

INCLUSÃO DA CAPACIDADE LEGAL E A (DES)PROTEÇÃO JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES OCASIONADAS PELA LEI Nº 13.146/2015

Victoria Arruda Rocha de Moura Santos¹
Vanessa de Castro Vianna²

A instituição da lei brasileira de inclusão, reconhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, proporcionou aos deficientes um notório avanço legislativo e diversas modificações no ordenamento jurídico pátrio. Após essa lei, os deficientes passaram a ser considerados plenamente capazes de exercer os seus atos da vida civil, alterando substancialmente artigos do Código Civil e removendo da pessoa com deficiência a proteção jurídica tutelada ao incapaz. O referido artigo busca dirimir os questionamentos relacionados à proteção jurídica do deficiente, porquanto procura analisar a ocorrência ou não de uma eventual desproteção. Apurou-se que a capacidade disponibilizada aos deficientes, não se apresenta de forma total e irrestrita. Este artigo foi conduzido por uma pesquisa explicativa, utilizando-se de técnicas exploratórias bibliográficas, cuja composição intercorreu-se de livros, artigos e revistas científicas, monografias, sites especializados e jurisprudências.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa Com Deficiência – Deficientes – Proteção Jurídica – Inclusão.

1 INTRODUÇÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015), foi instituído visando assegurar e resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana. Deste modo anseia garantir a aplicabilidade do princípio da igualdade, ambos, positivados na Constituição Federal da República de 1988; a Constituição Cidadã.

Esta lei incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro um dos maiores avanços legislativos propiciados aos deficientes, com a finalidade de incluí-los, protegê-los e igualá-los aos demais indivíduos da sociedade em que vivem, como forma de reconhecimento da capacidade que a estes, por muito tempo fora retirada e o afastamento da distinção e da desigualdade, antes, determinadas como regra.

Porém, com o advento da lei nº 13.146/2015, consideráveis alterações foram feitas aos mais diversos dispositivos legais, principalmente no que tange o regime civil das incapacidades no Código Civil de 2002, em que exclui do rol dos

¹ Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Escritor Osman da Costa Lins – UNIFACOL. Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela UNIFACOL.

² Advogada. Especialista em Direito das Famílias e Sucessões pela UFPE. Professora do curso de Direito da UNIFACOL e Professora da Escola de Arbitragem Argemiro Felix de Sena - Sherlock - Recife/PE.

absolutamente incapazes, os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática de determinados atos e propicia a eles a capacidade civil plena.

A capacidade plena, concedida a pessoa com deficiência, almeja uma inclusão social lapidada durante toda a história da humanidade e é inquestionável o avanço irrestrito proporcionado por tal lei. Entretanto, analisada as modificações alçadas pela lei de inclusão, o conceito de proteção jurídica inspirada pelo legislador, colide entre si e passa a produzir uma nova concepção.

Intentando que um dos métodos relacionados à segurança jurídica propiciada aos indivíduos considerados pelo atual Código Civil como incapazes é o regime civil das teorias das incapacidades e que a lei 13.146/2015 suprimiu desse rol os deficientes, questiona-se: em decorrência dessa exclusão, haverá uma desproteção civil e jurídica para os deficientes? E quais as consequências de tal inclusão, sem o robusto arsenal de proteção jurídica prestada aos incapazes?

Neste artigo, objetiva-se analisar se a desproteção jurídica sobreveio ou não às pessoas com deficiência após o afastamento da incapacidade absoluta em detrimento da lei nº 13.146/2015, e quais as alterações causadas a estes, por meio desta inclusão. No âmbito prático processual civil, a curatela teve seus limites reduzidos e a tomada de decisão apoiada foi uma inovação trazida por esta lei, que proporcionou aos deficientes uma autodeterminação em relação a sua percepção de desejar ou não, que alguém o apoie em determinadas decisões.

2 DA PROTEÇÃO JURÍDICA

2.1 A PROTEÇÃO JURÍDICA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em sua etimologia a palavra proteger, origina do latim *protegere*, que significa afastar algo ou alguém do perigo, formulando mecanismos de defesa. Nesse contexto a pessoa protegida será a com deficiência. Logo, ao analisarmos a Constituição Federal de 1988, encontraremos diversos desses mecanismos protetivos semeados no decorrer do texto constitucional, “de forma dispersa, através de vários dispositivos alocados em capítulos distintos.” (ARAUJO, 2011, p. 70)

Os mecanismos protetivos concedidos às pessoas com deficiência alçados na Constituição Federal vigente, atende à uma das funções, conferidas à Constituição. A função referida à pessoa com deficiência, é a de garantia e de proteção. Na constituição cidadã acontece a isonomia trabalhista, vedando ao empregador a diminuição e distinção em relação ao salário e admissão do trabalhador deficiente. Assim, os deficientes estão protegidos da discriminação salarial, admissional e de qualquer eventualidade do seu contrato ou condição de trabalho. (ARAUJO, 2011, p. 86)

Outro mecanismo funcional protetivo constitucional, sobrevém a reserva de mercado, tutelada pelo artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988. Ainda como instrumento de proteção, encontraremos no artigo 203, incisos IV e V, ferramentas referentes à seguridade e assistência social do deficiente. Desta forma, constata-se a organização “dispersa” dos textos constitucionais, ao tratar da proteção jurídica.

