

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

TAINAH KIMI ARIMORI

A NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES: análise à luz do Estatuto da Pessoa com
Deficiência e as repercussões no Direito de Família.

São Luís

2017

TAINAH KIMI ARIMORI

A NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES: análise à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência e as repercussões no Direito de Família.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Esp. Maria Tereza Cabral Costa Oliveira.

São Luís

2017

**Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Núcleo Integrado de Bibliotecas/UFMA**

Arimori, Tainah Kimi.

A nova Teoria das Incapacidades: análise à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência e as repercussões no Direito de Família / Tainah Kimi Arimori. - 2017. 60 f.

Orientador(a): Maria Tereza Cabral Costa Oliveria
Monografia (Graduação) - Curso de Direito,
Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Casamento. 2 Curatela. 3. Estatuto da Pessoa com Deficiência. 4. Novo Código de Processo Civil. 5. Teoria das Incapacidades. I. Oliveira, Maria Tereza Cabral Costa. II. Título

TAINAH KIMI ARIMORI

A NOVA TEORIA DAS INCAPACIDADES: análise à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência e as repercussões no Direito de Família.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Esp. Maria Tereza Cabral Costa Oliveira (Orientador)

Examinador 1

Examinador 2

A minha mãe Marrúchia

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente a Deus por me manter firme e ter permitido que tudo isso acontecesse, concedendo saúde e força a mim e a todos que estão comigo.

A esta universidade, seu corpo docente, direção e administração pela oportunidade de fazer o curso em um ambiente amistoso e ao mesmo tempo instigante, contribuindo para uma formação crítica e qualificada.

À minha orientadora, Prof.^a Maria Tereza Cabral Costa Oliveira, pelo apoio e empenho na elaboração deste trabalho, além de me proporcionar o conhecimento não apenas racional, mas a expressividade do caráter, essencial na formação profissional.

Gostaria de agradecer aos meus pais, Alberto Tadao e Marrúchia de Cássia, assim como minha avó, Francisca, pelo incentivo, amor e suas presenças, que servem de alicerce na vida diária. Agradeço também à minha irmã, Gabriela Yumi, pelo companheirismo nesta jornada e ao meu namorado, Henrique, que me deu apoio e incentivo nas horas difíceis, de desânimo e cansaço.

A todos que, direta ou indiretamente, participaram da minha formação.

“Por vezes sentimos que aquilo que fazemos não é senão uma gota de água no mar. Mas o mar seria menor se lhe faltasse uma gota”.

Madre Teresa de Calcutá

RESUMO

Em Julho de 2015, é promulgada a Lei nº 13.146- Estatuto da Pessoa com Deficiência. Trata-se de diploma normativo que concretiza os preceitos da Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, ou seja, materializa os fundamentos constitucionais de valorização da dignidade da pessoa humana, em consonância com os tempos pós-modernos de inclusão social. Com o advento do Estatuto, a pessoa com deficiência passou a ser vista sob uma perspectiva mais humanista, desatrelando a deficiência da incapacidade para a prática de atos da vida civil. Para tanto, uma das principais mudanças proporcionada foi a reformulação na estrutura da Teoria das Incapacidades, retirando as pessoas com deficiência do rol dos incapazes. O presente trabalho tem como objetivo a análise da nova teoria das Incapacidades, passando pelo período pré-codificado até a nova redação do Código Civil de 2002 dada pela Lei 13.146/2015. A nova teoria repercutiu no instituto do casamento e da curatela, gerando lacunas e incongruências, principalmente, quando analisada a par das alterações trazidas pela Lei nº 13.105/2015- Código de Processo Civil, cujo projeto tramitou no Congresso Nacional simultaneamente com o do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Palavras-chave: Teoria das Incapacidades. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Casamento. Curatela. Novo Código de Processo Civil

ABSTRACT

In July 2015, Law 13.146 - Statute of People with Disabilities was enacted. It is a normative document that implements the precepts of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, that is, it materializes the constitutional foundations for the valorization of the dignity of the human person, in harmony with the postmodern times of social inclusion. With the advent of the Statute, people with disabilities came to be seen from a more humanistic perspective, disregarding the deficiency of the inability to perform acts of civil life. To that end, one of the main changes was the reformulation of the structure of the Disability Theory, removing people with disabilities from the role of the incapacitated. The present work has the objective of analyzing the new theory of Disabilities, going through the pre-coded period until the new wording of the Civil Code of 2002 given by Law 13.146/2015. The new theory had repercussions on the marriage and curatorship institute, generating gaps and inconsistencies, especially when analyzed along with the changes brought by Law 13.105/2015 - Code of Civil Procedure, whose project was processed in the National Congress simultaneously with the Statute. of People with Disabilities

Keywords: Disability Theory . Statute of People with Disabilities. Marriage. Curatorship. Code of Civil Procedure

SUMÁRIO

| | | |
|---------|---|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 10 |
| 2. | A EVOLUÇÃO NO SISTEMA DE PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: da indivisibilidade à inclusão social. | 13 |
| 2.1 | A pessoa com deficiência no mundo | 13 |
| 2.2 | A pessoa com deficiência no Brasil | 16 |
| 2.3 | A proteção da pessoa com deficiência nas constituições brasileiras | 18 |
| 2.4 | A Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência e seus reflexos na ordem jurídica interna | 19 |
| 2.5 | Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13. 146, de 6 de julho de 2015 | 21 |
| 3 | CAPACIDADE JURÍDICA | 23 |
| 3.1 | Capacidade de direito e capacidade de fato | 24 |
| 3.2 | Diferenciação entre capacidade jurídica e legitimação | 25 |
| 3.3 | Teoria das Incapacidades | 26 |
| 3.3.1 | O período pré-codificado..... | 26 |
| 3.3.2 | A incapacidade nos Códigos Civis brasileiros, de 1916 e de 2002 | 27 |
| 3.3.2.1 | Dos absolutamente incapazes | 28 |
| 3.3.2.2 | Dos relativamente incapazes | 31 |
| 3.4 | O regime das incapacidades à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência Lei 13.146/2015 | 32 |
| 2.5 | Tomada de Decisão Apoiada (TDA) | 35 |
| 4. | CURATELA | 38 |
| 4.1 | Breve histórico da curatela: da patrimonialidade à perspectiva constitucional da pessoa com deficiência. | 40 |
| 4.2 | Natureza jurídica da curatela | 41 |
| 4.3. | Limites patrimoniais e negociais da curatela | 42 |
| 4.3.1 | A nova interdição e o casamento..... | 44 |
| 4.4 | O procedimento de interdição: interpretação sistemática entre o Código de Processo Civil de 2015 e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. | 46 |
| 4.5 | Críticas à nova teoria das incapacidades | 52 |
| 5 | CONCLUSÃO | 56 |
| | REFERÊNCIAS | 59 |

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, também chamada de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Consiste num diploma normativo que concretiza os preceitos estabelecidos pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, incorporada ao ordenamento jurídico com o status de emenda constitucional. Representa, assim, um avanço na proteção da pessoa com deficiência que passou, ao longo da história, por períodos de extrema indivisibilidade e segregação.

Um dos pontos principais do novo diploma consiste na determinação de que a deficiência, por si só, não gera a incapacidade, pois, muita das vezes, a deficiência não implica na impossibilidade de expressar suas próprias vontades e preferências. Trata-se de norma que privilegia a autonomia do indivíduo, em consonância com os direitos constitucionais de igualdade e dignidade. Nesse sentido, o estatuto proporcionou uma reformulação no regime das incapacidades, ao remover as pessoas com deficiência física, psíquica ou intelectual do rol dos absoluta e dos relativamente incapazes.

Desse modo, a incapacidade absoluta ficou restrita a uma única hipótese de caráter objetivo, qual seja, o menor de dezesseis anos. Eventualmente, a pessoa com deficiência poderá ser considerada relativamente incapaz, não em razão da presença de uma deficiência individualmente considerada, mas sim em razão da impossibilidade de manifestação de vontade, caso que deverá haver uma decisão judicial, através de um procedimento de jurisdição voluntária, que declarará a incapacidade relativa.

A nova teoria das incapacidades apresenta reflexos no direito de família, em especial, nos institutos do casamento e da curatela e interdição. Na nova sistemática de proteção à autonomia da pessoa com deficiência, o direito à convivência familiar é preservado, sendo exercido sem a necessidade do intermédio de terceiros, inclusive nas hipóteses acobertadas pelo regime de curatela, haja vista a natureza evidentemente existencial do ato. Nessa linha, o Estatuto efetuou revogação nas hipóteses de anulabilidade e de nulidade do casamento, a fim de materializar o direito à convivência familiar da pessoa com deficiência.

Em relação à interdição, esta ganha uma nova roupagem, que, com o advento da Lei nº 13.146/2015, passa a se chamar de curatela, tendo em vista a forte carga estigmatizante do termo interdição. Ocorre que, em que pese os acertos proporcionados pelo Código de Processo Civil de 2015, em vigor desde março de 2016, o diploma processual não se adequou

à nova terminologia proposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como trouxe algumas lacunas e contradições, uma vez que revogou artigos do Código Civil/2002 que foram alterados pela Lei 13.146/2015.

Nessa linha, o objetivo geral do trabalho foi contemplar as mudanças na teoria das incapacidades, bem como o novo alcance da interdição (ou curatela) e, conseqüentemente, analisar a aplicação temporal das leis a fim de maximizar a proteção da pessoa com deficiência.

Os objetivos específicos foram o de: analisar a Lei nº 13.145/2015 – Estatuto da pessoa com deficiência – abordando acerca da Convenção Internacional sobre Pessoas com Deficiência, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com o status de emenda constitucional, por meio do Decreto Legislativo nº 186/08, que serviu de base para o Diploma Legal Inclusivo ora estudado; identificar as alterações proporcionadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência na estrutura da teoria das incapacidades, traçando considerações sobre o instituto da Tomada de Decisões Apoiada; analisar as inovações no instituto jurídico da interdição, identificando o seu novo sentido; sistematizar as inovações promovidas pelo Estatuto da pessoa com Deficiência com o Código Civil e o Código de Processo Civil, estabelecendo técnicas de interpretação e conciliação das leis no plano intertemporal.

A técnica de desenvolvimento de pesquisa foi realizada por meio de documentação indireta, envolvendo a pesquisa bibliográfica, por meio da análise de livros, artigos, dissertações e teses, bem como pesquisa exploratória, utilizando fontes imediatas jurídico formais, quais sejam, doutrina, jurisprudência, costumes, equidade, princípio e analogia.

O desenvolvimento da monografia em questão possui, além da introdução e conclusão, a seguinte estrutura: segundo capítulo destinado ao estudo da evolução no sistema de proteção da pessoa com deficiência; terceiro capítulo referente à capacidade jurídica; quarto capítulo referente à curatela.

O segundo capítulo abordou o contexto histórico do tratamento dado à pessoa com deficiência, em especial, aquela com transtorno mental. Em relação ao Brasil, o presente trabalho analisou os primeiros do Brasil colônia até a criação do primeiro Centro de Atenção Psicossocial (CAPS). Ademais, foi traçado a evolução da proteção da pessoa com deficiência nas constituições brasileiras, analisando também as diretrizes da Convenção de Nova Iorque e a mudança de paradigma proporcionada pela Lei 13.146/2015- Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O terceiro capítulo tratou da capacidade jurídica, compreendendo o seu conceito, espécies e diferenciação com outros institutos. Abordou de forma aprofundada a Teoria das Incapacidades, analisando a sua evolução do período pré-codificado até os Códigos de 1916 e 2002, culminando com as mudanças proporcionadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Neste capítulo, traçou-se ainda considerações acerca da Tomada de Decisão Apoiada.

Por fim, o quarto capítulo abordou acerca do instituto assistencial da curatela, compreendendo o seu histórico de aplicação, a natureza jurídica e os limites na atual sistemática de proteção à pessoa com deficiência, que preserva a autonomia nas questões existenciais, tais como o matrimônio. Neste capítulo final, também se identificou as soluções para a questão do descuido legislativo do Código de Processo Civil. Ademais, apresentou-se a críticas à nova Teoria das Incapacidades e os argumentos para refutá-las.

2. A EVOLUÇÃO NO SISTEMA DE PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA:

da indivisibilidade à inclusão social.

O presente capítulo tem como objetivo primordial a análise histórica do tratamento conferido à pessoa com deficiência, em especial, aquela portadora de transtorno mental, uma vez que, “na grande maioria dos casos, a pessoa, conquanto com uma deficiência física, tem plenamente preservada sua capacidade de entendimento e, bem por isso, pode livremente manifestar sua vontade” (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p.43).

No decorrer da história, a pessoa com deficiência enfrentou um longo e lento processo de inclusão social, superando épocas de extrema indivisibilidade e segregação social. Ocorre que a efetiva integração ainda é uma meta a ser alcançada, haja vista a existência de barreiras atitudinais, econômicas e tecnológicas. Nesse ponto, o Estatuto da pessoa com Deficiência, influenciado pela Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, surgiu com o fim de concretizar uma sociedade mais justa e igualitária, prevendo, conforme o art. 3º, inc. IV da Lei nº 13.146/2015, mecanismos de superação de:

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, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança entre outros... (BRASIL, 2015).

2.1 A pessoa com deficiência no mundo

Na Grécia antiga, o estado de insanidade tinha origem mitoteológica, ou seja, as perturbações mentais eram obras dos deuses do Olimpo, que utilizam os homens como instrumento para atender seus caprichos e desejos, não sendo, portanto, possível responsabilizar o indivíduo por seus atos (MEDEIROS, 2007, p 81.).

Assim, enquanto na Grécia Antiga não existiam noções de responsabilidade e de culpa dos atos praticados pelos enfermos mentais, em Roma, houve o afastamento da ideia da insanidade como manifestação da vontade dos deuses e, conseqüentemente, a lei passou a contemplar a possibilidade de atribuir responsabilidade criminal diminuída ao indivíduo com transtorno mental (MEDEIROS, 2007, p. 82).

Cabe ressaltar que, em um primeiro momento, conforme a obra de Maurício Requião (2016, p. 87), em razão da ausência de uma política de saúde mental, não se cogitava na criação de locais de segregação para as pessoas com transtornos mentais, assim, até a Idade Clássica, tal indivíduo possuía um grau de liberdade, vagando livremente pelas ruas sem

muitas limitações, sendo a reclusão em sua própria residência prática realizada pelas famílias mais privilegiadas a fim de evitar os olhares curiosos. Nas cidades portuárias, havia um costume bem comum de afastamento que “consistia em pagar ao capitão de algum navio mercante para que fosse o louco nele embarcado e encaminhado para outra cidade, onde seria abandonado” (REQUIÃO, 2016, p. 87).

Com o advento do Cristianismo, práticas até então vigentes, como a morte de crianças não desejadas, passaram a ser repelidas. A doutrina da caridade e do amor ao próximo, entendida como forma de alcançar a salvação eterna, contribuiu para uma nova visão da pessoa com deficiência, proporcionando a criação dos primeiros hospitais e organizações de caridade e assistência aos pobres e doentes. Ocorre que, ao longo dos anos:

Os hospícios, acobertados pela noção de caridade, passaram a cumprir uma função de controle social, isolando os desviados e excluídos (leprosos e pestilentos na Idade Média) e, posteriormente, no Antigo Regime, os grupos da população potencialmente perigosos para a ordem estabelecida: os loucos, pecadores, sífilíticos, deficientes, pobres, vagabundos, criminosos, prostitutas, órfãos, idosos, desempregados e marginais (GRAÇA, 2000). Nesse sentido, o “dever de caridade e a vontade de punir” (Goffman, 1999: 50) adquiriram dimensões políticas, sociais, religiosas, econômicas e, sobretudo, morais. (MEDEIROS, 2007, p.83).

