

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS**

**NATHÁLIA EGYPTO ALVES DE PAIVA**

**A LEI 13.146/2015 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA) E SUAS  
IMPLICAÇÕES PONTUAIS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: Curatela, interdição  
e tomada de decisão apoiada**

**SANTA RITA**

**2017**

**NATHÁLIA EGYPTO ALVES DE PAIVA**

**A LEI 13.146/2015 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA) E SUAS  
IMPLICAÇÕES PONTUAIS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: Curatela, interdição  
e tomada de decisão apoiada**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de Santa Rita do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Adriano Godinho

Coorientadora: Ms<sup>a</sup>. Maria Cristina Santiago.

**SANTA RITA**

**2017**

Paiva, Nathália Egypto Alves de.

P1421 A Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e suas implicações no Direito das Famílias: curatela, interdição e tomada de decisão apoiada / Nathália Egypto Alves de Paiva – Santa Rita, 2017. 52f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba. Departamento de Ciências Jurídicas, Santa Rita, 2017.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Marteleto Godinho

Coorientadora: Prof<sup>a</sup>. Ma. Maria Cristina Paiva Santiago.

1. Estatuto da Pessoa com Deficiência. 2. Humanização. 3. Dignidade. 4. Direito das Famílias.

BSDCJ/UFPB

CDU – 342.726-056.26

**NATHÁLIA EGYPTO ALVES DE PAIVA**

**A LEI 13.146/2015 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA) E SUAS  
IMPLICAÇÕES PONTUAIS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: Curatela, interdição  
e tomada de decisão apoiada**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de Santa Rita do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Adriano Godinho

Coorientadora: Ms<sup>a</sup>. Maria Cristina Santiago.

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Prof<sup>o</sup>. Dr. Adriano Marteleto Godinho (Orientador)

\_\_\_\_\_  
Prof<sup>a</sup>. Ms. Maria Cristina Paiva Santiago (Coorientadora)

\_\_\_\_\_  
Prof<sup>a</sup>. Roberta Candeia Gonçalves (Examinadora Interna)

\_\_\_\_\_  
Prof<sup>a</sup>. Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa (Examinadora Interna)

## AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer primeiramente a Deus, pois sem ele nada em minha vida seria possível, por me guiar e iluminar não só na elaboração desta monografia mas também ao longo de toda a árdua trajetória de curso, a Ele toda honra e glória. Agradeço também a Maria, mãe querida que intercede em todos os momentos de dificuldade e angústia.

Aos Meus pais, Erlanda e Severino, por sempre terem me incentivado em todos os aspectos, principalmente ensinando o valor do estudo e da dedicação. Desde cedo vocês me passaram valores e princípios que carregarei comigo pelo resto da vida, sempre me apoiaram em minhas decisões e me acolheram nos momentos de luta, bem como vibraram nos momentos de conquistas. Se cheguei até aqui devo muito a vocês.

A Luís Henrique, que me acompanhou desde o princípio, sempre me amparando e auxiliando. Por ter sido durante esses anos meu melhor amigo, minha referência como estudante, meu porto seguro e meu amor.

Aos meus amigos e colegas de turma, em especial a Ana Lígia, Thaise, Vivian, Chayene, Davi, Torben, Erlon, Eloisa e Amanda, por termos caminhado e trilhado juntos tão árduos caminhos, em que sempre procuramos nos auxiliar mutuamente.

Por todo o auxílio durante esse trabalho de conclusão, agradeço ao meu querido orientador Adriano Godinho, exemplo de docente e pessoa e a minha querida coorientadora Maria Cristina Santiago, sempre tão solícita e amável.

Também gostaria de agradecer a professores como Giscard que ao longo do curso foi sempre um apoio, orientando em situações diversas no meio acadêmico e servindo de exemplo enquanto grande profissional que é.

À professora Allana sempre tão gentil e prestativa pelas importantes colaborações durante a elaboração de projeto e entre outras coisas. Às professoras Ana Lia e Lenilma Cristina, responsáveis pela orientações durante as monitorias das disciplinas Introdução do Direito II e Processo Penal.

Enfim de um modo geral a todos os professores que passaram pela graduação e que de algum modo contribuíram para que esse ciclo esteja se encerrando da melhor maneira possível.

## RESUMO

A partir de uma perspectiva de humanização do Direito Civil e, conseqüentemente, o reconhecimento dos princípios Constitucionais como centro de todo o ordenamento jurídico, intensificou-se um movimento de despatrimonialização da legislação civilista, deslocando-se a pessoa da periferia das relações e inserindo-a no âmago da teia jurídica. A dignidade da pessoa humana enquanto comando matriz do Estado democrático de direito alavancou a necessidade de revisão de vários institutos do direito privado. No que toca aos direitos das pessoas com deficiência, a inserção da Convenção de Nova York à normativa pátria, com *status* de emenda constitucional, criou um cenário propício para a elaboração da Lei 13.146/2015 - o Estatuto das Pessoas com Deficiência. Tal Lei foi responsável por ocasionar uma reviravolta na teoria da capacidade jurídica brasileira, haja vista ter revogado alguns dispositivos do Código Civil de 2002, dentre os quais, pode-se destacar a extinção do antigo rol dos absolutamente incapazes. Destarte, essas modificações estruturais e funcionais na teoria das (in) capacidades, repercutiram diretamente em institutos do Direito das Famílias, tais quais, a interdição e a curatela, bem como na criação da figura da tomada de decisão apoiada. Sendo assim, o estudo levará em consideração a nova perspectiva inclusiva do regime das incapacidades, os institutos ora citados, bem como a forma como o novo Código de Processo Civil brasileiro enfrentou tais institutos de cunho material. O objetivo primordial consiste na perscrutação crítica das implicações nos institutos mencionados, analisando-se as repercussões trazidas com a Lei no tratamento jurídico das pessoas com deficiência, superando-se a antiga presunção legal de que eles eram incapazes para os atos da vida civil. Nesse sentido, a investigação relativa ao grau de discernimento dos sujeitos com deficiência, no caso concreto, corresponde ao critério mais adequado no processo de aferição da (in)capacidade. Quanto a metodologia empregada, o método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo; o método de procedimento foi histórico e o comparativo e, no tocante à técnica de pesquisa utilizada, fora cometida ênfase à documentação indireta. Não obstante, são claramente perceptíveis as inúmeras lacunas relativas à pragmaticidade do Estatuto, na medida em que os institutos do Direito material e processual deverão ser remodelados para atender as necessidades das pessoas com deficiência. O propósito do trabalho, enfim, será o de colmatar tais lacunas, apresentando soluções viáveis para os diversos problemas suscitados pelo Estatuto.

**Palavras-chave:** Estatuto da Pessoa com Deficiência. Humanização. Dignidade. Capacidade. Direito das Famílias.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>2 O FENÔMENO DA HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL</b> .....	9
2.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: ALTERANDO PARADIGMAS .....	9
2.2 PARÂMETROS EVOLUTIVOS ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E O CÓDEX DE 2002 .....	13
2.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM CONCRETO – DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIREITO DAS FAMÍLIAS .....	16
<b>3 INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O NOVO REGIME DAS INCAPACIDADES</b> .....	20
3.1 REGIME JURÍDICO DAS INCAPACIDADES: DO CÓDIGO DE 1916 AO CÓDIGO DE 2002.....	20
3.2 CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	23
3.3 DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	26
<b>4 IMPLICAÇÕES PONTUAIS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS</b> .....	33
4.1 CURATELA E INTERDIÇÃO.....	35
4.2 INSTITUTO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA .....	39
4.3 MODIFICAÇÕES À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL .....	41
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	46
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	49

## 1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso insere-se na temática do Direito Civil-Constitucional e abarca as mudanças ocorridas no Código Civil de 2002 a partir do advento da lei 13.146/2015, o chamado Estatuto das Pessoas com Deficiência.

O novel estatuto acarretou profundas alterações no âmbito material, sobretudo no que atine ao regime das incapacidades, bem como nos institutos do Direito de Família, notadamente: a curatela, interdição e a tomada de decisão apoiada, temas cujo debate será objeto da presente pesquisa.

Sendo assim, o estudo levará em consideração a teoria das incapacidades; em sua nova perspectiva inclusiva; os institutos da curatela, tomada de decisão apoiada e interdição, bem como a forma como o novo Código processual brasileiro enfrentou tais institutos materiais.

Em meio à nova realidade trazida pela recente legislação, buscar-se-á um melhor regramento da situação jurídica das pessoas com deficiência. A sistemática possui, *a priori*, o intuito de melhoria no trato de tais sujeitos, ao passo que existem ainda muitas lacunas jurídicas para enfrentar tais modificações, aliando-se a isso, a nova sistemática processual acaba por contradizer algumas das disposições disciplinadas pela Lei nº 13.146/2015.

Nesse contexto, é preciso ocorrer uma verdadeira adaptação de todo o Judiciário, bem como dos sujeitos envolvidos a essa nova realidade, tendo em vista que, na prática, acabaram ocorrendo algumas antinomias legislativas, que ficarão a cargo da doutrina e da jurisprudência alçarem soluções.

Dessa forma, o Trabalho de Conclusão de Curso depara-se com os seguintes problemas: quais impactos e repercussões trazidas pelo Estatuto das Pessoas com deficiência nos institutos do Direito das Famílias em diálogo com o Código de Processo Civil de 2015? Até que ponto as alterações cometidas as pessoas com deficiência no que tange a sua autonomia serão benéficas quando do exercício dos atos da vida civil?

Acredita-se que o presente labor é relevante academicamente, pois as alterações ocorridas no regramento das pessoas com deficiência são recentes, fazendo com que haja ainda pouco estudo sobre a temática. Sendo assim, não se

trata de um tema amplamente discutido no meio acadêmico, sobretudo sob o enfoque dado nessa pesquisa.

No que tange ao aspecto jurídico desta monografia, ressalta-se a relevância da análise das mudanças trazidas pela lei 13.146/2015 no que concerne ao Código Civil, já que historicamente tais pessoas eram tratadas com redução de suas liberdades e autonomias, bem como o confronto com a nova normativa processual, que, em alguns aspectos, acaba por contrariar o texto do Estatuto, criando lacunas jurídicas a serem discutidas e repensadas.

Por fim, este estudo técnico-científico gera impactos no âmbito social, tendo em vista a importância de se tratar e discutir os direitos de grupos vulneráveis, comumente postos à margem da sociedade, como é o caso das pessoas com deficiência.

O método de abordagem utilizado foi, predominantemente, o hipotético-dedutivo, uma vez que a presente fundamentação será baseada na formulação de hipóteses, as quais, após discutidas e testadas, conduzirão à solução da problemática existente, corroborando com a premissa ou falseando-a.

Ademais, como principal método de procedimento, optar-se-á pelo histórico, considerando a necessidade de analisar a construção teórica do regime das incapacidades apresentada pelo Código de 1916 e pelo Código de 2002, antes da revolução trazida com o emergente Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Por sua vez, convém destacar que a abordagem do tratamento das pessoas com deficiência será essencialmente teórica, haja vista que, devido ao curto lapso temporal de vigência do Estatuto das Pessoas com Deficiência e do Código de Processo Civil, não há uma convicção convergente a respeito das inovadoras disposições trazidas pelo referido diploma processual, como por exemplo: o conflito normativo entre a curatela (no âmbito material) e a interdição (no âmbito processual).

No que atine à técnica de pesquisa utilizada no estudo analítico do presente labor, haverá destaque para a documentação indireta, nomeadamente: fontes referenciais diversas, como a legislação material (Constituição da República, Código Civil, Estatuto das Pessoas com Deficiência, entre outros) e processual (Código de Processo Civil 2015), a qual exige um estudo atento da sua própria literalidade; manuais e artigos jurídico-científicos.

