitudinais, de forma a possibilitar a inclusão das pessoas com deficiência. De acordo com esse novo modelo as pessoas com deficiência são reconhecidas como titulares de direitos e da dignidade humana inerente às pessoas, exigindo posturas ativas por parte da sociedade, do Estado e das próprias pessoas com deficiência¹⁶.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, portanto, representa uma mudança de paradigmas na forma como as pessoas com deficiência são percebidas no ordenamento jurídico. O fato de possuírem alguma limitação física ou psíquica não

¹³ FERRAZ, Carolina Valença; Leite, Glauber Salomão. **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência**. LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43.

¹⁴ Ibid, p. 43.

¹⁵ LOPES, Laís de Figueiredo. **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência**. LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43.

¹⁶ Ibid., p. 43.

lhes retira a condição de seres humanos e, por conseguinte, titulares de todos os direitos e proteções conferidos à pessoa no ordenamento jurídico, em especial a uma existência digna. O Estatuto da Inclusão trouxe, também, o dever de toda a sociedade se adaptar para permitir que essas pessoas exerçam seus direitos de forma plena, sem que a deficiência seja considerada um empecilho para o exercício de direitos fundamentais.

Romeu Kazumi Sasaki¹⁷ assim define a inclusão social:

Conceitua-se a inclusão social como processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com deficiência (além de outras) e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade. A inclusão social constitui, então, um processo bilateral no qual as pessoas, ainda excluídas, e a sociedade buscam, em parceria, equacionar problemas, decidir sobre soluções e efetivar a equiparação de oportunidade para todos.

A Lei Brasileira de Inclusão é reflexo da Convenção sobre Direito das Pessoas com Deficiência, a qual é considerada um paradigma a nível mundial para a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência. O cerne desta transformação reside no olhar para a deficiência sob uma nova perspectiva, no direito da pessoa à diversidade e de receber o apoio necessário para alcançar seus objetivos pessoais. Não reconheceu nenhum novo direito, apenas estabeleceu como premissa a regra da capacidade, e não da incapacidade, e a intervenção mínima na vida das pessoas com deficiência¹⁸

¹⁷ SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão. Construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro. WVA. 1997, p. 39

¹⁸ Es indudable que la Convención ONU ha marcado, a nivel mundial, un antes y un después en la promoción y protección de los derechos humanos de las personas con capacidades diferentes. A raíz de dicho Instrumento internacional, se mira la discapacidad con otros ojos, en clave de derechos. En realidad, no reconoce ningún derecho nuevo o, tal vez, sí, uno: el derecho de la persona a la diversidad y a recibir los apoyos necesarios para realizar su propio recorrido vital de manera independiente y autónoma. Sus principios cardinales son "in dubio pro capacitas" e "intervención mínima" Sem dúvida, a Convenção da ONU marcou, em todo o mundo, um antes e um depois na promoção e proteção dos direitos humanos de pessoas com diferentes habilidades. Após este Instrumento Internacional, a deficiência é vista com outros olhos, em termos de direitos. De fato, ele não reconhece nenhum novo direito ou, talvez sim, um: o direito da pessoa à diversidade e a receber o apoio necessário para fazer sua própria jornada de vida de forma independente e autónoma. Seus princípios fundamentais são "in dubio pro capacitas" e "intervenção mínima. VIVAS-TESON, Inmaculada. *La Convención Onu de Los Derechos de Las Personas con Discapacidad en la Práctica Judicial Española: Una Década De Aciertos Y Desaciertos*. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/308/264>>. Acesso em: 23. jul. 2019.

Luiz Alberto David Araújo¹⁹ critica a nomenclatura de “Lei Brasileira de Inclusão”, e entende ser uma denominação equivocada ou inadequada, na medida em que traduz a ideia de que a inclusão só pode ser realizada por meio das pessoas com deficiência. Segundo o autor, esse grupo forma talvez um dos mais importantes grupos que carecem de inclusão, mas não é o único, de modo que a denominação da lei leva à ideia de que a inclusão no Brasil se desse apenas pela inclusão das pessoas com deficiência, sendo que há tantos outros que também a necessitam.

Por fim, ainda com o objetivo de apresentar uma noção geral sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência, importante apresentar uma análise de como os dispositivos legais foram organizados na lei. A Lei 13.146 foi dividida em Parte Geral e Parte Especial, a primeira é composta por três títulos, que são eles as disposições preliminares, os direitos fundamentais e a acessibilidade. As disposições preliminares apresentam o objetivo da lei, o conceito de deficiência e outros conceitos fundamentais para a compreensão das demais disposições legais. O segundo título apresenta como direitos fundamentais o direito à vida, à habilitação e reabilitação, à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, à assistência social, à previdência social, à cultura, esporte, turismo e lazer e ao transporte e mobilidade.

O último título da parte geral disciplina a acessibilidade, compreendida em uma acepção muito mais abrangente que a adaptação em espaços físicos e mobilidade, trata das disposições gerais, o acesso à informação e comunicação, das tecnologias assistivas e da participação na vida pública e política.

O Livro II é a parte geral da Lei de Inclusão e disciplina o acesso à justiça pelas pessoas com deficiência, os crimes e infrações administrativas e as disposições finais e transitórias, que revogam dispositivos de diversos diplomas normativos vigentes, com destaque para o Código Civil e o revogado Código de Processo Civil.

Uma vez apresentado o panorama geral do Estatuto da Pessoa com Deficiência, passa-se a analisar as consequências da inclusão das normas da Convenção internacional e da edição deste diploma normativo no direito pátrio. Contudo, antes de aprofundar nos reflexos nos institutos do direito privado é

¹⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Pessoas com deficiência e o dever constitucional de incluir**: a ação direta de inconstitucionalidade n. 5357: uma decisão vinculante e muitos sinais inequívocos. São Paulo. Verbatim, 2018, p. 25.

necessário pontuar sobre o conceito de deficiência e os princípios basilares da Lei Brasileira de Inclusão.

1.2 CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A legislação pátria já apresentou várias expressões discriminatórias ao se referir às pessoas portadoras de deficiência. O Estatuto da Pessoa com Deficiência introduziu a atualização da nomenclatura para utilização do termo “pessoa com deficiência”, devendo ser abandonadas expressões como “portadores de deficiência”²⁰ ou “portadores de necessidades especiais” pois, segundo Laís de Figueiredo Lopes:

As pessoas não podem optar por portar ou não a própria deficiência, não sendo como uma bolsa que se carrega. Necessidades especiais tampouco comunica de quem está sendo falado. Deficiente resume a pessoa à sua condição, não a oportunizando ser “sujeito de direitos” em primeiro lugar.²¹

O Decreto 3.298/1999, em seus artigos 3º e 4º²², trazem o conceito de deficiência como sendo “*toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função*”

²⁰ Expressão utilizada na Lei 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

²¹ LOPES, 2016, p. 55.

²² Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor

*psicológica, fisiológica ou anatômica, que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerando normal para o ser humano*²³. O mesmo diploma normativo apresenta e conceitua quatro tipos de deficiência, que são eles a deficiência física, auditiva, visual, mental e múltipla, quando presentes mais uma hipótese de deficiência descrita. De acordo com Cristiano Chaves a Lei 7.853 e o Decreto 3.298/1999 não foram revogados tacitamente pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, na medida em que são com ele compatíveis²⁴

Luiz Alberto David de Araújo afirma que o conceito de pessoa com deficiência previsto no Decreto 3.298/99 continua no sistema apenas para permitir à Administração Pública reconhecer com mais facilidade quem são as pessoas com deficiência. Contudo, se o conceito do Decreto for restritivo e excluir determinada situação do conceito da Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência, esta deve prevalecer²⁵.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência reconheceu em seu preâmbulo que o conceito de deficiência está em constante evolução:

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 pessoas²⁶

olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

²³ BRASIL. **Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Disponível em < [http://www. Planalto. gov. br/ccivil_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm)>. Acesso em: 16 jul. 2019.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 3. rev. Ampl. E atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 23.

²⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David Araújo. **Proteção das Pessoas com deficiência** in Manual de Direitos difusos. Coord. Vidal Serrano Nunes Júnior. São Paulo. Verbatim. 2009. P. 736

²⁶ BRASIL. **Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Disponível em: < [http://www. planalto. Gov .br/ ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 17 jul. 2019.

No Estatuto da Pessoa com Deficiência a caracterização da deficiência não se limita aos impedimentos, que podem ser de natureza física, mental, intelectual e sensorial, mas da interação entre o impedimento e as barreiras²⁷ que impedem a interação da pessoa em seu meio social. De acordo com Marcos Vinícius Torres a deficiência é o resultado da equação impedimentos x barreiras que irá definir se resta configurada alguma desvantagem para o indivíduo, privando-o do exercício de alguma faculdade:

Desse modo, a deficiência se verifica como resultado da multiplicação do(s) impedimento(s) pela(s) barreira(s) presentes no ambiente. Se não houver barreiras ou se estas não forem consideradas, inexistente a deficiência, porque o fator atribuído ao elemento barreira seria zero, e o resultado da multiplicação, ou seja, a deficiência, seria igualmente nulo; o que implicaria na não existência de deficiência.²⁸

Para exemplificar a equação acima exposta é possível citar a questão levantada por Luiz Alberto David de Araújo, que discorre a respeito da reserva de vagas em concursos públicos para pessoas com deficiência. O autor questiona a situação em que o candidato com deficiência é aprovado dentre os números de vagas de concorrência ampla e ocupa a vaga reservada para pessoa com deficiência. Araújo exemplifica a questão com a situação de uma pessoa que se habilitou no concurso como candidato com deficiência e fica em primeiro lugar geral no concurso, apesar do desempenho excepcional, essa pessoa ocuparia uma das vagas reservadas do concurso. De acordo com o autor, nesse caso a pessoa com deficiência conseguiu, por mérito próprio, a primeira colocação em concorrência ampla, de modo que na interação entre impedimentos e barreiras não houve qualquer limitação experimentada e, por isso, não deve ocupar uma das vagas reservadas, as quais devem ser destinadas a quem efetivamente necessita da especial proteção do Estado²⁹.

²⁷ O conceito de barreiras é trazido pelo próprio EPD, no artigo 3º, inciso IV e constitui qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros. BRASIL. Lei Federal n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.

²⁸ PEREIRA, Marcos Vinicius Torres. **Estatuto da pessoa com deficiência**: comentários à Lei 13.146/2015. Almir Galassi et al. MARTINS, Guilherme Magalhães; HOUAISS, Martins, Livia Pitelli Zamarian (Coord.). Indaiatuba: Editora Foco, p. 9.

²⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Buscando significados a partir de critérios de interpretação constitucional e, muitas vezes, encontrando um desconcertante preconceito**. In Defesa dos

Ainda em relação ao conceito de deficiência, esclarece Pereira sobre a necessidade de o impedimento que acomete a pessoa ser de longo prazo, expressão utilizada no artigo 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência³⁰, mas não permanente, em virtude dos avanços da medicina capazes de reverter muitos casos considerados improváveis.

O conceito de deficiência apresentado pelo artigo 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência muito se aproxima daquele previsto na Convenção, e restou assim positivado:

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.³¹

Existe controvérsia doutrinária a respeito do significado e alcance dos termos deficiência “mental” e “intelectual”, há quem considere como mera atualização linguística, ao passo que outros defendem que a expressão “intelectual” foi incluída para que cada país pudesse regulamentar internamente o seu alcance, podendo ou não alcançar as pessoas com transtornos psicossociais. De acordo com Laís Figueiredo³², no Brasil e em outros países, a inclusão da expressão “psicossociais” poderia dificultar o processo de ratificação e, por isso, foi incluída a expressão “intelectual”, para dar margem de negociação interna nos países signatários.

Por fim, Cristiano Chaves propõe a existência de pessoas com deficiência explícita e implícita, as primeiras seriam as que se enquadram nos impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, já as segundas seriam pessoas que

direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. Luiz Alberto David Araújo (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

³⁰ 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. § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

³¹ BRASIL. **Lei Federal n. 13.146**, de 6 de julho de 2015. Disponível em: < http://www.Planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.

³² LOPES, Laís Vanessa de Carvalho Figueiredo. **Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, seu protocolo facultativo e acessibilidade**. São Paulo. 2009. Tese de Mestrado em Direito. PUC/SP. Disponível em: <<https://inclusao.enap.gov.br/wp-content/uploads/2018/05/disserta%C3%A7%C3%A3o-mestrado-La%C3%ADs.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019.

sofrem com impedimentos de longo prazo não elencados no artigo 2º mas que acabam por restringir a sua plena participação na sociedade. Nesses casos sugere uma interpretação ampliada para maximizar a inclusão social.³³

1.3 A CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO ESPANHOL

A experiência espanhola será analisada neste trabalho por duas razões principais, a primeira consiste no fato de que apesar de a Espanha ter subscrito a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, não editou em seu ordenamento jurídico interno uma norma jurídica estabelecendo os princípios, direitos e alterações trazidas pela norma internacional, permitindo a comparação com a experiência brasileira que conta com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou seja, que editou no plano da legislação interna uma norma específica. O segundo ponto relevante na experiência espanhola consiste em uma forma presente no ordenamento jurídico estrangeiro que possibilita a proteção patrimonial das pessoas com deficiência, reconhecendo a importância da proteção patrimonial desse grupo de indivíduos.

Antes de analisar como a Espanha internalizou a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência é importante mencionar que a União Europeia, empenhada na proteção de direitos fundamentais e sociais, elaborou a Carta de Direitos Fundamentais, aprovada em 7 de dezembro de 2000, a qual estabelece um conjunto de direitos pessoais, cívicos, políticos, econômicos e sociais de seus cidadãos³⁴.

A Carta, no capítulo denominado “Igualdade”, estabelece no artigo 21³⁵ a proibição de discriminação em razão do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social,

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Cunha, Ronaldo Batista (Org.). 3. rev. Ampl. E atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 24.

³⁴ GENOFRE, Gisele Accarino Martins. **A inclusão social e laboral da pessoa deficiente**. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <doi:10.11606/D.2.2016.tde-25102016-141545. Acesso em: 23 jul. 2019.

³⁵ Art. 21. Não discriminação 1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões

características genéticas, língua, religião ou convicções, nacionalidade, dentre outras e no artigo 26 o dever de integração das pessoas com deficiência, ao dispor que: “A União reconhece e respeita o direito das pessoas com deficiência a beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e profissional e a sua participação na vida da comunidade.”³⁶

Assim, antes da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência a União Europeia já havia inserido em sua legislação o compromisso de respeito e integração das pessoas com deficiência.

A Espanha não alterou as regras que disciplinam a capacidade jurídica da pessoa, conforme determina o artigo 12 da CDPD (Decreto nº 6.949/09.)³⁷, como fizeram a França, Itália, Alemanha, Áustria e o Brasil. Apesar da passividade do legislador espanhol em reformar as regras a respeito da capacidade civil, adequando-as à Convenção da ONU, estas normas, por tratarem de direitos fundamentais das pessoas com deficiência, possuem força vinculante e são diretamente aplicáveis às pessoas com deficiência, assim como ocorre no Brasil³⁸.

Embora seja possível a aplicabilidade direta das normas da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Inmaculada Vivas Teson afirma que somente uma parte dos juízes, aqueles mais sensíveis à causa das pessoas com deficiência, aplica em suas sentenças as normas da convenção internacional. A autora afirma também que esta situação gera insegurança jurídica, pois o reconhecimento dos direitos passa a depender do perfil e entendimento do julgador:

Sólo algunos jueces y tribunales (a los que han de sumarse, por supuesto, otros operadores jurídicos) con cierta sensibilidad hacia los derechos de las personas con discapacidad están haciendo cambiar, a golpe de sentencia, la visión de las cosas en este ámbito. Y si bien debemos felicitarnos por ello, tampoco se nos oculta que el respeto de los derechos y la dignidad de la

políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

2. No âmbito de aplicação do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, e sem prejuízo das disposições especiais destes Tratados, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.

³⁶ UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais**. Disponível em < [http://www. Euro parl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf](http://www.euro-parl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 24 jul. 2019

³⁷ Art. 12 Reconhecimento igual perante a lei (...) Art. 12. (...) 2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

³⁸ VIVAS-TESON, Inmaculada. **La convención Onu de Los derechos de las personas con discapacidad en la práctica judicial española: una década de aciertos Y Desaciertos**. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/308/264>> acesso em 23 Jul. 2019>. Acesso em: 23 jul. 2019.

persona diversamente capaz se ha convertido en una auténtica “lotería judicial”, al depender de que toque un juzgador que conozca (e interprete adecuadamente, lo que no siempre sucede) o no una norma de tan profundo calado. La existencia de la persona con diversidad funcional y el respeto de sus derechos y libertades no puede quedar al albur de sensibilidades y buenas voluntades, sino del estricto cumplimiento de un mandato normativo. No sólo existe una gran inseguridad jurídica, sino que, además, el daño ocasionado cuando se priva indebidamente a la persona de su capacidad jurídica nombrándosele un representante que gobierne su vida en lugar de un mecanismo de apoyo o asistencia para la toma de decisiones personales y patrimoniales, incluso aunque con posterioridad dicha decisión judicial fuera revocada en segunda instancia, es irreparable.³⁹

Um outro ponto que merece destaque da experiência espanhola é a edição de uma lei que visa a proteção patrimonial da pessoa com deficiência. Nos termos do artigo 1º da Lei espanhola 41/2003⁴⁰ seu objetivo é favorecer, a constituição de forma gratuita, de bens e direitos em favor das pessoas com deficiência, e estabelecer mecanismos adequados para garantir a afetação de tais bens, assim como seus frutos, produtos e rendimentos, para a satisfação das necessidades vitais de seus donos.

Inmaculada Vivas aponta que os familiares de uma pessoa com deficiência se preocupam, de um modo especial, em atender aos cuidados físicos e psíquicos exigidos. Ocorre que com o passar do tempo os familiares (como os pais, por exemplo)

³⁹ Apenas alguns juízes e tribunais (aos quais, é claro, outros operadores legais precisam se unir) com certa sensibilidade em relação aos direitos das pessoas com deficiência estão mudando a visão das coisas nesta área por meio de uma sentença. E, embora devamos nos felicitar por isso, também não está escondido de nós que o respeito pelos direitos e dignidade da pessoa com capacidade diversa se tornou uma verdadeira “loteria judicial”, contando com um juiz que conhece (e interpreta adecuadamente) , que nem sempre acontece) ou não é uma norma de um rascunho tão profundo. A existência da pessoa com diversidade funcional e respeito por seus direitos e libertades não pode permanecer no cerne das sensibilidades e da boa vontade, mas do cumprimento estrito de um mandato normativo. Não só existe uma grande insegurança jurídica, mas também os danos causados quando a pessoa é indevidamente privada de sua capacidade legal, nomeando um representante para governar sua vida, em vez de um mecanismo de suporte ou assistência para a tomada de decisão pessoal e patrimonial, mesmo que a decisão judicial tenha sido posteriormente revogada na segunda instância, é irreparável. VIVAS-TESON, Inmaculada. La convención Onu de los derechos de las personas con discapacidad en la práctica judicial española: una década de aciertos y desaciertos. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/308/264>> acesso em 23. Jul. 2019. Acesso em: 23 jul. 2019.

⁴⁰ Artículo 1. Objeto y régimen jurídico.

1. El objeto de esta ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad.

2. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil.

passam a se questionar o que acontecerá com essa pessoa com deficiência, que precisa de seus cuidados, em sua falta. A legislação, portanto, oferece aos familiares das pessoas com deficiência a possibilidade de prever e estruturar uma forma de proteção patrimonial em favor destas pessoas⁴¹.

Assim, podem constituir um patrimônio protegido a própria pessoa com deficiência, desde que tenha capacidade para agir, seus pais ou curadores. Também é possível que o “guardião de fato” requeira a proteção de um bem, ou de bens, deixados a título hereditário à pessoa com deficiência, ou que qualquer pessoa com interesse legítimo requeira a constituição de um patrimônio protegido a um bem doado em favor da pessoa com deficiência⁴².

A Espanha, portanto, reconhece a importância da proteção de direitos patrimoniais das pessoas com deficiência, como forma de garantir a sua existência digna, o que será objeto de discussão deste presente trabalho nos próximos capítulos. Com efeito, assim como a garantia e proteção dos direitos existenciais, é necessário proteger um patrimônio mínimo para garantir uma existência digna.

A experiência espanhola mostra um meio interessante de os pais e familiares mais próximos protegerem as pessoas com deficiência garantindo-lhes o mínimo existencial quando os eventuais mantenedores não estiverem presentes, garantindo, assim, os recursos para suprir a necessidade medicamentos, pagamento de médicos, cuidadores, escolas, dentre outros. Esta questão ganha relevo considerando que muitas pessoas com deficiência, em virtude das limitações que possuem, podem encontrar dificuldades para construir um patrimônio ao longo da vida.

⁴¹ VIVAS-TESON, Inmaculada. **La convencion ONU de 3 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad**. La expediência española.

⁴² Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21053>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

1.4 PRINCÍPIOS ESTRUTURAIS DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

Os princípios são conceituados por Humberto Ávila⁴³ como normas imediatamente finalísticas, pois estabelecem um fim a ser atingido, de modo que a positivação dos princípios implica a obrigatoriedade de adoção de comportamentos necessários à sua realização, não sendo apenas valores cuja realização dependa de preferências pessoais, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade. Quanto à aplicação, demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Os princípios gerais trazidos pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, estão elencados no artigo 3^o⁴⁴ ⁴⁵, e integram o ordenamento jurídico com status de norma constitucional. São eles a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; b) a não-discriminação; c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) a igualdade de oportunidades; f) a acessibilidade; g) a igualdade entre o homem e a mulher; h) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

⁴³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19 ed. São Paulo. Malheiros. 2019. Pag. 104 a 110

⁴⁴ BRASIL. **Decreto 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 17 jul. 2019.

⁴⁵ Artigo 3. Princípios gerais. Os princípios da presente Convenção são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Com efeito, serão abordados de uma forma mais detalhada apenas os princípios da dignidade, da igualdade e da acessibilidade, os quais representam o conteúdo mínimo fundamental para a compreensão dos valores e objetivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos nos institutos do direito civil.

1.4.1 Dignidade

A dignidade pessoa humana teve origem na ética e na filosofia, e foi percebida inicialmente como um valor. Pensadores como Cícero e Kant desenvolveram a ideia de que existe um valor intrínseco de cada pessoa, a qual detém a capacidade de fazer escolhas morais e de seu próprio destino. Em um segundo momento, em especial após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana foi incorporada ao discurso político, quando obteve uma dupla dimensão, a interna, que representa o valor intrínseco de cada indivíduo e a externa, relativa aos direitos, os deveres de terceiros e responsabilidades⁴⁶.

De acordo com Luís Roberto Barroso a dignidade da pessoa humana passou a ser um conceito jurídico após a Segunda Guerra Mundial, no pós-positivismo, no qual a *“constituição e os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, desempenham uma função central, os juízes e as cortes à moralidade política com a finalidade de aplicar os princípios corretamente”*⁴⁷.

Ainda segundo o autor, a dignidade constitui um valor subjacente às democracias constitucionais, que funciona tanto como justificação moral como fundamento jurídico dos direitos fundamentais. Como princípio, possui a tríplice função: (1) a função de ser uma fonte de direitos, incluindo aqueles não expressamente positivados; (2) a função interpretativa, pois irá informar a interpretação e o alcance de direitos fundamentais como a igualdade e a liberdade, auxiliando a conclusão sobre o alcance de cada um e, por fim, (3) a função de

⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 4ª reimpressão. Belo Horizonte. Fórum, 2016.

⁴⁷ Ibid.

integração em caso de lacunas no ordenamento jurídico e colisões de direitos fundamentais⁴⁸.

Barroso apresenta um conteúdo mínimo da ideia de dignidade da pessoa humana, o qual deve contar com as seguintes premissas: o valor intrínseco de todos os seres humanos, a autonomia de cada indivíduo e é limitada por valores e interesses sociais ou comunitários. O valor intrínseco corresponde ao conjunto de características inerentes aos seres humanos, é o que dá origem aos direitos fundamentais; a autonomia, por sua vez, consiste na capacidade de alguém tomar decisões e fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseada em suas próprias concepções de bem, sem influência externa. O valor comunitário, por fim, corresponde ao papel do Estado e da comunidade ao estabelecer metas coletivas e restrições a direitos e garantias individuais em favor da coletividade⁴⁹.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência fundamenta-se exatamente no conceito de dignidade da pessoa humana apresentado por Barroso, pois tem como finalidade precípua assegurar a esse grupo de pessoas o exercício e gozo dos direitos fundamentais garantidos a todas as pessoas indistintamente. Para tanto, além de reforçar a existência de tais direitos, o Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê ações afirmativas para alcançar níveis de igualdade substancial dessa parcela da população que foi excluída e discriminada por longos anos.