Na Idade Média, em um contexto de precárias condições de vida e de saúde, houve a retomada das explicações místicas, “estabelecer-se a crença de que a deficiência era fruto do pecado, tanto dos pais que geravam filhos com essas condições quanto da pessoa que adquiria deficiências ao longo da vida” (FONSCECA, 2012, p. 26). Segundo Medeiros (2007, p. 83), o transtorno mental era uma manifestação demoníaca, servindo o exorcismo como prática para afastar os espíritos do mal da alma do indivíduo. Nada obstante as explicações místicas que permeavam o imaginário das camadas menos favorecidas da sociedade medieval, observa-se que, em muitas partes da Europa e do Oriente Médio, houve uma contínua criação de hospitais (SILVA, 1987, p. 146).

No leste europeu, por exemplo, hospitais e abrigos para doentes e pessoas portadoras de doenças mais pobres eram criados por vez por senhores feudais ou por governantes de aglomerados urbanos mais fortes ou de burgos mais significativos, sempre ajudados pela cooperação de esforços provenientes da Igreja. Além disso, tivemos no século VII a criação de uma instituição para cegos perto de Pontlieu, na França, por iniciativa do bispo de Le Mans, São Betrão. Foi um projeto diferente daqueles usualmente encontrados na mesma época.

Já na idade moderna, que compreende o homem como ser livre e racional por natureza, “as superstições religiosas foram substituídas pelas descobertas científicas, e a doença mental passou a ser observada pelo o aspecto clínico” (MEDEIROS, 2007, p 84).

Nesse contexto, cabe ressaltar a contribuição do Dr. Phillipe Pinel, considerado o fundador da psiquiatria clínica. Coube a Pinel, já renomado médico, “o controle do Bicêtre,

estabelecimento na França que operava como tradicional local de confinamento dos sujeitos considerados loucos” (REQUIÃO, 2016, p. 91).

Em primeiro lugar, cabe salientar que a direção de Pinel deu-se em uma época de pós Revolução Francesa, o que explica a situação do Bicêtre, local que abrigava, além dos indesejados sociais, os presos e refugiados políticos (REQUIÃO, 2016, p. 91).

Pinel defendia um tratamento mais científico, afastando-se das superstições em torno da pessoa com transtornos mentais, desse modo, contrário à prática usual de acorrentar os doentes mentais em suas celas, o Dr. Pinel tomou a decisão de quebrar as algemas dos internos (SILVA, 1987, p. 188). O renomado médico voltou-se para a descrição, classificação e tratamento das doenças mentais.

O isolamento era necessário para a recuperação e a socialização do doente. Sua argumentação em favor da institucionalização pelo confinamento hospitalar tinha por fundamento duas questões básicas: o princípio do hospital como lugar de exame ou de pesquisa, uma vez que, por analogia ao método da pesquisa botânica, o isolar é a priori do conhecer. Portanto, pelo afastamento era possível classificar e identificar as diferenças entre os mansos, os agitados, os melancólicos, os sórdidos, os suicidas, entre outros tipos classificáveis. Por outro lado, o isolamento era considerado terapêutico porque a instituição, com suas regras, passava a ser organizada de forma a afastar as influências mórbidas que causavam e agravavam a alienação. (MEDEIROS, 2007, p.84).

O isolamento permitiu o abandono e esquecimento das pessoas com deficiência, e, conforme Maurício Requião:

A própria geografia da institucionalização é feita com o objetivo de excluir o interno do resto do mundo. Muitos manicômios foram normalmente construídos em locais distantes e de difícil acesso, atendendo a um só tempo a múltiplos objetivos já que não apenas dificultam a fuga, como também afastam aquelas pessoas desagradáveis da visão da sociedade (2016, p. 136).

Com o advento da revolução Industrial e o avanço tecnológico, surgiram instrumentos adequados para a pessoa com deficiência, promovendo uma situação mais digna. “Desenvolveram-se, assim, as muletas, as macas móveis, as cadeiras de rodas, a escrita Braille e a codificação das línguas de sinais, que evoluíram de mímica para sistemas linguísticos complexos”. (FONSECA, 2012, p.27).

O desenvolvimento de movimentos a favor de grupos minoritários, incluído aqueles com transtornos mentais, iniciaram-se após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial (REQUIÃO, 2016, p.99), mas a intensificação do movimento internacional em prol da inclusão deu-se a partir dos anos 80 do século XX, fortalecendo-se na década seguinte, caracterizado pela adoção de “medidas materializadas em ações afirmativas, como cotas em empresas ou cargos públicos ou políticas públicas de amparo assistencial para aqueles que não pudessem exercer qualquer ofício” (FONSECA, 2012, p 27).

2.2 A pessoa com deficiência no Brasil

Em consonância com a Idade Clássica, inexistia, nos primeiros anos de Brasil Colônia, uma política de saúde mental, desse modo, aqueles considerados loucos eram esquecidos e colocados na posição de indivisibilidade, tanto foi assim que as Santas Casas de Misericórdia não acolhiam as pessoas com transtornos mentais, restava aos “loucos mansos” apenas vagar “pelas ruas das cidades, sem maiores restrições, vivendo muitas vezes de caridade, como qualquer outro mendigo. Já aqueles violentos, provavelmente eram recolhidos às prisões, como qualquer outro criminoso comum, embora a prática não parece ter sido muito difundida. (REQUIÃO, 2016, p.87)”.

O início da segregação da pessoa com transtorno mental ocorreu como um mecanismo de higienização social, a preocupação era apenas a exclusão do elemento perturbador da ordem e da paz social, não se pensava na cura ou readaptação do louco. Nesse contexto, as Santas Casas de Misericórdia passaram a recolher os doentes mentais, estes submetidos a um tratamento desumano, em que predominava os maus-tratos físicos. Não raro, os doentes mentais eram encarcerados nas prisões, recebendo o mesmo tratamento dos criminosos que ali se encontravam. (REQUIÃO, 2016).

Segundo Requião (2016, p. 92), em que pese os protestos quanto ao tratamento dado aos doentes mentais nas Santas Casas de Misericórdia:

Não havia interesse do Poder Público em criar hospitais especiais para portadores de transtorno mental, havendo declaração no sentido de que os mesmos consistiriam em agravamento do problema e não em solução[...]. O quadro dos portadores de transtorno mental sendo recolhido somente às Santas Casas de Misericórdia, juntamente com necessitados de toda espécie persiste, portanto, até o início da década de 1850.

A política oficial de institucionalização do doente mental iniciou-se no Rio de Janeiro em 1852, com a criação do Hospício Pedro II. Nada obstante a inauguração de hospitais públicos, o doente mental permaneceu excluído da sociedade, haja vista que a segregação servia mais como proteção da sociedade em relação ao elemento perturbador da paz do que forma de proteção e tratamento do doente mental. (MEDEIROS, 2017, p. 87). Assim, segundo Requião (2016, p.93) “o que tais eventos geraram foi, a exemplo do já ocorrido na Europa, o referendo pela ciência, notadamente pela psiquiatria pelas práticas que já aconteciam anteriormente pela simples práxis social”.

Tem-se que, antes mesmo do final do primeiro ano de funcionamento, o hospício São Pedro II atingiu sua lotação máxima de 350 pacientes. Contribuiu para a internação sem parâmetros o fato de que a doença mental é:

Empiricamente identificada e percebida pela sociedade, em função de critérios de avaliação sobre a manifestação de comportamentos sociais desviantes da dita normalidade, e não através de uma observação objetivada por métodos laboratoriais de uma disfunção biológica do organismo, como os demais. A doença mental, diferentemente de outras, não se faz acompanhar, necessariamente de dor e sofrimento. O doente nem sempre se percebe nessa condição; alguém o define como tal (MEDEIROS, 2007, p.87).

Em 1882, a literatura, através do conto *O alienista* de Machado de Assis (1994, p. 27), bem retratou a situação da época:

Daí em diante foi uma coleta desenfreada. Um homem não podia dar nascença ou curso à mais simples mentira do mundo, ainda daquelas que aproveitam ao inventor ou divulgador, que não fosse logo metido na Casa Verde. Tudo era loucura. Os cultores de enigmas, os fabricantes de charadas, de anagramas, os maldizentes, os curiosos da vida alheia, os que põem todo o seu cuidado na tafalaria, um ou outro almotacé enfunado, ninguém escapava aos emissários do alienista. Ele respeitava as namoradas e não poupava as namoradeiras, dizendo que as primeiras cediam a um impulso natural e as segundas a um vício. Se um homem era avaro ou pródigo, ia do mesmo modo para a Casa Verde; daí a alegação de que não havia regra para a completa sanidade mental.

A lei de Assistência aos Alienados, Decreto nº. 1132/1903, foi o primeiro diploma normativo a tratar especificamente do transtorno mental, facultava o tratamento domiciliar, mas privilegiava a política de internação, e, conseqüentemente, a construção de manicômios. Cabe ressaltar que, embora a lei determinasse critérios para a internação, estes eram relativizados. Nesse contexto, tem-se o Hospital Psiquiátrico Colônia de Barbacena/Minas Gerais, inaugurado no ano de 1903, local que acolhia, além das pessoas com transtorno mental, toda espécie de desajeitados, como alcoólatras, crianças indesejadas, vítimas de estupro e andarilhos.

Há diversos relatos acerca das condições desumanas a que eram submetidos os internos do Hospital Colônia, onde predominava sofrimento e morte, sendo comparado a um campo de concentração nazista.

Sem contato com o mundo exterior, os abusos sofridos eram de toda sorte. A substituição das camas por capim no chão onde os internos dormiam, urinava e defecavam, trancados à noite no pavilhão, para no dia seguinte voltar a dormir no mesmo capim que, quando muito, era submetida a um banho de sol. E, o pior, o reconhecimento e a indicação de tal prática, o chamado leito chão, por parte do poder público em 1959 (REQUIÃO, 2016, p. 97).

Na década de 70, em meio aos movimentos de redemocratização do país, tem início os primeiros movimentos em prol da reforma psiquiátrica brasileira e da desinstitucionalização. Destaque para Rio Grande do Sul “com o trabalho de *setorialização* e tentativa de localização de familiares ou vínculos comunitários eventualmente existentes ou com possibilidade de fortalecimento, desenvolvido a partir da Divisão Pinel, do Hospital Psiquiátrico São Pedro” (MEDEIROS, 2007, p. 91).

Em um primeiro momento no processo de reforma psiquiátrica, tem-se o Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM), criado em 1978, que criticava as péssimas condições a que eram submetidos tanto os pacientes quanto os profissionais da área. O movimento buscava a humanização dos hospitais psiquiátricos.

Em seguida, mais precisamente durante a I Conferência Nacional de Saúde Mental em 1985, os esforços convergiram para a total extinção dos manicômios, havendo ainda uma mudança na denominação do Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental para Movimento da Luta Antimanicomial (REQUIÃO, 2016, p. 104). Assim:

O movimento passou a lutar pela construção de um novo modelo assistencial, onde eram privilegiados os serviços extra-hospitalares que possibilitariam a superação do manicômio. A proposta era a desativação progressiva dos hospitais psiquiátricos, através de uma triagem mais eficaz e eficiente, com a diminuição das internações, reinternações e do tempo médio de permanência hospitalar (MEDEIROS, 2007, 93).

Nesse cenário de rompimento com a lógica da internação, na cidade de São Paulo em 1987, nasce o primeiro Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) Professor Luís Cerqueira, instituto que pretendia “conciliar a autonomia e o tratamento do portador de transtorno mental usuário do serviço, notadamente através da não exclusão do seu espaço territorial e vida com a comunidade” (REQUIÃO, 2017, p.106).

Somente em 2001, é aprovada a Lei nº 10.216, primeira a determinar o atendimento extra-hospitalar, sendo a internação aplicada em hipóteses excepcionais, fortalecendo, assim, programas como o CAPS.

2.3 A proteção da pessoa com deficiência nas constituições brasileiras

No que tange à proteção da pessoa com deficiência na história das constituições brasileiras, observa-se a ausência de regramento específico nas constituições de 1824 e 1891, ambas apenas garantiam o direito à igualdade. Por outro lado, a Constituição de 1934, conforme Araújo (2011, p. 67), representa “um embrião do conteúdo do direito à inclusão social da pessoa deficiente”, uma vez que seu art. 138, alínea “a”, disciplinava que era responsabilidade da União, Estados e Municípios assegurar o amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar. As Constituições de 1937, 1946 e 1967 não avançaram muito na proteção à pessoa com deficiência. Há garantia do direito à igualdade, sendo que, a partir da Constituição de 1946, nasce o direito à previdência para o trabalhador que se tornou inválido. (ARAÚJO, 2011, p.67).

Embora a emenda nº1 à Constituição de 1967 tenha inovado ao determinar a edição de lei especial sobre a educação de excepcionais, o grande avanço é atribuído à emenda nº 12 da constituição em comento, uma vez que, utilizando a expressão “deficiente”, buscou garantir a inclusão social da pessoa com deficiência, assegurando a garantia da sua condição social e econômica, mediante educação especial e gratuita; assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País; proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários; possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos (ARAÚJO, 2011, p.69).

Cabe ressaltar a localização topográfica da citada emenda, esta se situando ao final do texto constitucional. Assim, no entendimento de Araújo (2011, p.69):

O legislador preferiu, ao invés de diluí-la no texto, mantê-la ao final, separada. Com o mesmo valor, é verdade, mas em local segregado, ao final do texto. Revelou o espírito da época, mostrando que o tema não poderia ser —mesclado com outras temáticas constitucionais. Claro que isso foi involuntário. Mas deixa transparecer a preocupação de proteger, sem incluir.

Já a Constituição de 1988 enfatizou o núcleo pessoa ao utilizar a expressão “pessoa portadora de deficiência” (ARAÚJO, 2012, p. 55) e, além da proteção genérica do direito à igualdade, estabeleceu diversos dispositivos de inclusão social, tais como a proibição de discriminação do trabalhador portador de deficiência (art. 7, XXXI), a reserva de vagas para pessoa com deficiência no ingresso de cargos e empregos públicos (art. 37, VIII), o direito à habilitação e reabilitação (art.203, IV), bem como a garantia de salário mínimo ao deficiente em condições de miserabilidade (art. 203, V). (ARAÚJO, 2011, p.71).

Por fim, cabe ressaltar que, através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, o Brasil incorporou ao ordenamento jurídico com o status de emenda constitucional a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, inaugurando, assim, uma nova forma “de abordagem da deficiência, procurando a eliminação das barreiras sociais e institucionais que se somam às limitações físico-psíquicas naturais e contribuem para maior exclusão da pessoa da vida social, comunitária e familiar” (MENEZES, J. B.; CORREIA NETO, 2017, p. 994).

2.4 A Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência e seus reflexos na ordem jurídica interna

A Convenção Internacional da ONU sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, realizada em Nova Iorque, em 2007, foi subscrita pelo Brasil, sendo incorporada ao

ordenamento jurídico com o status de emenda constitucional através do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, que obedeceu o rito especial previsto no art. 5º, § 3º da Constituição federal, qual seja, aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos membros de cada Casa.