O desenvolvimento do trabalho conterà três capítulos. O primeiro deles tratará sobre o movimento de constitucionalização do Direito Civil, e a conseqüente humanização amparada nos princípios Constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana. No aspecto, tem-se como parâmetro a evolução ocorrida desde o Código Civil de 1916 até o *códex* de 2002, alçando a pessoa ao centro do ordenamento e deixando, por conseguinte, o patrimônio em segundo plano, aflorando-se o processo de despatrimonialização. Além de tratar do regramento pela legislação civil dos Direitos da Personalidade, os quais, se alicerçam nos Direitos Fundamentais previstos na Constituição e dão todo o embasamento para as modificações adiante estudadas.

No segundo capítulo, serão abordados os aspectos da Convenção Nova Iorque e sua importante influência sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, haja vista ser o primeiro tratado internacional a ter *status* de emenda Constitucional. Tal Convenção gerou a Lei 13.126/15 (objeto principal do presente estudo). Desse modo serão tecidas considerações fundamentais acerca da revolução ocorrida no regime da capacidade jurídica no Direito Civil brasileiro.

No terceiro e último capítulo, que versará sobre o foco principal da monografia, será analisado de maneira mais pormenorizada o instituto da curatela e seus novos aspectos, bem como a inserção da tomada de decisão apoiada no ordenamento jurídico pátrio. Ademais, será abordado também o confronto entre esses institutos, em especial a curatela, e a nova normativa processual. Analisar-se-á até que ponto o Estatuto foi benéfico para as pessoas que visa resguardar, bem como os emblemas de se implementar a proposta inclusiva trazida pela Lei.

Ao cabo, na conclusão, destacam-se os principais pontos adentrados neste Trabalho de Conclusão de Curso, enaltecendo-se os apontamentos sobre a pertinência da discussão e sobre as possíveis soluções aos entraves apresentados, os quais devem caminhar na mesma esteira do sistema constitucional vigente.

## 2 O FENÔMENO DA HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

O presente capítulo trata da relevância do processo de humanização e constitucionalização do Direito Civil, a partir da construção do raciocínio histórico permeado desde o Código de 1916 até o atual diploma normativo civilista.

A partir desse enfoque, perpassa-se pela esfera axiológica atribuída pelas constituições ao passo que se delinea o lugar resguardado à dignidade da pessoa humana na atual carta magna.

Ademais, acompanha-se a modificação da legislação privada à luz dos direitos fundamentais e a consequente inserção na legislação infraconstitucional dos ditos direitos da personalidade.

### 2.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: ALTERANDO PARADIGMAS

Preliminarmente, para debruçar-se ao estudo do processo de humanização do direito civil, faz-se necessário resgatar as bases históricas que originaram esse fenômeno ao longo do mundo bem como no Brasil. Para efeitos didáticos, encontram-se as raízes do constitucionalismo em meados do século XVIII, com os processos de elaboração das Constituições dos Estados Unidos da América de 1787 e a Carta Francesa oriunda da revolução de 1791, ambas calcadas nos ideais liberais e iluministas.

Esses textos constitucionais possuíam como objetivo primordial a defesa dos interesses individuais, a abstenção do Estado de interferir na esfera privada. Havia a primazia dos chamados direitos negativos ou de primeira dimensão,<sup>1</sup> e a principal preocupação era a limitação do poder político.

---

1 No particular, convém destacar as lições de Ingo Sarlet ao tratar da nomenclatura “dimensão” do direito fundamental “Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter

Com o passar dos anos, a Constituição aos poucos foi se desvencilhando dos ideais puramente liberais e passou-se a contemplar também os direitos positivos ou de segunda dimensão,<sup>2</sup> aqueles que demandam uma contraprestação por parte do Estado. Assim, surge a concepção de Estado Social, a necessidade de que a máquina estatal não apenas garanta a liberdade individual dos cidadãos, mas também tenha uma função proativa, a fim de materializar uma série de direitos como o acesso à saúde, educação, moradia e etc.

Num contexto mundial pós-guerras, por volta da metade do século XX, surge um movimento de cunho ideológico, político e social, conhecido por constitucionalismo, que consiste na disseminação das disposições do texto constitucional para os mais diversos ramos do direito. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representa uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos<sup>3</sup>.

No Brasil, com o advento da Carta da República de 1988, esse movimento ganhou força, por ser uma constituição eminentemente principiológica<sup>4</sup> e que privilegia as diversas dimensões de direitos. Alguns ramos jurídicos, por se encaixarem na classificação do dito Direito Público, já se alinhavam à essa tendência, entretanto, para outros classificados na dicotomia de Direito Privado, prevaleciam princípios como o da autonomia da vontade das partes, liberdade para pactuar, enfim, a ideia de que o Estado não deveria interferir nas relações celebradas em âmbito particular.

---

cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno "Direito Internacional dos Direitos Humanos." SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 55.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p.55, *et. seq.*

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 7ª ed.. Coimbra .Almedina. 2003. p. 51 e 218

<sup>4</sup> "Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus diferentes. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. Estas são, além de regras, determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário. As colisões de direitos fundamentais supra descritas devem, segundo a teoria dos princípios, ser designadas como colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisão de princípios é a ponderação. Princípios e ponderação são dois lados do mesmo objeto. Um é o tipo teórico normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente um litígio sobre ponderação." Cf. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**; trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 166.

No que tange ao Direito Civil, esse fenômeno parece um tanto paradoxal, tendo em vista que os alicerces que sempre o fundamentaram implicavam por afastá-lo dos princípios e regras de Direito Público. A codificação civil que representa nitidamente as relações privadas interpessoais colocava-se enquanto uma espécie de antítese do Direito Público<sup>5</sup>.

A referida distinção é bastante antiga remontando ao *Digesto*<sup>6</sup> 1.1.1.2, no *Corpus Juris Civilis* de Ulipiano, que dividiu o direito em *jus publicum* e *jus privatum*. Tais critérios para realizar essa diferenciação se baseavam na utilidade da lei: sendo de utilidade pública, iria se tratar de uma lei encaixada no direito público, se fosse de utilidade particular, seria uma lei de Direito Privado<sup>7</sup>.

Durante muitos anos fixou-se a concepção de que, por tratar de interesses individuais, não seria pertinente que houvesse a interferência estatal nesse ramo das ciências jurídicas. Todavia, tomando por base a influência das normas constitucionais, o Direito Privado não poderia deixar de ser revisto e adaptado à nova tendência, a fim de se evitar uma legislação obsoleta.

Nesse contexto, pode afirmar-se que a constitucionalização é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do Direito Civil, que passam a condicionar a observância pela população, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional<sup>8</sup>.

Não obstante, cumpre esclarecer que, apesar de similares, os conceitos de constitucionalização e publicização do Direito não se confundem. Entende-se a publicização como a interferência estatal do ponto de vista legiferante, a partir da tendência do Estado do bem estar social; tal atitude ocasionou a retirada de algumas partes do Código Civil e sua conseqüente transformação em ramos autônomos, quais sejam: o direito da criança e do adolescente; do trabalho; agrário; consumidor.

Nesse sentido, entende Sílvio de Salvo Venosa:

Cada dia, no entanto, notamos maior publicização do direito privado. São frequentes as invasões do Estado na órbita que originalmente apenas interessava ao âmbito privado do indivíduo. A influência do Estado é cada

---

<sup>5</sup> GODINHO, Adriano Marteleto. **O fenômeno da Constitucionalização: um novo olhar sobre o direito civil.** Disponível em: <<http://www.institutodcc.com.br/news/o-fenomeno-da-constitucionalizacao-um-novo-olhar-sobre-o-direito-civil>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

<sup>6</sup> Conjunto de compilações das leis no direito romano

<sup>7</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** 6ª ed. São Paulo: Método, 2016. p. 56.

<sup>8</sup> LÓBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil.** Disponível em: <<http://direitofmc.xpg.uol.com.br/TGDC/texto01.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

dia mais absorvente; surgem, então, fórmulas para proteger o Estado por meio de um direcionamento de condutas do indivíduo. É acentuada a cada momento a restrição à liberdade individual. Princípios tradicionais de direito privado, como, por exemplo, a autonomia da vontade no direito obrigacional, sofrem paulatinamente intervenção do Estado.<sup>9</sup>

Já a constitucionalização não implica uma interferência legislativa na seara privatista, mas sim a forma como serão aplicados os institutos civilistas em consonância com os ditames da Lei Maior. Em suma, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por finalidade submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos<sup>10</sup>.

A Constituição passou a representar o instrumento conformador da legislação civil, que por sua vez se realizaria na primeira; desse modo, o jurista deveria interpretar o Código Civil segundo a Carta Constitucional e não o contrário<sup>11</sup>.

Sendo assim, hodiernamente, torna-se imprescindível a leitura dos institutos privatistas a partir da adequação às normas e princípios da Lei Maior. A constituição é atualmente a base interpretativa que norteia todas as esferas do Direito, a qual permite que os dispositivos sejam aplicados de forma mais humanizada, com vistas a primar pelo interesse coletivo.

Nesse diapasão surge o chamado Direito Civil Constitucional<sup>12</sup>, a partir de um momento neoconstitucionalista<sup>13</sup>, passando-se a interpretar o Direito Civil à luz do Direito Constitucional, em confronto ao que era de praxe. Com fulcro essencialmente no princípio basilar da dignidade da pessoa humana, daí denominar-se toda essa conjuntura enquanto processo de humanização do Direito Civil.

---

<sup>9</sup>VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 9 ed. São Paulo. Atlas, 2009. p. 48

<sup>10</sup>LÔBO, op. cit., Disponível em: < <http://direitofmc.xpg.uol.com.br/TGDC/texto01.pdf> >. Acesso em: 16 fev. 2017

<sup>11</sup>FEITOSA, M. A. P. L. M. **Desafios de humanização do Direito Civil Constitucional. Um direito civil social?** Disponível em :< <http://institudcc.org.br/> > Acesso em: 19 fev. 2017.

<sup>12</sup> Nos dizeres de Gustavo Tepedino, um dos idealizadores do direito civil constitucional, esse ramo está baseado numa visão unitária do ordenamento jurídico. TEPEDINO, Gustavo. **A Tutela da Personalidade do Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro**. In: **Temas de Direito Civil**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, *passim*

<sup>13</sup> A partir dos ensinamentos de Luis Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo é um movimento que ganhou força após a metade do século XX e no Brasil com o advento da CRFB/88, implicando no reconhecimento da força normativa da Constituição a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional. BARROSO, R. L., **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

## 2.2 PARÂMETROS EVOLUTIVOS ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E O CÓDEX DE 2002

O Código Civil de 1916, primeira legislação civil brasileira, foi arquitetado pelo jurista brasileiro Clóvis Beviláqua, contemplando um conjunto de regras sobre a pessoa, a família e o patrimônio, descrevendo os direitos a estas categorias atinentes, como o direito de família, o direito das obrigações, o direito dos contratos, a responsabilidade civil, o direito das coisas e o direito das heranças<sup>14</sup>.

Entretanto cumpre avaliar que apesar de o Brasil já ser uma República há muitos anos, os brasileiros se encontravam sob a égide de uma legislação influenciada sob o ordenamento português,<sup>15</sup> já que sua grande inspiração advinha das Ordenações Filipinas, tendo tido influências também do Código Napoleônico de 1804.

*A priori*, cumpre ressaltar que historicamente o Direito Civil brasileiro não foi pautado num processo de humanização. O Código Civil de 1916 era eminentemente patrimonialista, tendo como prioridade o regramento dos bens propriamente ditos, em detrimento dos valores e das relações humanas.

Nesse contexto, é interessante perceber que, ao passo que o Estado e a sociedade se modificaram, alterando substancialmente a Constituição, os Códigos Civis continuaram ideologicamente ancorados no Estado liberal, insistindo na hegemonia ultrapassada dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico<sup>16</sup>.

Desse modo, extrai-se que a primeira codificação civil brasileira era fundamentada em valores essencialmente patrimoniais, as relações humanas giravam em torno dos bens e seus proveitos. Nesse momento esses ideais estavam em consonância com os fundamentos liberais basilares da Constituição.