Ao explanarmos a efetiva aplicação do direito protetor constitucional em face do deficiente, não bastando a efêmera anunciação do direito concedido em meros textos constitucionais de competência e legislatura adequada, mas, observando-se sua eficiência galgando caminhos produtivos e eficazes, devemos observar o estudo e a constatação da proteção jurídica constitucional disponibilizadas aos deficientes e quais resultados, independentemente de serem mediatos ou imediatos, que essa proteção ocasiona, com a finalidade de utilizar-se corretamente dessa ferramenta. (ARAÚJO, 2011, p. 75)

Em conformidade com a finalidade do Estatuto Da Pessoa Com Deficiência, o princípio da igualdade torna-se juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, o alicerce da lei de inclusão. Aduzido no artigo 1º da lei nº 13.146/2015, a garantia constitucional atribuída ao deficiente em seu artigo inaugural no referido Estatuto, assim como na Constituição através de princípios e normas expressas, tornam-se meios condutivos para a consumação da lei invocada.

Ocasionalmente de maneira homogênea o êxito que a lei de forma abrangente e geral deve ter na realidade de quem carece desse manto protetor, disponibilizado pelo dever ser do direito. Assim, de forma unívoca, compreende-se que o direito à igualdade deve abranger a formalidade do direito que está atrelado a igualdade perante a lei e a materialidade desse direito, a qual tem por finalidade a exclusão das desigualdades. (CASTRO; BERRO, 2017, p. 103)

Diante de todo o exposto nesse tópico, referente a proteção jurídica que é concedida a pessoa deficiente, no que tange a Constituição Federal de 1988, fica inviável elucidar todos os meios protetivos disponibilizados a eles. Concluindo-se também, conforme Araujo (2011), que a dificuldade suportada pelas pessoas com deficiência é enfrentada em diversos graus e situações, não restringindo a responsabilidade somente à Constituinte, mas também ao legislador infraconstitucional.

Salientando-se que, em vão torna-se a positivação de uma norma constitucional, quando o legislador infraconstitucional, trata a lei de forma escassa e insuficiente, devendo o Estado “atentar para o amparo da pessoa com deficiência, determinando o caminho a ser seguido pelo legislador infraconstitucional e pelo administrador.” (ARAÚJO, 2011, p. 108)

Destarte, a Constituição Federal de 1988, preocupou-se em proteger de forma especial a parcela hipossuficiente de pessoas, que ocupam parte significativa na sociedade, concedendo a elas princípios protetivos e normas que coagem a eficácia desses preceitos. Assim, Araujo (2011), preconiza que a Constituição Federal de 1988, protegeu as pessoas com deficiência e salientou a elaboração de diversas normas protetivas, consentindo a tutela dos direitos dos deficientes.

2.2 CAPACIDADE CIVIL E A TEORIA GERAL DAS INCAPACIDADES: ABSOLUTA E RELATIVA

O ser humano como sujeito de direitos e deveres, respaldado no atual Código Civil de 2002, recebe a nomenclatura de “pessoa natural”, posicionando em seu artigo 1º a concepção de capacidade. A capacidade civil sofre uma bifurcação quando analisamos a sua conceituação, conforme o doutrinador: “A norma em questão trata da capacidade de direito ou de gozo, que é aquela para ser sujeito de

direitos e deveres na ordem privada, e que todas as pessoas têm sem distinção.” (TARTUCE, 2015, p. 75)

A capacidade de direito não faculta ao indivíduo o benefício da escolha, pois é estendida a todos os seres humanos portadores da personalidade jurídica, sem restrição ou requisito. A estes são negados a recusa, para que como sanção, não venha recair sobre eles o desnudo da personalidade civil. Porém, como já informado acima, a capacidade civil pode padecer de limitações legais, em razão da sua efetividade e a quem se destina.

E para se atingir a capacidade plena, é necessário a junção da capacidade de gozo ou de direito, cominada com a capacidade de fato ou de exercício, visto que, a primeira capacidade é inerente a todos, entretanto a segunda sofre limitações e não atinge a totalidade dos indivíduos. A capacidade jurídica da pessoa natural é bem delimitada, pois, uma pessoa pode adquirir a capacidade de ter o usufruto de um direito, mas não poder exercê-lo (capacidade de exercício), transferindo a sua execução ao seu representante legal, que em caso de incapacidade absoluta, “representará” o direito resguardado a quem não tem o seu efetivo exercício.

Aos deficientes, o ordenamento jurídico brasileiro, antes do advento do Estatuto Da Pessoa Com Deficiência, lhes concedia a capacidade de gozo, e recusava-se a atribuir-lhes a capacidade de fato, impedindo-os como forma de proteção, ao efetivo exercício dos seus direitos, de forma pessoal e direta, impondo a estes uma representação ou assistência, a depender da sua incapacidade, se esta era absoluta ou relativa. Entende-se, que a regra geral é da capacidade plena, tornando a incapacidade como exceção.