Nesse contexto vale mencionar as lições de Axel Honneth⁵⁰, que reconheceu três formas de desrespeito à pessoa, a saber: a primeira delas consiste em subtrair da pessoa a disposição do próprio corpo, ou seja, viola o respeito natural de ter autonomia sobre o próprio corpo, o que afeta a autoconfiança psíquica do indivíduo; a segunda forma de desrespeito decorre das experiências de rebaixamento que afetam o autorrespeito moral, ou seja, são as formas de desrespeito pessoal experimentadas pela pessoa em virtude de permanecer estruturalmente excluída da posse de determinados direitos em uma sociedade. Com relação a esta forma de desrespeito, a privação de direitos ou a exclusão social, não representa apenas a

⁴⁸ BARROSO, 2016.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ HONNETH, Axel, **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 215 a 219.

limitação violenta da autonomia pessoal, mas também conduz ao sentimento de não possuir o *status* de parceiro em pé de igualdade na interação com os próximos.

A terceira forma de desrespeito apontada por Honneth diz respeito à ofensa da honra e da dignidade do indivíduo, afetando o *status* de pessoa, o que acaba por retirar da pessoa a possibilidade de autorrealização, que encontrou por meio de encorajamento baseado em solidariedade de grupos. Assim, a dignidade da pessoa é garantida a partir do momento em que ela pode se autodeterminar, de acordo com seus valores, preferências e crenças, e, desse modo, alcançar a sua realização pessoal.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, portanto, busca impedir ou minimizar estas formas de desrespeito ao indivíduo, ao estabelecer a não interferência pelo Estado ou pela sociedade nas questões existenciais. Estabeleceu a autodeterminação das pessoas com alguma limitação mental ou psíquica quanto ao próprio corpo, quanto à constituição de família, direitos reprodutivos, acesso ao trabalho, à educação e demais direitos.

A dignidade da pessoa humana está prevista na Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e constitui valor estruturante de todo o ordenamento jurídico. Embora o artigo 1º, inciso III da CR/88⁵¹ não traga a definição da expressão dignidade da pessoa humana, deixa claro que se trata de um valor constitucional supremo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais e os direitos da personalidade. Assim, garantir o exercício desses direitos às pessoas com deficiência consiste em garantir-lhes o principal valor e fundamento do ordenamento jurídico.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, no Título II, que trata dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, reafirma o direito à vida e no artigo 10, primeiro artigo que disciplina esta questão, estabelece que “*Compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida.*”⁵²

⁵¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...).

⁵² BRASIL. **Lei Federal n. 13.146**, de 6 de julho de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.

Maria Celina Bodin de Moraes⁵³ destaca que a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, no art. 1º, III, da CF⁵⁴, é hoje reconhecida como uma conquista responsável pela transformação de toda a ordem jurídica privada. Considera que a escolha do constituinte ao elevá-la ao topo do ordenamento alterou radicalmente a estrutura tradicional do direito civil na medida em que determinou o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais.

Ainda de acordo com a autora:

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988, além dos dispositivos enunciados em tema de família, consagrou, no art. 1º, III, entre os seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, “impedindo assim que se pudesse admitir a superposição de qualquer estrutura institucional à tutela de seus integrantes, mesmo em se tratando de instituições com status constitucional, como é o caso da empresa, da propriedade e da família”. 41 Assim sendo, embora tenha ampliado o seu prestígio constitucional, a família “deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser valorada de maneira instrumental, tutelada na medida em que se constitua em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes”. 42 é o fenômeno da chamada funcionalização das comunidades intermediárias com relação aos membros que as compõem⁵⁵.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto, ao apreciar a questão das uniões homoafetivas, conceituou o princípio da dignidade da pessoa humana como um valor-fonte que repercute em todo o ordenamento constitucional vigente. A ementa da decisão segue parcialmente transcrita:

O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. (...) O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado

⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁵⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...).

⁵⁵ MORAES, 2006.

constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.” (RE 477.554- AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011, Segunda Turma, DJE de 26-8-2011.) No mesmo sentido: ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-5-2011, Plenário, DJE de 14-10-2011.

Talvez a principal contribuição do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico é lembrar à sociedade que as pessoas com deficiência são, antes de tudo, pessoas, e portanto, titulares de todos os direitos fundamentais e sociais garantidos na constituição e na legislação infraconstitucional. Partindo desta premissa, fica muito evidente que o Estado e a sociedade devem fornecer recursos para que estas pessoas exerçam os seus direitos da forma mais plena possível, assim como qualquer outro cidadão e não limitar de forma discriminatória o exercício de direitos existenciais apenas em virtude de possuírem alguma limitação física ou mental.

De acordo com Maria Garcia:

Desde logo, necessário distinguir: os Poderes Públicos deverão garantir a inviolabilidade da dignidade da pessoa com deficiência, porquanto esta já detém, na sua própria pessoa, o valor “dignidade da pessoa humana, cumprindo-lhes, portanto, promover as medidas de proteção a esta qualidade constitucional que advém do art. 1º, III, da Constituição.⁵⁶

A dignidade da pessoa humana, de acordo com Garcia, implica na autodeterminação, ou seja, na compreensão do ser humano em sua integralidade física e psíquica. Paralelamente, como valor fundamental do ordenamento jurídico, consiste no vetor que impulsionou a elaboração de toda as normas inclusivas ora estudadas e deve estar presente no processo de aplicação e efetivação das diretrizes trazidas pela Lei de Inclusão.

Importante ressaltar que o exercício da dignidade pressupõe uma proteção são apenas no campo dos direitos pessoais, mas também patrimoniais. Nessa linha Edson Fachin elaborou o Estatuto jurídico do Patrimônio Mínimo, no qual reconhece a necessidade de um mínimo existencial que deve ser garantido às pessoas como forma de garantir a sua própria dignidade. Reafirma a pessoa como principal centro de proteção do ordenamento jurídico, mas reconhece a necessidade de se garantir

⁵⁶ GARCIA, Maria. **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência**. LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44.

um patrimônio mínimo para ter acesso aos bens indispensáveis à subsistência, possibilitando, assim, uma existência digna. Nas palavras do autor:

Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. Sendo a opção eleita assegurá-lo, a congruência sistemática não permite abolir os meios que, na titularidade, podem garantir a subsistência.⁵⁷

Ingo Saltert também discorre a respeito da necessidade de proteção do patrimônio mínimo na perspectiva da dogmática jurídico-constitucional de um direito ao mínimo existencial. O autor propõe uma diferenciação entre o mínimo existencial e o mínimo de sobrevivência, sendo que este constitui os recursos que a pessoa necessita para se manter viva, ou seja, não deixar alguém sucumbir por falta de alimentação, abrigo ou prestações básicas de saúde, mas existe também o conjunto de garantias materiais para uma sobrevivência digna.⁵⁸

De acordo com Viviane Cristina de Souza Limongi a repersonalização do Código Civil não pode afastar a tutela jurídica do patrimônio, mas apenas conciliá-la à nova ordem social, cujos valores da dignidade humana, solidarismo e livre iniciativa constituem os paradigmas para as relações jurídicas. Segundo a autora “o respeito às condições mínimas de vida, no âmbito material, é a segunda consequência direta do princípio da dignidade da pessoa humana⁵⁹”.

De acordo com Anderson Schreiber:

A desapatrimonialização dos institutos de direito civil não exige a redução do espaço destinado às situações patrimoniais, muito menos a expulsão de tais situações do âmbito de proteção normativa. Trata-se, ao revés, de reconhecer a primazia dos valores constitucionais não patrimoniais e a aptidão dos mesmos para incidir internamente, ou seja, sobre a função dos mesmos institutos. Dito de modo diverso, trata-se de alterar radicalmente a natureza dos institutos patrimoniais, mesmo sem que se promova qualquer alteração legislativa.

Nesta esteira, as situações jurídicas subjetivas patrimoniais já não podem ser tuteladas em si mesmas. Ao revés, serão merecedoras de tutela quando, e

⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 232.

⁵⁸ SALERT, Ingo Wolfgang, Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**. V. 3, n. 2, maio/agosto 2016, Curitiba.

⁵⁹ LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o estatuto da pessoa com deficiência** (Lei federal n. 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2018, p.167.

na medida em que, realizarem os valores constitucionais extrapatrimoniais,15 substituindo-se o patrimônio pela pessoa humana no vértice dos valores tutelados pela Constituição.⁶⁰

O que se pretende é demonstrar que os direitos patrimoniais das pessoas com deficiência também merecem proteção, pois o mínimo existencial para a subsistência também é condição de exercício da dignidade⁶¹, embora não possam ser vistos como centro de proteção do ordenamento jurídico, tal como ocorria no Código Civil de 1916.

1.4.2 Igualdade

A igualdade, direito fundamental de primeira geração, está prevista no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República, segundo o qual “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...) garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.*”⁶² Direito reiterado no artigo 1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência⁶³, sendo esta uma das finalidades precípua deste diploma normativo.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Melo o preceito magno da igualdade é norma voltada tanto para o legislador como para o aplicador do direito, em outras palavras, não somente sobre a norma posta é que deve ser garantido, mas a sua edição também se sujeita ao dever de garantir tratamento equânime às pessoas. Ao tratar sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, acredita que a isonomia

⁶⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil** - Constitucional. São Paulo: Atlas. Edição do Kindle, p. 161-162.

⁶¹ Ainda de acordo com Fachin: “A existência possível de um patrimônio mínimo concretiza, de algum modo, a expiação da desigualdade, e ajusta, ao menos em parte, lógica do direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter, menos tem e mais necessitam.” FACHIN, 2006, p. 278.

⁶² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

⁶³ 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.

Parágrafo único. Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

somente é mantida quando as diferenciações observam três questões: (1) o elemento tomado como fator de desigualação; (2) a correlação lógica abstrata que existe entre o critério de *discrímen* e o tratamento jurídico diversificado e (3) pertinência da correlação lógica com o sistema constitucional⁶⁴. É necessário, portanto, investigar o que é adotado como critério discriminatório e, paralelamente, verificar se existe fundamento lógico capaz de justificar o traço diferenciador escolhido e, por fim, analisar se o fundamento definido abstratamente existe in concreto.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência garantiu a igualdade na medida em que a deficiência, per si, deixou de ser considerada um fator de desigualação, o que representa um avanço social. Com efeito, não existe fundamento lógico para tratar como incapaz uma pessoa pelo simples fato de ela possuir uma deficiência física ou mental, sem questionar se aquela limitação afeta, de alguma forma, o seu discernimento para manifestar a vontade. O grande avanço trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência consiste na premissa de que a deficiência não é mais considerada um fator de incapacidade de forma abstrata, somente será se, no caso concreto, a pessoa não tiver aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil de natureza patrimonial.

Nas palavras de Maria Garcia⁶⁵, as limitações físicas ou mentais não “incapacitam” o ser humano, mas a conjugação entre a característica do corpo humano e o ambiente no qual a pessoa é inserido, de tal forma que a sociedade pode retirar a capacidade do ser humano com suas barreiras ou em virtude da falta de apoio. O sujeito de direito é o indivíduo historicamente considerado, ou seja, com suas peculiaridades e identidade própria, de modo que o direito à diferença faz parte do direito à igualdade. Para a concretização dos direitos das pessoas com deficiência é necessário reconhecer a sua identidade própria e proporcionar os recursos necessários para realizar a sua plena e efetiva participação na sociedade.

Maria Garcia assim define o princípio da isonomia no Estatuto da Pessoa com Deficiência:

Tem como fundamento filosófico o princípio da isonomia ou da igualdade, que reconhece o ser humano como sujeito de direitos iguais perante a lei, tanto

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. Brasil. Malheiros editores, 2017, p. 9.

⁶⁵ GARCIA, Maria. **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência**. LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44.

do ponto de vista formal quanto material. Ao lado da dimensão da igualdade, o princípio da isonomia espelha ainda uma segunda faceta, a da diferença.⁶⁶

As pessoas com deficiência constituem um grupo da população que historicamente vivenciou a exclusão social e restrições ao exercício de direitos fundamentais. Nesse cenário de desigualdades concretas, que decorriam de fatores estruturais, era necessário adotar medidas para se alcançar a igualdade real. O direito à igualdade está expresso no artigo 1º da CF/88 e é tratado especificamente nos artigos 4º a 8º da Lei nº 13.146/15⁶⁷, mas a eles não se limitam, pois é um valor que perpassa toda a norma, um de seus princípios fundamentais na busca pela promoção

⁶⁶ GARCIA, 2016, p. 44.

⁶⁷ Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.
§ 2º A pessoa com deficiência não está obrigada à fruição de benefícios decorrentes de ação afirmativa.

Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.

Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no **caput** deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência.

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

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

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

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

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

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

Art. 7º É dever de todos comunicar à autoridade competente qualquer forma de ameaça ou de violação aos direitos da pessoa com deficiência.

Parágrafo único. Se, no exercício de suas funções, os juízes e os tribunais tiverem conhecimento de fatos que caracterizem as violações previstas nesta Lei, devem remeter peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

do exercício pleno dos direitos fundamentais em igualdade de condições com as demais pessoas⁶⁸.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, no Capítulo II, traz o direito à igualdade e não discriminação da pessoa com deficiência, aplicável tanto ao Poder Público como aos particulares. Verifica-se que existem dois preceitos centrais nos artigos 4º a 8º da Lei 13.146, que são a discriminação positiva, que consiste na adoção de ações afirmativas⁶⁹ a fim de propiciar a equiparação de oportunidades entre as pessoas com deficiência e as demais, e a vedação à discriminação negativa, que consiste no tratamento inadequado a alguém com deficiência que resulta em exclusão social⁷⁰.

Segundo Ferraz e Leite a discriminação positiva não tem o objetivo de garantir mais direitos às pessoas com deficiência, mas consiste em ações especiais e necessárias para assegurar o acesso aos mesmos direitos usufruídos pela população, propiciando uma igualdade real. Os autores exemplificam a discriminação positiva com a reserva de vagas em concurso público, reserva de cargos em empresas privadas e adaptação dos prédios para acessibilidade.

A educação inclusiva também é citada pelos autores como decorrente do princípio da igualdade, na concepção de discriminação positiva. Foi com base nestas premissas que o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADI 5357, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN, em face do parágrafo 1º do artigo 28⁷¹, e do artigo 30, *caput*⁷², do Estatuto da Pessoa com

⁶⁸ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência**. LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 69-82.

⁶⁹ Cristiano Chaves de Faria conceitua ações afirmativas nos seguintes termos: “quando o Estado, objetivando compensar os desequilíbrios, cria mecanismos em prol de um grupo de pessoas, visando compensar desigualdades históricas, ainda que conferindo um tratamento diferenciado a eles, quando comparado aos demais”. FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 3. rev. Ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2018, p. 36.

⁷⁰ FERRAZ; LEITE, 2016, op. cit., p. 69-82.

⁷¹ (...) § 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do **caput** deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

⁷² Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas: I - atendimento preferencial à pessoa com deficiência nas dependências das Instituições de Ensino Superior (IES) e nos serviços;

Deficiência, ao argumento de violação aos arts.: 5º, caput, incisos XXII, XXIII, LIV⁷³; 170, incisos II e III⁷⁴; 205⁷⁵; 206, caput, incisos II e III⁷⁶; 208, caput, inciso III⁷⁷; 209⁷⁸; 227, caput, § 1º, inciso II⁷⁹, todos da Constituição da República.

Os artigos questionados estabelecem o dever das instituições privadas de ensino de desenvolver sistema educacional inclusivo em todos os níveis e

II - disponibilização de formulário de inscrição de exames com campos específicos para que o candidato com deficiência informe os recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva necessários para sua participação;

III - disponibilização de provas em formatos acessíveis para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência;

IV - disponibilização de recursos de acessibilidade e de tecnologia assistiva adequados, previamente solicitados e escolhidos pelo candidato com deficiência;

V - dilação de tempo, conforme demanda apresentada pelo candidato com deficiência, tanto na realização de exame para seleção quanto nas atividades acadêmicas, mediante prévia solicitação e comprovação da necessidade;

VI - adoção de critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa;

VII - tradução completa do edital e de suas retificações em Libras.

⁷³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (...).

⁷⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) II - propriedade privada; III - função social da propriedade; (...).

⁷⁵ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

⁷⁶ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...)

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; (...).

⁷⁷ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; (...).

⁷⁸ Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

⁷⁹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (...)

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

modalidades, sendo vedada a cobrança de pagamentos adicionais para o custeio dos serviços educacionais destinados às pessoas com deficiência, e foram declarados constitucionais pelo plenário do STF. O julgamento foi por maioria, ficando vencido o ministro Marco Aurélio.

O Ministro Relator Edson Fachin reafirma o caráter bidimensional do princípio, ao mencionar em seu voto que pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio⁸⁰. Ainda de acordo com o voto do relator, a igualdade pressupõe a existência de medidas que efetivamente possibilitem o acesso à bens jurídicos e sua efetivação concreta, não se esgotando com a previsão na norma jurídica de acesso a determinado bem jurídico.

A igualdade é mencionada por Jurgen Habermas⁸¹, segundo o qual a igualdade representa a possibilidade de cada um adotar uma forma de vida mais de

⁸⁰ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. 8. Medida cautelar indeferida. 9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. ADI 5357/DF. Min. Edson Fachin, julgamento em 09.06.2019 Plenário, DJE de 11.11.2016.

⁸¹ HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo. Unesp. 2018 pag. 372

acordo com o seu universo de vida em uma sociedade multicultural, o qual apresenta a seguinte análise:

Em sociedades multiculturais, a coexistência em igualdade de direito das formas de vida implica para cada cidadão uma oportunidade segura de crescer de modo sadio em um universo cultural de origem e permitir que seus filhos possam crescer nele, isto é, a oportunidade de se confrontar com esta cultura – bem como toda as demais-, de prosseguir com ela de modo convencional ou para transformá-la, bem como a oportunidade de se afastar com indiferença de seus imperativos ou renunciar a ela de modo autocrítico, para seguir vivendo com o agulhão de uma ruptura consciente com a tradição ou viver com uma identidade cindida.

A discriminação negativa, por outro lado, consiste em um juízo negativo atribuído à pessoa com deficiência, gerando uma situação de exclusão e inferioridade e é vedada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Importante pontuar que a Lei Brasileira de Inclusão utiliza a expressão “discriminação em razão da deficiência”, o que significa que o ato discriminatório é embasado em alguma deficiência, ainda que a vítima do ato não seja a pessoa com deficiência. Nas palavras de Carolina Ferraz e Glauber Salomão *“de acordo com a lei, nem sempre a pessoa que sofreu a distinção abusiva será uma pessoa com limitação funcional, mas é imperativo que a discriminação se baseie neste fator.”*⁸²

No sentido de que a proteção do Estatuto da Pessoa com Deficiência não se limita à própria pessoa, mas a qualquer forma que lhe possa atingir, está a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que concedeu a redução de jornada a uma servidora pública estadual para cuidar de seu filho com deficiência mental.⁸³

Por fim, importante mencionar que a Lei 13.146 criminalizou a discriminação no artigo 88⁸⁴, de modo que atos de discriminação contra pessoas com deficiência passou a ser uma conduta típica, atraindo aplicação do direito penal.

⁸² FERRAZ; LEITE, 2016, p. 69-82.

⁸³ SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL Pretensão à redução da jornada de trabalho sem a obrigatoriedade de compensação e sem prejuízo de sua remuneração, para tratamento de seu filho deficiente mental Cabimento Interpretação sistêmica do artigo 98 da Lei Federal nº 8.112/90, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e das normas constitucionais Inteligência dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 12.376/10) Precedentes Ação julgada procedente na 1ª instância Sentença mantida Recursos não providos. APELAÇÃO CÍVEL Nº. 1027317-98.2017.8.26.0053 – SÃO PAULO. 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Leme de Campos Relator.

⁸⁴ Art. 88. Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se a vítima encontrar-se sob cuidado e responsabilidade do agente.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, portanto, tem como principal fundamento e objetivo garantir a igualdade das pessoas com deficiência, seja através da discriminação positiva, determinando a prática de ações afirmativas pelo Estado, as quais permitem às pessoas com deficiência acesso aos demais direitos individuais e sociais, de autodeterminação e realização pessoal, seja pela vedação à discriminação negativa em virtude da deficiência. A igualdade é um direito fundamental de todos os brasileiros e deve ser garantida a todos indistintamente e, havendo um grupo de pessoas que historicamente foi excluído da sociedade, é urgente a sua inclusão com igualdade de condições com todos os demais.

1.4.3 Acessibilidade

A realização da igualdade de oportunidades, contudo, depende obrigatoriamente do cumprimento do direito à acessibilidade. Conforme já exposto, o modelo social de deficiência considera que a exclusão social e econômica experimentadas pelas pessoas com deficiência não decorre das limitações funcionais suportadas por essas pessoas, mas da inacessibilidade gerada pela sociedade, que cria obstáculos que impedem ou dificultam o exercício dos direitos fundamentais. De acordo com Carolina Ferraz e Glauber Salomão a sociedade não está preparada adequadamente para a convivência humana em toda a sua diversidade, pois historicamente adotou como parâmetro a pessoa “padrão”⁸⁵.

Laís Figueiredo considera que a acessibilidade, à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, deve ser considerada um instituto jurídico híbrido, pois é ao mesmo tempo princípio e regra, direito e garantia. O princípio da acessibilidade determina que todos os espaços, edificações, produtos e serviços⁸⁶ sejam

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput deste artigo é cometido por intermédio de meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

⁸⁵ FERRAZ; LEITE, 2016, p. 76.

⁸⁶ No sentido de garantir o acesso à educação: Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras. 3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. 4. Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes. 6.

disponibilizados à população de modo a permitir que as pessoas com deficiência possam deles se utilizar sem maiores percalços. Como direito, fundamenta as outras normas que devem garantir a acessibilidade, e como garantia constitui uma ponte, um meio para o exercício dos demais direitos. Em outras palavras, as pessoas com deficiência são titulares do direito humano que assegura o gozo e o exercício dos demais direitos⁸⁷.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência abrange substancialmente o conceito de acessibilidade, que deixa de se limitar às deficiências e restrições à locomoção⁸⁸, ou à parte física relativa ao acesso a determinados lugares, e passa a ser compreendida como direito assegurado à pessoa com deficiência de exigir que as barreiras estruturais sejam eliminadas e, assim, garantido o acesso aos demais direitos em condições de igualdade de participação⁸⁹.

A Convenção internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência estabelece, em seu preâmbulo, como uma de suas premissas a necessidade de garantir a acessibilidade em sentido amplo:

Reconhecendo a importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.⁹⁰

A organização topográfica dos dispositivos legais no Estatuto da Pessoa com Deficiência demonstra que a acessibilidade vai muito além da mobilidade, isto porque a primeira é conceituada no artigo 3º⁹¹, como conceito fundamental para a

Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento". (ARE 860.979 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 6.5.2015)

⁸⁷ LOPES, 2016, p. 58.

⁸⁸ No sentido de reconhecer o direito à mobilidade urbana está a decisão do STF: "PRÉDIO PÚBLICO PORTADOR DE NECESSIDADE ESPECIAL ACESSO. A Constituição de 1988, a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e as Leis federais nº 7.853/89, nº 5.500/86 e nº 9.086/95 estas duas do Estado de São Paulo asseguram o direito dos portadores de necessidades especiais ao acesso a prédios públicos, devendo a Administração adotar providências que o viabilizem". (RE 440.028, rel. min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 26.11.2013).

⁸⁹ O artigo 3º da Lei 13.146 conceitua acessibilidade como "possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;"

⁹⁰ BRASIL. **Decreto 6.949**, de 25 de agosto de 2009. Disponível em < [http://www. Pla.nalto.gov. br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.Pla.nalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 17 jul. 2019.

⁹¹ Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e

compreensão da Lei de Inclusão, e é tratada no Título III, artigos 53 a 75, os quais disciplinam o acesso à informação e comunicação, as tecnologias assistivas e a participação na vida pública e política, ao passo que a questão do transporte e mobilidade é tratada no título dos direitos fundamentais, entre os artigos 46 a 52⁹².

Para a implementação do direito à acessibilidade, tal como previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência, será necessária a criação de políticas públicas e formação de profissionais para atuar na adaptação de espaços, serviços e produtos, para que estes possam oferecer autonomia, segurança e conforto para quem deles se utiliza. Este processo, que muito evidencia o modelo social de deficiência adotado pela Lei de Inclusão, tem como objetivo a eliminação ou, ao menos a redução, das barreiras que impedem a participação social e o exercício dos direitos fundamentais pela pessoa com deficiência.

O artigo 3º do Estatuto da Pessoa com Deficiência classifica as barreiras em arquitetônicas, nos transportes, nas comunicações e na informação, atitudinais e tecnológicas e as conceitua:

- a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;
- b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;
- c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;
- d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;
- e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;
- f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias;

De acordo com Nilton Carlos de Almeida Coutinho e Olívia Danielle Mendes de Oliveira, o direito à acessibilidade garante às pessoas com deficiência a efetivação de todas as medidas necessárias para que tenham maior autonomia no exercício de

comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida; (...).