---

<sup>14</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Tendências do Direito Civil no século XXI**. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KiBPTk-QPiYJ:www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Giselda\\_Tendencias.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KiBPTk-QPiYJ:www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Giselda_Tendencias.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)> Acesso em: 03 fev. 2016.

<sup>15</sup> HIRONAKA, op. cit., disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KiBPTk-QPiYJ:www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Giselda\\_Tendencias.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KiBPTk-QPiYJ:www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Giselda_Tendencias.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)> Acesso em: 03 fev. 2016.

<sup>16</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em: <<http://direitofmc.xpg.uol.com.br/TGDC/texto01.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

Entretanto, o texto maior passou por profunda ressignificação até se chegar a Carta Magna que se tem hoje, pretensamente<sup>17</sup> garantidora e fundada em princípios e valores fundamentais; ao passo que o Direito Civil custava a se repaginar, permanecendo intocado.

Neste sentido, a preocupação dos institutos clássicos civilistas era proteger o patrimônio, colocando-o como o centro das relações jurídicas, ao passo que a pessoa humana em si não era evidenciada como foco, colocando-se sempre em segundo plano.

No que tange aos contratos, um clássico instituto privado, prevaleciam ditames de ordem individualista, que colocavam o patrimônio em um patamar de superioridade em relação as partes e a terceiros, quais sejam, os princípios da autonomia da vontade, *pacta sunt servanda*, entre outros.

Por sua vez quanto à propriedade, figura central no estudo do Direito das Coisas, já se pôde salientar o caráter solipsista predominante no Código Civil de 1916, que apenas cuidou de deferir ao proprietário, de maneira ampla, as prerrogativas de uso, fruição, disposição e sequela sobre a coisa<sup>18</sup>. Não havia a preocupação em garantir qualquer direito ao possuidor, nem ideia de retorno social do propriedade.

Noutro lado, até o Direito de Família, o ramo mais “humano” do Direito Civil, girava em torno de questões econômicas. O ideal de família era fundado no patriarcalismo, o homem como o chefe e provedor do lar, tendo a mulher e os filhos que se submeterem a ele. A proteção da herança, diferenciação entre filhos do casamento e “bastardos”, entre tantos outros absurdos estabelecidos pelo Código, colocavam como base da união entre as pessoas o dinheiro, e não o afeto.

Não obstante, esse cenário passou a mudar com a promulgação da Constituição de 1988; tal diploma elevou a pessoa humana a um patamar supremo,

---

<sup>17</sup>Tal terminologia empregada remete à classificação capitaneada por Karl Loewenstein, na qual ele categoriza as constituições segundo um critério ontológico. Sendo assim, as constituições se encontram subdivididas em: nominalistas, normativas e semânticas. Nesse contexto, falar que a constituição foi “pretensamente” garantidora a enquadra na categoria nominalistas, que são as constituições que são criadas para terem um fim social, mas que na prática ainda não a atingiram. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Y estudio sobre La obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979, p. 16 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G.G. **Curso de Direito constitucional**. 8. ed. 2. Triagem. rev. at. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63-64.

<sup>18</sup>GODINHO, Adriano Marteleto. **O fenômeno da Constitucionalização: um novo olhar sobre o direito civil**. Disponível em: <<http://www.institutodcc.com.br/news/o-fenomenoo-da-constitucionalizacao-um-novo-olhar-sobre-o-direito-civil>>. Acesso em: 14 de fev. 2017.

sobre o qual bem ou patrimônio algum pode se sobrepor. Com isso, apesar da resistência, o Direito Civil teve que aos poucos ir se adequando, até que em 2002 surgiu uma nova codificação privada.

É certo que o Código de 2002 possui um anteprojeto de 1975, ano em que foi concluído o trabalho de uma comissão de juristas nacionais, constituída pelo governo federal em 1969. Essa comissão, presidida pelo filósofo e jurista Miguel Reale, era composta por José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro<sup>19</sup>.

Nesse sentido, o novo Código, apesar de trazer importantes inovações, já nasceu sob uma ótica um tanto quanto defasada para sua época. Em que pese seu projeto ter sido formulado em 1975, sua promulgação só veio ocorrer em 2003, longos anos depois.

Noutro lado, o novo Código, apesar de manter boa parte da estrutura do anterior, trouxe modificações pontuais e certas, a começar pelo título que trata dos direitos da personalidade, efetivando em âmbito infraconstitucional os direitos fundamentais já resguardados na Lei Maior. Tal avanço se coloca como uma das facetas do processo de humanização do Direito Civil.

Cumprido ressaltar também os avanços trazidos na seara dos contratos; em que pese anteriormente figurar nessa esfera princípios de cunho fortemente patrimonial, o novo Código tratou de trazer importantes preceitos. Nessa baila, tem-se a boa fé objetiva como centro das relações contratuais; a função social do contrato, o princípio da onerosidade excessiva, da justiça distributiva, a fim de impedir que se onere e encargue demasiadamente uma parte em detrimento de outra.

Nessa esteira percebe-se uma conotação mais humanizada da nova legislação. Consigna-se o anseio de que as relações privadas ocorram, haja a proteção do patrimônio, entretanto que esse patrimônio não seja o centro de tudo, não se coloque acima da dignidade da pessoa humana.

Indo além, no que toca a esfera da propriedade, importantes alterações foram trazidas à tona, tendo-se em vista que o proprietário não mais se coloca em foco, tendo também o possuidor tantas armas quantas forem necessárias para resguardar seus direitos. O ideal máximo que se coloca aqui é aquele trazido

---

<sup>19</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **O novo Código Civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.usp.br/jorusp/arquivo/2003/jusp628/pag02.htm>> Acesso em 02 mar. 2017.

também pela Constituição, o da função social da propriedade<sup>20</sup>. O direito à terra será resguardado na medida em que ela seja utilizada de forma útil, em prol do retorno social.

Implica mencionar que a propriedade para atingir sua função social exigida na Constituição Federal, necessita produzir intentando ocasionar cooperar uma melhoria de condições da coletividade e não apenas de seu detentor. Observa-se assim a efetividade do objetivo constitucional de construir uma sociedade justa e solidária<sup>21</sup>.

Em relação ao direito de família, há uma série de destaques. O modelo patriarcal adotado pelo Código anterior fora deixado de lado, dando lugar à igualdade entre homem e mulher no seio familiar. Houve também a inserção de outros tipos de família como a monoparental e a união estável; ademais, consagrou-se a não diferenciação entre filhos advindos do casamento ou não, entre outros avanços.

Diante do exposto, faz-se necessário analisar de forma direta a influência trazida pela Constituição ao Código Civil de 2002, especialmente no que consiste à inserção dos direitos da personalidade. Essa construção é notadamente marcada pela predominância, no ordenamento jurídico como um todo, do princípio basilar e fundamento da República, da Dignidade da Pessoa humana, constante do art 1º, III da CRFB/88.

### 2.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM CONCRETO – DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIREITO DAS FAMÍLIAS

É crucial debruçar-se acerca da importância exercida pelo princípio da dignidade da pessoa humana na construção do direito civil moderno. Até se chegar à conceituação tal qual se tem hoje. A proteção da dignidade da pessoa humana, a partir de uma visão *Kantiana*, se constitui enquanto o principal fundamento da personalização do direito civil<sup>22</sup>, da elevação da pessoa humana a um status antes nunca alcançado.

---

<sup>20</sup> BRASIL. **Constituição, 1988**. Art. 5º, XXIII; art. 170, III; art. 184; art. 186. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>21</sup> BRASIL. **Constituição, 1988**. Art. 3, I. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

<sup>22</sup> TARTUCE, *op. cit.*, p. 60.

A tutela da dignidade se propõe a proteger a liberdade e os direitos subjetivos na ordem privada, mais do que isso, a doutrina fala de um superprincípio ou princípio dos princípios, aquele que norteia os demais ramos jurídicos. Sob o enfoque do Direito Civil nota-se que a influência de tal princípio bem como dos direitos fundamentais em geral desembocou na inserção no Código civilista dos direitos da personalidade.

Entretanto, é sabido que nem sempre se pensou dessa forma, alguns autores divergiam acerca da tutela dos direitos da personalidade. Savigny e Jellinek foram estudiosos que se opuseram à adoção da categoria dos direitos da personalidade. Esse defendia que a vida, a saúde, a honra não se enquadrava na categoria dos direitos subjetivos, pois não estavam ligados a concepção do “ter”, mas do ser, distanciando da tutela dos direitos patrimoniais<sup>23</sup>.

Superadas as discussões, o conceito que predomina atualmente sobre a temática, baseia-se na definição perpetrada por Giorgio Giampiccolo, que diz:

O homem, como pessoa, manifesta dois interesses fundamentais, como indivíduo, o interesse a uma existência livre; como partícipe do consórcio humano, o interesse ao livre desenvolvimento da ‘vida em relações’. A esses dois aspectos essenciais do ser humano podem substancialmente ser reconduzidas todas as instâncias específicas da personalidade<sup>24</sup>.

A partir da construção histórica já perpassada viu-se que o Código Civil de 1916 não abarcava um título próprio tal qual hoje se tem, dos direitos da personalidade, em virtude de sua concepção marcadamente patrimonialista.

Nessa baila, leciona Paulo Lôbo<sup>25</sup>:

**A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III).** A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa

---

<sup>23</sup> FACHIN, Luiz Edson **Análise crítica, construtiva e de índole Constitucional da disciplina dos Direitos da Personalidade no Código Civil brasileiro: Fundamentos, limites e transmissibilidade.** Disponível em <<http://www.abdireitocivil.com.br/wp-content/uploads/2013/07/An%C3%A1lise-Cr%C3%ADtica-Construtiva-e-de-%C3%8Dndole-Constitucional-da-Disciplina-dos-Direitos-da-Personalidade-no-C%C3%B3digo-Civil-Brasileiro-Fundamentos-Limites-e-Transmissibilidade.pdf>> Acesso em 22 fev. 2017.

<sup>24</sup> GIAMPICOLO, Giorgio *apud* TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade do ordenamento Civil-constitucional Brasileiro.** In: *Temas de Direito Civil.* 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 25.

<sup>25</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil.** Disponível em: <<http://direitofmc.xpg.uol.com.br/TGDC/texto01.pdf>>. Acesso em 16 fev. 2017. (GRIFO NOSSO).

humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário.

Destarte, a CRFB/88 influenciada pelas constituições europeias elencou o princípio da dignidade da pessoa humana à Fundamento da República, sendo esse embasamento de toda a ordem jurídica.

É nesse raciocínio, então, que a vida deixa de ser apenas o primeiro e mais fundamental direito tutelado pelo ordenamento jurídico para se tornar condição essencial de possibilidade dos outros direitos. Desdobra-se a partir daí concepção da supremacia da vida humana e, que, para ser entendida como tal, primordialmente deve ser digna<sup>26</sup>.

Nesse contexto, denota-se imprescindível a inserção realizada no Código Civil de 2002 ao alocar um capítulo que trate dos direitos da personalidade. Vislumbra-se inviável uma legislação infraconstitucional sem a previsão e adequação de suas normas à dignidade da pessoa humana.

Assim, diante da conjectura de um ordenamento que tem por base o ser humano como pessoa, dotada de direitos invioláveis faz-se primacial a adequação dos institutos a fim de atender esse ideal, dando aos direitos da personalidade a sua real importância.

Os pilares que delimitam a dignidade da pessoa humana se aproximam dos direitos da personalidade, os quais, quando em conjunto, passam a compor uma noção chamada de conformadora da dignidade humana. Nesse sentido, a integridade psicofísica, tida como um dos pilares pela doutrina que integram a noção da dignidade da pessoa humana, se insere como um dos principais parâmetros dentre os direitos da personalidade<sup>27</sup>.