O regime das incapacidades abrangia os indivíduos que, sozinhos, não poderiam agir no firmamento jurídico, pois, devido ao déficit cognitivo, a atuação no judiciário se concretizaria de maneira irresponsável e causaria ao incapaz uma desproteção, assim, atingindo de maneira precisa o princípio da igualdade, visto que, proporcionaria uma desigualdade na relação jurídica. (MENEZES; TEIXEIRA, 2016)

Pautado no Código Civil de 2002, a incapacidade é conceituada como parcial e absoluta, a depender de várias circunstâncias elencadas por ele próprio, principalmente a ausência de discernimento. Essa mensuração se desenvolve a partir de “graus”, que em razão deles, desencadeia a incapacidade absoluta ou parcial, níveis que impedem de maneira total o exercício de seus atos, demandando para estes um representante (incapacidade absoluta), ou que impedem de maneira parcial, fazendo-se mister uma assistência (incapacidade relativa).

Assim, constituiu o Direito, maneiras de suprimir a incapacidade, pois, quando essa incapacidade se apresenta de forma absoluta, a sua supressão se dará através de uma representação do incapaz tutelado. Por outro lado, quando essa incapacidade adquirir a formalidade relativa, deverá ocorrer o afastamento dessa incapacidade pela assistência ao incapaz. (MENEZES; TEIXEIRA, 2016)

Os atos praticados pelos absolutamente incapazes, são considerados nulos, conforme o artigo 166 do Código Civil de 2002, não podendo este ato ser validado pelo seu representante, devendo ser obedecido de forma rígida ao que estabelece o referido artigo. Em contrapartida, no molde da incapacidade parcial, como apresenta-se de forma relativa, os atos não serão considerados nulos de pleno direito, mas padecerão da anulabilidade, se estes não forem praticados conjuntamente com seus assistentes.

Anterior à lei nº 13.146 de 6 de Julho de 2015, que implementou ao ordenamento jurídico brasileiro o Estatuto Da Pessoa Com Deficiência, o Código Civil de 2002, positivava em seu artigo 3º que eram absolutamente incapazes, os menores de 16 anos, aqueles que por enfermidade mental não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, e ainda os que por causa transitória não puderam exprimir a sua vontade. O direito aparta da funcionalidade da realidade jurídica, os indivíduos considerados por ele, carente de discernimento. (MENEZES; TEIXEIRA, 2016)

Destarte, passou-se a considerar tão somente os menores de 16 anos como absolutamente incapazes, retirando do escopo da incapacidade absoluta, todas as outras hipóteses de cabimento, antes exemplificada. Trazendo uma das maiores mudanças proporcionada pelo estatuto em relação ao Código Civil 2002, alterando não só este artigo, como outros, em todo o ordenamento jurídico.

2.3 OS MECANISMOS PROTETIVOS TUTELADOS AOS INCAPAZES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil Brasileiro, ao ordenamento jurídico. Estruturado em duas partes, divididas em geral, que cuida das pessoas, dos seus bens e dos fatos jurídicos e a parte especial, onde aborda o direito das obrigações, das empresas, das coisas, da família e da sucessão. Atentemo-nos a parte geral, que irá nos ambientar as questões analisadas neste subtópico.

Em concordância com análises anteriores, o Código Civil de 2002, elencou em sua estrutura um rol de pessoas consideradas pelo legislador, como incapazes de por si só, praticarem determinados atos da vida civil, necessitando assim, de representação ou de assistência. Como também já fora observado, anterior a lei nº 13.146/2015, os deficientes descritos no artigo 2º da referida lei, encontravam-se submetidos a esse rol, desfrutando de todos os mecanismos protetivos disponibilizados pela lei infraconstitucional.

Em harmonia com o que define a lei, o Estatuto da Pessoa com Deficiência ao excluir do rol dos incapazes as pessoas deficientes intelectualmente, retira deles todo o arsenal protetivo tutelado aos incapazes, deixando a estes, uma proteção indisponível. Portanto, iremos analisar quais são esses mecanismos protetivos que deixaram de fazer parte da realidade fática das pessoas com deficiência, causando ou não, prejuízos posteriores ao advento da lei de inclusão. Assim, a doutrinadora confirma que “o Estatuto da Pessoa com Deficiência procura retirar os deficientes da categoria de incapaz, ampliando a ideia de capacidade civil.” (DINIZ, 2016, p. 985)

O Código Civil 2002, estabelece em seu ordenamento um sistema de proteção jurídica aos incapazes, espalhados no decorrer de toda a lei em referência, para defendê-los, quando ocupado o polo ativo da relação jurídico-social. A doutrinadora leciona que “o sujeito ativo tem, ainda, a proteção jurídica, ou seja, a autorização normativa para ingressar em juízo para reaver o seu direito, para reparar o mal sofrido.” (DINIZ, 2012, p. 124)

Essa reparação do “mal” sofrido, que a autora expõe acima, é identificada para o incapaz, através do sistema de nulidades, elencadas no Código Civil, onde a violação das proteções, implicará na nulidade ou anulabilidade dos atos praticados em confronto com a norma. Recordando que, as causas de nulidade, referem-se aos

atos praticados pelos absolutamente incapazes, enquanto a anulabilidade relaciona-se aos relativamente incapazes.