⁹² BRASIL. **Lei Federal n. 13.146**, de 6 de julho de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em :17 jul. 2019.

suas atividades, eliminando todas as restrições possíveis, de modo que tenham acesso a todos os direitos inerentes à pessoa:

A efetiva garantia de quaisquer direitos que representem ou signifiquem direito à acessibilidade oferecem à pessoa com necessidades especiais maior autonomia no exercício de suas atividades, permite com que seja incluída no seio social sem qualquer constrangimento ou dificuldade, fazendo com que tenha verdadeiro acesso a todos os direitos inerentes a qualquer cidadão que não tenha qualquer tipo de deficiência. Por fim, importante mencionar as decisões do Superior Tribunal de Justiça que reconheceram a legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública que teve como objeto assegurar a acessibilidade das pessoas com deficiência e mobilidade reduzida aos locais de votação nas eleições, bem como a imposição de astreintes como meio de coerção para o cumprimento da obrigação de fazer determinada judicialmente⁹³. Tais decisões garantem a efetiva acessibilidade não apenas do ponto de vista da locomoção, mas principalmente por possibilitar a participação das pessoas com deficiência na vida política⁹⁴.

A garantia da acessibilidade, contudo, não se exaure com a previsão legislativa, são necessárias modificações profundas em toda a sociedade, inclusive no sistema de ensino. De acordo com Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega e Samira Andraos Marquezin Fonseca⁹⁵ as escolas somente serão inclusivas caso estejam prontas para reconhecer e responder às diversas necessidades de seus alunos,

⁹³ ADMINISTRATIVO. DIREITO DAS PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS. PRÉDIOS DAS SEÇÕES ELEITORAIS. ACESSIBILIDADE PARA PESSOAS PORTADORAS DE NECESSIDADES ESPECIAIS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. (...)II - Irrefutável a legitimidade do Ministério Público Federal para promover a demanda. A garantia de acesso a prédios públicos ou privados, indicados como Seções Eleitorais, aos portadores de necessidades especiais, atinge número infindável de pessoas, de forma indistinta, e gera, portanto, indiscutivelmente, interesse de natureza difusa, e não individual e disponível, havendo assim interesse processual do Ministério Público Federal. (...) (AgInt no REsp 1563459/SE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017) e PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRAS DE ADEQUAÇÃO DO PRÉDIO DO FÓRUM DE SANTA FÉ DO SUL. ELIMINAÇÃO DE BARREIRAS DE ARQUITETÔNICAS. ACESSIBILIDADE DE DEFICIENTES FÍSICOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INCIDÊNCIA DO MEIO DE COERÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 461, § 4, DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. (...) 2. Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Estadual, objetivando a adequação do Prédio do Fórum de Santa Fé do Sul, para garantir acessibilidade aos portadores de deficiência física, no qual foi deferida a antecipação dos efeitos da tutela, para determinar que o demandado iniciasse as obras de adequação do prédio, no prazo de três meses, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 400,00, na hipótese de descumprimento. (REsp 987.280/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009)

⁹⁴ COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida e OLIVEIRA, Olívia Danielle Mendes de Oliveira. Estatuto da pessoa com deficiência e acesso à justiça: uma análise sob a ótica dos direitos fundamentais. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XXII, v. 26, n. 2, p. 190-208, Jul/dez. 2017.

⁹⁵ TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco e FONSECA, Samira Andraos Marquezin. **O direito a inclusão da pessoa com deficiência em ensino regular**. Artigo publicado no VII Encontro Internacional do CONPEDI/Braga – Portugal. Direitos sociais e políticas públicas. Coordenadores: Cláudia Viana; Isa Filipa António de Sousa; Jardel De Freitas Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2017

aceitando e trabalhando todos os estilos de aprendizado e ritmos diferentes, assegurando uma educação de qualidade a todos através de 1) currículo adaptado, 2) modificações na organização espacial, 3) planejamentos estratégicos de ensino, 4) uso de recursos tecnológicos e 5) parcerias com a comunidade. Ainda nas palavras das autoras:

No processo de inclusão escola faz-se necessário mudar a abordagem da escola para atender a dificuldade de cada aluno, trazer novos significados, pensando não apenas a adaptação do aluno, mas do contexto escolar. Isso significa torná-lo múltiplo, rico de experiências e possibilidades, pronto para viver, conviver com o diferente, rompendo barreiras humanas e arquitetônicas, criando novos conceitos, dando novos sentidos ao desenvolvimento humano. As práticas pedagógicas da escola inclusiva precisam refletir uma abordagem mais diversificada, flexível e colaborativa do que em uma escola onde não existe aluno de inclusão. Deve haver uma possibilidade de adaptação a todos os alunos que desejam matricular-se e não o contrário. Isso requer de toda a estrutura escolar um afastamento da forma padronizada de ensino. A proposta da educação inclusiva é acolher e dar condições para a pessoa com deficiência exercer seus direitos no que tange ao cumprimento da inclusão escolar, isso se refere também a todos os indivíduos, sem distinção de cor, raça, etnia ou religião⁹⁶.

Mais especificamente sobre a mobilidade urbana, forma de acessibilidade, a NBR 9050 da ABNT estabelece critérios e especificações técnicas a serem observadas nos projetos arquitetônicos dos prédios públicos, hotéis, e construções em geral, para observância do denominado desenho universal, cujo propósito é promover a acessibilidade, possibilitando o ingresso, circulação e utilização de todos os ambientes. Flávia Piva Almeida Leite⁹⁷ trata da possibilidade de se utilizar a tutela coletiva por meio de ação civil pública para defender o direito difuso de acesso das pessoas com deficiência aos espaços urbanos e impor a observância do desenho universal⁹⁸.

⁹⁶ TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco e FONSECA, Samira Andraos Marquezin. **O direito a inclusão da pessoa com deficiência em ensino regular**. Artigo publicado no VII Encontro Internacional do CONPEDI/Braga – Portugal. Direitos sociais e políticas públicas. Coordenadores: Cláudia Viana; Isa Filipa António de Sousa; Jardel De Freitas Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2017

⁹⁷ LEITE, Flávia Piva Almeida. Direito fundamental difuso de acesso das pessoas com deficiência a espaços urbanos e sua tutela jurídica. **Revista Jurídica**. V. 02, n°. 55, Curitiba, 2019, p. 328 – 350.

⁹⁸ De acordo com a autora a definição de desenho universal na Lei n. 13.146/2015, em seu art. 3º, II, como sendo a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistida. Nos termos na NBR o conceito de desenho universal tem como pressupostos: equiparação das possibilidades de uso, flexibilidade no uso, uso simples e intuitivo, captação da informação, tolerância ao erro, mínimo esforço físico, dimensionamento de espaços para acesso, uso e interação de todos os usuários.

A NBR 9050 conceitua como acessível os espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias ou elemento que possa ser alcançado, acionado, utilizado e vivenciado por qualquer pessoa.

Diante do exposto percebe-se que a acessibilidade é um conceito essencial para a compreensão e efetivação do Estatuto da Pessoa com Deficiência e representa um desafio para a sociedade e para o Estado eliminar essas barreiras, para que na equação limitação x barreiras, esta seja igual a zero, ou seja, não seja encontrado qualquer obstáculo para a fruição de direitos fundamentais da pessoa humana.

2 REFLEXOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA CAPACIDADE CIVIL

A palavra pessoa pode ser conceituada na acepção vulgar, que é sinônimo de ser humano, no sentido filosófico, como ente que realiza seu fim moral e emprega sua atividade de modo consciente, e na acepção jurídica, pessoa é o ente físico ou moral suscetível de direitos e obrigações. Nesse contexto, a ordem jurídica reconhece duas espécies de pessoas, as naturais e as jurídicas⁹⁹.

A personalidade para fins de proteção jurídica pode ser definida como uma qualidade ou atributo da pessoa, e pode ser conceituada como a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações na ordem civil. É um conceito com viés de universalidade, na medida em que o artigo 1º do Código Civil determina que “toda pessoa” é capaz de direitos e deveres. A personalidade independe da consciência ou vontade do indivíduo, isto porque a criança ou aquele que não tem consciência da realidade ao seu redor são pessoas, e, portanto, dotados de personalidade, atributo inseparável do ser humano na ordem jurídica, sendo irrelevante qualquer requisito psíquico¹⁰⁰.

Caio Mário da Silva Pereira¹⁰¹ ensina que a ideia de capacidade está aliada à de personalidade, na medida em que o ordenamento jurídico confere ao indivíduo a capacidade para adquirir e exercer os direitos, pessoalmente, ou através de representante ou assistente. Argumenta que são institutos que se complementam, na medida em que nada valeria a personalidade sem a possibilidade de titularizar direitos.

Gustavo Tepedino, ao apresentar uma visão constitucional do direito civil, ensina que existem dois sentidos técnicos para o conceito de personalidade: o primeiro é aplicável às pessoas físicas e jurídicas e diz respeito à qualidade para ser

⁹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Vol. 1. Parte Geral. 42 Ed. São Paulo. Saraiva. 2009.

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. 1. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 181 a 219.

¹⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 263-290.

sujeito de direito, confundindo-se com a capacidade de gozo, já o segundo representa o conjunto de características e atributos da pessoa humana, a personalidade neste sentido é considerada o centro de proteção do ordenamento¹⁰².

Assim, a personalidade denominada objetiva condiz com o conceito tradicionalmente empregado e significa a aptidão das pessoas físicas e jurídicas para serem sujeitos de direitos e obrigações. A personalidade subjetiva, por sua vez, busca a realização da dignidade da pessoa humana e representa o fim ultimo do ordenamento, sendo um valor próprio da pessoa natural.¹⁰³

A capacidade de direito é inerente a toda pessoa, natural ou jurídica, e consiste na aptidão genérica para ser sujeito de direitos e obrigações e exercer, por si ou através de representante, os atos da vida civil. De acordo com Washington de Barros Monteiro a capacidade de gozo é ínsita ao ente humano, e nenhum pode ser dela privado pelo ordenamento jurídico¹⁰⁴. A capacidade de fato, ou de exercício, determina se a pessoa tem condições de exercer pessoalmente e de forma plena os atos da vida civil, sem a necessidade de representação ou assistência, e, portanto, não é tão ampla e irrestrita como a capacidade de direito. É em face desta que foi desenvolvida a teoria das incapacidades.

Desse modo, haverá a capacidade civil plena quando coexistirem a capacidade de direito e a capacidade de fato, ou de exercício, que consiste na possibilidade de a pessoa praticar pessoalmente o ato ou negócio jurídico de seu interesse, independente de assistência ou representação.

A teoria das incapacidades diz respeito ao tratamento legal dispensado a certas pessoas consideradas inaptas a exercer pessoalmente os atos da vida civil em razão de ausência de discernimento ou impossibilidade de manifestação da vontade, seja por uma questão etária, seja pelo estado de saúde mental ou qualquer situação

¹⁰² TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas. **Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 227-247.

¹⁰³ Ibid., 227-247.

¹⁰⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Vol. 1. Parte Geral. 42 ed. São Paulo. Saraiva. 2009.

permanente ou transitória em virtude da qual a pessoa se torne impossibilitada de reger, por si, suas questões pessoais e patrimoniais¹⁰⁵.

Embora todas as pessoas sejam capazes de serem sujeitos de direitos e obrigações na ordem civil, o exercício pessoal desses direitos depende de capacidade de fato, que é a regra, sendo a incapacidade a exceção. A restrição da capacidade civil, portanto, depende de tipificação legal, pertinência e relevância, e não pode servir de pena ou meio de discriminação ou segregação¹⁰⁶. A incapacidade para agir, portanto, visa a proteção dos interesses do incapaz, sendo essa a *ratio legis*. Trata-se da aplicação do princípio da preponderância da tutela do incapaz, reforçando o caráter protetivo da teoria das incapacidades. De acordo com Viviane Cristina de Souza Limongi:

A teoria das incapacidades, ao limitar a atividade do sujeito e estabelecer formas específicas para sua atividade econômico-jurídica – por meio da representação ou assistência, no Brasil -, não tem a intenção de prejudicá-lo, mas defendê-lo, de modo preventivo, para que não fique à mercê de intrigas e manobras de terceiros mal intencionados.¹⁰⁷

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, existe apenas a incapacidade de fato ou de exercício, que consiste na restrição legal ao exercício dos atos da vida civil imposta ao que, excepcionalmente, precisam de proteção pois não se verificam os requisitos indispensáveis para o exercício pessoal dos direitos¹⁰⁸. Assim, com a teoria das incapacidades o ordenamento jurídico procura restabelecer o equilíbrio nas relações, rompido em consequência das condições peculiares das pessoas que apresentam uma limitação que impede ou interfere na manifestação da vontade.

Caio Mario da Silva Pereira ensina que como a incapacidade é uma restrição ao poder de agir, deve ser sempre encarada restritivamente e sob o a premissa de que a capacidade é a regra e a incapacidade é a exceção. Ensina o autor que o instituto das incapacidades foi construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável.

¹⁰⁵ GODOY, Claudia Luiz Bueno et. al. **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Cezar Peluso (Coord.). 12. ed., ver e atual. – Barueri: Manole, 2018, 2352p. : il.; 24cm, p. 19.

¹⁰⁶ LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o estatuto da pessoa com deficiência (lei federal n. 13.146/2015)**: reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 62.

¹⁰⁷ Ibid., p. 62.

¹⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. V. 1 : parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Definir a ideia fundamental que inspira a teoria das incapacidades é importante para nortear a aplicação dos institutos, bem como na apreciação dos efeitos jurídicos dos atos praticados pelos incapazes¹⁰⁹.

Reconheceu-se no CC de 1916, o que permanece até os dias atuais, níveis de incapacidades de acordo com o nível de discernimento e capacidade de manifestação da vontade, o que fez nascer os respectivos instrumentos de proteção destas pessoas. No caso de incapacidade absoluta a pessoa deve ser representada pelos pais, tutor ou curador, ou seja, a lei não considera a vontade do representado, sendo o ato praticado exclusivamente pelo representante, o que não ocorre em caso de incapacidade relativa, pois neste caso o ato é praticado pela própria pessoa com a assistência dos pais, tutores ou curadores. A diferenciação entre incapacidade relativa ou absoluta também interfere na invalidade do negócio jurídico, pois quando o ato é praticado pelo absolutamente incapaz sem a devida representação ele é nulo e, portanto, não pode ser convalidado.

Em caso de incapacidade absoluta existe a proibição total da prática do ato pessoalmente pelo incapaz. Fica ele inibido de praticar qualquer ato jurídico ou de participar de qualquer negócio jurídico. Estes atos serão praticados ou celebrados por seu representante legal, sob pena de nulidade, conforme previsto no artigo 166, inciso I, do CC/02¹¹⁰. A incapacidade relativa, por sua vez, permite que o incapaz pratique os atos da vida civil, desde que assistido por seu assistente legal. Certos atos, porém, podem ser praticados pelo relativamente incapaz independente de assistência, como realizar testamento, ser mandatário e ser testemunha. Em caso de ato praticado com assistência ambos devem comparecer no ato, tanto o relativamente incapaz, que é quem o pratica efetivamente, quanto o seu assistente, sob pena de anulabilidade (artigo 171 do Código Civil¹¹¹).

Percebe-se que o Código Civil de 2002 elaborou um sistema de proteção para as pessoas considerada relativa ou absolutamente incapazes, dentre as quais Carlos Roberto Gonçalves destaca:

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V. 1. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 223 a 246.

¹¹⁰ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; (...).

¹¹¹ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:
I - por incapacidade relativa do agente;
II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

1) não corre prescrição contra os absolutamente incapazes (art. 198, I); o mútuo feito a menor não pode ser reavido (art. 588), salvo nos casos do art. 589; 3) pode o menor ou interdito recobrar a dívida de jogo, que voluntariamente pagou (art. 814, in fine); 4) ninguém pode reclamar o que pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga (art. 181); 5) partilha em que há incapazes não pode ser convencionada amigavelmente (art. 2.015).¹¹²

A teoria das incapacidades foi substancialmente alterada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, conforme será abordado no próximo capítulo, o que repercute em diversos institutos do direito civil. Assim, a partir deste ponto o objetivo do trabalho será analisar se a alteração foi positiva ou negativa para a esfera de direitos e proteção da pessoa com deficiência.

2.1 EVOLUÇÃO DA TEORIA DAS INCAPACIDADES DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 ATÉ O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Apesar de a teoria das incapacidades ter sido desenvolvida com uma finalidade protetiva, o sistema jurídico anterior se preocupava essencialmente com a proteção do patrimônio em detrimento da pessoa. O Código Civil elaborado por Clóvis Bevilacqua, de 1916, foi inspirado nas premissas individualistas e patrimonialistas previstas nos códigos civis francês e alemão (BGB).

O diploma civil anterior graduou o discernimento para o exercício dos atos da vida civil, ou seja, para deficiências profundas que atingissem a capacidade para a percepção da realidade e manifestação da vontade considerou se tratar de incapacidade absoluta, já para pessoas com grau de discernimento reduzido, porém com aptidão para manifestar a vontade, com deficiências consideradas superficiais, seria hipótese de incapacidade relativa. O artigo 5º da Lei 3.071/16¹¹³ trazia o rol dos absolutamente incapazes, a saber, os menores de 16 (dezesseis) anos, os loucos de

¹¹² GONÇALVES, 2012.

¹¹³ Art. 5. 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. – Artigo revogado.

todo o gênero, os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade e os ausentes, declarados tais por ato do juiz¹¹⁴.

A redação do artigo não só evidenciava o tratamento discriminatório dispensado às pessoas com deficiência mental, designando-as de “loucos”, o qual é reiterado no artigo 448¹¹⁵ (Código Civil de 1916), segundo o qual o Ministério Público somente interviria na interdição em caso de “loucura furiosa”, como também possibilitava a inclusão pessoas com níveis de consciência e deficiência diferentes no mesmo patamar, valendo-se de um critério generalista e estanque, sem se importar com a gradação e as espécies de deficiência. De acordo com Viviane Cristina de Souza Limongi “fomentava, na realidade, uma distinção e discriminação generalizada em toda a sociedade em relação a toda e qualquer pessoa que apresentasse o mínimo de déficit mental e se mostrasse, por isso, diferente”¹¹⁶.

Os relativamente incapazes estavam listados no artigo 6º do Código Civil de 1916¹¹⁷ e eram eles o menor entre 16 e 21 anos, as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal, os pródigos e os silvícolas. Com relação às mulheres, foram excluídas do rol de relativamente incapazes com a edição da Lei Federal 4.121/1962¹¹⁸, ou seja, entre a promulgação do Código Civil e a Lei 4.121 somente poderiam ser consideradas capazes em caso de viuvez, anulação ou nulidade do casamento ou desquite, conforme artigo 315 do Código revogado.

¹¹⁴ BRASIL. **Lei Federal n. 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacao-origina-1-pl.html>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

¹¹⁵ Art. 448. O Ministério Público só promoverá a interdição: (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919) – Artigo revogado.

I - no caso da loucura furiosa;

II - se não existir, ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas no artigo antecedente, ns. I e II;

III - se, existindo, forem menores, ou incapazes.

¹¹⁶ LIMONGI, 2018, p. 73.

¹¹⁷ Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962) – Artigo revogado.

I - os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

II - os pródigos; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

III - os silvícolas. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962).

¹¹⁸ BRASIL. **Lei Federal n. 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.

O Código Civil de 2002 manteve a dicotomia do código anterior e a distinção entre incapacidade absoluta e relativa, ou seja, a incapacidade se justificava pela alteração mais ou menos afetada, do exercício das faculdades psicológicas e mentais do indivíduo. Em sua redação original considerou tanto o critério de idade como o psicológico, reconhecendo como absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos¹¹⁹ e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, mantendo, portanto, os marcos adotados no diploma anterior¹²⁰.

Assim, o Código Civil de 2002 manteve a sistemática do código anterior estabelecendo que a incapacidade pode decorrer de um critério objetivo, a idade, e um critério subjetivo ou psicológico.

Percebe-se que o legislador de 2002 já havia concluído que a deficiência do surdo mudo não lhe impedia, por si só, de praticar os atos da vida civil, isto porque a linguagem de sinais (Libras) lhes permite comunicar com as pessoas e realizar suas escolhas. Outra mudança foi a inclusão de nova hipótese de incapacidade absoluta, qual seja, a impossibilidade de manifestação de vontade, ainda que por causa transitória.

Com relação ao rol de relativamente incapazes, o CC/02¹²¹ elencou como relativamente incapazes as pessoas entre dezesseis e dezoito anos, reduzindo, assim, a menoridade que antes era até os 21 anos, os ébrios habitais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e, por fim, os pródigos.

¹¹⁹ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
I - os menores de dezesseis anos;
II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

¹²⁰ BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2001. Instituiu o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2001. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019

¹²¹ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos.

A crítica apresentada por Gustavo Tepedino à teoria das incapacidades adotada no Código Civil de 2002 reside no fato de que foi adotado um modelo abstrato, em que a diferenciação entre incapacidade relativa e absoluta era estabelecida na lei, sem espaço, de um modo geral, para modular os efeitos da incapacidade¹²². E continua o autor:

Se nas situações patrimoniais mostra-se possível dissociar a titularidade do exercício, nas existenciais tal não se afigura viável. Por isso, impossibilitar os incapazes a escolha, por si mesmos, de constituir família, procriar, registrar filhos, interferir na educação destes, equivale a alijá-los dessas situações existenciais. Daí a necessidade de o regime das incapacidades ser aplicado de forma diversa para as relações patrimoniais e existenciais.¹²³

Percebe-se, portanto, que de acordo com a teoria das incapacidades adotada originariamente no CC/02 uma pessoa era considerada relativamente incapaz pelo simples fato de não possuir o desenvolvimento mental completo, abstratamente, sem qualquer análise concreta sobre a amplitude dessa limitação funcional. Com efeito, os incisos II e III dos artigos 3º e 4º, que foram revogados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, apontam para o “modelo médico” de deficiência, em que o profissional da saúde é o responsável por atestar a possibilidade ou não do indivíduo em manifestar a vontade, sem possibilidade da própria pessoa se posicionar a respeito.

Neste contexto, ensina Caio Mario da Silva Pereira que não há intermitência na incapacidade, de modo que são considerados inválidos os atos praticados por pessoas consideradas incapazes nos intervalos de lucidez. Este posicionamento busca garantir a segurança social e evitar que toda ação de uma pessoa com limitação mental seja submetida a uma verificação judicial de validade¹²⁴.

O sistema de proteção do Código Civil, embora direcionado ao exercício dos direitos patrimoniais, acabaram por restringir indevidamente e de forma a priori o exercício de direitos existenciais, relativos à integridade física, à intimidade, ao casamento, aos direitos sexuais e reprodutivos. Com o objetivo de exemplificar o

¹²² TEPEDINO *In* MENEZES, 2016, p. 227- 247.

¹²³ *Ibid*, p. 227-247.

¹²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V. 1. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 223 a 246.

exposto está a decisão judicial que compeliu o município de Mococa a realizar a cirurgia de laqueadura em uma pessoa dependente química sem a sua anuência¹²⁵.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, por sua vez, alterou os artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 e, por conseguinte, toda a estrutura da teoria das incapacidades, na medida em que somente os menores de dezesseis anos passaram a ser considerados absolutamente incapazes. Já com relação aos relativamente incapazes do artigo 4º, alterou a redação do inciso II para excluir aqueles que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido e constou no inciso III aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Um dos critérios para conceituar a deficiência é justamente a permanência da limitação funcional, assim, o artigo 4º, inciso III do Código Civil¹²⁶ somente seria aplicável às pessoas com deficiência na hipótese de “causa permanente”, de modo que as causas transitórias seriam aplicáveis a outras hipóteses da vida em que não é possível a manifestação da vontade, mas não às pessoas com deficiência.

Desvinculou completamente, portanto, a incapacidade de qualquer deficiência mental ou desenvolvimento mental incompleto, sendo a aptidão para exprimir a vontade o único critério para aferir a capacidade de uma pessoa. Com esse novo modelo social “*as noções de deficiência e incapacidade não mais são passíveis de confusão, constituindo um notável avanço em relação ao direito anterior*”¹²⁷, nas palavras de Guilherme Magalhães Martins.

Maurício Requião entende que o Estatuto da Pessoa com Deficiência faz a necessária distinção entre transtorno mental, que cabe ao campo médico e à psicanálise, a incapacidade, que é uma categoria jurídica, um estado civil aplicável a

¹²⁵ AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Pretensão do Ministério Público voltada a compelir o Município a realizar cirurgia de laqueadura em dependente química – Legitimidade ativa “ad causam” delineada na espécie – Incidência do disposto nos arts. 127, parte final, e 129 da CF – Acolhimento pronunciado em primeiro grau que, todavia, não pode subsistir – Inadmissibilidade, diante do ordenamento jurídico pátrio, da realização compulsória de tal procedimento – Pleno e autônomo consentimento não manifestado pela requerida aos órgãos da rede protetiva – Interdição judicial, outrossim, que não foi decretada a qualquer tempo – Lei nº 9.263/96 que limita até mesmo a esterilização voluntária (v. art. 10) – Apelo da Municipalidade, provido. TJSP; Apelação Cível 1001521-57.2017.8.26.0360; Relator (a): Paulo Dimas Mascaretti; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Mococa - 2ª Vara; Data do Julgamento: 23/05/2018; Data de Registro: 25/05/2018.