Ademais, afirma Ingo Wolfgang Sarlet que “não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo”<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup>FACHIN, Luiz Edson *Análise Crítica, Construtiva e de Índole Constitucional da Disciplina dos Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro: Fundamentos, Limites e Transmissibilidade. Academia brasileira de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.abdireitocivil.com.br/wp-content/uploads/2013/07/An%C3%A1lise-Cr%C3%ADtica-Construtiva-e-de-%C3%8Dndole-Constitucional-da-Disciplina-dos-Direitos-da-Personalidade-no-C%C3%B3digo-Civil-Brasileiro-Fundamentos-Limites-e-Transmissibilidade.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 11

<sup>28</sup>SARLET, Ingo Wolfgang *apud FACHIN, Luiz Edson Análise Crítica, Construtiva e de Índole Constitucional da Disciplina dos Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro: Fundamentos, Limites e Transmissibilidade. Academia brasileira de Direito Civil. Disponível em*

Desta feita, a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade alinhados de tal modo se colocam como concepções concretas na defesa dos direitos das pessoas, especialmente nas relações em que há a necessidade de uma proteção mais efetiva, como é o caso das minorias. Sob esse aspecto assevera Maria Celina Bodin:

Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos, **os portadores de deficiências físicas e mentais**, os não proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, dentre outros<sup>29</sup>.

Toda essa conjectura ocasiona impactos no foco do trabalho haja vista que para debruçar-se sobre o estudo de um grupo minoritário, tal qual, as pessoas com deficiência fazem-se necessário entender o contexto global do ordenamento no que tange aos direitos e garantias de toda e qualquer pessoa humana.

---

<<http://www.abdireitocivil.com.br/wp-content/uploads/2013/07/An%C3%A1lise-Cr%C3%ADtica-Construtiva-e-de-%C3%8Dndole-Constitucional-da-Disciplina-dos-Direitos-da-Personalidade-no-C%C3%B3digo-Civil-Brasileiro-Fundamentos-Limites-e-Transmissibilidade.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2017, p.13

<sup>29</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 117. (GRIFO NOSSO)

### 3 INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O NOVO REGIME DAS INCAPACIDADES

A capacidade civil ocupa um dos mais importantes espaços no Direito Civil brasileiro. Tratada desde os primeiros artigos da legislação infraconstitucional, o referido instituto capitaneia toda a tábua axiológica dos direitos e deveres da vida cotidiana. É a medida da capacidade civil que determina a maneira como uma série de atos serão exercidos, tais como, a possibilidade de contrair direitos, deveres e obrigações.

Nesta seara, infere-se que com o advento da Lei 13.146/2015; o Estatuto das Pessoas com Deficiência; o regime jurídico da capacidade perpassou por profunda ressignificação, modificando o contexto em que se encontram os deficientes na aferição da capacidade.

A partir desta conjectura serão traçados raciocínios que exigem o resgate da teoria da capacidade desde o Código do século passado até o *códex* de 2002, reconstruído a partir de uma nova perspectiva trazida pela Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e ratificada pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência.

#### 3.1 REGIME JURÍDICO DAS INCAPACIDADES: DO CÓDIGO DE 1916 AO CÓDIGO DE 2002

O Código de 1916 ou código de Bevilacqua, continha 1807 artigos e era antecedido pela Lei de Introdução ao Código Civil. Sua divisão elencava uma Parte Geral, que tratava das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos, da mesma forma em que contemplava uma Parte Especial, dividida entre os títulos: Direito de Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões<sup>30</sup>.

A referida legislação foi fruto de um conjunto de concepções enraizadas nos séculos XIX e XX, em certa medida já defasadas, baseadas no individualismo predominante à época. Nessa esteira afirma Silvio Salvo Venosa:

Como foi elaborada no anoitecer do século XIX, para vigorar em um novo século, não tinha condições de prever as mudanças que viriam a ocorrer.

---

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 8 ed. São Paulo. Saraiva p.38.

Seguiram-se duas grandes guerras. A sociedade sofreu grande impacto e modificou-se. A mulher galgou seus justos direitos e passou a participar do mercado de trabalho. A família brasileira perdeu em poucas décadas o ranço medieval e paternalista do período colonial e monárquico. Por isso, em alguns aspectos, essa monumental obra legislativa de há muito já não representava os anseios de nossa época<sup>31</sup>.

Por tratar em sua parte geral do regramento das pessoas, o código tratou de incluir na sua sistemática os chamados incapazes, subdividindo-os em relativamente e absolutamente incapazes, conforme se observa dos artigos 5º e 6º da Lei da Lei 3.071/1916:

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.

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.

Neste caminhar, observa-se a conotação diferenciada dada aqueles que para o direito não eram capazes de exercer os atos da vida civil ou poderiam exercê-los apenas em certa medida. O código dessa maneira acabava por empregar termos e significações bastante hostis.

Por seu turno, o projeto de Bevilacqua intentava empregar a expressão “alienados de qualquer espécie” entre as espécies de absolutamente incapazes, todavia tal denominação não vigorou sendo substituída pelo termo “loucos de todos os gêneros”, que de todo modo coloca-se também inadequado.

Em relação à proteção dos indivíduos incapazes, o Código Civil de 1916 estabeleceu como prioridade a preservação dos direitos relacionados ao patrimônio destes. Tais direitos patrimoniais, como era de se esperar, situavam-se sobrepostos inclusive aos próprios direitos existenciais do indivíduo.

Durante quase noventa anos perdurou a vigência dessa primeira legislação civil, quando somente em 2002 foi promulgado o atual Código. Em que pese já ter sido mencionado, insta destacar, que o anteprojeto do código de 2002 foi elaborado

---

<sup>31</sup> VENOSA, Silvio Salvo. **Direito civil**. São Paulo: Atlas 2015, p.103.

em meados de 1975, entretanto em virtude da celeuma envolvendo sua elaboração e todas as dificuldades de labor legislativo pela qual passa o país, somente no ano de 2003 ele entrou em vigor.

Desse modo, o atual Código explicita em sua exposição de motivos algumas de suas diretrizes, quais sejam, a preservação sempre que possível do código anterior; a alteração principiológica do direito privado, passando a adotar os valores da eticidade, a socialidade e a operabilidade como ditames básicos; e o aproveitamento dos estudos anteriores em que houve tentativas de reformas da lei civil<sup>32</sup>.

Desta feita, ao procurar aproveitar ao máximo a normativa anterior percebe-se que o atual código não inovou sob grandes aspectos. Houve uma repaginada principiológica, de fato, entretanto vários artigos continuaram inócuos e obsoletos quando contextualizados e vistos sob uma ótica humanizada.

No que tange ao regime das incapacidades, cumpre destacar a forma como o código condiciona tal expressão. Em seu artigo 1º consta “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. A normativa em questão trata da capacidade de direito ou de gozo, aquela que é inerente a todo ser humano, desde o momento de seu nascimento até a sua morte, sendo-lhe indissociável<sup>33</sup>.

Entretanto, há também a chamada, capacidade de fato, sendo aquela que determina que será capaz de fato aquele que puder exercer pessoalmente os atos da vida civil. Há limitações quanto ao exercício dessa capacidade, assim, para se ter a capacidade civil plena é necessário possuir a capacidade de gozo e a de fato.

Ressalta-se que todas as pessoas possuem a capacidade de gozo, o que poderá sofrer supressões é o exercício dessa capacidade, haja vista a incapacidade ser a exceção. Nesta baila, para a sistemática tradicional, o fundamento da capacidade é o discernimento diante dos fatos.

Neste contexto, se a pessoa não apresentar o discernimento necessário para a prática dos atos jurídicos, se encaixará entre os absolutamente incapazes, enquanto se possuir apenas uma supressão no discernimento será identificada

---

<sup>32</sup> Exposição de motivos Lei 10.406/2002. BRASIL, Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário oficial da República Federal do Brasil, Brasília, DF. 11.1.2002.** Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm) > Acesso em: 15 jan. 2017.

<sup>33</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro.** 27. ed. São Paulo. Saraiva. 2010. v.1, p.153

enquanto relativamente incapaz<sup>34</sup>, conforme consta da redação original dos artigos 3º e 4º da Lei 10.406/2002 (Código Civil):

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidades ou deficiência mental, não tiveram o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

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

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

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, em desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

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

Destarte, conforme se observa, houve a retirada dos surdos-mudos do rol de incapazes, em virtude de se perceber que tais indivíduos não possuem seu discernimento reduzido, não havendo justificativa para lhes retirar a possibilidade de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

Ademais, também foram suprimidos do rol de incapazes, os ausentes, passando a serem tratados em capítulo próprio, haja vista o curador ter deixado de ser o seu representante passando tal somente a administrar os seus bens.

Consoante o artigo 5º do código de 1916, em confronto com o artigo 4º da legislação de 2002, a idade para se exercer relativamente os atos da vida civil foi reduzida de vinte e um anos para dezoito anos.

Desse modo, avalia-se a preocupação da Lei em proteger tais pessoas, ainda que do ponto de vista patrimonial, podendo-se afirmar que o código classificava tais indivíduos enquanto vulneráveis. Assim, existia o paradigma dignidade-vulnerabilidade.

### 3.2 CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

---

<sup>34</sup> LEITE, Glauber Salomão. O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. *In*: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coords.) **Manual dos Direitos das pessoas com deficiência**. São Paulo. Saraiva. 2012. p.304

Consigna-se que a incapacidade deve ser interpretada de forma restritiva, em última análise, de modo que a exegese dos artigos 3º e 4º do Código Civil, enquadra-se na categoria de rol *numerus clausus*. Logo, os sujeitos que não são contemplados nas espécies de relativamente ou absolutamente incapazes, deduz-se que plenamente capazes são, não se admite analogia ou interpretação extensiva.

Por oportuno, declina-se que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência explicita em seu artigo 1º que pessoas com deficiência: são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”. A referida convenção será objeto de análise mais pormenorizada adiante, entretanto no momento cabe mencionar o seu conceito de deficiência para que se possa situar o entendimento traçado.

À luz do Código Civil denota-se que o deficiente físico não foi inserido no rol de incapazes, como era de se esperar, já que a deficiência física não afeta o discernimento, não havendo comprometimento mental ou intelectual do indivíduo.<sup>35</sup>

Ademais, no que concerne às pessoas com deficiência sensorial, os dispositivos supracitados não as abarcam, haja vista se tratar de limitações auditivas, visuais ou de fala, que em nada impossibilitam que elas mesmas exerçam pessoalmente os atos da vida civil.

Nas lições extraídas da doutrina tradicional, o surdo-mudo que não possui aptidão do sistema de LIBRAS pode se enquadrar na hipótese prevista no art. 3º, III, que classifica como absolutamente incapaz “os que por causa transitória não puderem exprimir sua vontade”<sup>36</sup>

Entretanto, hodiernamente cabe frisar que o surdo-mudo que souber exprimir sua vontade, independente se por meio do sistema de LIBRAS ou qualquer outro meio de comunicação, será plenamente capaz, haja vista, conforme já foi mencionado, a incapacidade se enquadrar enquanto exceção. A regra deve ser a de que todas as pessoas possam por si só realizar todos os atos necessários para a vida em sociedade.

Noutro lado no que atine às pessoas com deficiência mental ou intelectual, estas se encontravam no cerne da teoria da capacidade civil brasileira. Eis que o artigo 3º do Código Civil inciso II trazia como absolutamente incapaz “aquele que por

---

<sup>35</sup> LEITE, Glauber Salomão. *op. cit.* p. 308.

<sup>36</sup> Monteiro, Whashington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 41. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v.1, p.69.

enfermidade ou deficiência mental não tenha o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil”.

Neste contexto, os absolutamente incapazes com fulcro no direito posto, são aqueles que não podem praticar quaisquer atos ou negócios jurídicos, por si mesmos. Tendo em vista que a incapacidade somente decorre de lei e o rol se classifica como taxativo, a lei os impede de exercer os atos em nome próprio sob pena de nulidade<sup>37</sup>, nos termos do art.166, inciso I do Código Civil.