Com a justificativa de que as pessoas com deficiência, faziam parte do rol dos absolutamente incapazes, olharemos somente para as causas incidentais de nulidade, enumerada no artigo 166, em seu inciso I, que em decorrência do Estatuto Da Pessoa Com Deficiência, somente os menores de 16 anos, irão dispor dessa proteção.

Outras duas causas de nulidades dispostas aos incapazes, que não estão mais disponíveis aos deficientes, e que é de grande modificação na realidade fática de quem as detêm, será a da nulidade do casamento, artigo 1.548, incisos I e II e a nulidade em decorrência da suspensão do prazo prescricional e decadencial, contido no artigo 198, inciso I. O molde da nulidade, é a defesa de proteção jurídica concedida ao incapaz. A palavra nulidade, deriva do termo “nulo”, e tem origem no vocabulário latim *nullus*, que significa, inexistente, inepto. Para a autora, o termo nulidade: “vem a ser a sanção, imposta pela norma jurídica (...)” (Diniz, 2012, p. 583), um feitiço para fazer valer, o direito tutelado para os absolutamente incapazes.

A celebração lícita de um negócio jurídico, deve reger-se por requisitos estabelecidos no Código Civil, onde o agente deve ser capaz, o objeto do negócio jurídico, deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, e sua forma deve ser prescrita ou não defesa em lei. Atendidas essas condições, estabelecidas no artigo 104, incisos I, II e III, configura-se o negócio jurídico.

Na doutrina, o instituto do negócio jurídico traduz-se no impulsionamento humano, autônomo e privado, em que particulares fixam os seus interesses, a partir de ambas as vontades contendo um ou mais objetos lícitos. (Tartuce, 2017). Para que haja um negócio jurídico, o quesito vontade deve ser essencial, cominado com a regulação da autonomia dos próprios interesses dos particulares, que visam essa celebração. Quando ocorre a falta de qualquer pilar estabelecido na legislação, consuma-se a nulidade do negócio jurídico.

O referido negócio jurídico, celebrado por incapaz, é nulo e o protege de eventuais fraudes ou irregulares aquisições negociais. Ainda em conformidade com o doutrinador: “a nulidade absoluta não pode ser suprida, sanada, pelo magistrado mesmo a pedido da parte interessada (...) o negócio jurídico nulo, não pode ser confirmado pelas partes, nem convalesce pelo decurso do tempo.” (TARTUCE, 2017, p. 384)

A forma pela qual a norma protetiva incide sobre o absolutamente incapaz, gera a preservação de todos os seus direitos e resguarda os princípios instituídos, desde a lei maior, até a infraconstitucional. Distinto será à pessoa com deficiência, que de acordo com o projeto de lei nº 757, que tramita no senado: “terá de restituir os valores que, em estado de confusão mental, despendeu com questões não proveitosas, no caso de invalidação de negócio.” (Brasil, 2015, p. 8), pois a estes não se aplica mais essa proteção.

Conforme descrito e analisado, os mecanismos protetivos disponibilizados normativamente aos incapazes são de notória valia para quem, de acordo com o legislador, necessita de cuidados especiais e preservação da integridade intrínseca e social. Isto posto, entendem os autores do projeto de lei referido acima, que:

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, recolherá o manto protetor que o Direito reservou para as pessoas sem discernimento ou sem capacidade de manifestar a própria vontade, não importando se essas

condições resultam de deficiência, de enfermidade ou de qualquer outra causa. (BRASIL, 2015, p. 9)

Esse entendimento afirma que a desproteção jurídica, ocorrerá à pessoa com deficiência, caso o Estatuto, não reveja as lacunas normativas existentes em seu corpo legislativo e modifique o deslocamento ocasionado ao deficiente, em relação à atribuição da capacidade efetivamente plena, concedida a estes.

3 MEDIDAS DE APOIO PREVISTAS NA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

3.1 DO INSTITUTO DA CURATELA: DEFINIÇÃO E REQUISITOS PARA A SUA APLICAÇÃO PÓS LEI INCLUSIVA

Com a alteração na teoria geral das incapacidades, o Estatuto, em regra, assegurara à pessoa com deficiência, o direito de exercer a sua capacidade civil em igualdade de condições das demais pessoas. E, querendo estas, poderá solicitar o apoio do instituto processual da tomada de decisão apoiada ou a depender da situação fática, o instituto da curatela. Rememorando que, a curatela é admitida como medida protetional de caráter extraordinário, protegendo somente os atos de natureza patrimonial ou negocial. (GONZAGA, 2016)

A plena capacidade concedeu à pessoa com deficiência a gestão individual e completa dos atos afetivos praticados por ela, sem intervenção de terceiros; assegurou aos deficientes a liberdade afetiva de constituir família, contrair matrimônio, exercer direitos sexuais e reprodutivos e assim sucessivamente. Entretanto, para os atos patrimoniais e negociais efetuado por deficientes há ressalvas.