¹²⁶ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (...)

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

¹²⁷ GALASSI, Almir (et. al.) **Estatuto da pessoa com deficiência**: comentários à Lei 13.146/2015. Guilherme Magalhães Martins, Livia Pitelli Zamarian Houaiss (Orgs.). Indaiatuba: Editora Foco, p. 311

determinados sujeitos por conta de questões relativas a seu status pessoal e a curatela, que é estabelecida a partir do processo de interdição e objetiva estabelecer os limites da incapacidade do sujeito para determinados atos da civil¹²⁸.

O artigo sexto¹²⁹ do Estatuto é expresso ao estabelecer a capacidade plena para as pessoas com deficiência quanto ao exercício dos direitos existenciais, de planejamento familiar, reprodutivos, sexuais, dentre outros exemplificativamente listados. Paralelamente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência estabeleceu que a curatela se restringe aos atos de natureza patrimonial, nos termos do artigo 85¹³⁰.

O novo cenário da teoria das incapacidades apresentado pela Lei de Inclusão consiste na supressão das demais causas de incapacidade absoluta além do critério de idade (menores de dezesseis anos) e a previsão expressa de capacidade plena para situações existenciais, independente do discernimento para a manifestação da vontade pela pessoa com deficiência. De acordo com Flávio Tartuce:

Em suma, não existe mais no sistema privado brasileiro pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Ademais, como consequência, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta no nosso vigente sistema civil e processual civil. Todas as pessoas com deficiência que eram tratadas no comando anterior passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa à sua total inclusão social, em prol de sua dignidade, a partir da essência do EPD e da Convenção de Nova York.¹³¹

¹²⁸ REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência altera regime civil das incapacidades**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>; Conjur, 2015>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹²⁹ Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

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

¹³⁰ Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

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

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

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

¹³¹ Disponível em: <www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=195850&tp=1>. Acesso em: 17 jul. 2019.

No âmbito da teoria das incapacidades, somente a capacidade de fato para as questões patrimoniais pode ser restringida e submetida à curatela, permanecendo incólume a autonomia e autodeterminação para o exercício das liberdades pessoais, que não podem ser afetadas em virtude de déficit cognitivo¹³². A mudança de paradigma está positivada no artigo 6º e reafirmada no artigo 84, *caupt*, da Lei 13.146¹³³, segundo o qual a deficiência não afeta a plena capacidade civil, inclusive para se casar, constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, exercer os direitos à família, dentre outros exemplificativamente expostos.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência buscou tutelar a autonomia do sujeito o máximo possível e garantir o efetivo poder de autodeterminação. Com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência a valoração jurídica da capacidade é baseada no discernimento da pessoa no caso concreto e não mais no diagnóstico médico que reconheça a deficiência psíquica ou intelectual¹³⁴. Gustavo Tepedino ensina que a partir da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência “*a necessidade de proteção do deficiente será aferida no caso concreto, não havendo mais a categoria abstrata e apriorística que vincule à incapacidade o simples fato de se possuir algum tipo de deficiência*”¹³⁵.

Os autores que vêm com bons olhos as alterações provocadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência acreditam que a incapacidade, absoluta ou relativa, limita a autonomia das pessoas, pois o incapaz depende de seu representante ou assistente para praticar os atos da vida civil, o que destitui a pessoa do poder de autorregulamentar seus próprios interesses. Maici Barbosa dos Santos Colombo considera que a atribuição de plena capacidade às pessoas com deficiência, em especial a intelectual, é capaz de conduzir a um processo emancipatório, fundado “*na igualdade substancial de direitos e na liberdade de exercê-los, favorecendo seu*

¹³² BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coord.). **O código civil e o estatuto da pessoa com deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 78.

¹³³ BRASIL. **Lei Federal n. 13.146, de 6 de julho de 2015**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.

¹³⁴ TEPEDINO *In* MENEZES, 2016, p. 227-247.

¹³⁵ *Ibid*, p. 227-247.

*desenvolvimento como sujeito pertencente à sociedade, na qual os seus atos são validamente reconhecidos*¹³⁶.

A Lei de Inclusão operou um grande avanço no âmbito dos direitos humanos ao dissociar a incapacidade com a deficiência psíquica, mental ou cognitiva. Contudo, a solução apresentada restou por gerar uma situação de vulnerabilidade às pessoas que concretamente não são capazes de manifestar a vontade, que somente poderão ser tuteladas pelo regime da incapacidade relativa, e nunca da absoluta, de modo que o sistema legislativo aplicável a estas pessoas é muito menos protetivo que o sistema das incapacidades direcionado às pessoas consideradas absolutamente incapazes.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência gerou muitas polêmicas entre os doutrinadores e, como bem mencionado por Flávio Tartuce, duas correntes se formaram a respeito da norma. José Fernando Simão e Vitor Kumpel encabeçam a primeira corrente, denominada *dignidade-vulnerabilidade*, e condenam as modificações, pois acreditam que dignidade das pessoas com deficiência deveria ser resguardada por meio de um tratamento protetivo das pessoas consideradas vulneráveis. A segunda corrente, amparada no binômio *dignidade-liberdade*, vê com bons olhos as alterações que visam essencialmente a inclusão social das pessoas com deficiência, e conta com o apoio Joyceane Bezerra, Paulo Lôbo, Nelson Rosenvald, Jones Figueirêdo Alves, Rodrigo da Cunha Pereira e Pablo Stolze¹³⁷

Conforme apontado por Flávio Tartuce no parecer¹³⁸ elaborado em face do Projeto de Lei do Senado Federal N. 757/2015, que altera o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o Código Civil e o Código de Processo Civil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência não se atentou para as situações em que a pessoa que possui limitação funcional não ser capaz de manifestar a vontade, e exemplifica com a hipótese de uma pessoa com Alzheimer. Nas palavras do autor:

¹³⁶ COLOMBO, Maíci Barboza dos Santos *In* BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coord.). O código civil e o estatuto da pessoa com deficiência. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 243-270.

¹³⁷ TARTUCE, Flávio. **Alterações do código civil pela Lei 13.146/2015** (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e confrontações com o novo CPC. Parte II. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>> Acesso em: 22 jul. 2019.

¹³⁸ TARTUCE, FLÁVIO. Parecer apresentado ao Senado Federal em face do PLS 757/2015. Disponível em: <www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=195850&tp=1>. Acesso em: 17 jul. 2019.

Aqui, nos parece, houve um equívoco na elaboração do EPD, pois pensou-se na pessoa com deficiência, mas foram esquecidas muitas outras situações, que não são propriamente de deficientes, mas de outros sujeitos que não têm qualquer condição de exprimir a vontade. Podem ser citadas, nesse contexto, as pessoas portadoras de mal de Alzheimer, as que se encontram em coma profundo – sem qualquer condição de exprimir sua vontade – e aquelas que têm psicopatias graves, não necessariamente deficientes. (...) Com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não podem exprimir sua vontade e não poderão ser representadas, pois são capazes por ficção legal. Como praticarão os atos da vida civil se não conseguem fazê-lo pessoalmente? A situação imposta pelo Estatuto às pessoas que necessitam de proteção é dramática. Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma¹³⁹.

A reforma na teoria das incapacidades provocada pela Lei Brasileira de Inclusão foi realizada sem considerar o sistema de proteção como um todo, pois concentrou esforços em terminologias, estabeleceu princípios e direitos que muito podem contribuir na inclusão das pessoas com deficiência, mas a alteração da teoria das incapacidades gerou reflexos aspectos pontuais em institutos do direito civil, gerando situações em que as pessoas com deficiência ficarão sem a proteção legal.

A incongruência apontada por Flávio Tartuce é o principal alvo de crítica da doutrina em relação ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. Segundo Joyceane Bezerra de Menezes o Estatuto da Pessoa com Deficiência pecou, por excesso de cuidado na visão da autora, pois deixou de considerar como absolutamente incapaz aquela pessoa que sem total discernimento, sem qualquer capacidade de entendimento ou de manifestação de um querer, restando entre os absolutamente incapazes apenas as pessoas menores de dezesseis anos. Entende a autora que o Estatuto da Pessoa com Deficiência *“merece ser retificado, pois aquele que não tem condições de manifestar a sua vontade por estar em coma, por exemplo, não pode praticar quaisquer atos da vida civil. (...). Quanto ao mais, fez bem o EPD”*¹⁴⁰.

Percebe-se, portanto, que a Lei Brasileira teve um importante papel no sentido de gerar a inclusão das pessoas com deficiência com igualdade e dignidade, ao estabelecer a acessibilidade aos mais variados tipos de espaços, produtos e serviços. Acima de tudo, criou um sistema que tem como objetivo precípuo garantir a

¹³⁹ TARTUCE, 2019.

¹⁴⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPC e da CDPC a partir da alteração da Lei 13.146, de 06 de julho de 2015. **Revista Brasileira de Direito Civil** – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 12, p. 146, abr./jun. 2017.

igualdade e acabar com a discriminação, que por muito tempo esteve presente em nossa sociedade, e infelizmente ainda é uma realidade.

Com o objetivo de positivizar todos esses direitos e garantias, promoveu alterações na teoria das incapacidades, algumas benéficas, outras nem tanto. Representa um grande avanço a dissociação da noção de incapacidade com a de deficiência mental ou intelectual, assim como o reconhecimento do direito da pessoa com deficiência se autodeterminar. Contudo, houve um retrocesso ao excluir do sistema mais protetivo a possibilidade de aplicar às pessoas que concretamente não são capazes de manifestar qualquer vontade a tutela das pessoas com incapacidade absoluta, como por exemplo as pessoas em coma, as quais são tratadas como relativamente incapazes.

2.2 CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA

O Código Civil de 2002 sistematizou o instituto da curatela, aplicável, de um modo geral, somente às pessoas maiores de dezoito anos e excepcionalmente ao nascituro, para proteger os menores restou previsto o instituto da tutela. Caio Mario da Silva Pereira discorre no sentido de que incidem na curatela todos aqueles que, por motivos de ordem patológica ou acidental, congênita ou adquirida, não estão capazes de administrar os seus bens. Trata-se, portanto, de um instituto protetivo do incapaz que não tem condições de cuidar de si e, principalmente, de seu patrimônio¹⁴¹.

A curatela é conceituada por Carlos Roberto Gonçalves como o encargo atribuído por lei a alguém capaz para reger a pessoa e administrar os bens de quem, em regra, não pode fazê-lo por si mesmo. O autor aponta cinco características da curatela, a saber, fins assistenciais, caráter publicista, ser supletiva da capacidade, ser temporária, perdurando somente enquanto subsistir a causa da incapacidade e, por fim, a necessidade de certeza da incapacidade para ser decretada¹⁴².

¹⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V. 5. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 223 a 246.

¹⁴² GONÇALVES, 2012, p. 1395.

A redação original do artigo 1.772¹⁴³ do Código Civil previa a possibilidade de curatela parcial para os deficientes mentais, ébrios habituais, viciados em tóxicos e excepcionais sem completo desenvolvimento mental¹⁴⁴, na medida em que possibilitava aplicar à estas hipóteses a regra do artigo 1.782¹⁴⁵, que dispõe a respeito da curatela dos pródigos, limitada aos atos de disposição patrimonial. Nesta época, portanto, já era possível a curatela parcial restrita aos atos patrimoniais, conforme é possível concluir pela análise dos dispositivos legais citados.

Também neste sentido o artigo foi editado o enunciado 138 das Jornadas de Direito Civil, segundo o qual “*a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art.3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto*”¹⁴⁶. Paralelamente, o artigo 28, §4º¹⁴⁷ do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁴⁸ estabelece a necessidade de consentimento do menor com mais de doze anos para o deferimento da adoção.

Não obstante, foi aprovado o enunciado 574 da VI Jornada de Direito Civil, de 2013, o qual entendeu ser possível estender à curatela parcial para as outras hipóteses de incapacidade além daquelas previstas no artigo 1.767, incisos III e IV¹⁴⁹. De acordo com o enunciado “*a decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da*

¹⁴³ Art. 1.772 Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782.

¹⁴⁴ Art. 1.767 Estão sujeitos a curatela:

- I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
- II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;
- III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
- IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

¹⁴⁵ Art. 1.782 A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.

¹⁴⁶ Jornadas de direito civil I, III, IV e V : enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012

¹⁴⁷ (...) § 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. (...)

¹⁴⁸ BRASIL. **Lei Federal n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm > Acesso em: 05 set. 2019.

¹⁴⁹ Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela: (...)

- III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
- IV - (Revogado). (...).

curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772).¹⁵⁰

As justificativas apresentadas para o enunciado são elucidativas:

Se há apenas o comprometimento para a prática de certos atos, só relativamente a estes cabe interdição, independentemente da hipótese legal específica. Com apoio na prova dos autos, o juiz deverá estabelecer os limites da curatela, que poderão ou não ser os definidos no art. 1.782. Sujeitar uma pessoa à interdição total quando é possível tutelá-la adequadamente pela interdição parcial é uma violência à sua dignidade e a seus direitos fundamentais. A curatela deve ser imposta no interesse do interdito, com efetiva demonstração de incapacidade. A designação de curador importa em intervenção direta na autonomia do curatelado.¹⁵¹

Já havia na doutrina vozes argumentando a necessidade de fixação dos limites da curatela de acordo com o comprometimento para a prática dos atos, estabelecendo a necessidade de se averiguar casuisticamente a aptidão para os atos patrimoniais e existenciais.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, todavia, alterou profundamente a teoria das incapacidades e o instituto da curatela, o que tem sido alvo de elogios e críticas pela doutrina. Com a entrada em vigor da Lei 13.146 o regime da curatela passou a se pautar nas premissas de que a curatela somente afetará os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, que deve ser proporcional às necessidades de cada pessoa, durar o menor tempo possível e não alcança os direitos existenciais.

Maici Colombo ensina que os direitos da personalidade estão no plano do “ser”, atingem os aspectos existenciais da pessoa, ao passo que os direitos patrimoniais estão na categoria do “ter”, e se caracterizam pela possibilidade de se transferir apenas o seu exercício a terceiros, mantendo a sua titularidade com a pessoa representada. De acordo com a autora a restrição da curatela aos atos de natureza patrimonial visa impedir interferências arbitrárias na vida das pessoas com deficiência, que poderiam comprometer o livre desenvolvimento de suas personalidades. Reconhece, todavia, que existem situações que a violação de direitos

¹⁵⁰ Jornadas de direito civil I, III, IV e V op. cit., 2012.

¹⁵¹ VI Jornada de Direito Civil, 11-12 de março de 2013, Brasília. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

existenciais da pessoa poderia justificar a extensão dos efeitos representativos da curatela, a fim de tutelar a personalidade¹⁵².

Rodrigo Silva e Eduardo Nunes apresentam os contrapontos das mudanças provocadas, argumentam que a exigência de fundamentação detalhada tanto para a constituição da curatela como para estipulação de seus limites constituiu significativo avanço em prol da proteção das pessoas com deficiência, contudo, a supressão do inciso II do art. 3º do Código Civil¹⁵³ retirou do ordenamento jurídico e da teoria das incapacidades a referência ao discernimento, critério aclamado pela doutrina especializada como fundamental à proteção na realização dos atos de autonomia¹⁵⁴.

Carolina Ferraz menciona que a limitação da capacidade de exercício com base exclusivamente na existência de uma deficiência representaria uma limitação arbitrária, que pode ser equiparada às hipóteses de discriminação por raça, sexualidade, gênero ou religião. A partir da Lei de Inclusão a capacidade plena passa a ser a nova premissa a respeito da capacidade de exercício da pessoa com deficiência.¹⁵⁵

Além de alterar o alcance e da curatela, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência criou um novo instituto protetivo, a denominado tomada de decisão apoiada, disciplinada no artigo 1.783-A do Código Civil¹⁵⁶. Trata-se de um

¹⁵² COLOMBO *In* BARBOZA, 2017, p. 243- 270.

¹⁵³ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. I - (Revogado); II - (Revogado); III - (Revogado).

¹⁵⁴ SILVA, Rodrigo da Guia. SOUZA, Eduardo Nunes de. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. *In* MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas. **Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 227-247.

¹⁵⁵ FERRAZ, Carolina Valença; Leite, Glauber Salomão. **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência**. Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43.

¹⁵⁶ 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)

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

procedimento judicial no qual a pessoa com deficiência poderá escolher duas pessoas de sua confiança para lhe prestarem apoio nos atos da vida civil. De acordo com Milton Paulo de Carvalho Filho a tomada de decisão apoiada foi criada em prol da pessoa com deficiência que possui uma limitação funcional, mas mantém aptidão de se expressar e de se fazer compreender, sendo uma forma de preservar a sua capacidade civil. Entende que o instituto visa proteger a pessoa com deficiência que *“está em uma posição intermediária entre as pessoas normais – nos aspectos físico, sensorial e psíquico – e aquelas pessoas com deficiência qualificada pela impossibilidade de expressão”*¹⁵⁷. De acordo com o autor, as pessoas com deficiência que impedem a manifestação de vontade devem ser submetidas à curatela.

O artigo 1.783-A, §5º do Código Civil estabelece que o terceiro que mantém relação negocial com a pessoa apoiada pode exigir o comparecimento dos apoiadores no contrato. Entretanto, o comparecimento do apoiador pode decorrer de uma faculdade do apoiado ou de uma exigência da outra parte, não configura requisito legal de validade ou eficácia do ato. Assim, de acordo com as normas em vigor, um contrato celebrado sem a participação dos apoiadores não poderá ser invalidado exclusivamente por este motivo.

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

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

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

§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência).

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

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

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

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

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

¹⁵⁷ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de *In* . GODOY, Claudio Luiz Bueno de; et al. PELUSO, Cezar (Coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 12. ed., ver e atual. Barueri: Manole, 2018.

Sobre o assunto Arnaldo Rizzardo ensina que os atos praticados quando ausente os apoiadores não serão anulados, o que seria possível caso verificada a incapacidade posteriormente. Por outro lado, de acordo com o autor, se o ato for praticado com a presença do apoiador a invalidade é afastada. Na visão do autor, se os atos indicados no termo de decisão apoiada forem praticados com o auxílio do apoiador terão validade plena, contudo se a decisão de tomada de decisão apoiada não for averbada no registro civil das pessoas naturais e os atos forem praticados pela pessoa isoladamente, não será possível concluir pela invalidade, mas esta poderá ser reconhecida se verificar no caso concreto que a pessoa não tinha condições de manifestar a vontade¹⁵⁸.

Nesse sentido, Carolina Ferraz diferencia a possibilidade para fazer escolhas com a aptidão para, pessoalmente e sem auxílio, colocar em prática as suas decisões. As situações de dificuldades no exercício dos direitos, como por exemplo para executar movimentos ou de comunicação, não podem ser confundidas com a incapacidade para tomar decisões, pois as superações das barreiras do meio, conforme já exposto no capítulo anterior, possibilitaria a manifestação de vontade pela pessoa com deficiência¹⁵⁹.

Assim, a tomada de decisão apoiada constitui instrumento criado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência para prestar apoio nos atos da vida civil, sejam eles de natureza patrimonial, sejam eles existenciais. Foi pensado para as pessoas que possuem alguma limitação funcional, que podem se sentir mais seguras com a opinião ou apoio de uma terceira pessoa de sua confiança, mas que detém o necessário discernimento necessário para a prática do ato.

A interpretação sistemática da Lei de Inclusão leva à seguinte conclusão: a) a plena capacidade da pessoa com deficiência para o exercício dos direitos existenciais e patrimoniais passa a ser a regra; b) a pessoa com limitações funcionais que dificultem o exercício dos direitos e os atos da vida civil pode se valer do instituto da tomada de decisão apoiada como forma de auxílio, mas os apoiadores não representam a pessoa, apenas fornecem elementos e informações que contribuem para o exercício da capacidade, constituindo elemento para assegurar a autonomia;

¹⁵⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Os deficientes e a tomada de decisão apoiada**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/21/os-deficientes-e-a-tomada-de-decisao-apoiada>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁵⁹ Ibid.

c) a pessoa com deficiência que não compreender os fatos à sua volta e não for capaz de expressar a vontade será considerada relativamente incapaz para certos atos, hipótese excepcional de nomeação de curador por decisão judicial que irá instituir a curatela e definir os seus limites.¹⁶⁰

A princípio, portanto, as pessoas com deficiência são consideradas plenamente capazes para os atos da vida civil. Contudo, caso não consigam manifestar a vontade serão considerados relativamente incapazes e submetidos ao regime da curatela, a qual somente afetará os atos de natureza patrimonial, permanecendo incólumes os direitos existenciais dessas pessoas. De acordo com a teoria das incapacidades, quando a incapacidade é relativa o curador irá apenas assistir o curatelado, sendo este quem pratica os atos

Ocorre que existem situações em que a pessoa não consegue manifestar a vontade de forma alguma, como é o caso das pessoas em coma induzido ou com Alzheimer em estágio avançado, nestes casos o instituto da assistência se mostra insuficiente. Surge também a questão do exercício dos direitos existenciais, se a pessoa não tem qualquer grau de consciência ou discernimento, como poderá decidir a respeito do exercício desses direitos?

Com relação ao primeiro ponto apresentado, Maici Barboza dos Santos Colombo sustenta que independente da classificação da incapacidade como absoluta ou relativa, o juiz, ao fixar a curatela, deve determinar que a pessoa será representada, e não assistida, por constituir o mecanismo mais adequado para concretizar os direitos do indivíduo.¹⁶¹

Conclui-se, portanto, que a pessoa que não puder se exprimir pode ser declarada relativamente incapaz, com fundamento no art. 3º, III, do Código Civil vigente e colocada sob curatela, a qual, segundo as características e necessidades do curatelado, poderá receber efeitos de representação ampla ou de assistência, conforme seja melhor atendido o seu interesse concretamente.

O segundo ponto levantado, quando ao exercício dos direitos existenciais da pessoa que não consegue de exprimir, deve ser analisado considerando a ótica protetiva e busca da dignidade humana que norteiam o ordenamento jurídico e o

¹⁶⁰ DUARTE, Nestor *In* GODOY et. al., p. 21.

¹⁶¹ COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. *In* BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coords.). **O código civil e o estatuto da pessoa com deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 243-270.

Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ao estabelecer a impossibilidade de exercício dos direitos fundamentais por terceiros, a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência teve como objetivo favorecer o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, sem interferências arbitrárias de terceiros sobre suas decisões, de modo que nos casos em que a pessoa não é capaz de manifestar a vontade o curador deve atuar quanto aos direitos existenciais.

Nelson Rosenvald destaca uma questão importante, pareceria absurdo conceder a um terceiro o poder de, na condição de representante de outrem, praticar atos existenciais em nome deste, como por exemplo se casar ou reconhecer um filho:

Transferir compulsoriamente para um curador poderes para decidir sob a própria existência do curatelado implica uma delegação coercitiva de direitos fundamentais, o resgate da “morte civil” dos tempos de Roma. Evidente que a mais bem-intencionada lei não pode cobrir a multifacetada realidade. Todos conhecemos ou convivemos com pessoas que não podem (v.g. estado vegetativo persistente, Alzheimer avançado) absolutamente decidir sobre a sua própria intimidade e vida privada. Nesses casos extremos a representação será mais ampla, compreendendo também a curatela sobre a dimensão existencial da pessoa.¹⁶²

A questão do exercício dos atos existenciais é um tema bastante complexo que somente poderá ser decidido casuisticamente. Com efeito, a deficiência, em abstrato, não pode ser óbice para que a pessoa possa se autodeterminar. Por outro lado, limitar restritivamente a curatela às questões patrimoniais, inclusive para aquelas pessoas que não apresentam qualquer sinal de lucidez, seria retirar destas pessoas o direito de tutelar questões essenciais como a saúde e a vida¹⁶³.

A individualização dos limites da curatela, portanto, é a chave de proteção da pessoa com deficiência, é neste momento que o juiz e a equipe multidisciplinar, embasado em todos os princípios que regem o Estatuto da Pessoa com Deficiência, irá definir os poderes do curador e, assim, garantir, no caso concreto, a efetividade dos direitos garantidos.

¹⁶² ROSENVALD, Nelson. **A caixa de pandora da incapacidade absoluta**. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/06/06/A-%E2%80%9Ccaixa-de-Pandora%E2%80%9D-da-incapacidade-absoluta>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

¹⁶³ Saúde e vida foram citados neste ponto em sentido amplo, sem adentrar na questão sobre o consentimento para tratamentos médicos não desejados pela pessoa, o que é objeto de ampla discussão na doutrina.