O artigo 4º da mesma legislação nos incisos II e III descrevia como relativamente incapazes “os que por deficiência mental tenham o discernimento reduzido” e os “excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”<sup>38</sup>.

Tais denominações se colocavam de forma bastante difícil para a doutrina do ponto de vista interpretativo haja vista a dificuldade de se diferenciar os conceitos trazidos pelo dispositivo.

Noutro giro, a definição dessas expressões possui na prática pouca relevância já que não cabe ao jurista seu exame minucioso, mas sim, a identificação por perícia médica. Essa que se coloca de forma apta para identificar o grau de discernimento do indivíduo e qualifica-lo enquanto absolutamente ou relativamente incapaz<sup>39</sup>.

Nesta esteira, em se tratando de um sujeito com ausência de discernimento para a prática dos atos, a incapacidade será absoluta. Entretanto se o transtorno causar apenas uma redução o indivíduo se insere na classificação dos relativamente incapazes, nos moldes da redação originária do artigo 4º, incisos II e III.

Todo esse cenário era o que permanecia no código civil até pouco tempo, quando a teoria da capacidade civil sofreu uma grande revolução. Tal modificação veio em boa hora, em que pese o rol de incapazes já sofrer uma série de críticas por parte dos juristas brasileiros, e.g. Glauber Salomão, cujo trecho de sua obra impende destacar, *ipsis litteris*:

O regime jurídico da capacidade civil da pessoa com deficiência mental ou intelectual, nos moldes concebidos atualmente, permanece atrelado a um

---

<sup>37</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral do Direito Civil**: Parte geral. São Paulo. Atlas. 2012 p.17-19.

<sup>38</sup> Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves, a doutrina clássica do direito civil qualificava a síndrome de down como relativamente incapaz com fundamento nesse inciso “sem desenvolvimento mental completo”. GONÇALVES, *op. cit.* p.214.

<sup>39</sup> LEITE, Glauber Salomão. *op. cit.* p.310.

anacrônico modelo patrimonialista, resultado de uma visão distorcida da matéria, divorciada dos valores e princípios constitucionais.<sup>40</sup>

Sendo assim, cumpre resgatar as nuances que impulsionaram tais transformações legislativas e acabaram por modificar a atual conjuntura da capacidade civil brasileira.

### 3.3 DA CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Carta Constitucional de 1988 foi fortemente responsável por propiciar no País uma grande expectativa a partir de uma perspectiva social, considerada enquanto uma constituição Cidadã. Esta traz como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana insculpida no art. 1º, III<sup>41</sup> e, ademais, o seu texto objetiva a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de conceito – preceitos enunciados respectivamente art.3º, III e IV<sup>42</sup>.

Percebe-se o alto grau despendido à matéria relativa aos direitos humanos pela Constituição de 1988, a partir de uma estrutura que coloca os direitos fundamentais protegidos pelo manto da vedação ao retrocesso, ou seja, não há alteração legislativa capaz de suprimir tais conquistas sociais no âmbito jurídico.<sup>43</sup>

Necessário ressaltar que, ao passo que a Constituição não mais galga a condição de mera carta política ou de intenções, os direitos fundamentais nela explicitados gozam de aplicabilidade direta e imediata, inclusive nas relações entre os particulares, é o que se chama de aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais<sup>44</sup>.

Indo além, o Brasil ratificou o primeiro tratado internacional com *status* de emenda constitucional, qual seja, a Convenção da Nações Unidas sobre os Direitos

---

<sup>40</sup> LEITE, Glauber Salomão. *op. cit.* p.313.

<sup>41</sup>BRASIL. **Constituição, 1988**. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 15.03.2017

<sup>42</sup>BRASIL. **Constituição, 1988**. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 15.03.2017

<sup>43</sup> As conquistas sociais deságuam na filosofia do *Welfare State*, que propagou a concretização dos direitos ditos de segunda dimensão, conforme já explicitado.

<sup>44</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 236 et. seq.

das Pessoas com Deficiência ou Convenção de Nova Iorque, em 30 de março de 2007, ratificada no Brasil, por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Verifica-se que essa convenção goza de privilégio especial diante do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista inaugurar a utilização do artigo 5º, §3, da Constituição da República de 1988, que menciona a possibilidade de se incorporar à ordem jurídica pátria um tratado internacional inserido com força de emenda. Além disso, é o primeiro tratado internacional de direitos humanos inserido nestes termos.

Ora, a aprovação desse diploma normativo nos ditames do rigoroso rito previsto constitucionalmente, qual seja, dois quintos pelas duas casas do Congresso nacional, em dois turnos de votação denota a dimensão do reconhecimento de vulnerabilidade e da necessidade de se resguardar os direitos e garantias das pessoas com deficiência <sup>45</sup>.

Apesar de demonstrar profundo avanço na efetividade dos direitos desses sujeitos, não é de hoje e nem foi repentinamente que se alçou tal conquista. A trajetória se mostra árdua, já existiam movimentos de pressão por melhores condições de tratamento para esse grupo minoritário, a exemplo do movimento em meados da década de 1980, intitulado “Nada sobre Nós, Sem Nós”, <sup>46</sup> no qual o principal anseio era o de participar ativamente das decisões relativas às políticas públicas que lhes fossem inerentes.

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência se propõe, ao longo de seu texto, explanar a todos a realidade das pessoas com deficiência, as quais representam um grupo social marginalizado ou minoritário, por assim dizer, cujos direitos muitas vezes são ignorados ou violados em todo o mundo. A partir disto, então, se justifica aprovação de um tratado internacional acerca da temática, assegurando base jurídica para o conjunto de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de tais indivíduos<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Além da convenção de Nova Iorque; Além do Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões a partir de uma compreensão crítica dos direitos humanos. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, v. 16, 2016, p.13.

<sup>46</sup> A despeito disso é possível consultar o catálogo ilustrado: SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. **Para todos**: o movimento político das pessoas com deficiência. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-com-deficiencia/pdfs/catalogo-para-todos>> Acesso: 10 mar. 2017.

<sup>47</sup> LINS, Amanda de Carvalho Campos. **Perspectiva crítica das modificações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no Direito Civil brasileiro: Avanços ou retrocessos?** 2016. 49 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Faculdade de Direito de João Pessoa, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016, p.20.

Não obstante, apesar de o Brasil desde 2009 ter incorporado ao sistema jurídico positivo o referido tratado, a legislação infraconstitucional, nestes termos, o Código Civil, permanecia com o tratamento antiquado e não adaptado. Conforme raciocínio já despendido, os incapazes subdividiam-se em relativamente e absolutamente incapazes, respectivamente a partir da leitura dos artigos 3º e 4º da legislação civil. Todavia, percebe-se que havia uma antinomia jurídica, do Código de 2002 em confronto com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

A despeito disso, Paulo Lôbo assevera que “o início de vigência da Convenção, no direito brasileiro, em 2009, portanto, a pessoa com deficiência não mais se inclui entre os absolutamente incapazes de exercício dos direitos. A convenção nessa matéria já havia derogado o Código Civil”<sup>48</sup>.

Neste diapasão, tem-se que a partir da incorporação desse tratado, que hierarquicamente encontra-se em posição superior ao Código Civil, este deveria ter sido alterado a fim de se compatibilizar ao tratado com força de emenda constitucional. Ocorre que quando se trata da efetividade de direitos de grupos marginalizados pela sociedade a modificação ideológica bem como legislativa, em geral, acontece de forma bastante morosa. A lei 13.146/2015 veio após seis anos tornar explícita a revogação dos artigos 3º e 4º.

A despeito disso, Glauber Leite Salomão explana o seguinte:

Ao tratar da capacidade civil da pessoa com deficiência, a CDPD está em consonância com os valores e princípios constitucionais, por sobrelevar a tutela jurídica da dignidade humana das situações existenciais às situações patrimoniais, por isso mesmo é flagrante a incompatibilidade com o Código Civil no tocante à matéria<sup>49</sup>.

Neste contexto, apesar de tardiamente, com o objetivo de se adequar o regramento das pessoas com deficiência e tomando por base as exigências Convenção de Nova Iorque, institui-se em julho de 2015 a Lei nº 13.146, nomeada Estatuto das Pessoas com Deficiência.

---

<sup>48</sup> LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/>. Acesso em: 07 de março 2017.

<sup>49</sup> LEITE, Glauber Salomão *op. cit.* p.318.

A referida lei, após o respeito ao período de *vacatio legis* entrou em vigor em 5 de janeiro de 2016, guiada pelas diretrizes do artigo 3º da convenção <sup>50</sup> ora discutida, as quais tem por base alguns princípios a seguir elencados:

**Artigo 3º - Princípios gerais** [Destaquei]

Os princípios da presente Convenção são:

1. O respeito pela dignidade inerente, independência da pessoa, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e autonomia individual.
2. A não-discriminação;
3. A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
4. O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
5. A igualdade de oportunidades;
6. A acessibilidade;
7. A igualdade entre o homem e a mulher;
8. O respeito pelas capacidades em desenvolvimento de crianças com deficiência e respeito pelo seu direito a preservar sua identidade.

O Estatuto das Pessoas com Deficiência inaugura uma série de inovações bem como promove modificações nas legislações já existentes, especialmente no Código Civil. No que tange à teoria da capacidade, o artigo 114 do referido diploma altera consideravelmente os dispositivos, revogando os incisos do art. 3º e modificando os incisos do art. 4º de tal *códex*, nestes termos observa-se:

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

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

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

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

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

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

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

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

IV - os pródigos.

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

Com tais alterações, só são a partir de então, absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, não havendo mais sujeitos maiores incapazes. O

---

<sup>50</sup> BRASIL. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146, 06 de Julho de 2015.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm). Acesso em: 04 fev. 2017.

referido feito objetivou a plena inclusão da pessoa com alguma espécie de deficiência, garantindo sua dignidade humana. Desse modo, exclui-se a proteção de tais sujeitos enquanto vulneráveis, a *dignidade-vulnerabilidade* passa a ser substituída pela noção de *dignidade-liberdade*<sup>51</sup>.

Nesse sentido, a Convenção de Nova Iorque dispõe em seu preâmbulo que os Estados pactuantes reconhecem "...a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive pela liberdade para fazer suas próprias escolhas" <sup>52</sup>.

Assim, todas as pessoas com deficiência são plenamente capazes para o exercício dos atos da vida civil, via de regra, podendo excepcionalmente serem enquadradas nas hipóteses de pessoas relativamente incapazes a depender do caso concreto, das reais necessidades.

Sendo assim, não mais se generaliza, a pessoa com deficiência não deve preliminarmente, já ser considerada absolutamente ou relativamente incapaz, a regra é de que ela, como qualquer outra pessoa goze de capacidade plena e a depender da situação fática, se necessário, reconheça-se alguma limitação na sua capacidade.

Indo adiante, o artigo 6º da Lei 13.146/2015, merece ser ressaltado na medida em que emana que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, podendo tais sujeitos exercer normalmente atos como: casar e constituir união estável, exercer seus direitos sexuais e reprodutivos, entre vários outros, conforme se observa da literalidade do dispositivo em comento:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:  
I - casar-se e constituir união estável;  
II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;  
III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;  
IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;  
V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e  
VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas

Como se pode extrair no seio familiar há uma considerável inclusão da pessoa com deficiência, no que consiste ao exercício de atos existenciais. Não deve

---

<sup>51</sup> TARTUCE, Flávio *op cit.* p.84.

<sup>52</sup> Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

haver a necessidade de que alguém interfira e/ou retire a possibilidade de escolha desses sujeitos, como já foi mencionado é o momento de se tutelar a dignidade com base primordialmente na liberdade.

A título de exemplo, é possível que uma pessoa com deficiência mental ou intelectual não tenha total condições de gerir suas posses, por ter certa limitação em seu discernimento, todavia, isso não implica dizer que lhe falte condições, para exprimir de forma segura a sua vontade a respeito de questões de outro tipo, quais sejam, familiares, afetivas, sexuais, etc <sup>53</sup>.