O instituto da curatela consiste em um processo judicial, presidida por um juiz juntamente com um conjunto de pessoas multiprofissionais que iram analisar “as necessidades de uma pessoa adulta (com 18 anos ou mais) para o exercício de sua capacidade civil e decide se ela pode ou não praticar atos relacionados ao seu patrimônio e negócios, ou se precisará de apoio para isso (...)” (GONZAGA, 2016, p. 12)

Com a instituição da lei brasileira de inclusão nº. 13.146 de 2015, esse instituto sofreu alterações substanciais expressivas em seu artigo 1.767 do Código Civil de 2002, onde o Estatuto revogou “as previsões que faziam alusão à natureza da deficiência da pessoa, fixando-se nas pessoas que, por causa transitória ou permanente, não possam exprimir a sua vontade.” (GONZAGA, 2016, p. 12)

Desta forma, a curatela passou a ser medida extraordinária, aplicada em casos extremos de deficiência, no qual a pessoa curatelada não consiga de maneira alguma exprimir a sua vontade. Destarte, no artigo 85, caput e parágrafo 2º do Estatuto da Pessoa Com Deficiência, podemos atestar a excepcionalidade da curatela.

Esta definição da curatela conforme preceitua o parágrafo 1º, do artigo 85, da lei inclusiva, “não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.” (Brasil, 2015), dos deficientes, a qual durará, de acordo com o artigo 84, §3º, o “menor tempo possível.” (Brasil, 2015), delimitando explicitamente os limites e requisitos da aplicação da curatela.

A curatela poderá ser pleiteada judicialmente “por pais, cônjuge, parentes próximos ou pela própria pessoa com deficiência por meio de advogado ou defensor público. Pode ser providenciado também pelo Ministério Público (...).” (GONZAGA, 2016, p. 13). Após o trâmite do processo, o juiz, juntamente com a equipe multiprofissional reconhecerá que “a pessoa em processo de curatela é relativamente capaz para praticar atos de negócios e patrimoniais e, portanto, precisará de apoio do curador.” (GONZAGA, 2016, p. 14)

A jurisprudência, já vem decidindo de maneira protetiva à pessoa com deficiência, quando a questão envolve interdição e curatela. Essa aplicabilidade da curatela nos casos práticos, no entendimento dos tribunais, tem sido aplicada de forma cautelosa e revela que:

Desde o advento do novel diploma, descabe qualquer medida judicial voltada à interdição completa do curatelado para todos os atos da vida civil (...). Restringe-se, na espécie, os efeitos da curatela apenas para atos de natureza patrimonial e negocial, não abrangendo, portanto, atos de natureza existencial. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2018, p. 10)

A mesma ainda reforça como parte do seu entendimento a percepção das alterações suportadas pelo instituto da curatela, pois esta, é usada de forma excepcional, ministrada quando “as evidências revelarem ser necessária a proteção do deficiente e fica limitada, como regra geral, à restrição da prática de atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.” (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2018, p. 9), dos quais não atinge os atos afetivos e existenciais da Pessoa com Deficiência.

A decisão citada, é totalmente embasada e fundamentada no texto do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código Civil. Portanto, esclarece-se a demarcação dos limites alçados pelo processo da curatela, instituto estabelecido antes da lei inclusiva que sofreu alteração após o advento do Estatuto, que restringiu a sua atuação somente aos atos negociais e patrimoniais dos deficientes, pois a pessoa com deficiência:

Não poderá ser considerada absolutamente incapaz, por se tratar de hipótese de incapacidade relativa. (...) merecendo, portanto, proteção especial, devendo ser atribuídos poderes de representação à curadora, tão somente quanto aos atos de natureza patrimonial e negocial. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2018, p. 11-12)

Para aqueles que promovem a justiça remanesce o dever de aderir a novidade estabelecida pela lei brasileira de inclusão da Pessoa com Deficiência que mudou os conceitos pretéritos, as antigas práticas e os reiterados costumes, assim como, alterou as leis que não mais se adequam a presente realidade. Essa conquista para as pessoas com deficiência é como um norte a ser seguido, para fazer valer a sua capacidade plena. (GONZAGA, 2016)

Quando indagamos sobre a proteção jurídica da Pessoa Com Deficiência após a instituição do Estatuto, percebemos que a jurisprudência tem se tornado divergente quanto aos limites alcançados pela curatela, ora explicitado. Por tratar-se de um tema relativamente novo, a instabilidade ainda é visível nas decisões dos tribunais em decorrência da anulabilidade da incapacidade absoluta dos deficientes.

Acontece que, mesmo o Estatuto da Pessoa com Deficiência trazendo restrições explícitas no tocante de quais atos o instituto da curatela poderá atingir e regular, “a jurisprudência tem reconhecido a possibilidade de ampliação da interdição, para além dos atos patrimoniais e negociais, a fim de se adequar ao estado mental do interdito, para a efetiva proteção da sua pessoa e de seus bens.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2019, p. 5)

Por mais que a incapacidade absoluta dos deficientes tenha cessado após a lei inclusiva, com o propósito da inclusão, da preservação da dignidade da pessoa humana, da efetiva realização do princípio da igualdade e da liberdade afetiva proporcionada para a pessoa com deficiência e ainda a restrição da curatela aos atos patrimoniais ou econômicos, findando a interdição completa e o ilimitado poder do curador, observa a Desembargadora Alice Birchall, que:

Apesar de não haver como impor o caráter absoluto da interdição, não configura nenhuma medida extraordinária, mas sim real, a ampliação dos limites da curatela para além dos atos patrimoniais e negociais, razão pela qual a curatela deverá alcançar os direitos relacionados ao matrimônio e à saúde. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2017)

Outro questionamento que poderá surgir quanto a aplicação da curatela e suas restrições, é sobre a possível inconstitucionalidade do Estatuto, por excluir a capacidade legal dos deficientes e restringir somente aos atos negociais e patrimoniais o instituto estudado, porém o Desembargador Alberto Vilas Boas, esclarece:

O Estatuto da Pessoa com Deficiência inaugurou nova realidade no ordenamento jurídico, com modificações que precisam ser debatidas, assimiladas e aplicadas, e não extirpadas sob a pecha de inconstitucionalidade. A legislação parece conter mais lacunas do que ser inconstitucional, sendo necessário que o intérprete a elas se adapte e construa interpretação que possa aproveitar o seu conteúdo. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2017)

Nesta mesma decisão, entendeu o relator Desembargador Alberto Vilas Boas pela amplitude dos limites da curatela, para que no caso concreto analisado ela:

Abranja, além dos atos de natureza patrimonial e negocial, tudo o que diga respeito à regência da vida da curatelada, aos cuidados e à saúde da doente, às decisões primordiais sobre sua subsistência e sobrevivência, além dos aspectos financeiros e patrimoniais. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2017)

A depender do caso concreto e da realidade fática, observamos que os requisitos utilizados pela jurisprudência em relação a aplicação do instituto processual da curatela, tem se externado de maneira aprimorada, além do que a lei regulamenta; alcançando extensões e ampliações dos atos abarcados pela lei inclusiva, moldando-se as necessidades individuais visando a proteção jurídica e efetiva dos deficientes.

Assim, analisando as divergências jurisprudências, no caso concreto recente, relatado pelo Desembargador Carlos Henrique Perpétuo Braga, ao tratarmos da curatela, decide-se que “além dos atos negociais e patrimoniais, a interdição

deverá abranger os atos referentes ao matrimônio e ao voto, bem como dirigir e viajar sozinho.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2019)

Ratifica-se novamente o entendimento das demais decisões citadas anteriormente, entretanto, o Desembargador limita essa percepção à individualidade e a privacidade do curatelado, pois admite que:

(...) ainda que o curatelado não possa exprimir validamente sua vontade, é impróprio decretar a incapacidade absoluta, extirpando-o do mundo civil, devendo-se preservar um mínimo de individualidade e privacidade. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2019)

Além da divergência encontrada nas jurisprudências relacionadas a aplicabilidade da curatela, encontramos algumas contrariedades nas decisões estabelecidas pelos relatores que enfrentam de maneira real a mudança ocasionada pelo Estatuto, nesse instituto processual. Porém, é notório em todas as decisões a preocupação da efetivação da proteção jurídica residual em favor dos deficientes. Desta maneira, amplia-se aos deficientes os mecanismos de apoio, introduz-se a tomada de decisão apoiada.

3.2 DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA: INSTRUMENTO PROCESSUAL DE APOIO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Distinto do instituto da curatela que é suscitado, em regra, de maneira excepcional; a tomada de decisão apoiada introduzida no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa Com Deficiência, a qual traz inovações, é “uma medida de proteção para que a pessoa com deficiência tenha o apoio de pelo menos duas pessoas idôneas e com quem tenha vínculos e confiança para decidir sobre determinados atos da vida civil.” (GONZAGA, 2016, p. 6)

Manifestada no artigo 116 do Estatuto da Pessoa Com Deficiência, o instrumento processual da tomada de decisão apoiada, acresce ao título IV do Código Civil, o qual passa a ser renomeado, o capítulo III, inicializado com o artigo 1.783-A, composto de onze parágrafos. O caput do artigo 1.783-A, conceitua a tomada de decisão.

O referido artigo, pressupõe “que toda pessoa com deficiência deve ter assegurado o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas.” (Gonzaga, 2016, p. 7). O instituto da tomada de decisão apoiada, é uma extensão da definição do princípio da igualdade, fundamento para a instituição do Estatuto e inspiração para o caminho da inclusão.

Por tratar-se das pessoas com deficiência, intituladas plenamente capazes pela lei nº. 13.146 de 2015 e a preservação do princípio da afetividade, que transcende uma liberdade afetiva aos deficientes, o referido instrumento, “não tem por escopo a representação legal, consistindo em faculdade atribuída à pessoa com deficiência, para apoio na realização de negócios jurídicos patrimoniais.” (Lôbo, 2017, p. 409). Restringe-se novamente a aplicabilidade dessa medida de apoio, a somente os atos patrimoniais.