3 REFLEXOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA EM INSTITUTOS DA PARTE GERAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Este capítulo se destina a abordar os reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência nos negócios jurídicos, prescrição, decadência e provas, com o objetivo de demonstrar que a alteração provocada na teoria das incapacidades repercutiu em todo o conjunto normativo de direito civil, gerando uma série de efeitos colaterais que nem sempre podem ser considerados protetivos às pessoas com deficiência.

3.1 NEGÓCIOS JURÍDICOS

A celebração de negócios jurídicos está presente na vida cotidiana das pessoas, seja para atos mais simples como efetuar uma compra no supermercado, seja para situações mais complexas e de valores mais elevados, como por exemplo comprar ou vender imóveis. Nestor Duarte define negócio jurídico como a manifestação de uma ou mais vontades a que o ordenamento jurídico reconhece como aptas a produzirem os efeitos jurídicos qualificados como desejados¹⁶⁴.

Antônio Junqueira de Azevedo conceitua o negócio jurídico como fato jurídico consistente em declaração de vontade a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, desde que respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia estabelecidos pela norma jurídica e ele aplicável. Ainda de acordo com o autor, o negócio jurídico constitui uma manifestação de vontade cercada de circunstâncias negociais, o que faz com que seja socialmente destinada a produzir efeitos jurídicos¹⁶⁵.

Antônio Junqueira de Azevedo ensina que os planos da existência, validade e eficácia devem ser sucessivamente analisados para verificar se o negócio jurídico obtém plena realização. Destaca ainda que o plano da validade é peculiar ao negócio

¹⁶⁴ DUARTE *In* GODOY et. al , 2018, p. 84.

¹⁶⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 16-17.

jurídico em relação ao fato jurídico, na medida em que para alcançar os efeitos manifestados como queridos pelas partes elas devem observar requisitos legais estabelecidos para a declaração de vontade. Em outros termos, validade é uma qualidade, um adjetivo, que o negócio jurídico deve ter ao entrar no mundo jurídico, a qual decorre da conformidade com as regras jurídicas¹⁶⁶.

Os elementos de existência são essenciais para a estrutura do ato, ou seja, lhe formam a substância e sem eles o ato não existe. Antônio Junqueira de Azevedo¹⁶⁷ define como elementos indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio jurídico a forma, que consiste no modo como a vontade é exteriorizada, o objeto, conteúdo pretendido pelo agente e as circunstâncias negociais, que pode ser definida como a essência da declaração de vontade, que faz com que a manifestação de vontade seja socialmente apta a produzir efeitos jurídicos.

Maria Helena Diniz ensina que a manifestação de vontade exerce papel preponderante no negócio jurídico, sendo um de seus elementos básicos e a conceitua como a anuência válida do sujeito a respeito do entabulamento de uma relação jurídica sobre determinado objetivo. Esta declaração volitiva deve ser livre e de boa-fé sob pena de gerar a invalidade do ato¹⁶⁸.

Considerando a necessidade da vontade como requisito substancial para a celebração do negócio jurídico, a situação se torna bastante complexa no caso das pessoas que não conseguem externa-la por alguma limitação física ou mental. Tais pessoas atualmente são consideradas relativamente incapazes e a elas é aplicado o instituto da assistência, que pressupõe prática do ato pelo próprio assistido, com o comparecimento do assistente. Ora, como uma pessoa em coma ou com Alzheimer em estado avançado poderia praticar um ato? De acordo com José Fernando Simão:

Com a vigência do Estatuto, tais pessoas ficam abandonadas à própria sorte, pois não podem exprimir sua vontade e não poderão ser representadas, pois são capazes por ficção legal. Como praticarão os atos da vida civil se não conseguem fazê-lo pessoalmente? A situação imposta pelo Estatuto às pessoas que necessitam de proteção é dramática. Trouxe, nesse aspecto, o Estatuto alguma vantagem aos deficientes? A mim, parece que nenhuma.¹⁶⁹

¹⁶⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. . São Paulo. Saraiva. P. 16 e 17

¹⁶⁷ Ibid., p. 32.

¹⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 1. 28. ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

¹⁶⁹ SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da pessoa com deficiência causa perplexidade**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

O segundo degrau da Escada Ponteana é o da validade, de acordo com o artigo 104 do Código Civil de 2002¹⁷⁰, a validade do negócio jurídico requer: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei¹⁷¹. O negócio jurídico que não apresenta os quatro pressupostos acima elencados será inválido, podendo ser nulo ou anulável¹⁷². Pois bem, se o negócio jurídico for celebrado por um agente absolutamente incapaz será nulo de pleno direito, conforme determina o artigo 166 do CC/02¹⁷³, ao passo que se for praticado por agente relativamente incapaz a nulidade também será relativa, ou seja, o negócio será apenas anulável, conforme determina o artigo 171, inciso I, do CC¹⁷⁴.

Caio Mário da Silva Pereira ensina que o legislador brasileiro desprezou o critério do prejuízo, e se inspirou no respeito à ordem pública, estabelecendo a nulidade nas hipóteses de infração de leis de caráter cogente¹⁷⁵. De acordo com a teoria das nulidades o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação e não convalida com o tempo¹⁷⁶ e, uma vez reconhecida a invalidade os efeitos são *extinctio*. A nulidade absoluta não pode ser suprida, e a lei prevê a possibilidade de arguição do vício por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, devendo ser reconhecida de ofício pelo juiz¹⁷⁷. As nulidades relativas, por sua vez, podem ser

¹⁷⁰ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

¹⁷¹ De acordo com a escada ponteada o terceiro degrau seria a eficácia, a qual apresenta elementos acidentais ao negócio jurídico repercutem nos efeitos deste, e são eles a condição, o termo e o encargo. Como não foram afetados diretamente pelas alterações provocadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência não serão abordados neste trabalho.

¹⁷² Considerando o objetivo do presente trabalho, apenas serão abordadas as hipóteses que tangenciam os reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, de modo que somente serão analisadas a questão da incapacidade do agente.

¹⁷³ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

- I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV - não revestir a forma prescrita em lei;
- V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
- VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

¹⁷⁴ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

- I - por incapacidade relativa do agente; (...).

¹⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V. 1. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 530

¹⁷⁶ Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalida pelo decurso do tempo

¹⁷⁷ Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

confirmadas pelas partes, únicas pessoas legitimadas a argui-las, convalidam com o decurso do prazo e produzem efeitos *ex nunc*.

Percebe-se que os efeitos da nulidade absoluta são muito mais severos que os da nulidade relativa, os quais eram aplicados aos negócios jurídicos celebrados por pessoas incapazes de manifestar a vontade, com deficiência ou não. Este ponto sofreu uma significativa alteração pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois a partir de sua entrada em vigor somente os atos praticados por menores de dezesseis anos podem ser evitados de nulidade absoluta.

Não bastasse, a simples limitação ou dificuldade para manifestar a vontade de forma consciente não é capaz de atingir o plano da validade dos negócios jurídicos, haja vista que somente são consideradas relativamente incapazes as pessoas que não conseguem manifestar vontade de forma alguma. Em outras palavras, se a pessoa é capaz de manifestar a vontade, ainda que não seja de forma livre e consciente, será considerada capaz e o ato válido. Conforme esclarece José Fernando Simão, as teorias das nulidades não seriam sequer aplicáveis aos negócios jurídicos realizados pelas pessoas com deficiência com limitações de discernimento, pois o Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece a capacidade plena, de modo que o negócio seria integralmente válido:

Sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, poderá celebrar negócios jurídicos sem qualquer restrição, pois não se aplicam as invalidades previstas nos artigos 166, I e 171, I do CC. Isso significa que hoje, se alguém com deficiência leve, mas com déficit cognitivo, e considerado relativamente incapaz por sentença, assinar um contrato que lhe é desvantajoso (curso por correspondência de inglês ofertado na porta do metrô) esse contrato é anulável, pois não foi o incapaz assistido. Com a vigência do Estatuto esse contrato passa a ser, em tese, válido, pois celebrado por pessoa capaz. Para sua anulação, necessária será a prova dos vícios do consentimento (erro ou dolo) o que por exigirá prova de maior complexidade e as dificuldades desta ação são enormes.¹⁷⁸

Com efeito, a possível anulabilidade do negócio jurídico somente existiria se a pessoa que o celebrou, com deficiência ou não, estivesse impossibilitada de manifestar a vontade. Se uma pessoa possui uma limitação cognitiva que não lhe impede de manifestar a vontade, ela é considerada capaz, e o ordenamento jurídico

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

¹⁷⁸ SIMÃO, 2019.

não possui nenhum instrumento para protegê-la em relação a esta desigualdade em face da outra parte.

Embora a curatela seja um *múnus público* cujo objetivo é a proteção da pessoa com deficiência no âmbito dos direitos patrimoniais, as normas de direito material que antes protegiam essas pessoas com uma certa dificuldade de manifestar a vontade, mas não impossibilitadas de fazer, hoje somente seriam aplicadas se a pessoa efetivamente não for capaz de manifestar a vontade.

As respostas apresentadas por José Fernando Simão às questões acima, interpretando o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência¹⁷⁹, concluem que caberá ao juiz definir se o curador irá representar ou assistir a pessoa nas questões patrimoniais, embora só possa ser considerada relativamente incapaz, gerando um imbrólio na teoria das incapacidades. Uma vez reconhecida a incapacidade e determinada a curatela, o ato praticado pela pessoa com deficiência sem a assistência ou representação poderia ser considerado nulo ou anulável, através na interpretação analógica dos artigos 166, I¹⁸⁰ e 171, I¹⁸¹, ambos do Código Civil.¹⁸²

Com relação à representação, instituto inerente à incapacidade absoluta, o artigo 115 do Código Civil¹⁸³ estabelece que seus poderes podem ser conferidos pela lei ou pelo interessado. Segundo Nestor Duarte¹⁸⁴ os atos de representação têm por finalidade a proteção da personalidade e, depois da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, somente podem decorrer do poder familiar (artigo 1.690 do

¹⁷⁹ Art. 85. A curatela afetarã tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

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

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

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

¹⁸⁰ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; (...).

¹⁸¹ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente; (...).

¹⁸² SIMÃO, 2019.

¹⁸³ Art. 115. Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado.

¹⁸⁴ DUARTE, *In* GODOY, Claudio Luiz Bueno de et. al, 2018, p. 19.

CC/02¹⁸⁵)¹⁸⁶ e da tutela (artigo 1.747 do CC/02¹⁸⁷)¹⁸⁸, pois as pessoas maiores de dezesseis anos somente podem ser tratadas como relativamente incapazes, independente do grau de discernimento, ainda que a curatela estabeleça poderes de atuação direta do curador seria, de acordo com uma interpretação literal da lei, será de assistência e não de representação.

Para Viviane Cristina de Souza Limongi, de acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência uma pessoa sem discernimento, como por exemplo caso de coma induzido, é considerada relativamente incapaz e está sujeita à curatela limitada aos atos patrimoniais, o que considera inútil e danoso para a pessoa, a qual se encontra absolutamente inapta para todos os atos da vida civil, inclusive os existenciais¹⁸⁹. Segundo a autora

Reitere-se: o suprimento que deveria existir na hipótese de absoluta falta de saúde mental – a representação da pessoa com deficiência para todos os atos da vida civil – foi excluído pelo Estatuto, de modo que, segundo a interpretação restritiva da Lei, a pessoa com estado grave de saúde permanecerá alijada da capacidade de exercício de seus direitos.¹⁹⁰

Assentados os impactos nos planos do negócio jurídico, que por si já representam outra importante modificação do Estatuto da Pessoa com Deficiência nos institutos do direito civil, vale destacar os reflexos gerados nos vícios dos negócios jurídicos. Nos termos do artigo 149 do Código Civil¹⁹¹, o dolo do representante legal só obriga o representando a responder civilmente até a importância do proveito, norma

¹⁸⁵ Art. 1.690. Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.

Parágrafo único. Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária.

¹⁸⁶ BRASIL. **Lei Federal n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2001. Instituiu o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 19 jul. 2019.

¹⁸⁷ Art. 1.747. Compete mais ao tutor:

I - representar o menor, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte;

II - receber as rendas e pensões do menor, e as quantias a ele devidas;

III - fazer-lhe as despesas de subsistência e educação, bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens;

IV - alienar os bens do menor destinados a venda;

V - promover-lhe, mediante preço conveniente, o arrendamento de bens de raiz.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ LIMONGI, 2018, p.154.

¹⁹⁰ Ibid., p. 154.

¹⁹¹ Art. 149. O dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; se, porém, o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.

que, a princípio, não é extensiva ao assistente. Conclui-se, portanto, que se o curador de uma pessoa que não consegue manifestar a vontade agir com dolo, esta será solidariamente responsável pelos atos daquele, conforme interpretação do artigo citado.

Washington de Barros Monteiro define o dolo civil como todo artifício empregado para enganar alguém, intervindo na efetuação de um ato jurídico para viciar o consentimento do agente e sua sanção é a anulabilidade do negócio jurídico. É o artifício ou expediente astucioso empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro¹⁹².

Carlos Roberto Gonçalves, ao tratar sobre o dolo do representante, esclarece que o tutor, o curador e o pai no exercício do poder familiar são representantes que a lei impõe, sem que o representado possa se rebelar contra, de modo que a lei seria desproporcional se os responsabilizasse integralmente pelos atos maliciosos daqueles, como é o caso do dolo do representante convencional¹⁹³.

É importante destacar que o objetivo deste capítulo é discutir os efeitos diretos operados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência nos institutos de direito civil e, por isso, as abordagens são realizadas partindo-se de uma interpretação *literal e prima facie* dos dispositivos legais. Apontar, também, que a Lei de Inclusão, embora represente um grande avanço em diversos pontos, em especial quanto aos direitos existenciais das pessoas com deficiência, gerou vulnerabilidade em outros, pois afastou a proteção da teoria das incapacidades anteriormente pensada e sistematizada ao longo de todo o ordenamento jurídico.

Atualmente, somente através de métodos de interpretação e integração das normas é que doutrina e jurisprudência conseguirão proteger as pessoas que não manifestam vontade no âmbito dos negócios jurídicos. Nas palavras de Rodrigo Silva e Eduardo Nunes *“incumbe à doutrina e à jurisprudência, portanto, efetivar o escopo protetivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência, sobretudo nos pontos onde a reforma legislativa não logrou fazê-lo.”*

¹⁹² MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Vol. 1. Parte Geral. 42 Ed. São Paulo. Saraiva. 2009. P. 204

¹⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil 1**: esquematizado. Parte Geral: obrigações e contratos. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 343-344.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência também alterou normas relativas ao direito das obrigações, em especial quanto ao pagamento realizado a pessoa incapaz. Nos termos do artigo 310¹⁹⁴ do CC/02¹⁹⁵ não é válido o pagamento cientemente realizado ao incapaz de quitar, salvo se o devedor demonstrar que se reverteu em benefício daquele. Em uma análise superficial do dispositivo legal seria possível concluir que a regra não se aplicaria às pessoas com deficiência que possuem alguma dificuldade de manifestar a vontade mas não se enquadram na hipótese de ausência de vontade.

José Fernando Simão exemplifica com a hipótese de uma pessoa com deficiência leve mas que não tenha noção de dinheiro e valores. Considerando que ela seja credora de um débito, se ela der quitação, após a vigência do Estatuto, este ato será totalmente válido e eficaz, e hábil a liberar o devedor¹⁹⁶.

Conclui-se, portanto, que a Lei Brasileira de Inclusão acabou por gerar efeitos colaterais em diversos institutos do direito civil, prejudicando a pessoa com deficiência ou qualquer outro indivíduo cuja capacidade de manifestar a vontade esteja reduzida ou até mesmo aniquilada. As repercussões negativas atingem principalmente os atos de natureza negocial, conforme ficou demonstrado neste tópico, o que não é coerente com um diploma normativo protetivo, que busca a inclusão e a igualdade das pessoas por ele atingidas.

3.2 PROVAS

¹⁹⁴ Art. 310. Não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu.

¹⁹⁵ BRASIL. **Lei Federal n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2001. Instituiu o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 19 jul. 2019.

¹⁹⁶ SIMÃO, 2019.

Também na parte geral do Código Civil o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o artigo 228 do Código Civil¹⁹⁷, inserido no título das Provas. Em sua redação original a Lei 10.406 estabelecia que não poderiam ser admitidos como testemunhas: os menores de dezesseis anos, aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental não tivessem discernimento para a prática dos atos da vida civil e os cegos e surdos, se a ciência do fato pudesse ser obstada pela limitação física dessas pessoas, os interessados no litígio, parentes, amigos ou inimigos das partes.¹⁹⁸

A nova redação do artigo excluiu os incisos II e III do artigo¹⁹⁹, e com base no princípio da acessibilidade, determinou o fornecimento de tecnologias assistivas para que as pessoas com deficiência possam testemunhar em igualdade de condições.

As alterações provocadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no âmbito das provas não trouxeram nenhum prejuízo de direitos ou prerrogativas, apenas inclusão e oportunidade de participação na vida civil.

3.3 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

¹⁹⁷Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:

- I - os menores de dezesseis anos;
 - II - aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil;
 - III - os cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam;
 - IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;
 - V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade.
- Parágrafo único. Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.

¹⁹⁸BRASIL. **Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2001**, op. cit. 2019.

¹⁹⁹Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:

- I - os menores de dezesseis anos;
 - II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
 - III - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
 - IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;
 - V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade.
- § 1º Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.
- § 2º A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva.

A prescrição e a decadência são institutos do direito civil que se aproximam na medida em que acarretam a perda de uma faculdade jurídica, da pretensão e do direito subjetivo, respectivamente, em virtude da inércia do seu titular no decurso do tempo. Nestor Duarte esclarece que as ações condenatórias estão sujeitas à prescrição, ao passo que as ações constitutivas, que possuem prazo especial de exercício fixado em lei, são sujeitas à decadência²⁰⁰. Ambos tiveram seu regramento afetado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

De acordo com Agnelo Amorim Filho²⁰¹:

1ª) - Estão sujeitas a prescrição (indiretamente, isto é, em virtude da prescrição da pretensão a que correspondem): - todas as ações condenatórias, e somente elas;

2ª) - Estão sujeitas a decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito potestativo a que correspondem): - as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei;

3ª) - São perpétuas (imprescritíveis): - a) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei; e b) todas as ações declaratórias.

Silvio Venosa conceitua a prescrição como a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo. Aponta como requisitos da prescrição a existência de uma ação exercitável, a inércia do titular da ação pelo não exercício por determinado tempo e a ausência de fato ou ato impeditivo, suspensivo ou interruptivo do curso da prescrição²⁰².

A prescrição constitui a perda da exigibilidade do direito pelo decurso do tempo, ou seja, não é o direito que se extingue, mas a pretensão de exigí-lo. Alguns autores reconhecem a prescrição como uma sanção ao titular do direito negligente, ao passo que outros entendem ser uma medida de segurança jurídica, para consolidar situações jurídicas. A configuração da prescrição pressupõe a ocorrência de cinco requisitos: 1) existência de um direito exercitável; 2) a violação deste direito²⁰³; 3) a

²⁰⁰ DUARTE, In GODOY et al, 2018, p. 119-120.

²⁰¹ 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 10 de out de 2019

²⁰² VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil Parte Geral. Vol. 1. 5 ed. São Paulo. Atlas. 2005. P 597

²⁰³ De acordo com o enunciado 14 da I Jornada de Direito Civil "Art. 189: 1) O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer."

ciência da violação do direito²⁰⁴; 4) inércia do titular; 5) decurso do prazo legal e 6) ausência de causa impeditiva, suspensiva ou interruptiva da prescrição²⁰⁵.

O decurso do prazo constitui elemento essencial para a configuração da prescrição, o qual é obstado pelas hipóteses legais de impedimento, suspensão e interrupção. As causas impeditivas obstam o início da fluência do prazo, já as suspensivas fazem cessar o curso, de modo que quando superadas a contagem do prazo continua de onde parou e, por fim, as interruptivas determinam o recomeço da contagem do prazo²⁰⁶.

As conceituações acima foram necessárias para contextualizar os reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência no instituto da prescrição. De acordo com o artigo 198, inciso I, do Código Civil²⁰⁷ não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes, que atualmente são apenas os menores de dezesseis. Trata-se, portanto, de mais uma alteração lesiva para as pessoas com deficiência e todas aquelas que não forem capazes de manifestar a vontade. Com o objetivo de ilustrar o que ora se argumenta apresenta-se a situação de uma pessoa permanecer em coma induzido e convalescer após alguns anos, deparando-se com a situação de não mais poder exigir a satisfação de seus direitos.

Nesse sentido os reflexos apontados por José Fernando Simão:

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.²⁰⁸

A primeira análise da questão teve por premissa a pessoa com deficiência ser considerada plenamente capaz e, por isso, fluir normalmente o prazo prescricional.

²⁰⁴ De acordo com Flávio Tartuce cresce na jurisprudência do STJ a adoção da teoria da actio nata, pela qual o prazo deve ter início a partir da ciência da lesão ao direito subjetivo. TARTUCE, 2014.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Art. 198. Também não corre a prescrição:

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

²⁰⁸ SIMÃO, 2019.

Trata-se da situação em que a pessoa apresenta uma limitação funcional mas esta não lhe impede de manifestar a sua vontade.

Uma segunda situação possível é da pessoa não que consiga expressar a sua vontade, pode ser em virtude de uma deficiência mental ou não, como por exemplo uma pessoa que sofreu um sério acidente de veículo e permaneceu em coma ou inconsciente por um longo período. Na vigência da redação original do Código Civil não correria a prescrição contra esta pessoa, pois seria considerada absolutamente incapaz por não conseguir expressar a vontade.²⁰⁹

Em virtude das alterações provocadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência esta pessoa mencionada no exemplo anterior seria considerada relativamente incapaz, e não absoluta, como era no modelo anterior, afastando, assim, a incidência do artigo 198 do Código Civil e atraindo a aplicação do artigo 195²¹⁰, que prevê a possibilidade de ação de regresso em face do assistente que deu causa à prescrição. Nestor Duarte explica que o dolo ou a negligência da pessoa que presta assistência (pais, tutores e curadores) gera a obrigação de indenizar, se não propuserem as ações cabíveis em tempo útil ou deixarem de alegar a prescrição que lhes aproveita oportunamente²¹¹.

Esta mudança é visivelmente prejudicial à pessoa, pois antes a pretensão permanecia resguardada até o seu convalhecimento, ao passo que após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em um primeiro momento, seria necessário ingressar com ação judicial e demonstrar a inércia do assistente para pleitear o regresso, de modo que o sucesso da demanda ainda irá depender da existência de patrimônio do assistente para responder pelo prejuízo.

Com o objetivo de contornar os efeitos prejudiciais que as alterações do Estatuto da Pessoa com Deficiência poderiam provocar na esfera de direitos do indivíduo, passou-se a defender a aplicação da regra *contra non valere agere non currit praescripto*, segundo a qual a prescrição não poderia correr contra quem não poderia interrompê-la por estar impossibilitado de acionar. Segundo Salomão Resedá

²⁰⁹ BRASIL. **Lei Federal n. 10.406**, op. cit., 2019

²¹⁰ Art. 195. Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente.

²¹¹ DUARTE, In GODOY *et al*, 2018, p. 123.

a existência de obstáculos para o exercício da ação capaz de interromper a prescrição conduz ao impedimento ou suspensão do curso do prazo prescricional²¹².

O autor defendeu em sua tese de doutorado a aplicação desta regra para afastar o entendimento doutrinário no sentido de que as causas que obstem o curso do prazo prescricional são taxativas, ao argumento de garantia do direito fundamental ao acesso à justiça. Nas palavras de Resedá:

A teoria do *contra non valere agere non currit praescriptio* vem para romper com a exigência segundo a qual as causas que influenciam o curso do prazo prescricional estão restritamente vinculadas à previsão legal. De fato, quando se observa por uma perspectiva desvinculada do positivismo exacerbado, percebe-se a lógica, na medida em que não haverá reação exatamente por razões de impossibilidade. Em sentido contrário, a prescrição deve ter seu prazo influenciado exatamente por conta do bloqueio existente quanto à manifestação livre de vontade por parte do titular da pretensão.²¹³

De acordo com a esta teoria, a estrutura funcional da prescrição se justifica como forma punir a negligência do credor que, podendo, não exerce a sua pretensão perante o Estado-Juiz e, portanto, embora tenha condições para ingressar com a ação permanece inerte e não exerce o direito constitucionalmente garantir. Contudo, esta razão de ser não subsiste quando o indivíduo não tem condições de exercer o direito, ou seja, não deve correr a prescrição contra quem estiver absolutamente impossibilitado de agir.

A decadência, por sua vez, constitui a perda do direito potestativo pelo decurso do prazo estabelecido em lei ou pela vontade das partes para o seu exercício. Carlos Roberto Gonçalves conceitua o direito potestativo como o direito sem pretensão, insuscetível de ser violado, pois a ele não se opõe um dever de alguém, mas uma situação de sujeição, como por exemplo o direito de anular um negócio jurídico.