Posteriormente, a Convenção foi promulgada pelo Decreto Presidencial n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, dando sua vigência. Na verdade, verifica-se um excesso de zelo “porque, como se pode obter, o decreto legislativo bastaria, por si só, aos fins colimados” (FONSECA, 2012, p. 20). Vale lembrar que a Convenção foi o primeiro diploma internacional sobre direitos humanos a adquirir o status de emenda constitucional e, segundo Flávia Piovesan (2012, p.46):

Surge como resposta da comunidade internacional à longa história de discriminação, exclusão e desumanização das pessoas com deficiência. É inovadora em muitos aspectos, tendo sido o tratado de direitos humanos mais rapidamente negociado e o primeiro do século XXI. Incorpora uma mudança de perspectiva, sendo relevante instrumento para a alteração da percepção da deficiência, reconhecendo que todas as pessoas devem ter a oportunidade de alcançar de forma plena o seu potencial.

A Convenção apresenta um novo conceito de pessoa com deficiência, que até então estava restrito ao aspecto clínico, ou seja, ao mero enquadramento na codificação internacional CID-10. Assim, prevista no art. 1º da Convenção, a nova terminologia passou a considerar a relação do indivíduo com ambiente e a sociedade em que está inserido, *verbis*:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (BRASIL, Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009).

De fato, a expressão “pessoa portadora de deficiência”, prevista na Constituição Federal, remete a ideia de posse da deficiência, ao passo que a terminologia “pessoa com deficiência”, leva a compreender a deficiência como parte da pessoa (ARAUJO, 2012, p. 57).

Além disso, tem-se que a Convenção veda a edição de normas infraconvencionais que violem os vetores estabelecidos pelo diploma internalizado, bem como, determina que, caso haja norma interna mais efetiva, a Convenção não será aplicada (ARAÚJO, 2012, p. 62).

No que tange à capacidade civil, a Convenção reservou o artigo 12 para tratar sobre o tema, assim, para os fins proposto pelo presente trabalho, é oportuno a reprodução do item 4:

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

independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa (BRASIL, Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009).

A partir da análise do artigo acima citado, Almeida (2016, p. 179) determina os princípios que nortearam a restrição da capacidade civil das pessoas com deficiência, quais sejam, o protagonismo do interditando, o melhor interesse do interditando, a proporcionalidade, a temporalidade e o acompanhamento periódico. Estes princípios embasaram o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que, conforme Almeida (2016, p. 179), “empresta aos mesmos a concretude de que necessitam para a garantia dos direitos das pessoas com deficiência”.

2.5 Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015

A edição de uma legislação ordinária, a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, era “mais do que esperada, era desejável, era necessária para compatibilizar o sistema infraconstitucional com o novo espírito inclusivo constitucional dedicado à pessoa com deficiência” (FARIAS, C; ROSENVALD, N.; 2017, p. 337).

De fato, o Estatuto da Pessoa com Deficiência tratou de diversos temas voltados à inclusão e proteção da pessoa com deficiência, tais como capacidade, educação, moradia, saúde, trabalho, assistência social, cultura, esporte, lazer, entres outros. Ocorre que, para os fins propostos pelo presente trabalho, o estudo enfatizará as mudanças na compreensão da teoria das incapacidades, que retira “os portadores de transtorno mental da condição de incapazes, com a revogação de boa parte dos artigos 3º e 4º, do Código Civil de 2002” (REQUIÃO, 2016, p. 161).

Com efeito, de acordo com a nova sistemática da teoria das incapacidades, infere-se que a deficiência não gera, por si só, a incapacidade. A pessoa com deficiência é plenamente capaz, salvo se impossível exprimir sua vontade, caso de uma incapacidade relativa. Nesta hipótese, é necessário que juiz profira uma decisão judicial a reconhecendo, através de um procedimento especial de jurisdição voluntária, qual seja, a ação de curatela, conforme será visto no decorrer do trabalho.

Cabe ressaltar que a Lei nº 13.146/2015, no intuito de proteger a pessoa com certo grau de deficiência psíquica, física ou intelectual, mas que goza de capacidade de autodeterminação, criou o instituto da Tomada de Decisão Apoiada – TDA, inserido no art. 1.783-A do Código Civil. Trata-se de um novo instituto jurídico com o fim de garantir uma

igualdade substancial aos que, mesmo plenamente capazes, necessitam de certo auxílio, haja vista a situação de vulnerabilidade decorrente de uma deficiência – física, psíquica ou intelectual.

3 CAPACIDADE JURÍDICA

O art. 1º do Código Civil de 2002 dispõe que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres da ordem civil”. Do comando legal, extrai-se o conceito de personalidade que consiste na possibilidade de ser sujeito de direito das relações jurídicas e, portanto, possuir aptidão para adquirir direitos e contrair deveres. Nas lições de Maria Helena Diniz, “A personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando- a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade (2012, p.57)”.

Pessoa e personalidade são conceitos interligados, uma vez que “Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano” (GONÇALVES, 2013,94). Nesse sentido, a capacidade consiste num mecanismo de concretização da personalidade (FARIAS, C; ROSENVALD, N.; 2017, p. 330), ou, nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 95), “na medida da personalidade, pois para uns ela é plena e para outros limitada”.

A capacidade jurídica é dividida em capacidade de direito ou gozo, conhecida como capacidade de aquisição de direito, e capacidade de fato, também chamada de capacidade de exercício ou ação.

A capacidade de direito, prevista no art. 1º do Código Civil de 2002, é a aptidão, oriunda da personalidade, para adquirir direitos e assumir deveres na vida civil. Desse modo, é atribuída a todo o ser humano, sem qualquer distinção (GONÇALVES, 2013,94), exprime, assim, uma ideia genérica e potencial de ser sujeito de direitos (FARIAS, C; ROSENVALD, N.; 2017, p. 330). O artigo inaugural da norma privada não faz mais menção à expressão homem, como se observava no art. 2º do Código Civil de 1916, mas utiliza o termo pessoa, pois, conforme Maria Helena Diniz (2012, p.57), “a personalidade tem sua medida na capacidade, que é reconhecida num sentido de universalidade”, incluído todo ser humano, sem distinção de sexo, idade, credo, raça, em consonância com a Constituição Federal de 1988, que consagra a princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Já a capacidade de fato ou de exercício refere-se ao “status do sujeito de poder praticar certos atos jurídicos validamente independentemente de assistente ou representante” (REQUIÃO, 2016, p. 52). Assim, embora toda pessoa possua a capacidade de direito, nem todos os homens são detentores da capacidade de agir, uma vez que esta constitui na aptidão para

praticar pessoalmente atos da vida civil, dependendo, portanto, da análise de fatores relacionados à idade e ao estado de saúde da pessoa (VENOSA, 2013, p. 163).

A capacidade jurídica plena ou geral é atribuída àqueles que possuem tanto a capacidade de direito (gozo) quanto a capacidade de fato (exercício), sendo que a última pressupõe a primeira. Nesse ponto, Maria Helena Diniz entende que o art. 1º do Código Civil não traduz a ideia que a pessoa possua simultaneamente o gozo e o exercício dos direitos e deveres da ordem civil, “pois nas disposições subsequentes faz referência àqueles que tendo o gozo dos direitos civis não podem exercê-los” (2012, p.58).

3.1 Capacidade de direito e capacidade de fato

A capacidade de direito ou de gozo, conforme abordado no item anterior, está relacionada com a personalidade, mas com ela não se confunde, enquanto “a capacidade de direito é a própria aptidão genérica reconhecida universalmente, para alguém ser titular de direitos e obrigações” (FARIAS, C; ROSENVALD, N.; 2017, p. 331), a personalidade consiste na possibilidade de ser sujeito de direito.

Personalidade e capacidade complementam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra à capacidade, porque todo direito se materializa na efetivação ou está apto a concretizar-se. A privação total de capacidade implicaria a frustração da personalidade: se ao homem, como sujeito de direito fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, a consequência seria o seu aniquilamento no mundo jurídico. Só não há capacidade de aquisição de direitos onde falta personalidade, como no caso do nascituro, por exemplo (GONÇAVES, 2013, p. 96).

Requião (2016, p. 55) diferencia capacidade de direito e personalidade. O autor estabelece que:

A capacidade de direito se caracteriza como um status que possibilita titularizar direitos e deveres, enquanto que a personalidade é outra espécie de status, que traduz um valor jurídico atribuído a certos sujeitos de direito (a saber, as pessoas), podendo ser encarada como aspectos derivados da própria natureza humana, intimamente relacionada com a sua dignidade.

Do exposto, tem-se que a capacidade de direito é inerente a toda pessoa, sem distinção, sendo o único requisito a simples existência, desse modo, não poderá ser recusada ao indivíduo, “sob pena de se negar sua qualidade de pessoa, despidendo-o dos atributos da personalidade” (DINIZ, 2012, p. 58). Conforme assinala Requião (2016, p. 53), capacidade de direito possui natureza supraestatal, “não sendo possível seu afastamento de qualquer sujeito ou condicionada a sua aquisição ao atendimento de qualquer requisito”. Trata-se do princípio da capacidade total de direito.

A incapacidade geral de direito não encontra mais espaço no ordenamento brasileiro, mas nem sempre foi assim, o direito de personalidade era negado aos escravos. No direito antigo, citam-se os estrangeiros e as pessoas submetidas à penalidade de morte civil (REQUIÃO, 2016, p. 53).

A capacidade de fato ou de exercício é a aptidão para exercer pessoalmente os atos da vida civil, ou seja, sem o intermédio de representantes ou assistentes. A capacidade de fato não nasce com o indivíduo, mas é adquirida com o passar do tempo (REQUIÃO, 2016, p. 56), pois, segundo Venosa (2013, p.168), “Essa aptidão requer certas qualidades, sem as quais a pessoa não terá plena capacidade de fato”.

Enquanto a capacidade de gozo não admite gradação, haja vista o princípio da capacidade total de direito, a capacidade de fato pode variar, desse modo, a capacidade poderá ser plena, absoluta ou relativa, a depender das condições biológicas e legais do sujeito. É neste ponto que está inserido a teoria das Incapacidades, “eis que não é possível gradar a capacidade de direito, por ser absoluta, como a personalidade” (FARIAS, C; ROSENVALD, N.; 2017, p. 332).

Por fim, cabe ressaltar que a distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato refere-se apenas ao âmbito do exercício dos direitos patrimoniais, pois:

Quanto aos interesses existenciais, é certo e indubitado que qualquer pessoa humana - maior ou menor, dotada ou não de capacidade de exercício - pode exercê-la e reclamá-los direta e pessoalmente, sob pena de um comprometimento de sua dignidade (FARIAS, C; ROSENVALD, N.; 2017, p. 332).

3.2 Diferenciação entre capacidade jurídica e legitimação

Capacidade jurídica difere-se da legitimação. Esta consiste numa capacidade especial para prática de determinado ato ou negócio jurídico (TARTUCE, 2013, p.67), trata-se de um requisito específico, ou seja, capacidade jurídica específica, para atuação em certas situações (FARIAS, C; ROSENVALD, N.; 2017, p. 332). Para Pablo Stolze e Pamplona Filho (2017, p.48), legitimidade consiste na ausência de impedimentos jurídicos circunstanciais, como se observa no trecho abaixo transcrito:

Em virtude de um interesse que se quer preservar, ou em consideração à especial situação de determinada pessoa que se quer proteger, criaram-se impedimentos circunstanciais, que não se confundem com as hipóteses legais genéricas de incapacidade.

Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 331) acrescentam que a legitimação é um *plus* na capacidade, ou seja, um requisito específico, extra, para a prática de determinados

atos. Assim, embora a pessoa esteja plenamente capacitada, a ausência de legitimação implica na inabilitação para certos atos da vida civil.

3.3 Teoria das Incapacidades

A análise do regime das incapacidades no Direito Civil brasileiro passará, inicialmente, pelas Ordenações Filipinas de Portugal e a Consolidação das Leis Civis de 1858, que correspondem ao período pré-codificado. Em seguida, será feito o estudo comparativo entre o regramento do Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002. No que tange às mudanças na Teoria das Incapacidades proporcionadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o presente trabalho reservou um tópico específico para tratar sobre o tema.

3.3.1 O período pré-codificado

Nas lições de Maurício Requião (2016, p. 62), o período pré-codificado brasileiro é caracterizado pela existência de dois diplomas, quais sejam, as Ordenações Filipinas de Portugal, que perduraram até depois da declaração da independência, em 07 de setembro de 1822, e a Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, que sucedeu as Ordenações, em 1858, permanecendo até a entrada em vigor do Código Civil de 1916.

Segundo Requião (2016, p.62), a Consolidação das Leis Civis não trouxe muitas mudanças em relação às Ordenações Filipinas, limitando-se a estabelecer um limite de vinte e um anos para a cessação da menoridade, enquanto as Ordenações Filipinas dispuseram que a cessação da menoridade dar-se-ia com a idade de vinte e cinco anos. Assim, no que tange à disciplina acerca dos loucos e pródigos e o procedimento de curatela, permaneceu o disposto nas Ordenações, que será analisado com base na obra do autor acima citado.

Segundo Requião (2016, p.62), o art. 66, 3, do Livro I das Ordenações Filipinas comparou o louco e o embriagado com os animais ferozes, uma vez que, contra eles podia recair a ingerência do poder de polícia.

Cabe ressaltar que a época era marcada pelo preconceito ao portador de transtorno mental, sendo o transtorno associado a um castigo divino, a um pecado. O pródigo e o portador de doença venérea compartilhavam da mesma marginalização. Assim, não há espanto quanto aos diversos termos pejorativos destinados ao portador de transtorno mental no diploma normativo, tais como, “louco, desassisado, mentecapto, furioso, sandeu”

(REQUIÃO, 2016, p. 63). Acrescenta o autor que a psicofarmacologia, “que propiciou tratamento a diversos sujeitos que antes estariam renegados à segregação, só começa a se desenvolver no início da década de 1950” (2016, p. 63).

O regramento acerca da curadoria estava presente no Livro IV, Título CIII, das Ordenações, sob a epígrafe de “Dos Curadores que se dão aos Pródigos e Mentecaptos”. De acordo com o dispositivo legal, o curador era dado “aos menores de vinte e cinco anos de idade, aos desassisados e desmemoriados, bem como aos pródigos que mal gastarem suas fazendas” (REQUIÃO, 2016, p. 63). As ordenações, em nota explicativa ao Título, apresentam a conceituação de desassisados e desmemoriados, sendo o primeiro aquele a quem falta o siso, ou seja, o juízo, e o segundo é aquele considerado idiota, demente (REQUIÃO, 2016, p. 64). Observa-se, assim, o uso de termos preconceituosos para se referirem à pessoa com transtorno mental.

Insta destacar que ainda nesta época era necessário o prévio exame de sanidade para o estabelecimento da curadoria. “Exames médicos estes que se constituem então como prova preliminar, preferencial em relação a todas as outras, para o reconhecimento da loucura, que daria causa à interdição” (REQUIÃO, 2016, p. 64).

Por fim, frise-se que, embora a incapacidade mental esteja revestida por um estado duradouro, os intervalos lúcidos eram reconhecidos, pois, conforme Requião, na técnica empregada nas Ordenações “os intervalos lúcidos não suspendiam a curadoria, mas, de certa forma, barravam temporariamente a sua eficácia, que seria plenamente restituída tão logo se encerrasse o período de sanidade” (REQUIÃO, 2016, p. 65).