Ademais, na esteira da noção da dignidade-liberdade, o art. 84 do Estatuto vem corroborar tal tendência, na medida em que estabelece que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as outras pessoas. De forma eventual, a pessoa deficiente será submetida à curatela<sup>54</sup>.

A convenção prioriza em grau máximo a proteção da capacidade da pessoa com deficiência, com o fim de resguardar a sua personalidade. Assim, eventuais limitações à capacidade de exercício estão condicionadas à promoção da dignidade humana, sendo válidas somente na medida em que se proponham a enaltecer o desenvolvimento desses sujeitos, condição necessária à sua inclusão<sup>55</sup>.

Neste cenário, a partir de uma análise evolucionista da história, pode-se concluir que a ascensão das pessoas com deficiência a esse patamar de reconhecimento de direito representa incomparável progresso hodierno, haja vista que elucida um plexo de diplomas, o “direito a se ter direito” <sup>56</sup>.

É notória a importância da absorção pelo direito pátrio das normas emanadas pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, entretanto não se pode cair na falsa percepção de que do ângulo jurídico, esse grupo já se deve dar por satisfeito. Apesar da positivação, a prática muitas vezes demonstra o contrário, sendo necessária uma abordagem e construção crítica cotidiana a respeito da população com deficiência<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> LEITE, Glauber Salomão *op. cit.*, p.315.

<sup>54</sup> TARTUCE, Flávio *op. cit.* p.85.

<sup>55</sup> LEITE, Glauber Salomão, *op. cit.* p.319.

<sup>56</sup> FLORES, Joaquim Herrera. **Teoria crítica dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p.39.

<sup>57</sup> MATOS, H. C. A. *op. cit.* p.15.

Desta forma, para se alcançar uma real noção e extensão da efetividade da Lei e dos impactos ocasionados por ela no ordenamento brasileiro, torna-se imprescindível, pois, fazer uma análise crítica das modificações, uma vez que é necessário abster-se da invisibilidade para então afirmar e promover o novo enfoque legislativo com a importância que lhe é inerente<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> ANDRADE, Adriana Maria; SANTOS LELIS, Acácia Gardênia; SANTOS LELIS, Katia Cristina. **A lei 13.146/2015 e a inclusão social da pessoa com deficiência**. Disponível em:<  
<https://eventos.set.edu.br/index.php/enfope/article/view/2170/529>>Acesso em 23 mar. 2017.

#### 4 IMPLICAÇÕES PONTUAIS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

O direito das famílias <sup>59</sup> consiste num dos desdobramentos do direito civil brasileiro, de difícil conceituação, pois especialmente após o advento da Constituição de 1988, ganhou novos enfoques e muito se transformou neste ramo. Tendo por base os institutos que tutela o Código Civil de 2002, pode-se dizer que o Direito das Famílias abarca as relações de parentesco, casamento, filiação, alimentos, tutela, curatela, guarda; sendo pautado na contemporaneidade pelo princípio da afetividade.

Anota-se que esse ramo passou por profundas modificações estruturais e funcionais ultimamente. Tais alterações podem ser observadas a partir do apanhado de seus princípios norteadores, em grande maioria, alocados na Constituição Federal de 1988<sup>60</sup>.

A atual tendência que se visualiza é a da personalização do Direito Civil ao passo em que ocorre a sua despatrimonialização, conforme já fora vislumbrado ao longo do trabalho. Em suma, a valorização da pessoa humana passa a ter lugar significativo em detrimento da valorização do patrimônio.

Sendo assim, o Direito das Famílias configura-se como um dos mais influenciados pela nova tendência que o Direito privado percorre, evidenciado sobretudo, pela Dignidade da Pessoa Humana, o que se percebe é uma onda de inclusão social.

A inclusão social é um tema que vem sendo corriqueiramente discutido no contexto de políticas públicas<sup>61</sup> nos últimos tempos. A inclusão adentra num discurso social que tem como finalidade melhorar a qualidade de vida das pessoas, dando

---

<sup>59</sup> Faz-se pertinente ressaltar que o termo Direito das Famílias vem sendo mais utilizado pela doutrina mais abalizada, capitaneada por Maria Berenice Dias, já que comunga com a conotação de família hodierna, bem como abarca o atual momento que o ramo vivencia de forte constitucionalização e humanização. Já que a Constituição e a atual interpretação abarca vários tipos de famílias convém utilizar o termo por se mostrar mais abrangente. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2015

<sup>60</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte. Del Rey, 2006.

<sup>61</sup> Políticas públicas podem ser entendidas como “conjuntos de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado diretamente ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar determinado direito de cidadania, de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico”. SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE, (Disponível em <[http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O\\_que\\_sao\\_PoliticPublicas.pdf](http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O_que_sao_PoliticPublicas.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2016.

espaço aos grupos minoritários e excluídos da sociedade, garantindo seus direitos e participação nos processos de mudanças sociais.

Destarte, uma dos relevantes feitos hodiernos diz respeito à promulgação da Lei 13.146/2015, o Estatuto das Pessoas com Deficiência que ratifica os termos da Convenção de Nova Iorque, a qual o Brasil é signatário.

Nestes termos, no tocante ao Direito de Família, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência expressamente determina em seu art. 23 que os Estados-partes, em relação a tais pessoas, tomem medidas efetivas e apropriadas para eliminar a discriminação, reconhecendo a todas estas os direitos relativos à família, tais quais, casamento, filhos, adoção, curatela. Neste sentido passa-se a se destacar as considerações atinentes ao clímax deste trabalho, as alterações substanciais nos institutos familiares.

A partir da revisão do regime da capacidade Civil tornou-se essencial também atentar-se para os institutos familiares, dessa forma, o artigo 6º do Estatuto traz a ideia de que a capacidade Civil não deve afetar o exercício do direito fundamental de casar-se e constituir família, conforme se depreende, *in verbis*:

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

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

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

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

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

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

Nessa perspectiva de inclusão da pessoa com deficiência deve-se atentar ao fato de ultrapassar os obstáculos jurídicos e abranger outras conotações, quais sejam, a social, econômica, a questão do preconceito, o combate à exclusão. No que concerne a esta última nota-se que o Estatuto procura primar a construção de uma sociedade inclusiva, com fulcro na orientação internacional, a fim de se atender as reivindicações dessa minoria<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> RIVA, Léia Comar. O Direito de Família e as novas determinações do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Porto Alegre, v. 2 n. 14, p. 24-43, set./out. 2016.

Como exemplo de atuação inclusiva, a Lei 13.146/2015 surge de forma repaginada objetivando regulamentar mecanismos para que a pessoa com deficiência possa praticar atos da vida civil e expressar sua vontade diretamente ou por meio de curador. A respeito disso a lei de fato trouxe modificações que revolucionaram a maneira como a legislação civilista lida com a temática, assim para entender de forma mais pormenorizada tal conjuntura faz-se necessário o desentranhamento da discussão em tópicos que se vê adiante.

#### 4.1 CURATELA E INTERDIÇÃO

O instituto da curatela já presente no Direito Civil brasileiro constante dos arts. 1.767 a 1.783 da legislação regente passaram por mudança na redação a partir do advento da Lei 13.146/2015. Conforme já explanado, apesar de menos patrimonializado que o Código de 1916, o atual código ainda encontrava-se arraigado a preceitos ultrapassados, especialmente no que atine à temática das pessoas com deficiência.

A curatela consiste num instituto de Direito assistencial no qual são partes o curador e o curatelado, a análise de tal figura está intrinsecamente relacionada a teoria da capacidade jurídica. Dessa forma, como não há mais absolutamente incapazes maiores de idade no código civil, a curatela somente poderá incidir para os relativamente incapazes.

Como se pode extrair da exegese dos dispositivos constantes da redação original do código, o rol de pessoas sujeitas à curatela encontrava-se interligado as pessoas incapazes:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Redação revogada pela lei 13.146 de 2015 (Estatuto das Pessoas com Deficiência).

Desse modo, confirma-se a tese da necessária mudança do código nesse aspecto haja vista configurar-se muito incongruente com a perspectiva contemporânea de humanização do direito civil, principalmente na seara do ramo mais “humanístico” que é o direito das famílias.

A atual redação do art. 1.767 do Código Civil alterada pela Lei 13.146/2015 dá menção a um rol taxativo de interditos, ou seja, pessoas sujeitas à curatela. Não obstante o Estatuto tenta retirar a nomenclatura interdição priorizando falar em uma ação judicial na qual haverá a nomeação de um curador.

Neste caminhar, visualiza-se a interdição enquanto um termo com conotação pejorativa, já que durante todos esses anos foi a nomenclatura dada a esse processo que retirava grande parte da autonomia da pessoa com deficiência, fazendo com que outra pessoa passasse a responder pelos seus atos.

Em seu art. 85, *capu*, a Lei, traz a afirmação de que “ a curatela se restringe aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”, ou seja, a pessoa com deficiência pode ter sua capacidade limitada quanto ao exercício de atos que reflitam na esfera patrimonial. Entretanto deve ser respeitada sua autonomia na seara pessoal, prezando-se sempre pela aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana.

A despeito disso, Mario Putatini Júnior e José Renato Rodrigues asseveram que:

A previsão legal da curatela está em plena consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), pois é impossível falar de uma vida digna sem que a pessoa tenha suprida, por um terceiro, a sua incapacidade”<sup>64</sup>

As modificações *in loco* repercutiram e logo propiciaram férteis discussões entre os doutrinadores, alguns consideram que as mudanças não foram frutíferas pois a dignidade dessas pessoas deveria ser resguardada a partir da proteção de sua vulnerabilidade, o binômio dignidade-vulnerabilidade, presente no contexto anterior à vigência do Estatuto. Enquanto outra parte e a maioria se posiciona a

---

<sup>64</sup> PUTATANI JÚNIOR, Mário RODRIGUES, José Renato. Apontamentos Médicos e jurídicos sobre a internação judicial de uma pessoa natural à luz do ordenamento jurídico vigente e do novo Código de Processo Civil e lei 13.146/2015. **Revista IBDFAM**. Família e sucessões, Belo Horizonte, v.10, p. 27-37, 2015, p.30.

favor das alterações tutelando-se a dignidade-liberdade das pessoas com deficiência.<sup>65</sup>

Nesse sentido, pode-se afirmar que a curatela é um instituto que possui caráter assistencial resguardando o interesse de maiores considerados incapazes. Tal incapacidade a partir de agora será aferida no caso concreto por meio do auxílio de uma equipe multidisciplinar. Não se foca mais na doença, mas sim nas consequências dela, ou seja, no que a deficiência pode acarretar nos atos cotidianos.<sup>66</sup>

Assim o art. 2º do Estatuto das Pessoas com Deficiência menciona:

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

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

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

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

Desta forma, corrobora-se a afirmação de que a capacidade deve ser a regra no ordenamento jurídico ao passo que a determinação de incapacidade a exceção. Inclusive, os limites de atuação dessa última devem estar adstritos ao contexto em que se encontra o sujeito.

Neste trilhar, Iara Antunes de Souza expõe que:

Na prática atual, percebe-se que muitas vezes, os laudos ditam a doença e ela é tida como automática consequência da incapacidade, Sem se aferir qual o grau de influência que exerce sobre o discernimento para o exercício dos atos. Afinal, não é a doença que gera a incapacidade, mas sim a influência dela no exercício da autonomia, mais especificamente no discernimento e na competência da pessoa. Ademais, se o diagnóstico, por si só fosse suficiente, não seria necessária a perícia, bastando o atestado médico.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> A esse respeito enumera Flávio Tartuce que a corrente contrária a modificação é capitaneada por José Fernando Simão e Vitor Kumpel, ao passo que a vertente a favor é formada por Joyce Bezerra, Paulo Lôbo, Nelson Rosendal, entre outros civilistas. TARTUCE, *op. cit.* p.1441.