A tomada de decisão apoiada não é um instituto imposto à pessoa com deficiência, e sim o oposto, pois é uma faculdade atribuída a eles, para a escolha de duas ou mais pessoas idôneas que os apoiaram nas decisões pertinentes a causas patrimoniais. “É apoio para o exercício da capacidade legal, que lhe atribuiu a

Convenção e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Com esse procedimento não há perda ou limitação da capacidade legal (...).” (LÔBO, 2017, p. 424)

Para a obtenção do deferimento desse instrumento processual da tomada de decisão apoiada, estarão presentes no procedimento, além das partes interessadas, o juiz, que receberá assim como no instituto da curatela, o apoio de uma equipe multiprofissional, com a finalidade de formular a sua decisão de maneira justa e equilibrada, respeitando a individualidade da pessoa com deficiência.

Além do juiz e da equipe multiprofissional, estará também como espectador, o Ministério Público, que intervirá de forma permanente em todo o processo. Assim, é necessário compreender os momentos processuais desse instituto e atentar-se que a tomada de decisão apoiada é “um processo autônomo, com rito próprio, no qual a própria pessoa com deficiência indica os apoiadores de sua confiança a serem nomeados pelo juiz.” (GONZAGA, 2016, p. 7)

Para dar início a esse processo, a pessoa com deficiência deverá pedir “ao juiz em petição escrita, por meio de advogado ou defensor público, que lhe nomeie dois apoiadores, indicados expressamente.” (Gonzaga, 2016, p. 8). Os apoiadores deverão ser de confiança da pessoa deficiente e íntegro em seus atos, portanto, para que esse instituto se formalize, o “interessado e seus apoiadores devem antes celebrar o termo, por instrumento público ou particular, que delimite o objeto, o alcance e as condições de apoio, bem como o prazo de vigência.” (LÔBO, 2017, p. 424)

A tomada de decisão apoiada tem um tempo de duração estabelecido e acordado pelas partes, pois, se assim não tivesse, seria configurado uma interdição permanente, modalidade extinta aos deficientes depois do advento da lei de inclusão. Conseqüentemente, “é incompatível com esse instituto o tempo indeterminado, pois mascararia a antiga interdição permanente.” (LÔBO, 2017, p. 424)

Determina-se que a “qualquer tempo a pessoa apoiada pode solicitar o término do acordo assinado em processo de tomada de decisão apoiada.” (Gonzaga, 2016, p. 11). Da mesma prerrogativa usufrui o apoiador, que “também poderá solicitar ao juiz a sua exclusão do processo de tomada de decisão apoiada, sobre a qual o juiz deverá se manifestar.” (Gonzaga, 2016, p. 11), caso não ocorra nenhum ato de vontade externando a possibilidade de encerramento da tomada de decisão apoiada, ao concluir-se o negócio jurídico, encerra-se o instituto.

O estabelecimento desse procedimento possibilitou à pessoa com deficiência, quando este achar-se necessário, a demonstração da sua vontade de ser apoiado ou não, em suas decisões de cunho patrimonial ou negocial. Decisão esta, que bastará somente da ponderação do próprio apoiado. O Estatuto, proporcionou aos deficientes uma autodeterminação que os impulsiona para gerir os seus próprios atos e a depender da situação, mediante solicitação, determinar-se-á um apoio.

4 CONCLUSÃO

Em detrimento do advento da lei 13.146 de 2015, a qual criou o Estatuto da Pessoa com Deficiência e tornou-se a lei brasileira de inclusão; as pessoas com deficiência foram consideradas por ela plenamente capazes de gerir os atos habituais da vida civil, excluindo-as do rol taxativo dos incapazes e proporcionando a elas uma inclusão total à sociedade. É notório o avanço legislativo proporcionado aos deficientes e a conquista normativa adquirida por eles no decorrer de todo um período histórico e desfavorecer este progresso não é o intuito e nem o mérito deste artigo.

Porém, no decorrer da pesquisa, mostrou-se provável que com esse afastamento total das pessoas com deficiência do rol da teoria geral das incapacidades, que anterior à lei, consideravam os deficientes como incapazes, e concediam a eles, um vasto arsenal protetivo em detrimento dessa condição, viesse a ocorrer uma eventual desproteção jurídica em relação aos atos civis praticados sem nenhuma assistência ou representação e de forma voluntária e autônoma.

As modificações ocasionadas pela implementação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, originou inúmeras alterações no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que se refere à teoria geral das incapacidades, tutelada pelo Código Civil de 2002, nos artigos 3º e 4º e seus incisos. Entretanto, apurou-se que essa capacidade disponibilizada aos deficientes, não se apresenta de forma total e irrestrita, abarcando todos os atos da vida civil, como se conjecturou antes da elaboração final deste artigo.

Os deficientes não são mais incluídos entre os absolutamente incapazes de exercer direitos, depois do marco legislativo da lei brasileira inclusiva e isso foi devidamente comprovado e atestado, contudo, podemos compreender que essa alteração alcança de forma irrestrita os atos afetivos dos deficientes e sua liberdade matrimonial, sexual, reprodutiva e toda aquela relacionada as relações subjetivas do deficiente.

Apesar disso, há a restrição dessa capacidade legal quando nos referimos aos atos negociais e patrimoniais exercidos pelos deficientes. Podemos perceber que ainda existem algumas medidas protetivas disponibilizadas aos deficientes após o Estatuto, utilizadas por eles como forma de apoio em suas decisões, sendo estas, o instituto da curatela temporária e específica e da tomada de decisão apoiada.