Uma das diferenças apontadas pela doutrina entre prescrição e decadência reside no artigo 207 do Código Civil²¹⁴, que estabelece que em regra não se aplicam à decadência as normas de impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

²¹² RESEDÁ, Salomão. **A teoria contra non valentem agere, non currit praescriptio e o amplo acesso à justiça das pessoas que, mesmo por causa transitória, não conseguem exprimir sua vontade.** Tese Doutorado, Programa de Pós-Graduação em Direito Público na Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

Ocorre que o artigo 208²¹⁵ excepciona a regra do dispositivo anterior e determina a aplicação à decadência dos artigos 195²¹⁶ e 198, I²¹⁷, de modo que todo o raciocínio desenvolvido acima para a prescrição, aplica-se à decadência.

A exemplificar as consequências do Estatuto da Pessoa com Deficiência quanto à fluência do prazo decadencial é possível citar uma situação hipotética de alguma pessoa com uma limitação mental que incorreu em erro ao celebrar o negócio jurídico. Esta pessoa, considerada plenamente capaz, deverá ingressar com a ação anulatória no prazo de quatro anos, sob pena de se responsabilizar integralmente pelas consequências do ato, tendo apenas o direito de regresso, nos termos do artigo 195 do Código Civil.

Portanto, o que se infere é que os prazos para anular os negócios jurídicos com vícios do consentimento (erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo), vícios sociais (simulação e fraude contra credores) e demais atos passivos de anulação, fluem normalmente em detrimento dos interesses das pessoas que possuem uma limitação funcional de natureza mental que dificulta a manifestação de vontade mas não a obsta.

Por outro lado, como as pessoas que não manifestam vontade são consideradas relativamente incapazes de acordo com a nova teoria das incapacidades, não seria possível obstar a fluência do prazo decadencial em face destas, nos termos do artigo 195, combinado com o artigo 208 do Código Civil. Com objetivo de sanar a questão Rodrigo Silva e Eduardo Nunes entendem igualmente aplicável à decadência o princípio do *contra non valentem agere*, os quais afirmam que o entendimento é tão consolidado que, "*em matéria de decadência, cujo curso via de regra não pode ser interrompido, suspenso ou impedido, também a norma do art. 198, I, encontra aplicação (art. 208 do Código Civil)*"²¹⁸.

Os autores discorrem a respeito deste princípio no direito comparado:

Na Itália e na França, por exemplo, já se afirmou que o impedimento da prescrição contra o titular incapaz decorre diretamente desse adágio; na

²¹⁵ Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.

²¹⁶ Art. 195. Os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente.

²¹⁷ Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; (...).

²¹⁸ SILVA, Rodrigo da Guia; SOUZA, Eduardo Nunes de. Discernimento da pessoa humana e sua relevância para o regime jurídico da prescrição e da decadência. In BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coords.). **O código civil e o estatuto da pessoa com deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 99-166.

jurisprudência francesa, admite-se que a deficiência mental consiste justamente em uma das hipóteses em que o titular do direito “não pode agir”, não sendo legítima, portanto a fluência da prescrição contra ele.²¹⁹

Percebe-se, portanto, que a alteração provocada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência gerou vulnerabilidade também em relação à prescrição e a decadência, demandando estratégias interpretativas para superar mais um efeito colateral da alteração. Antes da entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão a pessoa que não era capaz de manifestar a vontade tinha a sua pretensão ou direito potestativo resguardado pela lei, de modo que o prazo só voltaria a correr quando a pessoa voltasse a manifestar a vontade.

Atualmente, os prazos prescricionais e decadenciais fluem normalmente em face das pessoas que não manifestam a vontade e a tese acima apontada ainda não se mostra consolidada na jurisprudência pátria, o que demonstra uma situação prejudicial às pessoas com deficiência e todas aquelas que estiverem impossibilitadas de manifestar vontade temporariamente.

²¹⁹ SILVA *In* BARBOZA; MENDONÇA; ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 99-166.

4 REFLEXOS JURÍDICOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO CIVIL

Uma vez analisadas as questões aplicáveis aos institutos da parte especial, passa-se a analisar os efeitos provocados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência em institutos como o contrato de doação, o casamento, a união estável e o testamento. Tal abordagem tem como objetivo demonstrar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência causou impactos em todo o Código Civil e não apenas na teoria das incapacidades.

4.1 CONTRATO DE DOAÇÃO

Os contratos, como negócios jurídicos bilaterais que são, foram afetados pela entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois a eles se aplicam todo o regramento da parte geral do Código Civil e os institutos já mencionados. Contudo, o contrato de doação foi especialmente mais afetado que os demais, conforme se passa a demonstrar.

Nelson Rosenvald conceitua a doação como uma relação jurídica (contrato), pela qual uma pessoa (doador ou benfeitor), por sua própria vontade e livre de constrangimento, assume a obrigação de transferir um bem jurídico ou uma vantagem para o patrimônio de outra pessoa (donatário ou beneficiário). Segundo o autor, os elementos caracterizadores da doação são: 1) a intenção do doador de praticar a liberalidade (*animus donandi*); 2) transferência do bem ou vantagem em favor do donatário e 3) aceitação de quem recebe²²⁰.

Em geral a aceitação vem expressa no próprio instrumento da doação, como por exemplo o donatário comparece na escritura pública e formaliza a aceitação no ato notarial. Rosenvald reforça que aceitação do donatário constitui, em regra, elemento essencial para a doação:

²²⁰ ROSENVALD, DUARTE, *In* GODOY et. al. , 2018, p. 566.

Além disso, não se pode esquecer que a aceitação é elemento essencial para o aperfeiçoamento da doação. É o consentimento de quem se beneficia. Até porque a pessoa que se beneficia de uma doação (por menor que seja o valor econômico do bem doado) assume deveres éticos, morais e jurídicos com o seu benfeitor. Trata-se de compromisso de evidente relevância ética. Por conseguinte, impõe-se reconhecer ao beneficiário da doação o direito de recusar a assunção de tais obrigações. E, nessa ordem de ideias, detecta-se incontestavelmente a necessidade de consentimento do donatário para perfectibilização do contrato. A doação, enfim, não se aperfeiçoa sem a aceitação do beneficiário²²¹.

Embora aceitação seja elemento essencial para o aperfeiçoamento da doação, o Código Civil excepciona esta regra no artigo 543²²² ao estabelecer a dispensa da aceitação se o donatário for absolutamente incapaz e a doação for pura, que é quando o ato constitui uma liberalidade plena, ou seja, o doador não impõe nenhuma restrição ou encargo ao beneficiário.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves o consentimento para a doação ao incapaz é ficto, pois a dispensa de aceitação protege o interesse deste, considerando que a doação pura só pode beneficiá-lo²²³. Nesse sentido decidiu o Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo em processo de suscitação de dúvida na qual o 1º Oficial de Registro de Imóveis da Capital exigiu a apresentação de alvará judicial para proceder ao registro de uma escritura pública de doação com reserva de usufruto lavrada em favor de um menor que seria donatário da sua propriedade²²⁴.

²²¹ ROSENVALD, DUARTE, *In* GODOY et. al. , 2018, p. 566.

²²² Art. 543. Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.

²²³ GONÇALVES, 2012, p. 592.

²²⁴ Processo 1096909-59.2015. Registro de imóveis – Escritura de doação – Usufrutuária menor impúbere – Ausência de representação da menor – Doação pura – Art. 543, CC – Desnecessidade de alvará judicial – Dúvida improcedente. Dúvida. 1º Registro de Imóveis. Sentença: Vistos. Trata-se de dúvida suscitada pelo Oficial do 1º Registro de Imóveis da Capital, a requerimento de A. J. e J. de F. L. J., em face da negativa em se proceder ao registro de Escritura de Doação com Instituição e Reserva de Usufruto, lavrada perante o 8º Tabelião de Notas da Capital, na qual os titulares de domínio doaram imóvel gravando-o com usufruto para D. L. S. M. da S. e J. de F. L. J., sendo a sua propriedade constituída a favor de J. L. V., G. L. M. da S. e L. L. M. da S. Os óbices registrários referem-se à ausência de representação da menor, L. L. M. da S., por seus pais para aceitação da doação em nome dela, bem como ausência de apresentação de alvará judicial, que autorize a aquisição do imóvel, gravado com usufruto, pela menor(...). Na presente hipótese, ainda que o imóvel esteja gravado com usufruto, considera-se a doação como pura, ou seja, não haverá encargo para o titular da sua propriedade, que é absolutamente incapaz em razão da idade. O artigo 543 do Código Civil dispõe que: "Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura". Ao comentar este dispositivo legal, Nelson Rosenvald (Comentários ao Código Civil, Coordenação de César Peluso, pag. 423) diz que: "Quer dizer, não se trata de aceitação presumida do incapaz. Simplesmente se aperfeiçoa a doação com a tradição do bem ao incapaz e com o registro da escritura de doação do bem imóvel, sem a participação do absolutamente incapaz e de seu representante legal. O

O entendimento adotado pelo Conselho Superior da Magistratura foi no sentido de que o absolutamente incapaz não precisa comparecer no ato para manifestar a vontade de aceitar, o que não se aplica à doação pura para os relativamente incapazes, que depende do comparecimento do assistido e do assistente no ato para perfectibilizar o ato.

Em verdade a situação pode se tornar bem mais complexa, pois o artigo 1.774 do Código Civil²²⁵ estabelece a aplicação à curatela das disposições relativas à tutela, a qual exige autorização judicial para o tutor aceitar doações em favor do tutelado, nos termos do artigo 1748²²⁶. Assim, da dispensa de aceitação para o ato, por ser visivelmente benéfico, passa-se a ser necessária a manifestação judicial, com todos os ônus inerentes para obtê-la²²⁷.

Diante deste cenário José Fernando Simão questionou como seria resolvida a questão de uma pessoa que não tem condições de manifestar a vontade:

Sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, terá uma outra desvantagem em termos jurídicos: para receber doação terá de exprimir sua vontade, o que, atualmente, não é necessário em sendo absolutamente incapaz (art. 543 do CC). Imaginemos um tio que quer doar bens imóveis a um sobrinho com deficiência profunda para que a renda de tais bens garantam uma vida digna ao sobrinho. Hoje, a doação se aperfeiçoa sem que o sobrinho precise manifestar sua vontade (há uma presunção da vontade). Com o Estatuto, essa pessoa, plenamente capaz, precisa aceitar a doação. Como ela manifestará sua vontade se não consegue fazê-lo?²²⁸

O ponto que merece destaque é o fato de a aceitação, que antes era dispensada para as pessoas que não conseguiam manifestar a vontade, consideradas absolutamente incapazes, agora passa a ser necessária, ou seja, a pessoa com

consentimento do incapaz deixa de ser elemento integrativo do contrato". Desta mesma interpretação comunga Luiz Guilherme Loureiro, em sua obra Registro Públicos Teoria e Prática: "Quando o donatário for pessoa absolutamente incapaz, não é necessário o consentimento do representante legal, quando se trata de doação pura (art. 543, CC).

²²⁵ Art. 1.774. Aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela, com as modificações dos artigos seguintes.

²²⁶ Art. 1.748. Compete também ao tutor, com autorização do juiz:

II - aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos;

²²⁷ Ementa – Apelação – Alvará – Indeferimento da petição inicial – Pretensão exclusiva da curadora obter autorização judicial à aceitação de doação de parte ideal de bem imóvel em comunhão com seu marido a um de seus filhos absolutamente incapaz – Jurisdição voluntária plenamente cabível – Impertinência à participação paterna como litisconsórcio necessário – Favorecimento ao donatário e inexistência de prejuízo a terceiro – Afastamento da extinção, sem análise de mérito – Julgamento de procedência do pedido – Sentença reformada – Recurso provido. Apelação Cível com Revisão nº 0002407.27.2010.8.26.0196; 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo,

²²⁸ SIMÃO, 2019.

deficiência agora necessariamente deverá comparecer no ato de doação para aceitá-la, seja na condição de plenamente capaz, seja na condição de relativamente incapaz e, neste caso, devidamente assistida.

Esta situação gera muita perplexidade, pois imagine a hipótese de alguém pretender doar um imóvel para uma pessoa com deficiência mental grave que não seja capaz de praticar o ato. O tabelião de notas que irá lavrar a escritura deve agir com estrita legalidade, não possui margem de interpretação para considerar os valores que fundamentaram a elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência e, portanto, não pode aplicar o artigo 543 ao ato, pois a pessoa com deficiência não pode mais ser considerada como absolutamente incapaz, exigindo o comparecimento da pessoa ao ato. Trata-se, portanto, de mais uma norma protetiva que deixa de ser aplicável às pessoas com deficiência em virtude das alterações provocadas pela Lei de Inclusão.

Ainda que se admita que a pessoa com deficiência que não possui discernimento para manifestar a vontade seria representada no ato, e não assistida, o fato é que em sua redação original o Código Civil dispensava o seu comparecimento no ato, ao passo que agora é necessária a aceitação expressa, seja pela pessoa capaz, seja pelo curador.

Viviane Cristina de Souza Limongi defende que o Estatuto das Pessoas com Deficiência impôs um ônus de anuir, ainda que tácita ou presumidamente, com a doação, acarretando um estado de *hipervulnerabilidade* para as pessoas com deficiência, que muitas vezes possuem maiores dificuldades de adquirir renda, ou seja, dificultando a estas pessoas de somar riquezas aos seus patrimônios²²⁹.

Percebe-se que o Estatuto não garantiu proteção ao patrimônio das pessoas com deficiência, na verdade, em relação à doação, acabou por dificultar o recebimento de uma liberalidade no caso das pessoas que não são capazes de manifestar a vontade. De acordo com a atual legislação vigente seria necessário suprimento judicial para que uma pessoa com deficiência que não é capaz de manifestar a vontade possa aceitar uma doação pura e simples, o que não condiz com o intuito protetivo da teoria das incapacidades e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

²²⁹ LIMONGI, 2018, p.198.

4. 2 RESPONSABILIDADE CIVIL

A alteração provocada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência na teoria das incapacidades gerou reflexos também na responsabilidade civil extracontratual, o que será objeto de análise neste tópico.

O artigo 927²³⁰ do Código Civil reproduz a cláusula geral da responsabilidade civil extracontratual, segundo a qual, aquele que, por ato ilícito (artigos 186²³¹ e 187²³²), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Verifica-se que a responsabilidade civil extracontratual encontra alicerce tanto no ato ilícito, definido como o ato culposo praticado em desacordo com o ordenamento jurídico, violando direitos e causando prejuízo a terceiros, como no abuso de direito, ato praticado em exercício irregular de direitos, que é lícito em sua origem mais exercido além dos limites impostos pelo fim social, econômico, costumes e boa-fé objetiva.

Nos termos do artigo 932²³³ do Código Civil²³⁴, os pais, tutores e curadores respondem objetivamente pelos danos causados pelos filhos²³⁵, tutelados ou

²³⁰ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²³¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito

²³² Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²³³ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

- I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
- II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
- III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
- IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
- V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

²³⁴ BRASIL. **Lei Federal n. 10.406**, op. cit., 2019.

²³⁵ Direito Civil. Responsabilidade civil dos genitores pelos danos causados por seu filho esquizofrênico. Os pais de portador de esquizofrenia paranoide que seja solteiro, maior de idade e more sozinho tem responsabilidade civil pelos danos causados durante os recorrentes surtos agressivos de seu filho, no caso em que eles, plenamente cientes dessa situação, tenham sido omissos na adoção de quaisquer medidas com o propósito de evitar a repetição desses fatos, deixando de tomar qualquer atitude para interditá-lo ou mantê-lo sob sua guarda e companhia. (...) Isso porque o esquizofrênico que sofra, reincidentemente, surtos psicóticos e pratique atos agressivos - como no caso em análise - é, realmente, incapacitado, total ou parcialmente, para a prática de atos da vida civil, mesmo que não oficialmente interditado, demandando cuidados especiais por parte daqueles que estão cientes do problema psiquiátrico, cuja obrigação decorre da lei e da relação de parentesco - genitores,

curatelados. Trata-se de responsabilidade por fato de terceiro, também conhecida como responsabilidade civil indireta, é modalidade de responsabilidade objetiva pois independente de comprovação de culpa do responsável para causar o dano.

Embora o artigo 942²³⁶ do CC/02²³⁷ estabeleça a responsabilidade solidária entre os autores do dano e os responsáveis pela indenização previstos no artigo 932, esta regra não se aplica aos incapazes, seja a incapacidade absoluta ou relativa. A responsabilidade civil do incapaz causador do dano é subsidiária e mitigada, nos termos do artigo 928²³⁸ do Código, de modo que ele somente será responsável por indenizar os prejuízos que causar se o responsável legal não dispuser de meios suficientes. O enunciado 41 da I Jornada de Direito Civil estabeleceu que *“a única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com*

cônjuge, companheiro, filhos etc. -, tudo para proteger o doente e terceiros. Ele deve ser enquadrado, no mínimo, como relativamente incapaz, nos termos do art. 4º, II, do CC (segundo o qual são relativamente incapazes "os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido"), tendo em vista que possui momentos intercalados de sanidade, sendo-lhe possível, em tese, praticar atos da vida civil, até mesmo desacompanhado, durante os períodos de lucidez. Ademais, dependendo do grau de evolução da doença mental, poderá o enfermo ficar impossibilitado, total e permanentemente, de praticar sozinho quaisquer atos da vida civil, passando a se qualificar como absolutamente incapaz, a teor do disposto no art. 3º, II, do CC (de acordo com o qual são absolutamente incapazes "os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos"). Além do mais, no tocante à possibilidade de o genitor estar sujeito a indenizar os danos causados pelo filho maior incapaz, interpretando sistematicamente o art. 932, I e II, do CC com as normas que disciplinam as obrigações dos pais em relação aos filhos, tem-se que os trechos a) "estiverem sob sua autoridade e em sua companhia" e b) "curatelados, que se acharem nas mesmas condições" são aplicáveis, também, aos casos em que os pais - seja com o propósito de isentar-se de responsabilidades, seja por simples omissão quanto aos deveres de guardar, proteger, vigiar e educar - deixam de impor sua autoridade sobre os maiores reconhecidamente incapazes, de trazê-los para junto de si, de interdita-los e de assumir, oficialmente, o papel de curador quando deveriam tê-lo feito por força das circunstâncias e da lei. Nesse caso, a obrigação dos genitores não depende de interdição judicial, decorrendo de uma situação de fato, qual seja, a sabida deficiência mental instalada. Além disso, dispõe o art. 942 do CC que "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932". Diante disso, como, no caso aqui analisado, caberia aos genitores tomar cuidados para, ao menos, tentar evitar que seu filho, portador de esquizofrenia paranoide, cometesse agressões contra terceiros - tratando-se, inclusive, de diligência recomendada como forma de protegê-lo de revídes -, revela-se flagrante a omissão da mãe no cumprimento das suas obrigações como genitora do incapaz, o que a obriga a indenizar os danos causados pelo seu filho. **REsp 1.101.324-RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 13/10/2015, DJe 12/11/2015.**

²³⁶ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

²³⁷ BRASIL. **Lei Federal n. 10.406, 2019.**

²³⁸ 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.

seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inc. I, do novo Código Civil."²³⁹

Destaca-se que a regra do artigo 928²⁴⁰ se aplica para qualquer caso de incapacidade, seja pelo critério objetivo da idade, seja pelo critério subjetivo de discernimento para manifestar a vontade. O mesmo artigo 928 do Código Civil, no parágrafo único, estabelece que a responsabilidade do incapaz também é mitigada, eis que determina que a indenização seja equitativa e não será devida se privar o incapaz do necessário.

Nesta esteira, o enunciado 39 das Jornadas de Direito Civil do CJP²⁴¹ concluiu que a responsabilização do incapaz pelos danos causados não exige o esgotamento de todos os recursos dos responsáveis (pais, tutores e curadores), basta que sejam reduzidos ao montante necessário à manter a sua dignidade, impossibilitando que a pessoa fique privada do necessário²⁴².

Desse modo, as pessoas com deficiência que possuem uma limitação mental ou psíquica se, apesar da limitação, for considerada capaz de manifestar a vontade, será considerada plenamente capaz e, conseqüentemente, responde direta e integralmente pelos danos que causar. Essas pessoas deixam de receber a proteção no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, que estabelece a responsabilidade subsidiária e mitigada. José Fernando Simão previu esta hipótese:

Sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, terá uma outra desvantagem em termos jurídicos: passará a responder com seus próprios bens pelos danos que causar a terceiros, afastando-se a responsabilidade subsidiária criada atualmente pelo artigo 928 do CC. Pela sistemática do Código Civil, quem responde precipuamente pelos danos causados pelos incapazes são seus representantes legais (pais, tutores e curadores). Imaginemos uma pessoa que, por problemas psicológicos, tem perda ou séria redução de discernimento e, tendo acessos de fúria, gera graves danos a terceiros. Tal pessoa, sendo interditada por força da doença será cuidada por seu curador. Se causar danos, o patrimônio do curador

²³⁹ Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

²⁴⁰ BRASIL. **Lei Federal n. 10.406**, op. cit., 2019.

²⁴¹ Jornadas de direito civil I, III, IV e V op. cit., 2012.

²⁴² A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como conseqüência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade.

responderá. O incapaz só responde subsidiariamente. Com o Estatuto, a responsabilidade será exclusiva da pessoa que causou o dano.²⁴³

Com esta nova sistemática, se uma pessoa que tem alguma dificuldade de cognição for a causadora de um dano patrimonial, moral ou estético a alguém, será a única demandada, pois somente em caso de incapacidade relativa é que haverá litisconsórcio passivo com o curador, e poderá ser condenada a ressarcir integralmente o lesado, o que pode, inclusive, afetar os seus próprios recursos de subsistência. O comprometimento financeiro da pessoa com deficiência é ainda maior, pois, por ser considerado capaz, deixa de ser aplicável a regra de indenização equitativa prevista para os incapazes, e o dever de ressarcir passa a ser integral.

Caitlin Mulholland, ao discorrer sobre a responsabilidade civil das pessoas com deficiência propôs a conclusão no sentido de que as pessoas com alguma limitação mental ou psíquica, apesar de capazes são vulneráveis e, por isso, sugere a atribuição da responsabilidade civil direta, por fato próprio, nos termos do artigo 927 do CC, mas a quantificação do dano ponderada de forma equitativa, conforme autoriza o artigo 928, parágrafo único, com o objetivo de proteger a dignidade da pessoa com deficiência. E conclui que apesar do artigo 944 do Código Civil estabelecer o princípio da reparação integral, *“considera-se que o deficiente psíquico ou intelectual plenamente capaz pode ter a obrigação de indenizar equitativamente reduzida, fundamentando-se na sua característica de vulnerabilidade²⁴⁴”*.

Diante do exposto é possível concluir que no âmbito da responsabilidade Civil o Estatuto da Pessoa com Deficiência acabou por afastar, a princípio, responsabilidade civil subsidiária e equitativa dos incapazes. Desse modo, as pessoas com alguma limitação cognitiva ou intelectual, por serem presumidamente capazes, são responsáveis diretos e integrais pelos danos que causarem. Trata-se de um efeito prejudicial operado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência em relação às pessoas com alguma dificuldade de manifestar a vontade mas que não são considerados relativamente incapazes.

²⁴³ SIMÃO, 2019.

²⁴⁴ MULHOLLAND, Caitlin. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual. *In* MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas. **Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e lei brasileira de inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 633- 659.

4.3 CASAMENTO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe alterações significativas com relação ao casamento e demais instituições familiares para as pessoas que apresentam alguma limitação mental ou intelectual. Além de alterar o sistema das incapacidades, conforme largamente debatido ao longo deste estudo, revogou o inciso I do artigo 1.548 do Código Civil, o qual estabelecia a nulidade do casamento contraído por enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil.

A interpretação literal do dispositivo acima levava à conclusão que as pessoas com deficiência mental ou intelectual não poderiam se casar, em hipótese alguma, independente da possibilidade de manifestar sua vontade e do discernimento para a prática dos atos existenciais, sob pena de ser considerado nulo o casamento.

Antes da entrada em vigor da Lei de Inclusão a doutrina já havia editado o enunciado 332 da IV Jornada de Direito Civil do CJF²⁴⁵, segundo o qual “*A hipótese de nulidade prevista no inc. I do art. 1.548 do Código Civil se restringe ao casamento realizado por enfermo mental absolutamente incapaz, nos termos do inc. II do art. 3º do Código Civil.*”. Com efeito, a impossibilidade absoluta de uma pessoa com deficiência mental ou intelectual se casar, ou conviver em união estável validamente, pelo simples fato de possuir uma deficiência, constitui uma séria violação a direito existencial.

O direito de constituir família está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos de desenvolvimento da personalidade, de igualdade e liberdade. Por reconhecer o importante papel da família na sociedade, a Constituição estabelece como dever do Estado garantir a devida tutela jurídica e proteção especial²⁴⁶.