3.3.2 A incapacidade nos Códigos Civis brasileiros, de 1916 e de 2002

Segundo Requião (2016, p. 65), os Códigos Civis de 1916 e de 2002 sistematizaram a questão da incapacidade, novidade em relação às legislações anteriores, afirma ainda que tais códigos possuem características em comuns. De acordo com o autor, é possível observar uma “congruência na fundamentação, nas consequências e, de certa maneira, também no rol dos incapazes” (REQUIÃO, 2016, p. 65).

Os dois códigos de Direito Privado limitavam o exercício de todos ou de certos atos da vida civil com fundamento na proteção do incapaz, visto como alguém vulnerável (REQUIÃO, 2016, p. 65). Ocorre que, embora tenha sido esta a justificativa, na prática, “o sistema de incapacidade não protege a pessoa a pessoa em si, mas os negócios e atos

praticados, em uma visão excessivamente patrimonialista, que merece críticas” (TARTUCE, 2015, p. 76).

Para ambos os códigos, a incapacidade divide-se em absoluta e relativa, a depender do “grau de imaturidade, deficiência física ou mental” (GONÇALVES, 2013, p. 111), sendo que a primeira será suprida pelo instituto da representação, sob pena de nulidade, enquanto a segunda pelo instituto da assistência, sob pena de anulação. O Código Civil de 2002 trouxe algumas alterações em relação ao rol de incapazes, que serão analisados nos próximos tópicos, tendo como base a redação do Código Civil de 1916.

3.3.2.1 Dos absolutamente incapazes

O art. 5º do Código Civil de 1916 apresentava o rol dos absolutamente incapazes:

Art. 5º 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 (BRASIL. Lei nº 3.071, 1916).

a) Os menores de 16 (dezesseis) anos – menores impúberes

O Código Civil de 1916 inovou ao fixar em dezesseis anos a idade limite para a incapacidade absoluta, uma vez que no período pré-codificado o critério adotado era o da puberdade, ou seja, eram absolutamente incapazes “o varão de menos de 14 anos e a mulher de menos de 12, porque privados de aptidão para procriar” (GONÇALVES, 2013, p. 111).

O Código Civil de 2002 não alterou a idade limite de dezesseis anos, o que é criticado por Maurício Requião, ao assinalar que, diante da alteração para o alcance da capacidade plena, que passou de vinte e um anos para dezoito anos, “deveria ter havido também proporcional redução da idade mínima para que se alcançasse a incapacidade relativa” (2016, p. 66).

O legislador do diploma normativo de 2002 entendeu, com base em estudos científicos, que o menor de dezesseis anos não tem maturidade suficiente para a manifestação de vontade (FARIAS, C; ROSENVALD, N.; 2017, p. 344). Nesse sentido, acrescenta Maria Helena Diniz (2012, p. 64) que os menores impúberes “não atingiram o discernimento para distinguir o que podem ou não fazer, o que lhes é conveniente ou prejudicial”. Assim, “reclamam uma proteção diferenciada, com um volume protetivo mais eficiente e compatível com a sua condição de ser humano em formação” (FARIAS, C; ROSENVALD, N.; 2017, p.

344), devendo haver, portanto, para a validade de seus atos, a representação por seu pai, por sua mãe ou por seu tutor (DINIZ, 2012, p. 64).

É bem verdade tratar-se de uma opção legislativa, haja vista o tratamento dispensado ao tema na legislação estrangeira. Carlos Roberto Gonçalves pontua que:

Alguns países, como a França, não fazem distinção entre incapacidade absoluta e relativa, deixando a critério do juiz verificar se o menor já atingiu ou não a idade do discernimento. Outros, como a Argentina, consideram absolutamente incapazes somente os menores de 14 anos. O Código Civil italiano, no entanto, faz cessar tal incapacidade aos dezoito anos, salvo casos especiais (2013, p. 112).

Por fim, cabe ressaltar que, nada obstante os atos praticados pelos absolutamente incapazes sejam nulos de pleno direito, de acordo com o art. 166, I, do Código Civil de 2002 (FARIAS, C; ROSENVALD, N.; 2017, p. 344), ocorre que o ato praticado pelo menor de dezesseis anos pode produzir efeitos jurídicos. Flávio Tartuce afirma que “um contrato celebrado por menor impúbere, de compra de determinado bem de consumo, pode ser reputado válido, principalmente se houver boa-fé dos envolvidos” (2015, p. 78). Outro exemplo é a declaração de vontade do menor para fins de adoção, visto que a legislação específica determina que o consentimento expresso do maior de doze anos é essencial para a colocação em família substituta (FARIAS, C; ROSENVALD, N.; 2017, p. 344).

Por fim, como bem salienta Pablo Stolze e Pamplona Filho (2017, p.50), “a incapacidade jurídica não é excludente absoluta de responsabilização patrimonial”, pois, conforme o art. 928 do CC/2002, o incapaz responde de forma subsidiária, “se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes” (BRASIL, Lei 10.406, 2002).

b) Os loucos de todo o gênero

De acordo com o Maurício Requião (2016, p.66), enquanto as Ordenações Filipinas se referiam ao indivíduo com transtorno mental utilizando os mais variados termos, o Código Civil de 1916 preferiu reuni-los na expressão genérica “loucos de todo o gênero”, o que foi criticada por Nina Rodrigues durante a elaboração do Código Civil (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 50), cita-se que “havia à época crítica indicando que alusão tão somente aos loucos teria deixado de regulamentar outros sujeitos como os ‘fracos de espírito’ e ‘psicopatas’” (REQUIÃO, 2016, p. 66). Assim, por meio do Decreto n. 24. 559, de 3 de julho de 1934, a designação “loucos de todo o gênero” foi substituída pela palavra “psicopata” (GONÇALVES, 2013, p. 112).

Verifica-se que, ao contrário do direito pré-codificado, a lei passou a não mais admitir os intervalos lúcidos, como bem observa Carlos Roberto Gonçalves:

Assim, se declarado incapaz, os atos praticados pelo privado de discernimento serão nulos, não se aceitando a tentativa de demonstrar que, naquele momento, encontrava-se lúcido. É que a incapacidade mental é considerada um estado permanente e contínuo. É fácil imaginar os infundáveis debates que ocorreriam se fossem admitidos, uns alegando que o ato foi praticado durante um intervalo lúcido e outros negando tal fato, gerando constantes e exaustivas demandas e trazendo incertezas nas relações jurídicas. (2013, p. 113).

Com o advento do Código Civil de 2002, passou-se a considerar absolutamente incapazes aquelas pessoas que, por enfermidade ou deficiência, não tiverem o necessário discernimento para a prática da vida civil. Segundo Flávio Tartuce, o legislador de 2002 entendeu o caráter discriminatório e violador da dignidade da pessoa humana da expressão “loucos de todo o gênero”, bem como a considerou genérica demais (2014, p. 79).

Observa-se, assim, que, diferentemente do CC/1916, que atribuía a incapacidade absoluta para todos os portadores transtornos mentais, o novo diploma estabeleceu uma “gradação necessária para a debilidade mental” (GONGALVES, 2013, p. 113), uma vez que “a depender do grau de compreensão de compreensão do mundo, do discernimento”, a incapacidade poderá ser absoluta, quando houver “graves alterações das faculdades psíquicas” (GONÇALVES, 2013, p. 113), ou relativa, quando houver “sinais de desenvolvimento mental incompleto” (TARTUCE, 2015, p. 81).

No entanto, cabe ressaltar que, em que pese a eliminação da expressão de 1916:

Os termos adotados “enfermidade”, “deficiência mental” e “excepcional sem desenvolvimento completo”, continuaram sendo insuficientes para explicar toda a gama de situações que pretende abordar, no que seria melhor ter utilizado a expressão mais genérica e tecnicamente mais adequada “portador de transtorno mental”, como se vem fazendo no presente texto, realizando ainda, por óbvio, a menção ao discernimento reduzido (REQUIÃO, 2016, p 67).

c) Os surdos-mudos e os ausentes.

O Código civil de 2002 excluiu os surdos-mudos do rol dos absolutamente incapazes, passando a adotar a fórmula genérica “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. Trata-se de ampla expressão que inclui qualquer pessoa que não puder “exprimir totalmente sua vontade por causa *transitória*, ou em virtude de alguma patologia” (GONÇALVES, 2013, p.119). Desse modo, a elevação excessiva da pressão arterial, paralisia mental, perda de memória, estado de coma, surdo-mudez, hipnose, contusão cerebral, uso de entorpecentes ou de substância alucinógena são exemplos de causas que impossibilitam a expressão de vontade (DINIZ, 2012, p. 65).

No caso específico dos surdos-mudos, estes poderão ser absolutamente, relativamente ou mesmo plenamente capazes, a depender do grau de possibilidade de sua expressão (TARTUCE, 2015, p. 79).

Se é assim, por exemplo, os surdos-mudos que não possam manifestar sua vontade, por não terem recebido educação adequada, ou por sofrerem lesões no sistema nervoso central, que lhes retira o discernimento, são absolutamente incapazes. Se puderem exprimir sua vontade, passam a ser capazes, embora impedidos de praticar atos que dependam de audição, como ser testemunha quando o conhecimento do fato que se pretende provar depender do sentido que lhes falta e, principalmente, ser testemunhas em testamento (DINIZ, 2012, p. 65).

Com o advento do Código Civil de 2002, a ausência, que “significa morte presumida da pessoa natural, após longo processo judicial, com três fases: curadoria dos bens do ausente, sucessão provisória e sucessão definitiva” (TARTUCE, 2015, p.79), deixou de fazer parte do rol dos absolutamente incapazes, sendo, assim, tratada de modo mais técnico (REQUIÃO, 2016, p. 67), pois, conforme Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2017, p.336), não se trata de atribuir incapacidade jurídica às pessoas ausentes, mas “uma necessidade de proteger os interesses do desaparecido, devido a sua impossibilidade material de cuidar dos seus bens e interesses, o que se dá através do instituto da curatela”.

3.3.2.2 Dos relativamente incapazes

O art. 6º do Código Civil de 1916 elencava o rol dos relativamente incapazes, dispondo que:

Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e os menores de vinte e um anos.

II – os pródigos.

III – os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país (BRASIL, Lei 3.071, 1916).

Em comparação com o Código Civil de 2002, a única hipótese que permaneceu sem alteração foi a incapacidade dos pródigos. A codificação atual reduziu a idade para cessação da incapacidade relativa, de vinte e um anos para dezesseis anos. Ressalta-se que existem atos que o maior de 16 e menor de 18 anos pode praticar sem assistência de seu representante, tais como, elaborar testamento, ser eleitor; ser mandatário *ad negotia* (TARTUCE, 2015, p. 80).

No caso dos índios ou silvícolas, o novo Código deixou de considerá-los como relativamente incapazes, mas, tendo em vista suas peculiaridades, tais como educação lenta e difícil (DINZ, 2012 p. 69), o Código Civil de 2002 determinou que lei especial regerá a questão da capacidade. A Lei 6.001/1973, Estatuto do Índio, é a lei especial que “coloca o

silvícola e sua comunidade, enquanto não integrados à comunhão nacional, sob o regime tutelar, devendo a assistência ser exercida pela FUNAI (Fundação Nacional do Índio)” (TARTUCE, 2015, p. 81).

Houve a inclusão dos ébrios habituais, ou seja, “aqueles que têm a embriaguez como hábito, no sentido de serem alcoólatras” (TARTUCE, 2014, p. 80) e dos viciados em tóxicos.

Por fim, o atual Código Civil incluiu ao rol dos relativamente incapazes “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo” e aqueles que “tenham o discernimento reduzido”. Trata-se de expressões genéricas, podendo incluir o portador de “Síndrome de Down” e todo aquele que possua alguma anomalia psíquica que apresente sinais de desenvolvimento mental incompleto (TARTUCE, 2015, p. 81). Conforme já mencionado, a inclusão destas causas proporcionou uma gradação entre indivíduos com transtornos mentais que, a depender do caso concreto, poderão ser absolutamente ou relativamente incapazes. Para Requião (2016, p. 68), trata-se da mudança mais acertada, uma vez que “promotora da autonomia”, ao “permitir limitar de forma menor a autonomia dos sujeitos que não têm a vida tão afetada pelos seus problemas de ordem psíquica”.

Esta mudança, decerto, pode ser apontada como um avanço na regulamentação da limitação da autonomia, já que passou a gradar a autonomia do incapaz por distúrbios mentais, possibilitando, ao menos, alcançar a incapacidade relativa (REQUIÃO, 2016, p. 68).

3.4 O regime das incapacidades à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015

Com o advento do Estatuto protetivo, a deficiência deixou de estar atrelada à incapacidade, como se nota no seu art. 6º, que determina que a plena capacidade civil da pessoa não é afetada pela deficiência, ou seja, a pessoa com deficiência possui capacidade para manifestar livremente a sua vontade.

Trata-se de uma mudança que traduz os tempos pós-modernos de inclusão social e cidadania, em consonância com os fundamentos constitucionais. Rompe-se um paradigma em que a pessoa com deficiência era vista sob uma perspectiva preconceituosa e segregacionista, sendo enquadrada no conceito de incapaz automaticamente, simplesmente em razão da existência de uma deficiência, o que, “escapa à razoabilidade e fere uma visão igualitária e digna sobre a humanidade” (FARIAS, C; ROSENVALD, N.; 2017, p. 338).

Primeiramente, cabe lembrar que as hipóteses de incapacidade constituem exceção no ordenamento jurídico, devendo estar expressamente previstas em lei. Em consonância com a

atribuição de capacidade plena à pessoa com deficiência, o Estatuto da Pessoa com Deficiência modificou o regime das incapacidades previsto originalmente no Código Civil de 2002, assim, o diploma inclusivo passou atribuir nova redação aos dispositivos da lei privada que tratam da incapacidade absoluta e da incapacidade relativa, passando a constar que:

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

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

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

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

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

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (BRASIL, Lei 10.406, 2002)

Note-se, assim, que “não mais há qualquer motivo psíquico para a incapacidade absoluta” (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p.313), visto que a nova redação do art. 3º do Código Civil de 2002 estabelece uma única hipótese que é a do menor de dezesseis anos, trata-se de um critério exclusivamente etário e, portanto, objetivo.

No que toca ao rol dos relativamente incapazes, foram removidas as causas relacionadas ao estado mental, pois, repita-se, a deficiência de ordem física, psíquica ou intelectual, por si só, não implica necessariamente em incapacidade jurídica. Desse modo, foram excluídos do rol dos relativamente incapazes os indivíduos que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, bem como os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

Por lado, foi incluída no elenco das hipóteses de incapacidade relativa qualquer causa, transitória ou permanente, que não permite que as pessoas possam exprimir sua vontade. Trata-se, portanto, de dispositivo genérico que possibilita que o portador de transtorno mental possa, eventualmente, ter sua capacidade limitada para a prática de certos atos, sendo considerado como relativamente incapaz, jamais será atribuído o status de incapacidade absoluta.