Entretanto, ao analisar as decisões jurisprudências, depreendemos que a efetivação desta alteração quanto à restrição dos atos que os institutos de apoio poderão atingir, dependerá exclusivamente do caso fático, pois, à depender da situação, constatamos deliberações que ampliam a proteção jurídica dos institutos aos atos afetivos, indo de encontro com o que se estabelece no Estatuto.

Isto posto, descobrimos que de fato o Estatuto suprimiu de forma expressiva alguns pontos protetivos dos deficientes e infelizmente possui lacunas ainda não preenchidas e nem aperfeiçoadas. Questionamos dentro do corpo textual do presente artigo, se seria necessário indagar a inconstitucionalidade da lei, porém, vimos que doutrinadores já afastaram essa hipótese, mas reforçaram que a lei inclusiva é falha e necessita de correções.

Da mesma forma, evidenciou-se que essa inclusão irrestrita referente aos atos afetivos dos deficientes, pressupõe a eles um déficit protetivo, visto que, toda a efetivação das decisões que relacionem-se com a vontade subjetiva do deficiente será validada e gerará efeitos, independentemente da condição cognitiva e estado físico ou mental que se encontre a pessoa deficiente, retirando deles a proteção de questionamento jurisdicional quanto ao ato afetivo praticado, pois, destes foi suprimido os métodos protetivos dos considerados absolutamente incapazes.

Assim, conclui-se que o anseio pela inclusão permanente da pessoa com deficiência na sociedade foi o que gerou a instituição dessa lei, porém, a mera vontade do legislador em incluir e minimizar o preconceito suportado por essa minoria ao longo dos anos e décadas, não justifica a criação de uma norma falha, coberta de lacunas, a qual culminou a integração social repentina e desprotegida, no que corresponde aos

atos afetivos dos deficientes, remanescendo para a jurisprudência o controle protetivo jurídico, retirado pela lei analisada.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Luiz Alberto David Araujo. – Brasília. 3ª. Edição- Pontifícia Universidade Católica, São Paulo. p. 70, 75, 86, 108. 2011. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf> Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. **Apelação Cível TJ-DF 20170310120003 DF 0011717-38.2017.8.07.0003**. Relator: SANDOVAL OLIVEIRA. Data de Julgamento: 03/10/2018. 2ª TURMA CÍVEL. Data de Publicação: Publicado no DJE: 10/10/2018. Pág. 186/194. 2018. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 16 Mai. 2019.

BRASIL. Estatuto Da Pessoa Com Deficiência. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm> Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. **TJMG - Apelação Cível 1.0245.13.011494-6/001**. Relator(a): Des.(a) Alice Birchal. 7ª CÂMARA CÍVEL. Julgamento em 14/02/2017. Publicação da súmula em 21/02/2017. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0245.13.011494-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 17 Mai. 2019.

BRASIL. **TJMG - Apelação Cível 1.0701.16.0046986/001**. Relator(a): Des.(a) Alberto Vilas Boas. 1ª CÂMARA CÍVEL. Julgamento em 26/09/2017. Publicação da súmula em 04/10/2017. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0701.16.004698-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 17 Mai. 2019

BRASIL. BRASÍLIA. Congresso Nacional. **Projeto de lei do Senado nº 757 de 2015**. p.8, 9. 2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=574431&ts=1529081947915&disposition=inline&ts=1529081947915>> Acesso em: 17 jun. 2018.

BRASIL. **TJMG - AC: 10000181419805001 MG**. Relator: Carlos Henrique Perpétuo Braga. Data de Julgamento: 28/02/2019. Data de Publicação: 11/03/2019. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=2&totalLinhas=4&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&listaRelator=011718&listaClasse=8&dataPublicacaoInicial=11/03/2019&dataPublicacaoFinal=11/03/2019&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pes>>

[quisaPalavras=Pesquisar&](#)>. Acesso em: 17 Mai. 2019.

CASTRO, Veloso Cristiana; BERRO, Soares Priscila Maria. **A INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NAS ESCOLAS – ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – LEI Nº 13.146/2015: DIGNIDADE E IGUALDADE.** Rev. de Direitos Humanos e Efetividade| e-ISSN: 2526-0022 | Brasília | v. 3 | n. 1 | p. 103 | Jan/Jun. 2017. Disponível em:

<<http://www.indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/1811/pdf>> Acesso em: 14 jun. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil / Maria Helena Diniz** — 29. ed. — São Paulo: Saraiva. p. 124, 583. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **INFLUÊNCIA DA LEI Nº 13.146/2015 NA TEORIA DAS INCAPACIDADES DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.** RJLB, Ano 2. nº 5. p. 985. 2016. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/5/2016_05_0981_1014.pdf> Acesso em: 15 jun 2018.

GONZAGA, Eugênia Augusta. Conselho Nacional do Ministério Público. **Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência/ Conselho Nacional do Ministério Público.** – Brasília: CNMP. p. 6, 7, 11, 12. 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias/Paulo Lôbo.** – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, p. 409, 424. 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 2, maio. /ago. p. 573-575. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral.** Flávio Tartuce. – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, p. 384. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce.** 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. p. 75. 2015.