<sup>66</sup> SOUZA, Iara Antunes. Uma Proposta de Revisão da Interdição e da curatela: implicações da Lei nº 13.246/2015 e o Modelo PAI-PJ. **Revista nacional de Direito de Família e Sucessões**. v.1. n.14, 2016, p. 106.

<sup>67</sup> *Ibidem* p. 110.

Percebe-se o qual delicado e minucioso deve ser o trabalho realizado no processo de interdição. Há um somatório de forças por assim dizer, pois implica não só na movimentação do judiciário, mas também de profissionais de várias áreas, que deverão auxiliar a tarefa do juiz durante todo esse processo.

Para que haja a garantia do Direito Fundamental à saúde bem como o respeito ao direito a vida digna do deficiente, a imposição de curatela não pode ser definitiva. Faz-se primordial o acompanhamento contínuo pela equipe multidisciplinar quanto ao tratamento do interditado tendo em vista que podem ocorrer algumas alterações na situação fática, tais quais redução ou modificação do grau de incapacidade<sup>68</sup>.

A título de exemplo, a uma pessoa com esquizofrenia em um dado momento de crise pode ser atribuído um curador que o represente em todos os atos da vida civil, todavia ao passo que ocorre o tratamento do paciente ele pode apresentar uma melhora geral no seu quadro e passar a ter total ou parcial discernimento para decidir acerca de vários atos. Nesse sentido, o juiz deve rever a medida adaptando a restrição imposta pelo direito à realidade. O que deve-se priorizar é a autonomia privada da pessoa com transtorno mental<sup>69</sup>.

O alcance do nível de capacidade da pessoa se torna uma das tarefas mais difíceis da atualidade haja vista ultrapassar as barreiras do direito e suscitar toda uma estrutura complexa de profissionais e recursos. Na prática ainda é incerto o grau de segurança e eficácia que todas essas mudanças irão trazer. A esse respeito, Caio Mário da Silva. *In verbis*:

A Fixação da incapacidade é árdua tanto na ciência jurídica quanto na médica, em razão da imensa diversidade que podem assumir os estados patológicos e a gradação variadíssima de sua extensão nas qualidades psíquicas do enfermo.

No que tange à gradação na intervenção da autonomia da pessoa pode-se considerar que a partir do advento da Lei 13.1246/2015, ela se expressa de forma tripartite. Assim as pessoas sem deficiência são as que de pronto possuem capacidade plena, num segundo plano as pessoas com deficiência poderão se utilizar da tomada de decisão apoiada para que exerçam sua capacidade de

---

<sup>68</sup> SOUZA, Iara Antunes. *op.cit.* p.112.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p.112.

exercício em condições iguais às demais; como também as pessoas com deficiência qualificada pela curatela em razão da dificuldade de autogoverno serão interditadas<sup>70</sup>.

Neste contexto, faz-se necessário tecer considerações a respeito do novel instituto trazido pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência a fim de garantir uma maior autonomia a tais sujeitos, qual seja, a tomada de decisão apoiada.

#### 4.2 INSTITUTO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

O Estatuto além das alterações já mencionadas acerca da curatela também foi responsável por trazer ao ordenamento brasileiro o instituto da tomada de decisão apoiada. Dessa forma, o título IV do Livro IV da parte especial do código civil vigente passou a constar da seguinte redação: “Da tutela, da curatela e da tomada de decisão apoiada”.

Nesse sentido, o artigo 1780 do Código Civil trazia uma das formas de curatela especial concedida em favor do enfermo ou portador de deficiência física a seu requerimento, não sendo possível tal pedido ele poderia ser elencado por qualquer um dos que constam do rol do art. 1768, quais sejam, os pais, o tutor, cônjuge, o Ministério Público. Entretanto tal espécie não faz mais sentido haja vista ter sido suplantada pela tomada de decisão apoiada<sup>71</sup>.

A tomada de decisão apoiada foi inserida na legislação civilista por meio da Lei 13.146/2015 tendo o fito de auxiliar as pessoas com deficiência na execução de atos mais complexos, a exemplo dos contratos.

Desta feita, a tomada de decisão apoiada, conforme expressa o art. 1783-A do Código Civil, consiste no processo por meio do qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas com as quais mantém vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada da decisão sobre os atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Assim, a pessoa com deficiência e os chamados apoiadores, deverão apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e o

---

<sup>70</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado por artigo**. Salvador: Juspodium, 2016, p.25.

<sup>71</sup> TARTUCE, Flávio *op. cit.* p.1474.

compromisso dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito á vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que deve apoiar.

Neste contexto, ressalta-se o caráter menos invasivo do instituto quando se compara com a curatela, tal modalidade de assistência possui a finalidade de harmonizar a codificação material aos propósitos elencados na Lei. Desse modo, prioriza-se o respeito e a tutela da dignidade de tais sujeitos a partir do viés da liberdade, dando-lhes a autonomia necessária para participarem ativamente das decisões.

A ideia é que existam os apoiadores a fim de que como a própria nomenclatura já entrega, haja um apoio na decisão a ser tomada, todavia não haja uma sobreposição de vontade, mas sim o sujeito com deficiência assuma um papel atuante na realização dos atos da vida civil.

Cumprir avaliar que a estipulação de prazo para vigência do acordo também é um instrumento que compatibiliza tal instituto ao fim inclusivo e de caráter autônomo pretendido pelo Estatuto, pois estabelece que tal apoio não incidirá de forma ininterrupta, havendo um momento em que cessará sua necessidade.

O pedido de tomada de decisão será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem, conforme emana o art. 1783-A §2º do Código Civil. Nestes termos um processo judicial é instaurado no qual o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. Neste contexto não cabe falar em qualquer nulidade em sede de tomada de decisão apoiada, já que não há vício de validade nem eficácia a partir do que se extrai do dispositivo.

De fato, pairam ainda sobre o novo instituto algumas dúvidas e incertezas. Neste trilhar, contextualiza Nelson Rosenvald:

Há muitas lacunas e omissões; o beneficiário conservará sua capacidade de fato e não sofrerá restrição em seu estado de plena capacidade, apenas será privada de legitimidade para praticar episódicos atos da vida civil. O novo modelo beneficia a pessoa com capacidade psíquica plena, porém com impossibilidade física ou sensorial (v.g., tetraplégicos, obesos mórbidos, cegos, sequelados de AVC e portadores de outras enfermidades

que as privem de dambulação para a prática de negócios e atos jurídicos de cunho econômico.<sup>72</sup>

Ademais, o terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. Tal questão verifica-se para que não hajam dúvidas acerca da boa fé no âmbito dos contratos, a fim de que priorize a idoneidade jurídica dos negócios<sup>73</sup>.

Pode haver casos em que haja conflito, divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, nesse caminhar o juiz deverá decidir sobre a questão, podendo pontualmente suplantar a vontade de uma das partes discordantes. É o que se extrai da redação do art. 1783-A §7.º

Ademais, se houver negligência por parte do apoiador, ou qualquer atitude de pressão indevida, agindo ele de forma a não adimplir suas obrigações assumidas facultar-se a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao juiz ou Ministério Público. Conforme consta do §8º do artigo em análise, preza-se pela destreza na relação de apoio aqui estabelecida, a referida assistência deve ser tomada de boa fé, respeito a autonomia e sobretudo tutela dos direitos personalíssimos.

Conforme se depreende, tal instituto além de inédito é inovador tratando na seara material de resguardar ao máximo a plenitude dos atos realizados. Avalia-se uma forte fiscalização por parte do judiciário em conjunto com o ministério público para que a assistência se dê de forma satisfatória.

Neste diapasão, apesar de pertinentes avanços o Estatuto, não só no que atine à tomada de decisão apoiada, mas também quanto a curatela, enfrentará grandes desafios sob a ótica prática haja vista o confronto com as normas processuais ocasionar impasses. Sobre essa temática pretende-se adentrar o foco do próximo tópico.

#### 4.3 MODIFICAÇÕES À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

---

<sup>72</sup> ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. **Revista IBDFAM: Família e Sucessões, Belorizonte**, v. 10, 2015, p. 13.

<sup>73</sup> TARTUCE, Flávio. *op. cit.* p.1475.

É sabido que a incapacidade não se presume, sendo necessário para que ocorra a utilização do instituto da curatela um processo de interdição. Assim faz-se primordial analisar algumas considerações atinentes a matéria processual em confronto com o Estatuto das Pessoas com Deficiência.

*A priori*, cumpre ressaltar que alguns artigos do Código Civil alterados pela Lei 13.146/2015 foram revogados a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil também de 2015, assim duas legislações do mesmo ano com curto lapso temporal de diferença acabam por se contrapor ocasionando um grande impasse no meio jurídico.

No início de janeiro de 2016 iniciou-se a vigência do Estatuto e em março do mesmo ano entrou em vigor a nova codificação processual, possuindo algumas incongruências com a primeira. Dessa forma em virtude de um descuido do poder legislativo, uma Lei tão significativa para a população com deficiência acabou por ter alguns atropelos.

Neste trilhar, um dos grandes avanços trazidos pela Lei no seu processo de mudança da legislação material consiste na mudança de nomenclatura, referindo-se o art. 1.768 não mais ao termo interdição, mas sim o processo que rege a curatela. Entretanto surge aqui o primeiro emblema tão logo o CPC/2015 se pautar exaustivamente na interdição, deixando de estar em consonância assim com as modificações trazidas pelo Estatuto.

No que toca ao ponto, de fato, tem-se por complicado para o interprete do direito resolver qual norma aplicar ao caso concreto haja vista se tratarem de duas legislações tão esperadas e aplaudidas, cada qual em sua seara. Nessa perspectiva, uma das soluções poderia ser a elaboração de uma terceira lei a fim de compatibilizar as divergências entre essas, estabelecendo qual deve ser seguida e de que modo.

Noutro lado, talvez a elaboração de uma nova norma gere ainda mais confusão, tornando o regramento jurídico ainda mais complexo e ambíguo. Apesar do limbo em que se encontra a situação a ser regida, cumpre avaliar que não se pode deixar de priorizar a norma mais benéfica a ser aplicada às pessoas com deficiência.

Neste trilhar, mesmo que o Código Processual traga diversos avanços em vários aspectos sob o ponto de vista do tratamento dessas pessoas não há dúvidas

de que o Estatuto, e, por conseguinte, o Código Civil encontram-se mais alinhados aos mandamentos constitucionais de respeito à dignidade da pessoa humana, bem como em consonância com a Convenção de Nova York. A despeito disso destaca Paulo Lôbo:

Não há que se falar mais em interdição, que em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos.<sup>74</sup>

No que concerne aos legitimados para propor o processo que define os termos da curatela, o art. 1.768 do Código Civil tratava tal assunto, entretanto, ele foi revogado pelo art. 1.072, II do CPC/2015. Apesar de algumas semelhanças entre os dispositivos, o artigo da lei material trazia a hipótese da própria pessoa requerer a utilização da curatela, mais uma vez assim, enfatizando-se a autonomia dada a esses sujeitos.

Por outro viés a legislação processual é toda pautada no processo de interdição quando o Estatuto ao alterar o Código Civil propunha o afastamento desse termo. Logo, visualiza-se o atropelo legislativo acometido pelas codificações, esperando-se que seja priorizada na prática a norma mais favorável, qual seja a legislação civil, sobretudo porque é a que se coaduna as exigências elencadas pela Convenção de Nova York que possui força de emenda constitucional<sup>75</sup>.

Outro atropelo legislativo, por assim dizer, diz respeito a legitimidade do Ministério Público para propor a interdição, ambas as normas tratam tal legitimidade como subsidiária e extraordinária, todavia o art. 1.769 ficou revogado pelo 1.178 do novo CPC, concentrando na normativa processual o regramento da matéria<sup>76</sup>.

O art. 1.770 do Código Civil estabelecia que nos casos em que a interdição for promovida pelo MP, o juiz nomeará defensor ao suposto incapaz, nos demais casos o *parquet* será o defensor. Todavia o dispositivo 1072, II do CPC revogou tal artigo.