Vanessa Correia Mendes esclarece que o casamento é a proteção, pelo Direito, da união constituída conforme a formalidades do Código Civil, e a liberdade matrimonial é um direito fundamental, de modo que a deficiência, por si só, não seria hábil a limitar o direito ao casamento. Nesta esteira a Convenção sobre Direitos da

²⁴⁵ Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V, 2012.

²⁴⁶ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Pessoa com Deficiência determinou que os Estados Partes deveriam adotar as medidas necessárias para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em especial no que toca aos aspectos que envolvem casamento, família, paternidade e relacionamentos²⁴⁷.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, por sua vez, estabeleceu no artigo 6º²⁴⁸ que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para casar-se e constituir união estável. Também alterou o artigo 1.548 do Código Civil revogando o inciso I, de modo que a única hipótese de nulidade do casamento atualmente é por violação de impedimentos.

Beatriz Capanema Young defende que foram favoráveis as alterações provocadas pela lei de inclusão no instituto do casamento

Diante disso, ante escolhas existenciais, como a vontade de constituir a própria família, a aplicação do antigo regime das incapacidades – patrimonialista, abstrato e formalista – acabaria por violar a liberdade, a solidariedade e a própria manifestação da dignidade da pessoa humana. Assim, com inspiração nos preceitos personalista e emancipatórios trazidos pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a mudança ocorrida no tratamento jurídico dado às situações existenciais é salutar, ao passo que determinou o art. 85 da LBI que o alcance da curatela afetará tão somente os atos de natureza patrimonial e negocial.²⁴⁹

Diante da alteração provocada no artigo 1.548 do Código Civil, o casamento realizado por pessoa sem capacidade para discernir, independente de apresentar ou não alguma deficiência física ou mental, somente pode ser considerado anulável, não nulo. Com efeito, o artigo 1.550, inciso IV do CC/02²⁵⁰ estabelece ser

²⁴⁷ MENDES, Vanessa Correia. O casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual: possibilidades, inconsistência circundantes e mecanismos de apoio. *In* MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão.** Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 633-659.

²⁴⁸ Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

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

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

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

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

²⁴⁹ YOUNG, Beatriz Capanema. A Lei Brasileira de Inclusão e seus reflexos no casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual. *In* BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. **O código civil e o estatuto da pessoa com deficiência.** Rio de Janeiro: Processo, 2017, 185 -216.

²⁵⁰ Art. 1.550. É anulável o casamento: (...)

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; (...).

anulável o casamento do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento, o que deve ser alegado em 180 dias sob pena de convalidação do ato, aplicando aqui todas as pontuações relativas à contagem do prazo decadencial já analisada no caso das pessoas que não conseguem manifestar a questão.

O artigo 1.550 enumera as situações em que o casamento pode ser anulado por decisão judicial e são elas: i) daquele que não completou a idade mínima para casar; ii) do menor em idade núbio, quando não autorizado por seu representante legal; iii) por vício da vontade; iv) do incapaz de consentir ou manifestar de modo inequívoco o consentimento; v) realizado pelo mandatário com conhecimento da revogação do mandato; vi) por incompetência da autoridade celebrante.

Os artigos 1.556 a 1.559²⁵¹ disciplinam os vícios do consentimento que podem tornar o casamento anulável, que são o erro e a coação. Com relação ao erro essencial quanto à pessoa do outro, o Estatuto da Pessoa com Deficiência promoveu mais uma alteração importante, ao excluir o inciso IV do artigo 1.557 o qual estabelecia como hipótese de erro de um dos contraentes em relação ao outro “*a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado*”²⁵².

²⁵¹ Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro.

Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - (Revogado) . (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Art. 1.558. É anulável o casamento em virtude de coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares.

Art. 1.559. Somente o cônjuge que incidiu em erro, ou sofreu coação, pode demandar a anulação do casamento; mas a coabitação, havendo ciência do vício, valida o ato, ressalvadas as hipóteses dos incisos III e IV do art. 1.557.

²⁵²Art. 1.557 Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;

A Lei Brasileira de Inclusão também alterou o inciso III, que trata da ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, para incluir a expressão “que não caracterize deficiência”, haja vista que o casamento de uma pessoa com deficiência deixa de ser anulável e passa a ser um direito fundamental garantido expressamente. Flávio Tartuce sintetiza estas alterações nos seguintes termos:

Como decorrência natural da possibilidade de a pessoa com deficiência mental ou intelectual se casar, foram alterados dois incisos do art. 1.557, dispositivo que consagra as hipóteses de anulação do casamento por erro essencial quanto à pessoa. O seu inciso III passou a ter uma ressalva, eis que é anulável o casamento por erro no caso de ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável **que não caracterize deficiência** ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência (destacamos a inovação).

Em continuidade, foi revogado o antigo inciso IV do art. 1.557 do CC/2002 que possibilitava a anulação do casamento em caso de desconhecimento de doença mental grave, o que era tido como ato distante da solidariedade (“a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado”).²⁵³

Ocorre que as alterações não param por aí. O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou o artigo 1.550 do Código Civil para incluir o parágrafo segundo, o qual determina que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbio poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. Para analisar as alterações provocadas neste ponto necessário revisitar o instituto do casamento no direito civil.

Maria Helena Diniz conceitua o casamento como sendo o vínculo entre duas pessoas *“livres, que se unem, segundo as formalidades legais, para obter auxílio mutuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”*²⁵⁴. O casamento, portanto, é ato formal e solene pelo qual duas pessoas manifestam a vontade de estabelecer comunhão plena de vida, de modo que a vontade livre e espontânea constitui elemento essencial para a sua existência e validade.

IV - a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

²⁵³ TARTUCE, 2019.

²⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Historicamente os requisitos de existência do casamento eram a diversidade de sexos, o consentimento e a celebração. Em face do avanço jurisprudencial em reconhecer as uniões homoafetivas como entidade familiar, a existência do casamento atualmente requerer apenas o consentimento e a celebração. Externar a vontade validamente, portanto, constitui elemento nuclear do ato jurídico e, no caso do casamento, somente se houver vontade manifestada de forma livre e consciente é que o ato poderá existir e ser válido.

Contudo, a alteração provocada no artigo 1.550 do Código Civil, na contramão do que estabelece o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que atribuiu ao curador a assistência apenas nos atos patrimoniais, determina a possibilidade de o curador ser o meio pelo qual a pessoa com deficiência manifesta a vontade para contrair núpcias.

A interpretação possível para este dispositivo é no sentido de que a pessoa que possui alguma deficiência mas possui discernimento para manifestar a vontade inequívoca (seja qual for o método de comunicação), poderá contar com o auxílio de seu curador para externar esta vontade. A representação ou assistência, nesse caso, seria somente para externar a vontade, mas não para supri-la, ou para resguardar interesses patrimoniais.

A pessoa com deficiência mesmo quando submetida à curatela não pode sofrer obstáculo ao exercício do direito da conjugalidade, quando mantiver condições mínimas de manifestar uma vontade jurígena e de entender o que o negócio representa e suas consequências jurídicas. Apenas se exigirá a presença do curador, quando houver, para resguardar as questões patrimoniais decorrentes do ato matrimonial, sempre visando o melhor interesse da pessoa²⁵⁵.

Diversa é a situação da pessoa sem qualquer discernimento ou manifestação de querer, independente do motivo que originou esta situação, se por deficiência ou não, esta pessoa não terá capacidade para contrair matrimônio por ausência de vontade jurígena para o ato²⁵⁶. Uma interpretação diversa da ora exposta, atentando-se apenas ao sentido literal da norma, chegaria à conclusão que o curador de uma pessoa sem qualquer discernimento poderia contrair núpcias em seu nome.

²⁵⁵ YOUNG *In* BARBOZA; MENDONÇA; ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 185 -216.

²⁵⁶ YOUNG *In* BARBOZA; MENDONÇA; ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 185 -216.

Seria a situação absurda de uma pessoa que permaneceu em coma por um longo tempo convalescer e descobrir que é casada com alguém.

A questão do casamento por pessoa com deficiência pode ser assim sintetizada: (1) a pessoa que, apesar da deficiência, possui total discernimento e aptidão genérica para os atos da vida civil poderá se casar pessoalmente, manifestando a sua vontade livre e consciente; (2) a pessoa com discernimento parcial ou alguma limitação para exteriorizar a vontade, mas com consciência suficiente para se autodeterminar, terá aptidão para contrair matrimônio e poderá ser assistida ou representada por seu curador e (3) a pessoa sem discernimento, seja pessoa com deficiência ou não, não poderá se casar.

O Tribunal de Justiça de São Paulo enfrentou uma questão nesse sentido. De acordo com os laudos periciais as duas pessoas que pretendiam se casar possuíam limitações funcionais sérias, e com base na técnica de ponderação dos interesses, decretou a da interdição com nomeação de curador, o qual deveria intervir no casamento²⁵⁷:

INTERDIÇÃO. Sentença que julgou procedente o pedido para decretar a interdição parcial dos curatelados, com nomeação da genitora para o encargo de curadora. Necessidade de intervenção da curadora para o casamento e constituição de união estável pelos curatelados. Gravidade da deficiência mental dos curatelados, nos termos da perícia médica, que justifica a excepcional limitação. Finalidade do Estatuto da Pessoa com Deficiência de primordial proteção do deficiente, diante da sua vulnerabilidade. Sentença mantida.²⁵⁸

Uma outra possibilidade seria a tomada de decisão apoiada, através deste instituto o apoiador poderia orientar a pessoa com deficiência nas questões relativas ao casamento, desde que presente nos termos do apoio o auxílio em relação às questões inerentes à questão, não sendo o apoio limitado a questões patrimoniais.

²⁵⁷ “Embora o artigo 6o, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, conste esse direito das pessoas com deficiência, o artigo 5o do mesmo Estatuto é expresso ao dispor que: 'Art. 5º - A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.' Assim, usando-se o método da ponderação, há que se verificar que entre a plena liberdade de casamento ou constituição de união estável da requerida, com risco de exploração por parte de suposto marido ou companheiro, de violências físicas ou mentais que podem agravar seu estado de saúde, e outras várias situações desgastantes de um relacionamento, que para uma pessoa com a saúde normal já são difíceis de suportar, e a proteção integral que lhe deve ser dada, deve prevalecer a última e, por conta disso, entendo que a requerida não poderá, também sem intermédio de sua curadora, praticar os referidos atos”. Apelação Cível no 4007229-76.2013.8.26.0554. 10a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de setembro de 2018

²⁵⁸ Ibid.

Percebe-se, portanto, que o instituto do casamento também foi efetivamente afetado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual garantiu direitos existenciais de constituição da família como forma de realização da pessoa e sua dignidade, como também trouxe sérios riscos a essas pessoas, a depender da forma como as alterações forem interpretadas – em especial quanto à possibilidade de manifestação da vontade pelo curador e o prazo de cento e oitenta dias para impugnar a validade do casamento, que antes era considerado nulo.

O casamento gera efeitos existenciais e patrimoniais para os nubentes, dentre os existenciais se destacam a fidelidade recíproca, a vida em comum no domicílio conjugal, a mútua assistência, o sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos, nos termos do artigo 1.566 do Código Civil²⁵⁹. Já os efeitos patrimoniais dizem respeito ao regime de bens adotado pelo casal, que pode ser o regime legal ou algum definido pelos nubentes através de pacto antenupcial.

Conforme reconhecido na Constituição de 1988, a convivência familiar é uma forma de desenvolvimento da personalidade e exercício da dignidade dos membros desta instituição. Tolher uma pessoa dessa experiência de realização e desenvolvimento pessoal, afetivo e social é uma violação a uma série de direitos fundamentais e contraria todo o ordenamento jurídico.

Contudo, é necessário que a pessoa com deficiência consiga se determinar diante da possibilidade de constituir família através do casamento e ser capaz de manifestar este querer, ou seja, essa vontade. Outra pessoa não pode querer por ela, o curador pode apenas externar a decisão que é pessoal do nubente, como requisito de existência do casamento.

Embora os efeitos existenciais do casamento prevaleçam em detrimento dos patrimoniais, é inegável que gera reflexos nos bens dos nubentes, o que também deve ser objeto de tutela por um sistema protetivo de um grupo considerado vulnerável. Assim, além da qualidade de existencial, tem um viés patrimonial, pois

²⁵⁹ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

além da necessária adoção de um regime de bens o contraente está elegendo um herdeiro necessário.

Beatriz Capanema considera inadequada a imposição de separação obrigatória de bens aos casamentos de pessoas com deficiência, pois seria uma regra que afetaria todas as pessoas com deficiência de forma semelhante, restringindo-lhes a autonomia, sem analisar as peculiaridades do caso concreto e as potencialidades de cada indivíduo²⁶⁰. Com efeito, a imposição do regime da separação obrigatória de bens no casamento pelo simples fato de um ou ambos os nubentes terem alguma limitação física, mental ou psíquica é uma discriminação abstrata e inconstitucional. O que se poderia admitir é, no caso concreto, se verificado que a pessoa não conta com discernimento para gerir pessoalmente o seu patrimônio, ou sequer consegue entender sobre a existência de tais bens, estabelecer alguma proteção em relação a estes no pacto antenupcial com a atuação do curador e/ou apoiador.

Com relação ao pacto antenupcial, que é um contrato bilateral, solene, formal e condicional, aplica-se o que foi apresentado quanto aos negócios jurídicos, em especial quanto à pertinência do comparecimento do curador para auxiliar a pessoa com deficiência na eleição do regime de bens mais adequado ao casal, conforme determina o artigo 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Por outro lado, no caso de uma pessoa com deficiência apresentar discernimento parcial e não estar submetida à curatela, a princípio poderá livremente estabelecer o regime de bens, ficando o ato sujeito a eventual análise de invalidade.

Diante do exposto, percebe-se um movimento de inclusão e reconhecimento das pessoas com deficiência na entidade familiar, como membros que capazes de se autodeterminar com relação à constituição de família e direitos quanto aos filhos. A partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a limitação mental ou psíquica deixou de ser causa de nulidade ou anulabilidade do casamento. Contudo, a vontade para constituir família deve partir da pessoa com deficiência, não podendo ser suprida pelo curador ou apoiador, considerando o caráter existencial do ato, cabendo a estes apenas o auxílio para decidir sobre os reflexos patrimoniais do casamento, em especial o regime de bens.

²⁶⁰ YOUNG *In* BARBOZA; MENDONÇA; ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 185 -216.

4.4 UNIÃO ESTÁVEL

O casamento e a união estável são formas de constituir família que merecem igual proteção do ordenamento jurídico. Contudo, o casamento se caracteriza por ser formal e solene, no qual os contraentes manifestam expressamente a sua vontade de constituir família perante uma autoridade celebrante, a qual é reduzida a termo e realizado o registro do casamento do livro do Registro Civil das Pessoas Naturais. A união estável, por sua vez, tem como principal característica se tratar de uma situação de fato e, portanto, informal, que gera efeitos jurídicos.

Marília Xavier e Willian Pugliese esclarecem que na união estável, além da situação fática da convivência pública, contínua e duradoura, o elemento volitivo de constituir família apresenta-se imprescindível para o reconhecimento da união estável. Nesse sentido é a redação do artigo 1.723²⁶¹ ²⁶², que define a união estável como a entidade familiar entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

A respeito do tema se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar improcedente uma ação de reconhecimento de união estável. No caso enfrentado, não havia dúvidas quanto à existência da convivência pública, contínua e duradoura entre duas pessoas, as quais coabitaram por vinte anos. O que foi considerado na decisão que julgou improcedente a ação foi a inexistência do propósito de constituir família, pressuposto subjetivo para a configuração da união estável.

Entendeu a Terceira Turma do STJ que o recorrente era absolutamente incapaz de discernir para os atos da vida civil e, por conseguinte, inabilitado a vivenciar e entender, em toda a sua extensão, uma relação marital, cujo propósito de constituir família:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. 1. ALEGAÇÃO DE RELAÇÃO DURADOURA, CONTÍNUA,

²⁶¹ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

²⁶² BRASIL. Lei Federal n. 10.406, 2019.

NOTÓRIA, COM PROPÓSITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA SUPOSTAMENTE ESTABELECIDADA ENTRE PESSOA ABSOLUTAMENTE INCAPAZ, INTERDITADA CIVILMENTE, E A DEMANDANTE, CONTRATADA PARA PRESTAR SERVIÇOS À FAMÍLIA DO REQUERIDO. 2. ENFERMIDADE MENTAL INCAPACITANTE, HÁ MUITO DIAGNOSTICADA, ANTERIOR E CONTEMPORÂNEA AO CONVÍVIO DAS PARTES LITIGANTES. VERIFICAÇÃO. INTUITU FAMILIAE. NÃO VERIFICAÇÃO. MANIFESTAÇÃO DO PROPÓSITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA, DE MODO DELIBERADO E CONSCIENTE PELO ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. IMPOSSIBILIDADE. 3. REGRAMENTO AFETO À CAPACIDADE CIVIL PARA O INDIVÍDUO CONTRAIR NÚPCIAS. APLICAÇÃO ANALÓGICA À UNIÃO ESTÁVEL. 4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.1. Controverte-se no presente recurso especial sobre a configuração de união estável entre o demandado, pessoa acometida de esquizofrenia progressiva, cujo diagnóstico fora constatado já no ano de 1992, e que, em ação própria, ensejou a declaração judicial de sua interdição (em 24.5.2006), e a demandante, contratada, em 1985, pelos pais do requerido para prestar serviços à família. Discute-se, nesse contexto, se, a despeito do estreitamento do convívio entre as partes, que se deu sob a mesma residência, na companhia dos pais do requerido, por aproximadamente vinte anos, seria possível inferir o propósito de constituir família, pressuposto subjetivo para a configuração da união estável. 2. Ressai evidenciado dos autos que a sentença de interdição, transitada em julgado, reconheceu, cabalmente, ser o ora recorrente absolutamente incapaz de discernir e compreender os atos da vida civil, o que, por consectário legal, o torna inabilitado, por si, de gerir sua pessoa, assim como seu patrimônio, nos termos do artigo 3º, II, da lei substantiva civil (...) 2.4. Nesse contexto, encontrando-se o indivíduo absolutamente inabilitado para compreender e discernir os atos da vida civil, também estará, necessariamente, para vivenciar e entender, em toda a sua extensão, uma relação marital, cujo propósito de constituir família, por tal razão, não pode ser manifestado de modo voluntário e consciente. 3. Especificamente sobre a capacidade para o estabelecimento de união estável, a lei substantiva civil não dispôs qualquer regramento. Trata-se, na verdade, de omissão deliberada do legislador, pois as normas relativas à capacidade civil para contrair núpcias, exaustivamente delineadas no referido diploma legal, são in totum aplicáveis à união estável. Assim, aplicando-se analogicamente o disposto no artigo 1.548, I, do Código Civil, afigurar-se-ia inválido e, por isso, não comportaria o correlato reconhecimento judicial, o suposto estabelecimento de união estável por pessoa acometida de enfermidade mental, sem ostentar o necessário discernimento para os atos da vida civil. 4. Recurso provido, restabelecendo-se a sentença de improcedência. ²⁶³

Não bastasse, o entendimento que prevalecia na jurisprudência era no sentido de aplicar a regra do 1.548, I, do Código Civil, que obstava o casamento por pessoas com deficiência, à união estável, como pode ser demonstrado pela decisão do Superior Tribunal de Justiça, relativamente recente, de 2011, cuja ementa segue transcrita, pois menciona expressamente que o enfermo mental sem o necessário discernimento não pode contrair núpcias e, pela mesma razão, constituir união estável:

²⁶³ REsp 1414884/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 13/02/2015.

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO-OCORRÊNCIA - ALTERAÇÃO DA BASE FÁTICA SOB A QUAL SE FUNDOU O ARESTO A QUO - IMPOSSIBILIDADE NESTA INSTÂNCIA ESPECIAL - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.7/STJ - PRETENSO COMPANHEIRO DESPROVIDO DO NECESSÁRIO DISCERNIMENTO PARA A PRÁTICA DOS ATOS DA VIDA CIVIL - IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO PRETENDIDA (UNIÃO ESTÁVEL) - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) 3. Se o "enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil" (artigo 1.548, inciso I, do Código Civil) não pode contrair núpcias, sob pena de nulidade, pela mesma razão não poderá conviver em união estável, a qual, neste caso, jamais será convertida em casamento. A adoção de entendimento diverso, data venia, contrariaria o próprio espírito da Constituição Federal, a qual foi expressa ao determinar a facilitação da transmutação da união estável em casamento. 4. A lei civil exige, como requisito da validade tanto dos negócios jurídicos, quanto dos atos jurídicos - no que couber -, a capacidade civil (artigo 104, 166 e 185, todos do Código Civil). 5. Não só pela impossibilidade de constatar-se o intuito de constituir família, mas também sob a perspectiva das obrigações que naturalmente emergem da convivência em união estável, tem-se que o incapaz, sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, não pode conviver sob tal vínculo. 6. Recurso especial desprovido.²⁶⁴

As decisões ora transcritas não poderiam ser prolatadas após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois conforme já mencionado reiteradamente, o artigo 6^o²⁶⁵ garante às pessoas com deficiência a capacidade plena para exercer os direitos existenciais, dentre os quais estão o de constituir família, seja através do casamento, seja através da união estável. Assim, a existência de deficiência mental ou psíquica, ainda que afete o discernimento da pessoa, não pode ser considerado, per si, um óbice para o reconhecimento da união estável.

Na situação de uma pessoa completamente sem compreensão da realidade, que não é capaz de se posicionar e manifestar o seu querer, seja por motivo de deficiência ou não, não é possível se falar em constituição de união estável, ainda que a convivência seja pública, contínua e duradoura, pois neste caso não haveria a intenção de constituir família. Conforme entendimento adotado pelo Superior Tribunal

²⁶⁴REsp 1201462/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 27/04/2011.

²⁶⁵ Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

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

de Justiça, a vontade de constituir família é elemento essencial na configuração da união estável.

Percebe-se que a grande questão a ser analisada é existe uma vontade consciente de constituir família, seja através do casamento, seja pela união estável. Caso a limitação mental ou psíquica da pessoa não lhe impeça de se autodeterminar, ela poderá constituir família e exercer todos os direitos e deveres inerentes a esta escolha, dentre os quais é possível destacar, inclusive, a escolha do regime de bens a ser adotado.

Quanto à escolha do regime de bens, conforme já mencionado com relação ao casamento, a imposição do regime da separação obrigatória se apresenta como medida discriminatória e incompatível com a finalidade de inclusão do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Contudo, caso fique demonstrado que a pessoa com deficiência está, no caso concreto, sendo desrespeitada, mal tratada, ludibriada por alguém intencionada em apropriar-se de seu patrimônio ou em obter vantagens estritamente patrimoniais, os familiares e pessoas próximas devem atuar para impedir que as agressões físicas, morais e patrimoniais continuem acontecendo através da tutela jurisdicional.

Neste ponto, as novas diretrizes trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência favorecem a realização da dignidade das pessoas com alguma limitação física ou mental. Flávio Tartuce esclarece que com o advento da Constituição de 1988 a interação família-dignidade deixa de ter um valor intrínseco e passa a ser valorizada de maneira instrumental, como núcleo de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes.

Como a família passou a contar com a proteção direta da Constituição, que estabelece o dever de proteção pelo Estado, a deficiência não pode ser, por si, um óbice para a convivência familiar. Pelo contrário, uma pessoa com alguma limitação física ou mental talvez precise ainda mais do apoio familiar para conseguir alcançar seus objetivos e se realizar dignamente.

Por outro lado, é imprescindível que exista por parte da pessoa com deficiência uma capacidade de se autodeterminar quanto a constituição familiar, seja formalmente ao manifestar a vontade de se casar, seja na consciência e vontade de constituir uma união estável. Pois ausente a vontade, estar-se-ia criando uma conjunto

de deveres patrimoniais e existenciais para alguém que não tem o discernimento para entender se quer ou não tais efeitos.

4.5 TESTAMENTO

O testamento é conceituado como negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial para depois de sua morte. É, também, um instituto mortis causa, pois produz efeitos apenas após a morte do testador, e gratuito, pois não existe vantagem para o autor da herança, ou seja, os herdeiros testamentários não precisam prestar qualquer remuneração ou contraprestação para receber os bens²⁶⁶.

De acordo com Paulo Nader testamento é modalidade de negócio jurídico unilateral, personalíssimo, formal, revogável, mortis causa, cujo objeto é a destinação de bens para as pessoas físicas ou jurídicas, respeitada a quota dos herdeiros necessários, a denominada herança legítima, ou disposição de natureza não econômica, expressamente admitida em lei²⁶⁷.

Por ser um negócio jurídico deve observar todos os requisitos de validade do artigo 104 do Código Civil²⁶⁸, dentre os quais está o agente capaz. Nesse sentido o artigo 1.857 do Código Civil²⁶⁹, que trata da capacidade testamentaria ativa, estabelece que toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. Por outro lado, o artigo 1.860²⁷⁰ estabelece que, além dos incapazes, não podem testar aqueles que não tiverem o pleno discernimento.