Observe-se que o fundamento que justifica a incapacidade “não reside na patologia ou no estado psíquico, mas na impossibilidade de exteriorizar a vontade” (FARIAS, C.; ROSENVALD, N.; 2017, p. 347). Assim, outras causas, além da deficiência física, psíquica ou intelectual, desde que correlacionada com a impossibilidade de manifestar a vontade, podem incidir na hipótese em comento, tais como o estado de coma ou “a pessoa que, mesmo temporariamente, está internada em Unidade de Terapia Intensiva –UTI” (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p.313).

Por conseguinte, a Lei nº 13.146/15 mitigou, mas não aniquilou, a teoria das incapacidades do Código Civil, apenas adequando-a às normas (regras e princípios) da Constituição da República e da Convenção de Nova Iorque. Com uma visão prática, ficou abolida (para sempre!) a perspectiva médica e assistencialista, pela qual se rotulava como incapaz aquele que, simplesmente, ostentava uma insuficiência psíquica ou intelectual. Como não poderia ser diferente, agora se trata de *pessoa humanamente capaz*. (FARIAS, C; ROSENVALD, N.; 2017, p. 338).

Em síntese feita por Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 342), tem-se que:

O Estatuto da Pessoa com Deficiência almeja compatibilizar a teoria das incapacidades com a tábua axiológica constitucional, razão pela qual a retirada plena capacidade jurídica de uma pessoa somente se justifica na proteção de sua própria dignidade, devendo o juiz, em cada caso averiguar o grau da incapacidade pelos efeitos existenciais, e não pelas consequências econômicas e sociais decorrentes.

A reestruturação da teoria das incapacidades proporcionada pela Lei nº 13.146/2015 “terminam tendo reflexos em diversos pontos do CC-2002, alguns deles modificados inclusive expressamente pela nova legislação” (REQUIÃO, 2016, p. 164). Nesse sentido, Flávio Tartuce (2016, p. 641) apresenta como consequências diretas os institutos de direito assistencial, em especial, a curatela.

Como mencionado, a lei dispôs expressamente que a deficiência não afeta a plena capacidade civil, em seguida, exemplifica os atos que a pessoa com deficiência poderá praticar livremente, tais como:

- 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 deter 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;
- 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; (BRASIL, Lei 13.105, 2015, art.6º).

Trata-se, portanto, de direitos exemplificativos de cunho existencial, que, conforme Maurício Requião (2016, p. 163), constituem questões essenciais para a realização do indivíduo enquanto pessoa, vez que “defluem da própria personalidade do titular, intrínsecos à sua humanidade” (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p.244). Cabe ressaltar que, mesmo plenamente capazes, a pessoa com deficiência em situação de vulnerabilidade, haja vista o grau de deficiência física, psíquica ou intelectual, poderá fazer uso do instituto jurídico da tomada de decisão apoiada, novidade trazida pelo Estatuto inclusivo, que auxilia na realização dos negócios mais complexos.

3.5 Tomada de Decisão Apoiada (TDA)

O art. 116 do Estatuto da Pessoa com Deficiência inseriu o art. 1.783-A no Código Civil, trata-se da criação de um novo instituto, qual seja, a tomada de decisão apoiada, para auxiliar aquele que, mesmo com plena capacidade civil, possui algum tipo de deficiência, reclamando, portanto, uma proteção especial para a prática de atos mais complexo.

É o exemplo de uma pessoa portadora de Síndrome de Down ou de alguém que tem discernimento reduzido por algum motivo médico. Tais pessoas podem carregar uma deficiência ou retardamento psíquico, ou intelectual, sem perder o controle sobre sua vontade (FARIAS, C; ROSENVALD, N.; 2017, p. 351).

Lembre-se que, para o reconhecimento da incapacidade relativa, é necessário um procedimento especial de jurisdição voluntária, qual seja, a ação de curatela. A tomada de decisão apoiada nasce como um modelo alternativo ao da curatela, ou, nas palavras de Cristiano Farias e Nelson Rosenvald um *tertium genus* protetivo, pois é adotado quando o indivíduo, mesmo presente alguma deficiência, possui plena aptidão para manifestar a sua vontade e, portanto, não está sujeito ao regime de curatela. Trata-se de um novo modelo de proteção intermediária, pois se coloca “entre os extremos das pessoas sem deficiência (sob o prisma físico, sensorial e psíquico) e aquelas pessoas com deficiência e que foram qualificados pela impossibilidade de expressão de sua vontade”. (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p. 341).

Nota-se que a deficiência, mesmo não geradora de incapacidade relativa, “pode exigir uma atenção diferenciada, com vistas a assegurar a sua própria dignidade e igualdade substancial” (FARIAS, C; ROSENVALD, N.; 2017, p. 351), justificando, assim, a criação deste novo modelo de proteção, diferente da curatela, que, diga-se de passagem, já estava presente no direito estrangeiro, conforme ensina Requião (2016, p. 183):

Apresentam-se ora através da criação de novos modelos que excluem a curatela do sistema, como no caso da austríaca *Sachwalterschaft* e da alemã *Betreuung*; ora com a criação de modelos alternativos que não excluem a curatela do sistema, mas esperam provocar o seu desuso, como se deu com a criação do “administrador” belga e da figura do *amministrazione di sostegno* italiana; e por vezes simplesmente como figura que conviverá com a curatela, como na *sauvegarde de justice* francesa.

De acordo com o art. 1.783-A do Código Civil, a Tomada de Decisão Apoiada é o processo no qual a pessoa com deficiência (física, mental ou intelectual) elege pelo menos duas pessoas “com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhes apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil”. Segundo Requião, privilegia-se a capacidade de autodeterminação da pessoa com deficiência, que está apta para “constituir em

torno de si uma rede de sujeitos baseada na confiança que neles tem, para auxiliar nos atos da vida civil” (2016, p. 182).

Nos termos do § 2º, do art. 1.783-A do CC/2002, a tomada de decisão apoiada somente poderá ser requerida pela pessoa a ser apoiada, em respeito à autonomia do apoiado (REQUIÃO, 2016, p. 184). Em posição contrária, defende-se que “as pessoas legitimadas para a ação de curatela, também estão para a Tomada de Decisão Apoiada” (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p. 341).

Nos termos do § 1º, do art.1.783-A, “para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo”. O referido termo deverá conter os limites do apoio, logo, pode variar no caso concreto, pois se deve levar em “consideração as concretas e efetivas necessidades e aspirações do beneficiário” (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p. 341). Além disso, o termo deverá indicar o prazo de vigência do acordo, sendo possível a adoção de prazo indeterminado, conforme o posicionamento de Maurício Requião (2016, p.185):

Por outro lado, a possibilidade de ser o prazo indeterminado torna o uso do instituto mais facilitado, já que o sujeito poderá nomear seus apoiadores e com eles permanecer pelo tempo que julgar necessário. Outro fator que fala em favor do prazo indeterminado é o fato de que, como se verá adiante, pode o tomador a qualquer tempo resolver encerrar o processo de tomada de decisão. Ademais, a curatela, que é medida que implica em maior limitação da autonomia, é aplicada também por tempo indeterminado. Assim, por esse conjunto de fatores, se considera que é possível que seja a tomada de decisão apoiada fixado no prazo indeterminado.

De acordo com o § 3º, do art. 1.783-A do Código Civil/2002, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, decidirá acerca do pedido de tomada de decisão apoiada. A sentença determinará “os limites do apoio a ser prestado àquela pessoa, considerada as suas particularidades, as suas vontades e as suas preferências” (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p. 341). Desse modo, conforme Requião (2016, p.185), sendo os limites do apoio fielmente observados pelos apoiadores, não haverá “brechas” para a invalidação do negócio jurídico, (art. 1.783-A, § 4º). A fim de atribuir maior segurança ao negócio, permite-se que terceiro solicite que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo (art. 1.783-A, § 5º).

Nas situações em que, havendo divergências de ideias, possa trazer riscos ou prejuízo relevante, o juiz, ouvido o Ministério Público, deliberará, em procedimento de jurisdição voluntária, sobre a questão. Requião indaga se a deliberação judicial seria possível nos “negócio de menor conta” (2016, p. 185). Para o autor, a solução está implícita no texto, pois:

Se há a especificação que o juiz somente atuará, proferindo a decisão final sobre a controvérsia, nos casos em que o negócio pode trazer risco ou prejuízo relevante para o apoiado, é porque, nos demais caso prevalecerá a escolha do apoiado em detrimento das manifestações dos apoiadores

Quando apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, conforme o art. 1.783-A, § 7º, será cabível a destituição ou remoção dos apoiadores, a partir da denúncia apresentada por qualquer pessoa ao Ministério Público ou ao Juiz. “Essa destituição implicará na necessidade de ser ouvida a pessoa apoiada quanto ao seu interesse em que seja, ou não, nomeado novo apoiador (art.1.783-A, §8º)”. (REQUIÃO, 2016, p. 186).

Por fim, tendo em vista que as regras da ação de curatela são aplicadas residualmente ao procedimento de tomada de decisão apoiada, “é natural que, a qualquer tempo, a pessoa apoiada, ou mesmo os seus apoiadores, assim, como o Ministério Público ou o terceiro interessado, podem requerer a cessação da medida, com extinção do instituto protetorista” (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p. 345).

4. CURATELA

No caso de incapacidade relativa da pessoa com deficiência, é necessário que juiz profira uma decisão judicial a reconhecendo, através de um procedimento especial de jurisdição voluntária, qual seja, a ação de curatela. Lembre-se que, tendo em vista o seu caráter taxativo, a decisão não poderá alcançar causas não previstas expressamente em lei.

Destaca-se que, para que se adotem mecanismos de proteção da pessoa com deficiência, será necessária a “demonstração do nexos causal entre a doença, como categoria médica, percebida em suas manifestações sociais, e o pronunciamento judicial” (TEIXEIRA, 2017, 852).

Ocorre que o CPC/2015 utiliza o termo “ação de interdição”, em desarmonia com a tendência pós-moderna de inclusão e respeito à dignidade humana da pessoa com deficiência, uma vez que o vocábulo “interdição” possui um sentido estigmatizante e preconceituoso, por mostrar-se como vedação do exercício de qualquer ato da vida civil pela pessoa com deficiência.

Assim, em que pese o descuido legislativo, que manteve a expressão “interdição” em diversas passagens do Código de Processo Civil de 2015:

Há, sem dúvida, um desejo de expurgar a palavra interdição como se a mesma carregasse, em si, um espectro de repressão. Imputa-se ao termo a responsabilidade pela atitude daqueles que subverteram o instituto em detrimento das pessoas com deficiência (ALMEIDA, 2016, p. 176).

Dessa forma, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a expressão curatela torna-se mais adequada à nova sistemática de compatibilização com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que:

A decisão judicial de curatela não pode atingir valores constitucionalmente preservados em favor da pessoa, como a liberdade e a intimidade. [...] É necessário atentar que a medida judicial tem cunho *protecionista*, somente se justificando para a tutela avançada de uma pessoa humana que se emoldura em um dos *standard's* previstos na norma (não poder exprimir vontade, prodigalidade ou embriaguez habitual ou taxicomania). Daí a compreensão de que toda e qualquer curatela tem de estar fundada na proteção da dignidade da pessoa, e não de terceiros, sejam parentes ou não (FARIAS, C.C de; ROSENVALD, N., 2017, p. 359).

De acordo com Flávio Tartuce (2016, p. 653), curatela é um instituto de direito assistencial para a proteção dos interesses do maior incapaz, o autor acrescenta que:

Como visto, não existem mais absolutamente incapazes maiores, por força das alterações que foram feitas no art. 3º do Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). Sendo assim, a curatela somente incide para os maiores relativamente incapazes que, na nova redação do art. 4º da codificação material, são os ébrios habituais (no sentido de alcoólatras), os viciados em tóxicos, as pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade e os pródigos. Como antes exposto, não há mais a menção às pessoas com discernimento

mental reduzido e aos excepcionais, tido agora como plenamente capazes pelo sistema (TARTUCE, 2016, p. 653).

Nas lições de Maurício Requião, a curatela constitui um *múnus* público, atribuído pela lei, em que se nomeia um curador para zelar os interesses do maior incapaz, “sendo responsável ainda por suprir a deficiência ou impossibilidade de exteriorização de vontade do curatelado” (2016, p. 164).

Tartuce ressalta que a representação e a assistência não se confundem com a curatela, sendo esta um “instituto geral de administração de interesses de outrem” (2016, p. 653). Diferencia-se ainda da tutela, que consiste num instituto assistencial de proteção dos interesses do menor incapaz, ao passo que a curatela visa à proteção do maior incapaz.

Tradicionalmente, conforme Maurício Requião (2016, p. 164), a curatela serviu como instrumento para a proteção dos interesses patrimoniais dos herdeiros dos incapazes, indo mais além, prestou-se “a proteger a sociedade da influência negativa do desassissado, substituindo-o nas relações jurídicas, em geral, e conseqüentemente, reduzindo-lhe ou renegando-lhe as formas de participação na vida social” (MENEZES, J. B.; CORREIA NETO, J. de F.; 2017, p. 989).

De acordo com Menezes, J. B.; e Correia Neto, J. de F. (2016, p. 990), em razão do surgimento de novos diplomas internacionais sobre direitos humanos, em especial, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência –CDPD, de 2007, incorporada ao ordenamento brasileiro com o status de norma constitucional, a temática acerca do instituto da curatela ganhou novos contornos. Desse modo, em homenagem ao princípio da dignidade humana e humanização das relações jurídicas, o viés patrimonialista da curatela cedeu espaço para medidas que privilegiam a vontade do curatelado, reconhecem as limitações de seus efeitos, bem como a excepcionalidade do seu uso.

Nesse contexto, o ano de 2015 possui um papel importante na história de proteção da pessoa com deficiência, uma vez que o ano é marcado pela promulgação de dois diplomas normativos, quais sejam, o Novo Código de Processo Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que vieram concretizar os valores previstos na CDPD, através da alteração no sistema de incapacidades, conforme já analisado no presente trabalho, e modificação no regime da curatela, que passa a ser um instrumento de grande relevância para de preservação da autonomia do sujeito, em razão de dois fatores, quais sejam:

em primeiro lugar, pela óbvia questão de que, como se verá, é a partir da fixação da curatela pelo processo de interdição que serão fixados os limites da autonomia do curatelado. Em segundo, porque a determinação de quem será o curador é igualmente relevante, já que terá este sujeito grande participação na vida do curatelado (REQUIÃO, 2016,p. 165).

4.1 Breve histórico da curatela: da patrimonialidade à perspectiva constitucional da pessoa com deficiência.

A origem histórica do instituto da curatela remonta até a Lei da XII Tábuas, neste período, o instituto assistencial não visava à proteção dos aspectos existenciais do incapaz (TEIXEIRA, 2017, p. 853). Pelo contrário, a curatela era um instrumento de estabilidade das relações jurídicas, protegia-se o patrimônio, em especial, os interesses dos herdeiros, para tanto, “confiava-se à curatela ao parente mais próximo, notadamente os herdeiros para que estes, na qualidade de curadores, velassem o patrimônio que seria deles” (MENEZES, J. B.; CORREIA NETO, 2017, p. 990).

Segundo Menezes e Correia Neto (2017, p. 991), no período clássico, a curatela deixou de ser instrumento de proteção dos interesses dos herdeiros, voltando-se à proteção da pessoa do incapaz, permanecendo, porém, o seu caráter patrimonialista.