---

<sup>74</sup> LÔBO, Paulo. **Com os avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes> Acesso em: 20 mar.2017.

<sup>75</sup> TARTUCE, *op. cit.*, p.1459.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 1.460.

No que tange ao artigo 1.1771 que expressa que antes de se pronunciar acerca da interdição o juiz deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistado pessoalmente o interditando. Tal dispositivo também fora revogado pela norma processual, ao menos o art. 1072, II é mais detalhista ao tratar da interdição do que o seu antecessor haja vista preocupar-se em dar preferência aos laços familiares e afetivos <sup>77</sup>.

O art. 1.1772 do CC/2002 faz menção aos limites da curatela tendo em vista que quando se tratar de relativamente incapaz a interdição é relativa, desse modo, o juiz deve estabelecer tais limites a fim de instaurar uma curatela parcial. Tal dispositivo também revogado pelo CPC, todavia esse último também se alinha a esse pensamento, na medida em que não houve prejuízo fático.

O parágrafo único do diploma tratado acima expressa que o juiz levará em conta as potencialidades da pessoa na determinação do curador, adequando a escolha as circunstâncias do interditando. Percebe-se mais uma vez a preocupação visada pelo Estatuto em dar autonomia à pessoa com deficiência, procurando fazer valer ao máximo sua vontade. Todavia o CPC também revoga essa norma o que é uma enorme desvantagem e precisa ser solucionada.

Houve revogação expressa também do art. 1.773 da codificação material que estabelece que a sentença de interdição produzirá seus efeitos de imediato ainda que sujeita a recurso. Nesses moldes a normativa processual passou a regular de forma mais ampla o processo de interdição sendo todo pautado em tal nomenclatura o que significa de certo modo um retrocesso haja vista procurar-se ao máximo pelo Estatuto minimizar os efeitos que reduzam a autonomia da pessoa sujeita a curatela.

Neste caminhar, nota-se que muitas são as incongruências percebidas entre as duas normativas. Tudo isso se coloca insatisfatório já que a alteração do Código Civil pelo Estatuto procurou em sua essência melhorar o tratamento das pessoas com deficiência e havendo essas divergências ocasionam vários impasses práticos para que de fato se efetive a tutela dos direitos de tais pessoas.

Os aplicadores do direito terão de alguma forma encontrar mecanismos de minimizar tais atropelos enquanto não ocorre uma solução legislativa para tanto,

---

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 1462.

caberá a jurisprudência bem como aos doutrinadores dar passos efetivos para concretude das garantias pretendidas.

## 5 CONCLUSÃO

De início, procurou-se abordar a temática à luz dos princípios constitucionais com foco privilegiado para a dignidade da pessoa humana. Destarte, foi traçado o raciocínio de como a legislação infraconstitucional ao tratar dos direitos da personalidade procurou reafirmar o disposto na Carta Magna.

A fim de compatibilizar o direito interno à Carta da República bem como à Convenção de Nova York, foi promulgada a Lei 13.146/2015, a qual institucionalizou Estatuto das Pessoas com Deficiência sendo responsável por significativas alterações no Direito Civil brasileiro.

Tais modificações eram esperadas há tempos, todavia as ciências jurídicas muitas vezes demoram a amoldar-se a realidade. A sociedade está em constante metamorfose, não sendo cabível que determinadas situações continuem a ser reguladas por legislações arcaicas e em vários momentos preconceituosas.

A Lei representou assim um marco legislativo responsável por romper com o antiquado pensamento de que a incapacidade jurídica estava associada a algum tipo de deficiência mental ou intelectual.

Sem dúvida alguma, a necessária reformulação da teoria da capacidade civil brasileira foi um avanço para a inclusão das pessoas com deficiência no cenário social. A partir de então tais pessoas são plenamente capazes não podendo ser subestimadas em razão de sua deficiência, tampouco sofrer qualquer tipo de discriminação.

A essência abarcada pela Lei é a de que as barreiras encontradas por essas pessoas não decorrem da deficiência em si, sendo resultado de uma sociedade que não possui preparo para inserir este grupo marginalizado.

Desse modo, o Estatuto defende que é dever da sociedade encontrar meios para aniquilar tais barreiras. Sendo assim, conforme a Lei, não há mais o que se falar em absolutamente incapaz em virtude de qualquer deficiência.

A opção legislativa enfatizou o caráter inclusivo promovendo o combate ao preconceito e priorizando a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, de

modo que elas sejam tratadas de forma protetiva, entretanto sem que suas peculiaridades as inferiorize perante as demais pessoas.

Desta feita, a adoção de políticas afirmativas de inclusão social constituem uma forma de dar concretude ao disposto na Constituição no que tange ao direito fundamental da igualdade. Propiciar um tratamento isonômico e ao mesmo tempo diferenciado no que e quando couber, dar guarida ao postulado de que se deve tratar de forma equivalente sujeitos em situações idênticas e desigualmente sujeitos em situação distintas - consubstancializando a isonomia material.

Nesse sentido, o novel Estatuto compatibilizado com os ideais constitucionais e adequando-se a Convenção de Nova York optou por tutelar a dignidade de tais pessoas a partir da perspectiva do binômio dignidade-liberdade, enfatizando-se assim a autonomia dada a esses sujeitos. Em contrapartida deixou-se de lado a antiga perspectiva de proteção da dignidade por meio do resguardo a vulnerabilidade de tais sujeitos.

Noutro lado, há casos em que o indivíduo se encontra impossibilitado de exprimir a sua vontade, sendo-lhe nomeado um curador num processo judicial, e esta medida é considerada excepcional e restrita a esfera patrimonial. A partir daí surgem inúmeras implicações e questionamentos quanto à validade dos atos praticados pelas pessoas com deficiência.

A revolução ocorrida na teoria das incapacidades repercutiu diretamente para os institutos do direito assistencial, principalmente a curatela e o novo instituto denominado tomada de decisão apoiada. Este último veio com o fito de possibilitar um meio menos invasivo que a curatela, porém com a possibilidade de auxílio às pessoas com deficiência.

Diante de todo o exposto, ressalta-se que há vários avanços bem como desafios trazidos pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência, sua intenção legislativa veio atender anseios e reivindicações muito aclamados por este grupo marginalizado.

Não obstante, um dos maiores desafios dos próximos anos consiste na aplicabilidade de tal diploma normativo, tendo em vista que há incompatibilidade das normas materiais com as processuais, o que irá demandar atenção do judiciário e todo o corpo jurídico em torno da busca por soluções.

É bem verdade que o direito é uma ciência que possui uma faceta multidimensional, pois ao passo que se busca a segurança jurídica das relações e o resguardo dos direitos fundamentais, deve apresentar um certo grau de adaptabilidade, sob pena de andar em descompasso com a sociedade, tornando-se obsoleto.

Dessa forma, muito embora se vislumbre um impasse de caráter normativo, tal problemática não pode interferir, especialmente se vier a minorar direitos e garantias conquistados, há que se primar pela vedação ao retrocesso. A referida Lei veio para concretizar importantes passos na trajetória desse grupo não cabendo a legislação processual atrapalhar os avanços.

Em suma, não há como negar que existam controvérsias, entretanto deve prevalecer a preocupação com a dignidade humana e com o estado de vulnerabilidade do grupo. Não obstante, são claramente perceptíveis as inúmeras lacunas relativas à pragmaticidade do Estatuto, na medida em que os institutos do Direito material e processual deverão ser remodelados para atender as necessidades das pessoas com deficiência.

É preciso ter em mente, todavia, que a difícil solução para as apontadas contradições no sistema deverão ter em conta, primordialmente, a primazia dos interesses das pessoas com deficiência e a preservação e promoção de sua eminente dignidade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**; trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ANDRADE, Adriana Maria; SANTOS LELIS, Acácia Gardênia; SANTOS LELIS, Katia Cristina. **A lei 13.146/2015 e a inclusão social da pessoa com deficiência**. Disponível em: <<https://eventos.set.edu.br/index.php/enfope/article/view/2170/529>>. Acesso em: 23 de mar. 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral do Direito Civil**: Parte geral. São Paulo: Atlas, 2012.

BARROSO, R. L., **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 8. ed. v. II. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1950.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, 2002.. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, DF, jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 10 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, DF, out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 10 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, DF, mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. 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, Nova York, 30 mar. 2007. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)>. Acesso em: 24 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**, Lei nº 13.146, 06 de julho de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20152018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13146.htm)>. Acesso em: 10 fev. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra. Almedina. 2003

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10. ed. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 27. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson **Análise crítica, construtiva e de índole Constitucional da disciplina dos Direitos da Personalidade no Código Civil brasileiro: Fundamentos, limites e transmissibilidade**.  
<http://www.abdireitocivil.com.br/artigo/analise-critica-construtiva-e-de-indole-constitucional-da-disciplina-dos-direitos-da-personalidade>. Acesso em 22 fev. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

FEITOSA, M. A. P. L. MARIA. **Desafios de humanização do direito civil Constitucional: Um direito civil social?** Disponível em :< <http://institutodcc.org.br/>> Acesso em 19 fev. 2017.

FLORES, Joaquim Herrera. **Teoria Crítica dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GODINHO, Adriano Marteleto. **O fenômeno da constitucionalização: um novo olhar sobre o direito civil**. Disponível em: <<http://www.institutodcc.com.br/news/oenomeno-da-constitucionalizacao-um-novo-olhar-sobre-o-direito-civil>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **O novo Código Civil brasileiro**. Disponível em: < <http://www.usp.br/jorusp/arquivo/2003/jusp628/pag02.htm>> Acesso em: 02 mar. 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Tendências do Direito Civil no século XXI**. Disponível em:  
<[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KiBPTkQPjYJ:www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Giselda\\_Tendencias.doc+&cd=1&hl=ptBR&ct=lnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KiBPTkQPjYJ:www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Giselda_Tendencias.doc+&cd=1&hl=ptBR&ct=lnk&gl=br)>. Acessado em: 03 mar. 2016.

LEITE, Glauber Salomão. O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. *In*: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coords.) **Manual dos Direitos das Pessoas com Deficiência**. São Paulo: Saraiva. 2012.

LINS, Amanda de Carvalho Campos. **Perspectiva crítica das modificações introduzidas Pelo Estatuto Da Pessoa com Deficiência no Direito Civil**

**Brasileiro: Avanços ou retrocessos?** 2016. 49 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Faculdade de Direito de João Pessoa, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: <<http://direitofmc.xpg.uol.com.br/TGDC/texto01.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Com os avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes> Acesso em: 20 mar. 2017.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitución**. Trad. Y estudio sobre La obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979, p. 16 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G.G. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. 2. Triagem. rev. at. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Temas de Direito Civil**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23-58.

PUTATANI Jr., Mário RODRIGUES, José Renato. Apontamentos Médicos e jurídicos sobre a internação judicial de uma pessoa natural à luz do ordenamento jurídico vigente e do novo Código de Processo Civil e lei 13.146/2015. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões-IBDFAM**, Belo Horizonte, v. 10, p. 27-37, 2015.

RIVA, Léia Comar. O direito de Família e as Novas Determinações do Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões-IBDFAM**, n. 4, p. 24-43, 2016.

ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões-IBDFAM**, Belo Horizonte, v. 10, p. 11-19, 2015.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. **Para todos: o movimento político das pessoas com deficiência**. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-com-deficiencia/pdfs/catalogo-para-todos>>. Acesso: 10 mar. 2017.

SOUZA, Iara Antunes. Uma Proposta de Revisão da Interdição e da curatela: implicações da Lei nº 13.246/2015 e o Modelo PAI-PJ. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões-IBDFAM**, v.1. n. 14, p. 106, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.

\_\_\_\_\_. Alterações do Código Civil pela lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte I:** Disponível em  
<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>>  
Acesso em 24 de Agosto/2016.

TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade do ordenamento Civil-Constitucional brasileiro.** Temas de Direito Civil. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil.** 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.