²⁶⁶ TARTUCE *In* MENEZES, 2016, p. 463-492.

²⁶⁷ NADER, Paulo. **Curso de direito civil. Direito das sucessões**. Vol 6. Rio de Janeiro. Forense. 2010, p. 215 - 216.

²⁶⁸ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

- I - agente capaz;
- II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III - forma prescrita ou não defesa em lei.

²⁶⁹ Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

²⁷⁰ Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

No contexto anterior à edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência a doutrina entendia que os impedidos de testar eram os incapazes, seja a incapacidade absoluta ou relativa – previstos nos artigos 3º e 4º do Código Civil²⁷¹, e aquelas pessoas sem discernimento para manifestação de última vontade. Com a alteração da teoria das incapacidades, já reiteradamente abordada neste trabalho, Flávio Tartuce propõe uma releitura da questão para reconhecer a incapacidade testamentária ativa somente para os menores de dezesseis anos e para quem não tiver discernimento para manifestar vontade²⁷².

Tartuce acredita que, a princípio, devem ser considerados hábeis a testar todas as pessoas maiores, ainda que possuam alguma limitação funcional, bem como os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os pródigos, em especial quanto a estes, cuja interdição se limita a atos de disposição patrimonial praticados em vida e capazes de reduzi-lo a insolvência²⁷³. Contudo, em caso de interdição da pessoa com deficiência por não conseguir manifestar a vontade, ela será considerada relativamente incapaz e, neste caso, não possui capacidade testamentária ativa, sob pena de o ato ser anulável. O Superior Tribunal de Justiça decidiu sobre a invalidade de testamento público lavrado por uma pessoa idosa diagnosticada com “demência senil” que, embora não tenha sido declarada incapaz para testar por meio de prova técnica, ficou demonstrado nos autos que quando realizou as disposições de última vontade não era capaz de reconhecer os membros de sua família e se autodeterminar²⁷⁴.

²⁷¹ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

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: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

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.

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

²⁷² Ibid.

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE NULIDADE DE TESTAMENTO. (...) CAPACIDADE PARA TESTAR. DEMÊNCIA SENIL. INTERVALOS DE LUCIDEZ. CC/16. PROVA ROBUSTA. (...) 2. O propósito recursal é definir se deve ser preservada

Com relação ao testamento as alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência foram benéficas, na medida em que não gera vulnerabilidade para a pessoa que se busca proteger e garante a possibilidade de dispor de seus bens para depois de sua morte de acordo com sua vontade. Trata-se de mais uma situação em que a vontade da pessoa passa a ser considerada, o que antes da edição da Lei de Inclusão não era possível, pois a mera existência da deficiência já era suficiente para afastar a capacidade testamentária ativa em virtude da incapacidade absoluta ou relativa.

Uma peculiaridade do testamento em relação aos demais negócios jurídicos é ser um ato personalíssimo, conforme é expressamente previsto no artigo 1.858 do Código Civil²⁷⁵, o que significa dizer que só pode ser praticado pelo próprio testador, sem possibilidade de representação legal ou convencional. Nesse sentido, esclarece Paulo Nader que o testamento, além de voluntário ou espontâneo, é ato de liberalidade que deve emanar diretamente do disponente, sendo impossível o ato ser celebrado por representante legal ou mandatário com poderes especiais²⁷⁶.

Esta característica do testamento afasta a possibilidade de o ato ser praticado pelo curador, embora muitas das vezes as disposições testamentárias se restrinjam a questões patrimoniais, afastando, assim, os artigos 84 e 85²⁷⁷ aplicáveis

a validade de testamentos públicos lavrados por testadora que não foi declarada incapaz para testar por meio de prova técnica acerca da insanidade mental contemporânea ao negócio jurídico. (...) 5. É inegável a relevância que o Ordenamento Jurídico pátrio emprega em favor de se preservar a vontade de disposição patrimonial dos sujeitos que assim desejarem fazer. Por outro lado, questão de alta indagação na doutrina e na jurisprudência se coloca acerca da demonstração inequívoca de que o testador, ao testar, se encontrava ou não em perfeito juízo, isto é, se tinha pleno discernimento da formalidade que o testamento encerra. 6. A capacidade para testar é presumida, tornando-se indispensável prova robusta de que efetivamente o testador não se encontrava em condições de exprimir, livre e conscientemente, sua vontade acerca do próprio patrimônio ao tempo em que redigido o testamento. 7. Na hipótese, o Tribunal de origem registrou que, sem risco de equívocos, a prova foi robusta diante do comprovado estado precário de sanidade mental da testadora em momento anterior à lavratura dos testamentos públicos. Rever essa conclusão demandaria o reexame de fatos e provas (Súmula 7/STJ). 8. Recursos especiais conhecidos e não providos. REsp 1694965/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJE 07/12/2017.

²⁷⁵ Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.

²⁷⁶ NADER, Paulo. **Curso de direito civil. Direito das sucessões**. Vol 6. Rio de Janeiro. Forense. 2010, p. 217 - 218.

²⁷⁷ Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

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

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

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

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

aos negócios jurídicos em geral praticados pelas pessoas com deficiência sob curatela. Com efeito, a curatela é um múnus público cuja finalidade é a proteção da pessoa que não consegue manifestar a sua vontade e não faria sentido o curador poder suprir a vontade do curatelado quanto à destinação de seus bens.

Camila Coelho discorre a respeito dos efeitos sucessórios do Estatuto da Pessoa com Deficiência e conclui que, em virtude de ser o testamento um ato personalíssimo *“não admite representação ou assistência. Assim, os incapazes de testar, enquanto permanecerem nesse estado, não poderão celebrar testamento, sendo sua herança, nesse caso, submetida às normas de sucessão legítima.”*²⁷⁸

Em caso de pessoa com deficiência mental ou intelectual mas com lucidez para manifestar a vontade, apesar de possuir alguma dificuldade, seria uma opção pela tomada de decisão apoiada, para que o apoiador auxilie no ato e faça prevalecer a vontade do testador. Nesse caso, mantida a higidez da vontade do testador, que irá praticar o ato pessoalmente, o simples apoio prestado pelo apoiador, seria uma forma de viabilizar que a vontade da pessoa com deficiência seja cumprida para depois de sua morte.

É possível concluir, portanto, que se a pessoa com deficiência tiver condições de manifestar vontade de forma válida, poderá livremente testar. Contudo, se a pessoa não for capaz de manifestar a vontade, seja em virtude da deficiência mental ou psíquica, seja por outro motivo, não poderá se valer da curatela para que seu representante pratique o ato, pois trata-se de ato personalíssimo que só pode ser praticado pelo testador, ficando, neste caso, impossibilitado de testar.

Assim, os reflexos da alteração da teoria das incapacidades no provocada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no âmbito da capacidade testamentária foram favoráveis, pois ampliou o acesso à um grupo de pessoas que antes não poderiam dispor de seu patrimônio para depois de sua morte pelo simples fato de

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

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

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

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

²⁷⁸ COELHO, Camila Aguilera. O impacto do Estatuto das Pessoas com Deficiência no Direito das Sucessões. In BARBOZA; MENDONÇA; ALMEIDA JUNIOR, 2017.

possuírem alguma deficiência física ou mental, ainda que capazes de se autodeterminar e ter condições de manifestar a vontade.

Por fim, importante mencionar que o testamento pode conter disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, e esta inovação tem a vantagem de não gerar qualquer vulnerabilidade para estas pessoas, haja vista que os efeitos do testamento somente ocorrem após a morte.

CONCLUSÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência apresenta um importante passo na inclusão dessas pessoas na sociedade, as quais devem ser tratadas de forma digna e igualitária. Talvez a maior relevância da Lei de Inclusão é ressaltar que as pessoas com deficiência são, antes de tudo, pessoas e, portanto, titulares de todos os direitos fundamentais a elas inerentes.

A mudança do modelo de deficiência para o social, no qual prevalece o objetivo de inclusão e o dever da sociedade de se adaptar e acolher estas pessoas, não mais o ônus da pessoa de se tornar “normal” para ser aceita, também representa uma quebra de paradigmas que poderá gerar bons resultados ao longo dos anos na mentalidade das pessoas.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência também apresentou avanços na teoria das incapacidades, na medida em que a deficiência mental ou intelectual, per si, deixou de ser um fator abstrato e suficiente para que uma pessoa seja considerada relativa ou absolutamente incapaz. Em verdade, constitui um legado desse microsistema a dissociação entre as ideias de incapacidade e deficiência, conceitos que podem eventualmente coexistir, a partir da análise do caso concreto.

Ocorre que o Estatuto da Pessoa com Deficiência fez alterações pontuais no Código Civil, o que gerou efeitos todo o direito civil, que é um sistema constituído por institutos que se inter-relacionam. A alteração teoria das incapacidades repercutiu em inúmeros institutos de direito civil, sejam eles de natureza patrimonial ou existencial, gerando incompatibilidade e insegurança nos casos da prescrição, decadência, responsabilidade civil, dentre outros. Se é benéfico para uma pessoa ser considerada capaz, na medida em fortalece o binômio dignidade-igualdade, por outro lado ela assume todos os ônus que uma pessoa considerada apta a se reger e deve suportar esses efeitos jurídicos, aproximando da dignidade-vulnerabilidade, apontada pela outra parte da doutrina.

A crítica que se faz à nova teoria das incapacidades é no sentido de que não é adequado considerar como relativamente incapaz uma pessoa que não possui qualquer discernimento para manifestar a vontade. Se uma pessoa não possui qualquer margem de autodeterminação, ela precisa de ampla proteção do Estado, inclusive para questões existenciais, considerando que ela não consegue, pessoalmente, defender os seus interesses e se posicionar a respeito destes. O que não se pode admitir é o impedimento, a priori e de forma abstrata, pelo Estado e pela sociedade do exercício de direitos por uma pessoa pelo simples fato de apresentar alguma limitação física, mental ou psíquica.

Em relação às pessoas que não conseguem manifestar a vontade, seja em virtude de deficiência ou não, por mais plausível que seja considerar que estas pessoas serão representadas, e não assistidas, todo o sistema protetivo aplicável às pessoas absolutamente incapazes, criado ao longo dos anos, deixa de ser aplicável de plano a estas pessoas, contra as quais irá correr a prescrição, os negócios jurídicos são anuláveis e não nulos e, portanto, suscetível de convalidação com tempo.

Conclui-se, também, que o legislador pátrio cuidou com mais afinco de proteger os direitos existenciais destas pessoas, colocando as pessoas com deficiência em situação de vulnerabilidade quanto aos direitos patrimoniais. Não que estes devem prevalecer em face daqueles, não é esta a percepção atual do direito, mas eles também são essenciais para uma existência digna e merecem proteção jurídica. Ora, o Estatuto da Pessoa com Deficiência dificultou o recebimento de uma doação pura por uma pessoa que não consegue manifestar a vontade e excluiu a responsabilidade subsidiária e mitigada das pessoas que possuem alguma limitação funcional, as quais passaram a responder direta e integralmente, isso é extremamente prejudicial.

Ainda na questão patrimonial, a Espanha apresentou um modelo de proteção das pessoas com deficiência que pode ser bastante útil, qual seja, a possibilidade de os familiares afetarem um patrimônio especial para que seja destinado ao cuidado da pessoa com deficiência quando as pessoas responsáveis pelo cuidado não estiverem mais presentes. Reconheceu, assim, a importância do patrimônio para se garantir o mínimo existencial.

No âmbito do direito de família apresentou um grande avanço na medida de possibilitar a constituição de família e planejamento familiar pelas pessoas com deficiência, sendo que o único detalhe que merece melhor aprofundamento é a

possibilidade de o curador manifestar a vontade para a realização do casamento. Este dispositivo deve ser lido com cuidado para não permitir que o curador supra completamente a vontade do curatelado, considerando que a vontade para o casamento é elemento essencial de existência do ato.

Assim, acredita-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência representa um grande avanço, na medida em que atualmente existem normas constitucionais que garantem especialmente os direitos das pessoas com deficiência, os quais podem ser postulados através da tutela coletiva, como é o caso da ação civil pública para observância das normas técnicas de acessibilidade em prédios públicos. Houve, de fato, uma mudança de paradigmas na compreensão da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico.

A crítica que se faz como conclusão deste trabalho consiste no fato de que a proteção patrimonial da pessoa com deficiência restou prejudicada com a entrada em vigor do Estatuto das Pessoas com Deficiência, principalmente em relação àqueles que não conseguem manifestar a vontade. Uma solução possível seria a alteração do Código Civil para considerar como absolutamente incapaz todas as pessoas que não conseguem manifestar vontade, seja por motivo permanente ou transitório, e como relativamente incapazes pessoas que conseguem manifestar parcialmente a vontade, ou seja, embora tenham uma margem de discernimento não detêm condições de serem tratadas em pé de igualdade com as demais. Em ambos os casos a incapacidade permaneceria dissociada da deficiência, podendo em algum momento coincidirem, mas não necessariamente.

Assim, verificado no caso concreto que uma pessoa que não é capaz de manifestar a vontade, ela deve ser tratada como absolutamente incapaz e deve receber a integral proteção do Estado e do ordenamento jurídico. Contudo, o fato de ser considerada como absolutamente incapaz não pode lhe retirar a possibilidade de se autodeterminar e fazer escolhas no âmbito de direitos existenciais, na medida de sua eventual aptidão. Por outro lado, caso a pessoa não consiga manifestar qualquer sinal de vontade, como é o caso das pessoas em coma, os direitos existenciais devem ser tutelados por seus representantes legais, como por exemplo a proteção da integridade física e da imagem.

Nesse mesmo sentido, se a pessoa possui uma limitação que dificulta a manifestação de vontade de forma consciente, deve ser considerada relativamente

incapaz, mas nesse caso a atuação do assistente não deve ingressar no âmbito dos direitos existências como a constituição de família ou direitos da personalidade, mas tão somente no auxílio na prática de atos de natureza patrimonial, o qual será praticado pessoalmente pela pessoa assistida. Somente em caso de tomada de decisão apoiada, quando solicitado pela pessoa, é que haveria a influência de terceiros em questões familiares ou existenciais.

Portanto, a premissa inicial é que a pessoa com deficiência é plenamente capaz e pode praticar pessoalmente os atos da vida civil, sejam eles de natureza patrimonial ou existencial e, somente se verificado no caso concreto alguma limitação real quanto ao discernimento para exercer os atos pessoalmente é que haveria intervenção do Estado, a qual deve ser excepcional e limitada à necessidade da pessoa buscando, justamente, proporcionar o exercício pleno dos direitos fundamentais à vida, educação, lazer, trabalho, cultura, ou seja, direitos individuais e coletivos garantidos a todos indistintamente.

REFERÊNCIAS

- 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: 10 out. 2019.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Buscando Significados a Partir de Critérios de Interpretação Constitucional e, muitas vezes, Encontrando um Desconcertante Preconceito.** In Defesa dos direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência. Luiz Alberto David Araújo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David Araújo. **Proteção das Pessoas com Deficiência.** Manual de Direitos Difusos. Vidal Serrano Nunes Júnior (Coord.). São Paulo. Verbatim. 2009
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Pessoas com Deficiência e o Dever Constitucional de Incluir:** a ação direta de inconstitucionalidade n. 5357: uma decisão vinculante e muitos sinais inequívocos. São Paulo: Verbatim. 2018.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19 ed. São Paulo. Malheiros. 2019.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico:** existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2017.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à Luz da Constituição da República.** Heloisa Helena Barboza, Vitor Almeida (Coord.). Belo Horizonte: Forum, 2018.
- BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Heloisa Helena Barboza, Bruna Lima de Mendonça, Vitor de Azevedo Almeida Junior (Coord.). Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo:** a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BRASIL. ABNT, NBR 9050 disponível em: <[https://www.ufpb.br/cia/ contents/manuais/abnt-nbr9050-edicao-2015.pdf](https://www.ufpb.br/cia/contents/manuais/abnt-nbr9050-edicao-2015.pdf)>. Acesso em: 01 set. 2019.
- BRASIL. **Decreto 6949 de 25 de agosto de 2009.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019
- BRASIL. **Lei Federal n. 10.406,** de 10 de janeiro de 2001. Instituiu o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2001. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BRASIL. **Lei Federal n. 13.146**, de 6 de julho de 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019

BRASIL. **Lei Federal n. 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BRASIL. **Lei Federal n. 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BRASIL. **Lei Federal n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 05 set 2019.

BRASIL. **STF**. REsp 1.101.324-RJ. Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 13/10/2015, DJe 12/11/2015.

BRASIL. **STF**. ARE 860.979 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 6.5.2015)

BRASIL. **STF**. REsp 987.280/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 20/05/2009.

BRASIL. **STJ**. REsp 1694965/MG. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 07/12/2017.

BRASIL. **STJ**. (REsp 1414884/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 13/02/2015)

BRASIL. **STJ**. REsp 1201462/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 27/04/2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 5357/DF. Min. Edson Fachin, julgamento em 09.06.2019 Plenário, DJE de 11.11.2016

BRASIL. **TJSP**. Apelação Cível 1001521-57.2017.8.26.0360; Relator (a): Paulo Dimas Mascaretti; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Mococa - 2ª Vara; Data do Julgamento: 23/05/2018; Data de Registro: 25/05/2018

BRASIL. **TJSP**. Apelação Cível com Revisão nº 0002407.27.2010.8.26.0196; 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

BRASIL. **TJSP**. Apelação Cível no 4007229-76.2013.8.26.0554. 10a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de setembro de 2018

BRASIL. **TJSP**. APELAÇÃO CIVEL Nº. 1027317-98.2017.8.26.0053 – SÃO PAULO. 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Leme de Campos Relator.

BRASIL. **TJSP**. Processo 1096909-59.2015.

BRASIL. UNIÃO EUROPÉIA. **Carta dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2019.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência. Claudio Luiz Bueno de Godoy et al.; coordenação Cezar Peluso. 12. ed., ver e atual, Barueri: Manole, 2018.

COELHO, Camila Aguilera. **O Impacto do Estatuto das Pessoas com Deficiência no Direito das Sucessões**. In BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Heloisa Helena Barboza, Bruna Lima de Mendonça, Vitor de Azevedo Almeida Junior (Coord.), Rio de Janeiro: Processo, 2017.

COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Limitação da curatela aos atos patrimoniais: reflexões sobre a pessoa com deficiência intelectual e a pessoa que não pode se exprimir. In BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Heloisa Helena Barboza, Bruna Lima de Mendonça, Vitor de Azevedo Almeida Junior (Coord.), Rio de Janeiro: Processo, 2017.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida; OLIVEIRA, Olívia Danielle Mendes de Oliveira. Estatuto da Pessoa com Deficiência e Acesso à Justiça: Uma Análise Sob A Ótica Dos Direitos Fundamentais. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XXII, v. 26, n. 2, p. 190-208, Jul/dez. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1. 28. ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

DUARTE, Nestor. **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência. In GPDYOY, Claudio Luiz Bueno de Godoy et al. PELUZO, Cezar (Coord.), 12. ed., ver e atual. Barueri: Manole, 2018.

ESPAÑA, **Ley 41/2003**, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-21053>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2. ed. Revista e atualizada: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado Artigo por Artigo**. 3. rev. Ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

FERRAZ, Carolina Valença; Leite, Glauber Salomão. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Coordenação Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho. São Paulo: Saraiva, 2016.

GALASSI, Almir (et. al.) **Estatuto da Pessoa com Deficiência**: comentários à Lei 13.146/2015. Guilherme Magalhães Martins, Livia Pitelli Zamarian Houaiss (Orgs.). Indaiatuba: Editora Foco, 2018 p. 311.

GARCIA, Maria. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Coordenação Flávia Piva Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho. São Paulo: Saraiva, 2016.

GENOFRE, Gisele Accarino Martins. **A Inclusão Social e Laboral da Pessoa Deficiente**. Dissertação de Mestrado em Direito do Trabalho. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/D.2.2016.tde-25102016-141545. Disponível em: < file:///C:/Users/jvieira/AppData/ Local/Packages/ Micro soft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/Versao_Resumida_Gis ele_Accarino_Martins_Onofre%20(1).pdf>. Acesso em: 2019-07-23.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1: esquematizado**. Parte Geral: obrigações e contratos. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V. 3, Direito de Família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V. 3. Contratos e atos unilaterais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

Jornadas de Direito Civil I, III, IV E V: enunciados aprovados. Coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

LEITE, Flávia Piva Almeida. Direito Fundamental Difuso de Acesso Das Pessoas Com Deficiência A Espaços Urbanos e Sua Tutela Jurídica. **Revista Jurídica**. V. 02, nº. 55, Curitiba, 2019. p. 328 – 350.

HABERMAS, Jurgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. São Paulo. Unesp. 2018

HONNETH, Axel, **Luta por Reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. São Paulo: Editora 34. 2009

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência** (Lei Federal n. 13.146/2015): reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. Viviane Cristina de Souza Limongi. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2018.

LOPES, Laís de Figueiredo. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. LEITE, Flávia Piva Almeida Leite; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes ; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

MARTINS, Guilhaer Magalhães. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**: comentários à Lei 13.146/2015. Almir Galassi et al. Guilherme Magalhães Martins, Livia Pitelli Zamarian Houaiss (Orgs.). Indaiatuba: Editora Foco, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2017.

MENDES, Vanessa Correia. O casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual: possibilidades, inconsistência circundantes e mecanismos de apoio. *In* MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas** – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O Risco do Retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPC e da CDPC a partir da alteração da Lei 13.146, de 06 de julho de 2015. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, V. 12, p. 146, abr./jun. 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Vol. 1. Parte Geral. 42. ed. São Paulo. Saraiva. 2009.

MONTEIRO. Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito das sucessões**. Vol. 6. São Paulo. Saraiva. 2000

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MULHOLLAND, Caitlin. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual. *In* MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas. Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Direito das sucessões. Vol 6. Rio de Janeiro. Forense. 2010

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. 1. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. 1. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. 5. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

PEREIRA, Marcos Vinicius Torres. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**: comentários à Lei 13.146/2015. Almir Galassi ...[et al.] organizado por Guilherme Magalhães Martins, Livia Pitelli Zamarian Houaiss. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Altera Regime Civil das Incapacidades**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul->

20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades; Conjur, 2015>. Acesso em: 10 nov. 2019.

RESEDÁ, Salomão. **A Teoria *Contra Non Valentem Agere, Non Curruit Praescriptio* e o Amplo Acesso à Justiça das Pessoas que, Mesmo por Causa Transitória, não Conseguem Expressar sua Vontade**. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público, da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. **Os Deficientes e a Tomada de Decisão Apoiada**. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2015/10/21/os-deficientes-e-a-tomada-de-decisao-apoiada/>. Acesso em 10 de nov. de 2019.

RUBIO, David Sanchez. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2014.

ROSENVALD, Nelson. **A Caixa de Pandora da Incapacidade Absoluta**. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/06/06/A-%E2%80%9Ccaixa-de-Pandora%E2%80%9D-da-incapacidade-absoluta>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

ROSENVALD, Nelson. **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. Claudio Luiz Bueno de Godoy et al.; coordenação Cezar Peluso. 12. ed., ver e atual. Barueri: Manole, 2018.

SALERT, Ingo Wolfgang. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**. vol. 3, n. 2, maio/agosto 2016, Curitiba.

SALERT, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão**. Construindo uma sociedade para todos. Rio de Janeiro. WVA. 1997.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil – Constitucional**. São Paulo: Atlas. Edição do Kindle, 2016.

SILVA, Rodrigo da Guia. SOUZA, Eduardo Nunes de. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. *In* MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas. Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco e FONSECA, Samira Andraos Marquezin. **O Direito a Inclusão da Pessoa com Deficiência em Ensino Regular**. Artigo

publicado no VII Encontro Internacional do CONPEDI/Braga – Portugal. Direitos sociais e políticas públicas. Coordenadores: Cláudia Viana; Isa Filipa António de Sousa; Jardel De Freitas Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2017

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. Vol. 5. Direito de Família. 4ª Ed. São Paulo. Método. 2010

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o novo CPC. Parte II. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a Capacidade Testamentária Ativa. *In* MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão – Rio de Janeiro: Processo, 2016, 463-492.

TARTUCE, FLÁVIO. **Parecer Apresentado ao Senado Federal em Face do PLS 757/2015**. Disponível em: <www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=195850&tp=1>. Acesso em: 17 jul. 2019.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. *In* MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

VI Jornada de Direito Civil, 11-12 de março de 2013, Brasília. Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013.

VIVAS-TESON, Inmaculada. **La Convención Onu de Los Derechos de Las Personas con Discapacidad en la Práctica Judicial Española**: Una Década De Aciertos Y Desaciertos. Disponível em: < https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbd_c/article/download/308/264 > acesso em 23. Jul. 2019. Acesso em: 23 jul. 2019.

YOUNG, Beatriz Capanema. A Lei Brasileira de Inclusão e seus reflexos no casamento da pessoa com deficiência psíquica e intelectual. *In* BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. Vol. 2. São Paulo. Saraiva. 2015.