No que tange às legislações brasileiras sobre a curatela, observa-se que o instituto esteve presente desde as Ordenações Filipinas, o Código Civil de 1916 apenas repetiu o regramento previsto no período pré-codificado, “seguindo a mesma tônica patriarcalista, individualista e patrimonialista, não obstante o lapso temporal de mais de 300 anos e a óbvia evolução do momento histórico, político, econômico e social” (TEXEIRA, 2017, p. 854).

Em relação ao Código Civil de 2002, este pouco inovou, pois, embora tenha havido uma adequação semântica em relação ao código anterior, que utilizava os mais variados termos para se referir à pessoa com deficiência, tais como “loucos de todo o gênero”. O fato é que o Código atual não rompeu o paradigma da curatela essencialmente patrimonialista. Para Teixeira, o “atual Código Civil já nasceu velho” (2017, p. 854), tendo em vista que a tramitação do projeto iniciou em 1975, vindo a sua promulgação ocorrer apenas em 2002.

Desse modo, de acordo com Maurício Requião (2016, p.165), não causa espanto as diversas críticas feitas ao regramento da curatela como originalmente proposta no CC/2002, pois as restrições à capacidade não foram estimulada a serem utilizadas como mecanismo pensado no sujeito do curatelado, de acordo e nos limites de suas necessidades, tanto é assim que “há até mesmo quem afirme que a curatela seria uma morte civil, afirmação que se considera exagerada, ao menos se considerada em termos gerais, já que, em alguns casos concretos, pode de fato o ser” (REQUIÃO, 2016, p. 165).

Ocorre que, em face dos diplomas internacionais sobre direitos humanos, em especial, a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, o instituto da curatela ganha uma

nova roupagem que privilegia a autonomia da pessoa com deficiência. Trata-se de uma nova visão em consonância com os princípios constitucionais, favorecendo os caminhos para a “despatrimonialização das relações privadas” (MENEZES, J.B.; CORREIA NETO, 2017, p. 992), que, nada obstante a ausência de grandes inovações na seara da legislação infracionais, “houve, sim e em virtude da recente mudança de paradigma político, um esforço hermenêutico por parte dos operadores do Direito para interpretar conforme a Constituição uma legislação que, textualmente, não se conformava a ele” (TEIXEIRA, 2017, p. 854).

Em 2015, segundo Teixeira (2017, p. 855), tem-se a quebra definitiva da lógica puramente patrimonialista, por força da promulgação do Novo Código de Processo Civil e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que estabelecem um viés de forte proteção aos direitos existenciais da pessoa do curatelado.

4.2 Natureza jurídica da curatela

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, a prolação de uma sentença judicial, através de um processo específico, é indispensável para a decretação da interdição, uma vez que, “não se admite a interdição incidental em outro processo em trâmite” (2016, p. 1177). A existência de lide em abstrato é irrelevante, logo, tem-se que o processo de interdição possui natureza jurídica de jurisdição voluntária.

Não há vencedor ou vencido, motivo por que não cabe condenação em custas e honorários, devendo cada parte prover as despesas dos atos que realizam ou requerem ao longo da demanda (NEVES, 2016, p.1177).

Conforme José Miguel Garcia Medina (2015, p. 815), por razões de política legislativa, o procedimento deve ser realizado na presença de um juiz, pois a interdição consiste num “processo instituído por lei unicamente para fins de curatela do interesse único do incapaz” (DOURADO, 2017, p. 953). Acrescenta Teixeira (2017, p. 855) o caráter de atividade estatal de integração e de fiscalização do processo de jurisdição voluntária, haja vista que:

i) há alguns efeitos jurídicos advindos da vontade humana que não podem prescindir da integração desta vontade perante o Estado-juiz, feita após a fiscalização dos requisitos legais para tanto; ii) visa proteção de um interesse público, justamente por meio da atividade fiscalizatória do magistrado e, por fim, iii) sendo os casos sujeitos à jurisdição voluntária passíveis de se tornarem conflituosos, reclamam a intervenção do judiciário.(TEIXEIRA, 2017,p. 855).

Ademais, Teixeira assinala que as principais características da jurisdição voluntária, quais sejam, o caráter inquisitivo e a possibilidade de decisões fundadas na equidade, estão em consonância com a perspectiva constitucional da curatela, uma vez que, ao atribuir

maiores poderes ao magistrado que poderá decidir até mesmo contra a vontade dos interessados, a proteção do incapaz dar-se-á de maneira mais efetiva, “cuidando de tudo que diga respeito ao seu bem-estar” (TEIXEIRA, 2017, p. 856).

4.3. Limites patrimoniais e negociais da curatela

Conforme o mencionado, a figura da interdição como aniquilador da subjetividade do interditado desaparece, no entanto, o procedimento de interdição permanece, mas sob uma nova perspectiva, em que o termo curatela mostra-se mais adequado, pois, nos termos do estatuto inclusivo, é um instituto jurídico restrito, situado no campo do excepcional, bem como limitado somente aos atos patrimoniais, em que a sua extensão dependerá do caso concreto, utilizando, para tanto, o projeto terapêutico individual.

Com efeito, a própria lei refere-se à curatela como medida extraordinária, trata-se, portanto, de opção garantista (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p.244). Os atos existenciais, próprios dos direitos da personalidade, podem ser praticados diretamente pela pessoa do curatelado, sem o intermédio de representantes ou assistentes, caso contrário, estaria configurada, em última análise, uma verdadeira pena de banimento (FARIAS, C; ROSENVALD, N.; 2017, p. 367).

Tanto é assim que o art. 85, §1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe expressamente acerca de atos que não são alcançados pela curatela, quais sejam, o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à saúde, ao trabalho e ao voto. Desse modo, tais atos serão válidos, mesmo que praticados sem representação ou assistência, uma vez que autorizados pela norma.

Cabe ressaltar que o Estatuto inclusivo determina que pessoa com deficiência não seja obrigada a se submeter a qualquer intervenção clínica ou cirúrgica, tratamento ou institucionalização forçada, exigindo, portanto, o seu consentimento prévio, livre e esclarecido, conforme o art. 12 do estatuto.

Ocorre que, nada obstante a preocupação do Estatuto inclusivo com questões existenciais da pessoa com deficiência, há uma exceção a proibição do alcance da curatela a atos de natureza não patrimonial (ALMEIDA, 2016, p. 181), uma vez que, em relação aos tratamentos de saúde da pessoa com deficiência sob o regime de curatela, observa-se que o parágrafo único, do art. 11, do Estatuto dispõe sobre a possibilidade de suprimento judicial do

consentimento da pessoa com deficiência em situação de curatela para tratamentos de saúde, quando esgotadas todas as formas para obtenção do regular consentimento.

Quando for necessária a internação compulsória do curatelado (o que ocorrerá em caráter completamente anômalo, a partir das diretrizes da Lei nº 10.216/01, destacada alhures), o juiz terá de determinar a internação em estabelecimento adequado (casa de saúde, centro de recuperação, clínica especializada...), garantindo o direito de visitas dos familiares (cônjuge ou companheiro, *parentes*, afins...), do curador ou de outras pessoas cujo vínculo afetivo reste demonstrado. (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p.338).

No que tange à extensão da curatela, o art. 84, § 3º do Estatuto afirma que a curatela devera ser “proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível”. Assim, levando em consideração as circunstâncias do caso concreto, a curatela pode apresentar diferentes extensões, a depender do grau da deficiência, sendo possíveis as seguintes espécies de curatela:

i) o curador pode se apresentar como representante do relativamente incapaz para todos os atos jurídicos, porque este não possui qualquer condição de praticá-los, sequer em conjunto. Seria o caso de alguém que se encontra no como ou a quem falta qualquer discernimento; ii) o curador pode ser um representante para certos e específicos atos e assistentes para outros, em um regime misto, quando se percebe que o curatelando tem condições de praticar alguns atos, devidamente assistido, mas não possui qualquer possibilidade de praticar outros, como, por exemplo, os atos patrimoniais; iii) o curador será sempre uma assistente, na hipótese em que o curatelado tem condições de praticar todo e qualquer ato, dès que devidamente acompanhado, para a sua proteção. (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p.242).

Como consequência, verifica-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência aboliu de vez o uso da sentença padrão, ou seja, dos pronunciamentos judiciais baseados em formulações genéricas e estereotipadas, sem levar em consideração a situação específica e concreta do curatelando (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p.247). Observa-se que o transtorno que impede a expressão de vontade pode possui diversas gradações, assim, constitui afronta ao princípio da dignidade humana a ausência de uma sentença clara e precisa que delimite o alcance da curatela, de acordo com o grau da deficiência, haja vista o caráter excepcional do instituto assistencial. O magistrado deve, portanto, expor os motivos que levam à decretação da curatela, sob pena de nulidade.

É preciso que o magistrado faça alusão á condição concreta e específica do curatelando, apresentando os motivos pelos quais, naquele caso específico, é preciso a curatela. Nessa ordem de ideias, será nula a decisão judicial de interdição baseada em formulários, com mero preenchimento de campo, substituindo dados de um processo para outro (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p.247).

4.3.1 a nova interdição e o casamento

Em primeiro lugar, cabe traçar os aspectos gerais acerca do casamento. Inicia-se o estudo definindo as principais correntes que apontam a natureza jurídica do casamento, quais sejam, as teorias institucionalista, contratualista e a mista ou eclética.

A teoria institucionalista considera o casamento como instituição, verifica-se uma forte carga moral e religiosa (TARTUCE, 2015, 1129). Nesse sentido, tem-se o conceito extraído da obra de Maria Helena Diniz:

O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, livres, que se unem, segundo formalidades legais, para obter o auxílio-mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica, e a constituição de família (2012, p.1081).

A teoria contratualista entende o casamento como um contrato de natureza especial. Por fim, a teoria mista ou eclética compreende que “o casamento é uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação” (TARTUCE, 2015, p. 1129).

É certo que o casamento é ato solene e formal, assim, sendo um negócio jurídico especial, está submetido às regras especiais de validades, previstas nos arts. 1548 a 1564 do CC/2002, sob pena de nulidade ou anulabilidade do casamento.

O tema é relevante, em razão da modificação na teoria das incapacidades que repercutiu no negócio jurídico ora analisado, ademais, nota-se que o estatuto fez diversas referências ao matrimônio contraído pela pessoa com deficiência. De início, tem-se que o art. 6^a, I, do estatuto determina que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa para casar-se e constituir união estável. Verifica-se que o direito de contrair matrimônio já estava presente na Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (Nova York), como se nota pela redação do art. 23; 1, “a”(BRASIL, Decreto nº 6.949, 2009):

Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência, em todos os aspectos relativos a casamento, família, paternidade e relacionamento, em igualdade de condições com as demais pessoas, de modo a assegurar que: **a) seja reconhecido o direito das pessoas com deficiência, em idade de contrair matrimônio, de casar-se e estabelecer família, com base no livre e pleno consentimento dos pretendentes.**
(grifo nosso)

O estatuto inclusivo, nos termos do art. 85, §1º, expressamente determina que o direito ao casamento não é alcançado pela curatela, não podia ser de outra forma, pois o casamento é a manifestação de “sentimentos, desejos, vontades, preferência e afetividades” (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p.247). Trata-se de ato de natureza evidentemente existencial, sendo certo que a sua negativa configura verdadeiro afastamento do direito à convivência familiar.

Afasta-se, em definitivo, tempos pouco saudosos nos quais as pessoas com deficiência eram submetidas a uma superproteção, que terminava por conduzir a uma falta de desenvolvimento das iniciativas de vida, ou uma *absoluta segregação*, o que terminava por vedar qualquer possibilidade de convivência em família. Talvez por ignorância ou preconceito, durante muito tempo se pensou a pessoa com deficiência era inerte à influência sexual ou afetiva- o que terminou conduzindo à compreensão da invalidade de sua manifestação de casar. (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p.353).

Como decorrência da alteração da estrutura das incapacidades, o estatuto, de forma harmoniosa, promoveu revogações nas hipóteses de nulidade e anulabilidade do casamento.

A primeira hipótese de nulidade absoluta do casamento foi revogada pela Lei 13.146/2015. A redação original do CC/2002 preconizava a nulidade do casamento contraído por enfermo mental sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. Segundo Tartuce (2016, p. 85), tendo em vista o caráter protetivo da norma, o casamento seria considerado nulo, independentemente de prévio processo de interdição. O autor acrescenta que “o sistema anterior presumia que o casamento seria ruim para o então incapaz, vedando-o com a mais dura das invalidades” (TARTUCE, 2015a).

A eliminação desta hipótese está em consonância com a realidade atual, uma vez que “há casos diversos em nosso País, e no exterior, de pessoas com deficiência mental, como por exemplo com Síndrome de Down, que se casam, expressando a suas afetividades” (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p.324).

Desse modo, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o casamento será nulo apenas no caso de violação dos impedimentos matrimoniais, conforme Tartuce (2016, p. 86), a “inovação veio em boa hora, pois a lei presumia de forma absoluta que o casamento seria prejudicial aos então incapazes, o que não se sustentava social e juridicamente”. Elimina-se, assim, a nulidade do casamento por problema de vontade.

O Código Civil de 2002 determina como hipótese de casamento anulável, aquele contraído com vício de vontade, nos termos dos art. 1.556 a 1.558 do código privado. O erro essencial, sendo um vício de vontade, justifica a anulação do casamento, desde que presente alguns fatores, quais sejam, a existência anterior às núpcias, a descoberta após o casamento e convivência conjugal insuportável (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p.327).

Pois bem, no que tange ao erro essencial sobre a pessoa do cônjuge, a Lei 13.146/2015 alterou a redação do inciso III do art. 1.557, incluindo uma ressalva, passando a dispor que a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável é causa de anulação do casamento, desde que *não caracterize deficiência*.

Ainda em relação ao artigo 1.557 do CC/2002, a Lei nº 13.146/2015 promoveu a revogação do seu inciso IV, que mencionava a possibilidade de anulação do casamento, em

face da ignorância de uma doença mental grave de um dos nubentes que tornasse a vida conjugal insuportável. Tratava-se de hipótese discriminatória, aplicável aos casos de esquizofrenia, psicose, paranoia, entre outros (TARTUCE, 2016, p.85), independentemente da sujeição ou não ao regime de curatela.

Por fim, reforçando de vez a nova sistemática de proteção e promoção da autonomia da pessoa com deficiência, inclusive daquela sujeita ao regime de curatela, o estatuto acrescentou o §2^a ao artigo 1.550 do CC/2002, cuja redação é a seguinte:

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

Tem-se, assim, que o curatelado poderá contrair casamento, bem como dissolvê-lo, bastando a simples manifestação de vontade, independentemente de assistência de terceiros, em razão do caráter existencial do ato e o fato da curatela estar restrita aos atos patrimoniais. Desse modo, quando houver dissolução do casamento, será necessária a assistência do curador apenas para fins de partilha patrimonial. (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p.326).

4.4 O procedimento de interdição: interpretação sistemática entre o Código de Processo Civil de 2015 e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A Lei 13.146/2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência, publicada em julho de 2015, mas com *vacatio legis* de 180 dias, alterou os artigos do CC/2002. Ocorre que, nada obstante o CPC/2015, em geral, acompanhar as inovações quanto à proteção da pessoa em situação de vulnerabilidade em razão da deficiência – física, psíquica ou intelectual, alguns problemas de interpretação poderão surgir, visto que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, publicado em março de 2015 e em vigor desde março de 2016, o procedimento de interdição passou a ser inteiramente regulado pelo novo código, que revogou expressamente os artigos do Código Civil referentes ao procedimento mencionado, inclusive aqueles com a redação modificada pela Lei 13.146/2015.

Desse modo, longe de adotar uma solução pura e simples para a questão, qual seja, o entendimento de que as modificações feitas pela Lei 13.146/2015 possuem curto intervalo de tempo, “entre o período da sua entrada em vigor e o início de vigência do Código de Processo Civil (a partir de março do próximo ano)” (TARTUCE, 2015a), o presente trabalho visa estabelecer uma interpretação sistêmica a fim de maximizar a proteção da

pessoa com deficiência, uma vez que, conforme Fredie Didier Júnior (2017, p.122), é: “preciso conciliar as leis no plano intertemporal. A tarefa não é simples. Para tanto, são dois os postulados interpretativos que serão utilizados: a) as leis estão em sintonia de propósitos; b) elas devem ser interpretadas de modo a dar coerência ao tema”.

O artigo 1.768 do CC/2002 foi revogado pelo Novo Código de Processo Civil, que passou a regulamentar a legitimidade para a propositura da ação de curatela. Em comparação com o CPC/73, o CPC/2015 incluiu a possibilidade de a interdição ser requerida “pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando”.

No que tange às mudanças proporcionadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, cabe ressaltar que a nova redação do art. 1.768 do CC/2002 não menciona o termo interdição, substituindo-a por “processo que define os termos da curatela”. Trata-se, conforme Requião (2016, p. 170), “de diferença que ultrapassa o aspecto meramente semântico, atuando firmemente no campo simbólico”.

Além disso, a Lei nº 13.146/2015 acrescentou ao art. 1.728 da codificação civil, em desatenção à revogação imposta pelo NCPC, uma nova hipótese de legitimidade para a promoção da ação de curatela, qual seja, o ajuizamento pelo próprio interditando. Fredie Didier Jr. entende que deve prevalecer a nova hipótese de legitimação no rol do CPC, uma vez que “a revogação promovida pelo CPC levou em consideração a redação da época, em que não aprecia a possibilidade de interdição” (2017, p. 122). Afinal, conforme Requião (2016, p. 171), “ninguém mais legitimado para pensar em impor restrições à sua autonomia do que o próprio sujeito”.

Quadro 1 – As hipóteses de legitimação para a propositura da ação de curatela

| CPC-2015 | Código Civil Versão original | Código Civil (após a Lei n. 13.146/2015) |
|---|--|--|
| Art. 747. A interdição pode ser promovida: I- pelo cônjuge ou companheiro II- pelos parentes ou tutores; III- pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV- pelo Ministério Público Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial. | Art. 1.768. A interdição deve ser promovida: I- pelos pais ou tutores; II- pelo cônjuge, ou por qualquer parente; III- pelo Ministério Público; | “ <u>Art. 1.768.</u> O processo que define os termos da curatela deve ser promovido: IV- pela própria pessoa” |

Fonte: Fredie Didier Jr (2017, p.122).

No que tange à legitimidade do Ministério Público, o art. 1.769 do CC/2002 foi revogado pelo CPC/2015. Segundo Requião (2016, p. 172), tanto o CPC/73 quanto o CPC/2015 tratam da matéria de forma subsidiária, ao contrário da redação original do Código Civil, uma vez que, para o primeiro diploma processual, a propositura da ação pelo Ministério Público somente é cabível “no caso de anomalia psíquica ou de falta ou incapacidade dos demais legitimados”, ao passo que, para o CPC/2015, é cabível apenas quando houver “doença mental grave e houver falta ou incapacidade dos demais legitimados”.

De acordo com Fredie Didier Jr. (2017, p. 123), a solução encontrada foi “considerar que houve revogação tácita do CPC-2015, no ponto, pela lei n. 13.146/2015” (DIDIER JR., 2017, p. 123), uma vez que o Estatuto da Pessoa com Deficiência manteve a estrutura do art.1.769 do CC/2002, substituindo apenas a expressão “doença mental grave” por “deficiência mental ou intelectual”.

Quadro 2 – A legitimação do Ministério Público para a propositura da ação de curatela

| CPC-2015 | Código Civil Versão original | Código Civil (após a Lei n. 13.146/2015) |
|--|---|---|
| Art. 748. O ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave: I- se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição; II- se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747. | Art. 1.769. O Ministério Público só promoverá interdição: I- em caso de doença mental grave; II- se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do artigo anterior III- se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas no inciso antecedente. | “ <u>Art. 1769.</u> O Ministério Público somente promoverá o processo que define os termos da curatela: I- nos casos de deficiência mental ou intelectual; III- se, existindo, forem menores ou incapazes as pessoas mencionadas no inciso II”. |

Fonte: Fredie Didier Jr (2017, p.123).

Em relação à entrevista judicial do interditando, antes da contestação, o CPC/2015 revogou o art. 1.771 do Código Civil, pois passou a regular integralmente o tema. Nota-se que o NCPC apresenta alguns avanços em relação ao seu antecessor. A primeira diferença é a substituição do termo “interrogatório” por “entrevista”, pois, para Requião (2016, p. 174), não se trata de interrogatório regular, caracterizado pelo aspecto inquisitorial, mas, ao contrário, o juiz deve “entrevistar o interditando sobre os aspectos mais diversos da sua vida, buscando a partir do resultado da entrevista, que será reduzida a termo, entender a dimensão de eventuais necessidades que possa ele ter”.

Nesse sentido, Requião (2016, p. 175) acrescenta que o NCPC apresenta uma maior preocupação com os aspectos existenciais da vida do entrevistado, haja vista que o código anterior demonstrava uma preocupação com os aspectos patrimoniais, como se observa na

redação do art. 1.181 do CPC/73, em que o juiz deveria interrogar o interditando minuciosamente “acerca de sua vida, negócios, bens e do mais que lhe parecer necessário”.

Ademais, enquanto no CPC/73 o interrogatório visava possibilitar ao juiz o ajuizamento do estado mental do interditando, o NCPC, de forma mais técnica, estabeleceu que a entrevista serve para que o juiz avalie a capacidade do interditando para a prática de atos da vida civil (REQUIÃO 2016, p.175).

Outro ponto relevante é que o CPC/2015 inovou ao facultar o acompanhamento da entrevista por especialista, compatibilizando-se com a redação original do art.1.771, do Código Civil de 2002.

Com o advento da Lei nº 13.146/2015, o art. 1.771 do Código Civil, revogado pelo CPC/2015, teve a sua redação alterada. Assim, em que pese a “a harmonia do art. 1.771 do CPC e a nova redação do Código Civil” (DIDIER JR. 2017, p.124), pois ambos adotam a expressão “entrevista do interditando”, em substituição às expressões “interrogatório” e “exame”, Fredie Didier Jr. (2017, p. 123) observa que, enquanto o NCPC faculta o acompanhamento da entrevista por um especialista, a Lei nº 13.146/2015 impõe esse acompanhamento por uma equipe multidisciplinar. Trata-se de uma revogação da revogação (DIDIER, JR. 2017, p.124):

A “imposição” já estava no Código Civil, e não havia claramente sido revogada pelo CPC-2015 (art. 751, § 2º, CPC); agora, voltou pela Lei n. 13.146/2015, que me parece, também aqui, revogou tacitamente a revogação do CPC-2015. Já em relação à exigência de o acompanhamento ser por equipe multidisciplinar, isso, obviamente, somente pode ser exigido se for o caso; além de encarecer demais o processo, o caso pode dispensar o conhecimento de vários ramos do conhecimento. O CPC-2015 já havia previsto a possibilidade de equipe multidisciplinar na perícia de interdição (art. 753, §1º, CPC), regra que obviamente se estendia ao momento da entrevista.

Quadro 3 – A entrevista judicial do interditando

| CPC-2015 | Código Civil Versão original | Código Civil (após a Lei n. 13.146/2015) |
|--|---|---|
| Art. 751. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas. § 1º Não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver. | Art. 1.771. Antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinará pessoalmente o argüido de incapacidade. | “ <u>Art. 1.771.</u> Antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando”. |

| | | |
|--|--|--|
| <p>§2º A entrevista poderá ser acompanhada por especialista.</p> <p>§3º Durante a entrevista, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas.</p> <p>§4 A critério do juiz, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e de pessoas próximas.</p> | | |
|--|--|--|

Fonte: Fredie Didier Jr (2017, p.123).

No que toca à sentença e ao estabelecimento da curatela, cabe ao art. Art. 755 do CPC/2015 regulamentar a matéria. Anota-se a preocupação do legislador em reforçar os aspectos existenciais da curatela, ao determinar que o juiz profira uma sentença que analise o caso concreto, levando em consideração os diversos fatores que o cercam. Nesse sentido, conforme pontua Requião (2016, p. 180), “palavras como ‘potencialidades’, ‘habilidades’, ‘vontades’ e ‘preferências’, bem como referenciar as ‘características específicas do interditando’”, representam o esforço simbólico para acabar de vez com as sentenças genéricas e indiferentes ao curatelado. Reconhece-se, assim, o “o direito à diferença, levando em conta as peculiaridades mentais de cada pessoa” (FARIAS, C.; CUNHA, R.; PINTO, E.; 2016, p.326).

Por fim, a Lei nº 13.146/2015 atribuiu nova redação ao art. 1.772 do CC/2002, revogado pelo CPC/2015, que passou a regulamentar a gradação da interdição e a escolha do curador. Ocorre que, para Fredie Didier Jr., há perfeita harmonia entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o CPC/2015, pois afirma que “é preciso modular a interdição, respeitar as preferências do interditando e promover a escolha de curador que mais bem possa atender aos interesses do interdito” (2017, p. 125).

Quadro 4 – A sentença de interdição

| CPC-2015 | Código Civil Versão original | Código Civil (após a Lei n. 13.146/2015) |
|---|--|---|
| <p>755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz:</p> <p>I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;</p> <p>I - nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e</p> | <p>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.</p> | <p>“Art.1772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador.</p> <p>Parágrafo único. Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito</p> |

| | | |
|--|--|--|
| <p>fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito;</p> <p>II - considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.</p> <p>§ 1o A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado.</p> <p>§ 1o A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado.</p> <p>§ 2o Havendo, ao tempo da interdição, pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses do interdito e do incapaz.</p> <p>§ 2o Havendo, ao tempo da interdição, pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses do interdito e do incapaz.</p> <p>§ 3o A sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por 6 (seis) meses, na imprensa local, 1 (uma) vez, e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente.</p> | | <p>de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa”.</p> |
|--|--|--|

Fonte: Fredie Didier Jr (2017, p.125).

Do exposto, tem-se que, não obstante o atropelo legislativo, busca-se a conciliação das leis, com atenção à sistemática de proteção da dignidade humana da pessoa com deficiência, evitando, desse modo, conclusões precipitadas, tais como a possibilidade de uma norma processual revogar normas de direito material, quando estas são concretizadoras dos preceitos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

4.5 Críticas à nova teoria das incapacidades

Com o advento da Lei nº 13.146/2015- Estatuto da Pessoa com Deficiência, tem-se uma inovação na sistemática da teoria das Incapacidades, que repercute em diversos ramos do direito, em especial, no Direito de Família nos institutos do casamento, curatela e interdição.

Do exposto, compreende-se que as alterações visavam promover a autonomia da pessoa com deficiência, ao estabelecer que a deficiência, por si só, não implica na incapacidade jurídica. Nesse sentido, a curatela ganha uma nova roupagem, na qual se impõe como medida excepcional, limitada aos assuntos patrimoniais e graduada de acordo com o caso concreto, levando em consideração as características e preferência do curatelado. Para tanto, os interesses existenciais, tais como o casamento da pessoa com deficiência, inclusive daquela sujeita ao regime de curatela, são preservados e estimulados.

Trata-se de avanço legislativo, em consonância com os preceitos constitucionais. É o posicionamento de Flávio Tartuce, para quem a nova sistemática da teoria das incapacidades abre espaço para um modelo mais maleável, “pensado a partir das circunstâncias do caso concreto e em prol da inclusão das pessoas com deficiência, tutelando a sua dignidade e a sua interação social” (TARTUCE, 2015a).

Nesse sentido, filiam-se Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 340) que entendem que, sem olvidar da proteção diferenciada para fins de garantir maior acessibilidade, “as pessoas com deficiência dispõe dos mesmos direitos e garantias fundamentais que qualquer outra pessoa, inexistindo motivo plausível para negar-lhes ou restringir-lhes a capacidade”.

Pablo Stolze considera o Estatuto uma verdadeira conquista social, tratando, assim “de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis (STOLZE, 2015).”

É também a posição de Joyceane Bezerra de Menezes e Jäder de Figueiredo Correia Neto, que reconhecem a Lei nº 13.146/2015 como a concretização dos preceitos da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência que, incorporado ao ordenamento jurídico com o status de emenda constitucional, “favorece a ampla participação e inclusão social da pessoa com deficiência, propondo ajustes, inclusive, na temática da capacidade civil” (2017, p. 990).

Como bem resume Flávio Tartuce (2016, p. 641), a vertente doutrinária representada por Joyceane Bezerra, Paulo Lôbo, Nelson Rosendal, Jones Figueirêdo Alves, Rodrigo Cunha Pereira e Pablo Stolze defendem as inovações na teoria das incapacidades, pois tutela a “*dignidade-liberdade* das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão”.

No entanto, em sentido oposto, têm-se os ensinamentos de José Fernando Simão e Vitor Kümpel, que, conforme Tartuce (2016, p. 441), representam a vertente que condena as modificações, “pois a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada por meio de sua proteção como vulneráveis (*dignidade-vulnerabilidade*)”.

Vitor Kümpel entende que, em razão da incapacidade de compreensão e autodeterminação, a pessoa com deficiência deve ser rigorosamente protegida, inclusive, de si mesma, por isso que autor considera a Lei nº 13.146/2015, ao atribuir a plena capacidade da pessoa com deficiência, retirando-a do rol dos incapazes, “desguarnea justamente aquele que não tem nenhum poder de autodeterminação. Trata-se de ‘autofagia legislativa’”. (KÜMPEL, 2015).

Segundo José Fernando Simão, o rol de incapazes previsto pelo Código Civil tem por finalidade proteger aqueles que, historicamente, necessitam de proteção. É por isso que o autor não recebe com bons olhos a mudança na estrutura do rol das incapacidades, haja vista as suas consequências prejudiciais às pessoas com deficiência.

Um dos pontos assinalados por José Fernando Simão refere-se à fluência dos prazos prescricionais e decadenciais. Lembre-se que, de acordo com os art. 198, I, e 208 do CC, tais prazos não correm para o absolutamente incapaz. Ocorre que, com o advento da Lei 13.146/2015, passou a existir apenas uma hipótese de incapacidade absoluta, qual seja, o menor de 16 anos. Assim, “passam a correr os prazos extintivos de prescrição e de decadência contra toda e qualquer pessoa com deficiência” (FARIAS, C.C.; ROSENVALD, N. 2017, p.356). Logo, para José Fernando Simão, a mudança apenas prejudica a pessoa com deficiência.

Neste ponto, Rosendal e Farias apresentam uma solução, qual seja, a aplicação da teoria contra *non valentem*. Assim, com base na boa-fé objetiva, deve-se admitir outras hipóteses de causas suspensivas ou interruptivas dos prazos prescricionais e decadenciais, uma vez que, “em casos especiais, com fundamento em algum fortuito, não imaginado pelo legislador” (FARIAS, C.C.; ROSENVALD, N. 2017, p.356), a titular da pretensão está impossibilitada de agir, “poder-se-ia admitir a suspensão ou interrupção do prazo

prescricional contra o relativamente incapaz” (FARIAS, C.C.; ROSENVALD, N. 2017, p.356).

Ademais, José Fernando Simão aponta que aos negócios jurídicos celebrados pela pessoa com deficiência, mas plenamente capaz, não são abrangidos pelas regras das invalidades previstas no art. 166, I e 171, I do CC, o “deixou o deficiente a mercê de pessoas sem escrúpulos e com maior dificuldade para invalidar negócios jurídicos” (SIMÃO, 2015).

Para Nelson Rosenvald e Cristiano Farias (2017, p.357), a posição é acertada, pois a pessoa com deficiência, reputada capaz, pode “expressar vontade e, via de consequência, não precisa, em regra, ser representada, nem assistida, podendo praticar pessoalmente os atos da vida civil”. Cabe ressaltar que a Lei 13.146/2015, criou o instituto da Tomada de Decisão Apoiada que, conforme já mencionado, consiste num instrumento para auxiliar a pessoa com deficiência, plenamente capaz, nos negócios jurídicos mais complexos. O ordenamento jurídico não deixou de dar um tratamento especial àqueles que necessitam.

No que tange à pessoa com deficiência submetida ao regime dos relativamente incapazes, lembre-se que as regras da anulabilidade se aplicam aos negócios jurídicos por ela celebrados.

Podem-se gerar dúvidas os casos em que uma pessoa esteja em coma, em estado vegetativo ou sem qualquer discernimento mental, uma vez que os negócios serão reputados válidos, produzindo efeitos até que uma decisão os invalide. Para Rosenvald e Farias (2017, p.357), deve-se buscar uma interpretação construtiva e sistêmica, na qual a melhor solução seja a adoção da tutela jurídica da confiança, em que mais uma vez a boa-fé objetiva se faz presente na celebração dos acordos.

Com essa inspiração, parece-nos que, mesmo submetido ao sistema de invalidade relativa (anulabilidade), o ato ou negócio jurídico prejudicial praticado pelo relativamente incapaz (em especial quando se tratar de pessoa com deficiência) pode ser privado de efeito pelo juiz, quando tomar conhecimento, na proteção da boa-fé e da confiança - pedra angular dos negócios. (ROSENVALD, 2017, p. 358).

Do exposto, tem-se que, malgrado a posição que preza pela dignidade-vulnerabilidade da pessoa com deficiência, as mudanças na teoria das incapacidades representa um avanço no tratamento da pessoa com deficiência, pois o antigo modelo estava mais preocupado com a validade dos negócios jurídicos do que com pessoa considerada em si mesma, possuidora de interesses e vontades.

Trata-se de uma concretização dos preceitos constitucionais, haja vista que Convenção de Nova York, incluída ao ordenamento com status de emenda constitucional,

tem como propósito “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito a sua dignidade inerente” (BRASIL, Decreto nº 6.949, 2009, art.1º).

Tanto é assim que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357/DF, o Supremo Tribunal Federal “proclamou a constitucionalidade das normas do Estatuto” (FARIAS, C.C.; ROSENVALD, N. 2017, p.343).

Assim, tendo vista a constitucionalidade do Estatuto, os eventuais problemas acerca da nova teoria das incapacidades e suas repercussões no direito de família poderão ser resolvidos, conforme Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2017, p.343), por meio dos mecanismos de interpretação e compatibilização com os demais ramos do direito. É o caminho encontrado para solução do atropelo legislativo entre a Lei nº 13.146/2015 e o Novo Código Civil, para as questões relativas à fluência dos prazos prescricionais e decadenciais e para aplicação ou não do regime de anulabilidade dos negócios celebrados por pessoa com deficiência sem qualquer discernimento mental ou em coma.

Talvez o mais difícil, como aponta Pablo Stolze (2015), não seria a mudança de leis, mas sim de mentalidade para a que pessoa com deficiência passe ser vista numa perspectiva de respeito à sua dimensão existencial.

5 CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho monográfico, optou-se pela abordagem do tratamento dispensando à pessoa com deficiência, em especial, àquela com transtornos mentais, mais sujeita ao regime das incapacidades. Assim, ao longo da história, foram observados tempos de indivisibilidade, em que os considerados “loucos” vagavam livremente pelas ruas, e de segregação nos institutos totais, que negavam aos indivíduos a sua qualidade de pessoa sujeito de direitos. Estes estabelecimentos representavam, de acordo com os relatos expostos no presente trabalho, verdadeiros depósitos humanos, onde eram submetidos aos mais diversos abusos.

Neste contexto, tornou-se válida a análise histórica da Teoria das Incapacidades, passando pelo período pré-codificado até os Códigos Civis 1916 e 2002. Observou-se que o Código Civil de 2002 pouco inovou quando comparado com o seu antecessor, sendo que as mais importantes mudanças pertinentes ao tema ora em análise consistem na retirada da expressão “loucos de todo o gênero” e a gradação da incapacidade da pessoa com deficiência, que passou a ser considerada absoluta ou relativamente incapaz, a depender do grau da deficiência.

Em suma, no que toca ao ordenamento jurídico brasileiro, o desenvolvimento e as pesquisas realizadas permitiram observar o caráter patrimonialista do Código Civil, baseado num sistema de superproteção à pessoa com deficiência, tidos como vulneráveis e, portanto, incapazes de decidir sobre os seus projetos de vida. Neste sistema, limita-se a autonomia, sob a justificativa de protegê-los da sociedade e de si mesmos, haja vista a situação de fragilidade em que se encontram.

Na prática, verifica-se um quadro de exclusão e de negativa do exercício dos direitos existenciais, que, mais do que proteger os interesses da pessoa em situação de vulnerabilidade, a codificação privada voltava-se para a proteção dos interesses patrimoniais de terceiros, tais como os herdeiros da pessoa com deficiência, e para a segurança dos negócios jurídicos.

Com os movimentos internacionais em prol dos direitos da pessoa com deficiência, passou-se a discutir o tratamento que lhes eram oferecidos, abrindo, assim, o caminho para a incorporação ao ordenamento do jurídico, com status de emenda constitucional, da Convenção de Nova Iorque, que determina as diretrizes para a promoção da dignidade e autonomia da pessoa com deficiência. A Lei 13.146/2015 nasce com o intuito de concretizar

as diretrizes previstas na Convenção, sendo um dos seus pontos principais a revolução na Teoria das Incapacidades.

A nova Teoria das Incapacidades parte da premissa de que a pessoa com deficiência possui capacidade jurídica plena, ou seja, a simples presença de alguma deficiência, quando nada interferir na sua capacidade de manifestar vontade, não pode implicar no tolhimento da prática dos atos da vida civil. Assim, em consonância com os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana e na tendência pós-moderna de inclusão social, o referido Estatuto deu uma nova redação aos art. 3º e 4º do Código Civil de 2002, ao retirar qualquer referência à pessoa com deficiência do rol dos absoluta e relativamente incapazes.

De acordo com a nova redação, tem-se que a incapacidade absoluta dar-se-á para os menores de 16 anos, já a incapacidade relativa será verificada quando se tratar de: maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; ébrios habituais e os viciados em tóxicos; indivíduos que, por causa transitória ou não, não puderem exprimir sua vontade; pródigos. A mudança não significa que a pessoa com deficiência será sempre considerada capaz, o intuito é desatrelar a capacidade jurídica da deficiência- física, mental ou intelectual, até mesmo porque, eventualmente, a deficiência, a depender do seu grau, pode tornar impossível a manifestação de vontade, hipótese que será considerado relativamente incapaz.

Observa-se que a nova sistemática de valorização da pessoa com deficiência buscou destacar a sua autonomia, assim, privilegiou o respeito aos direitos existenciais em detrimento da preocupação patrimonialista que caracterizava a codificação privada. Desse modo, como identificado no decorrer do trabalho, a mudança na estrutura do regime das incapacidades repercutiu no direito de família. O direito à convivência familiar, sendo um direito da personalidade e, portanto, de caráter existencial, foi assegurado à pessoa com deficiência, inclusive quando sujeita ao regime de curatela.

No que tange ao instituto da curatela, observou o seu caráter extraordinário que, em respeito aos preceitos de inclusão social, está limitado aos atos de natureza patrimonial, bem como graduado de acordo com o caso concreto, levando em consideração as circunstâncias e características pessoais do curatelando.

Neste contexto de promoção da pessoa com deficiência, o presente trabalho monográfico identificou os avanços do Novo Código de Processo Civil, ao determinar, por exemplo, a realização de uma “entrevista” com o curatelado em substituição ao termo “interrogatório”, previsto no Código Civil de 1973. Ademais, o novo código processual, em consonância com o Estatuto inclusivo, determinou que o juiz investigasse acerca de vida,

negócios, vontades, preferência e laços familiares e afetivos, assim, além de demonstrar maior preocupação com os aspectos existenciais do curatelado, visou proclamar uma sentença mais adequada ao caso concreto.

No entanto, algumas falhas e imperfeições técnicas foram causadas pelo descuido do legislador, que, em alguns pontos, não se atentou em compatibilizar o Código de Processo Civil com a Lei nº 13.146/2015. Ocorre que, conforme analisado, a solução está na interpretação sistemática, sempre tendo em vista as normas que privilegiam a autonomia e a dignidade da pessoa com deficiência.

Por fim, foi assinalado a corrente que condenada as modificações na Teoria das Incapacidades, sob a justificativa de retirar da pessoa com deficiência, ao atribuir a capacidade plena, a proteção que necessitam. Nesse sentido, foram apresentados os argumentos contrários ao Estatuto, tais como a fluência do prazo decadencial e prescricional para a pessoa com deficiência e a sujeição ao regime de anulabilidade dos negócios jurídicos celebrados pelo deficiente sem qualquer possibilidade de manifestação. A solução encontrada está na interpretação que atente para a boa-fé objetiva das relações jurídicas.

Diante de todo o exposto, conclui-se que, nada obstante às críticas feitas à nova Teoria das Incapacidades, o Estatuto da Pessoa com Deficiência representa um avanço da humanidade, que busca abandonar a posição de superproteção da pessoa com deficiência, que mais fragiliza do que efetivamente protege. Assim, talvez, a maior dificuldade pode ser a mudança de mentalidade da sociedade em relação à pessoa com deficiência.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, L. C. C. de. A interdição a partir da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v.59, p.175-189, 2016.
- ASSIS, M. de. O alienista. In: **Obra Completa**, v. II. Rio de Janeiro: Nova Aguilar 1994. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000231.pdf>>. Acesso em 01 nov.2017
- ARAUJO, L. A. D. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos na ordem jurídica interna no brasil. In: FERRAZ, C.V (coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo : Saraiva, 2012. P. 54-63.
- _____. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2ª ed. - Brasília: CORDE. 2011
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2017.
- BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 17 out. 2016.
- _____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estatutos Unidos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 out. 2016.
- _____. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 out. 2016.
- _____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 05 jun. 2017.
- _____. **Lei 13.146/2015**. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 05 jun. 2017.
- DIDIER JR, F. O CPC-2015 e as revogações expressas do Código Civil. In. DIDIER JR, F. (Org.). **Direito Civil**. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 117-125. (Repercussões no Novo CPC, v. 14).
- DINIZ, M. H. **Código Civil anotado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOURADO, S.A interdição- seus novos contornos no CPC/15e EPD. In. DIDIER JR, F. (Org.). **Direito Civil**. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 849-869. (Repercussões no Novo CPC, v. 14).

FARIAS, C.C de; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. rev., ampl. Salvador: Juspodvim, 2017.

FARIAS, C.C. de; CUNHA, R. S. ; PINTO, R. B. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2 ed. rev. ampl. Salvador: Juspodvim, 2016, 416 p.

FONSECA, R. T. M da, O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, C.V (coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo : Saraiva, 2012. P. 19-33.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. 11 ed. vol.1. São Paulo: Saraiva, 2013.

KÜMPEL, V. F; BORGARELLI, B. de A. As aberrações da lei 13.146/2015. **Migalhas**, agos. 2015. <Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224905,61044-As+aberracoes+da+lei+131462015>>. Acesso em 06 jun. 2017.

MEDEIROS, M. B. de M. **Interdição civil: proteção ou exclusão?** São Paulo: Cortez, 2007, 245 p.

MEDINA, J. M. G. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENEZES, J. B.; CORREIA NETO, J. A curatela no Código de Processo Civil brasileiro e no Estatuto dos Direitos da Pessoa com Deficiência. In. DIDIER JR, F. (Org.). **Direito Civil**. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 989-1007. (Repercussões no Novo CPC, v. 14).

NEVES, D. A. A. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 1 ed. Salvador: Juspodvim, 2016, 1.904 p.

PIOVESAN, F. Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, C.V (coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo : Saraiva, 2012. P. 34-53.

REQUIÃO, M. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodvim, 2016, 224 p.

SILVA, O. M. da; **A epopeia ignorada: A pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje**. São Paulo: Cedas, 1987. 470 p.

SIMÃO, J. F. Estão todos os interditados livres da incapacidade ou precisamos de sentença para levantar as interdições? Sim, sem sentença. **Carta Forense**, abr. 2017. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/estao-todos-os-interditados-livres-da-incapacidade-ou-precisamos-de-sentenca-para-levantar-as-interdicoes--sim-sem-sentenca/17464>> . Acesso em: 06 jul. 2017.

SIMÃO, J. F. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). **Consultor Jurídico**, agos. 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em 06 jun.2017

STOLZE, P. G. PAMPLONA FILHO, R. **Manual de direito civil**: volume único.São Paulo, 2017.

STOLZE, P. G. É o fim da interdição? **Jus Brasil**, fev. 2016. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 05 jun.2017.

_____. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil. *Jus. jul.* 2015. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>>. Acesso em: 10 out. 2017. .

TARTUCE, F. Estão todos os interditados livres da incapacidade? Posição contrária (flávio tartuce) e posição favorável (josé fernando simão) ou precisa de sentenças para levantar a interdição. **Genjurídico**, abr. 2017. Disponível em < <http://genjuridico.com.br/2017/04/11/estao-todos-os-interditados-livres-da-incapacidade-posicao-contraria-flavio-tartuce-e-posicao-favoravel-jose-fernando-simao/>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

_____. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Direito de Família e o Novo Cpc. Primeira parte. **Genjurídico**, jul. 2015. Disponível em < <http://genjuridico.com.br/2015/07/30/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-direito-de-familia-e-o-novo-cpc-primeira-parte/>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

_____. **Direito Civil**. Vol. 5. 11. Ed. rev., atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016

_____. **Manual de direito civil**: volume único. 5ª ed. rev., atual.e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TEIXEIRA, A. C. B.; RTTORE, A. C. de C.; SILVA, B. de A. B. O impacto da conformação do novo Código de Processo Civil à Constituição Federal no direito material da interdição e sua eficácia normativa. In. DIDIER JR, F. (Org.). **Direito Civil**. Salvador: Juspodvim, 2017, p. 849-869. (Repercussões no Novo CPC, v. 14).

VENOSA, S. de S. **Direito civil: parte geral**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. (Coleção direito civil; v. 1).