

O DIREITO NO CAMINHO DA INCLUSÃO: OS AVANÇOS DO CÓDIGO CIVIL AO TRATAR DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

THE LAW ON THE WAY OF INCLUSION: ADVANCES
OF THE CIVIL CODE IN TREATING OF DISABLED
PEOPLE

EL DERECHO EN EL CAMINO DE LA INCLUSION: LOS
AVANCES DEL CÓDIGO CIVIL AL TRATAR DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. Do código excludente e patrimonialista à constituição cidadã, inclusiva e garantista; 3. A constituição impulsionando a ordem interna e externa; 4. A (in)capacidade no código de 2002: o antes e o depois da lei brasileira de inclusão; 4.1 Interdição: o hiato do direito civil; 4.2 A nova curatela e a ilustre tomada de decisão apoiada; 5. Considerações Finais; Referências.

RESUMO:

O presente trabalho discute mudanças no Código Civil Brasileiro após a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, e apresenta a evolução do tratamento dispensado pela legislação, tomando como base os códigos civis de 1916 e de 2002. É feita uma avaliação acerca dos princípios inclusivos e integradores da Constituição Federal (1988), bem como sua repercussão no ordenamento jurídico. Centraliza a discussão sobre (in)capacidade civil, interdição, curatela e a tomada de decisão apoiada. Para seu des-

Como citar este artigo:
SOUZA, Jeremias,
ALMEIDA, Wolney.
O direito no caminho
da inclusão: os avanços
do código civil ao
tratar das pessoas
com deficiência.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n.28, p. 337-359.

Data da submissão:
22/09/2017

Data da aprovação:
14/06/2018

1. União Metropolitana
de Educação e Cultura -
UNIME-Brasil
2. Universidade Estadual
de Santa Cruz –
UESC-Brasil

linde, optou-se pela realização de uma revisão bibliográfica ancorada na pesquisa documental, permitindo o confronto de doutrinas e a análise crítica das diversas legislações em estudo.

ABSTRACT:

This Article points out changes that have occurred in the Brazilian Civil Code after the publication of the Statute of the Person with Disabilities Act and shows the evolution of the treatment provided by legislation based on the Civil Codes of 1916 and 2002. An assessment is made about inclusive and integrating principles of the Federal Constitution, as well as its repercussion in the legal system. Centralizes the discussion about civil incapacity, interdiction, curatorship and supported decision making. For its demarcation, a bibliographic review was anchored in documentary research, confronting of doctrines and the critical analysis of the various legislations that permeate the object of study.

RESUMEN:

El presente artículo discute cambios en el Código Civil Brasileño después de la edición del Estatuto de la persona con discapacidad, y presenta la evolución del tratamiento dispensado por la legislación, tomando como base los códigos civiles de 1916 y de 2002. Se hace una evaluación sobre los principios inclusivos e integradores de la Constitución (1988), así como su repercusión en el ordenamiento jurídico. Centraliza la discusión sobre (in) capacidad civil, interdicción, curatela y la toma de decisión apoyada. Para su deslinde, se optó por la realización de una revisión bibliográfica anclada en la investigación documental, permitiendo la confrontación de doctrinas y el análisis crítico de las diversas legislaciones en estudio.

PALAVRAS-CHAVE:

Capacidade. Código Civil. Inclusão. Igualdade. Pessoa com deficiência.

KEYWORDS:

Capacity. Civil Code. Inclusion. Equality. Disabled Person.

PALABRAS CLAVE:

Capacidad. Código civil. Inclusión. Igualdad. Personas con discapacidad.

1. INTRODUÇÃO

O direito, enquanto conjunto de normas disposto a disciplinar as relações humanas e organizar a sociedade, precisa acompanhar as transformações sociais, a fim de garantir a máxima proteção de seus tutelados.

Em verdade, o ordenamento jurídico deve ser dinâmico o suficiente para atender aos anseios do povo, resguardar as prerrogativas do Estado e garantir a adequada fruição dos direitos fundamentais. Conforme já previa Ihering¹, o direito não deve figurar como uma pura teoria, mas sim como uma força viva, ou seja, elemento ativo e mutável.

Após o movimento constitucionalista, inaugurado nas Américas pelos Estados Unidos em 1787 e na Europa pelos franceses em 1791, todo ocidente adotou as constituições como cartas políticas, cuja força normativa deve, além de organizar o Estado, sobrepor-se a toda e qualquer outra norma que vier a existir. Em suma, as constituições possuem a função de organizar politicamente o Estado, apresentar, de modo geral, os princípios jurídicos adotados pelo seu povo, bem como servir de ponto de partida para as demais regras que irão compor o ordenamento de uma nação.

Dentre os vários ramos do direito que são subordinados à constituição, temos o direito civil, que didaticamente encontra-se no rol do direito privado, cuja função precípua é disciplinar a existência das pessoas, perpassando pelas suas variadas formas de interação até o fim da vida. Daí revela-se sua importância jurídica, pois é o ramo do direito que nos acompanha desde o nascimento até a nossa morte.

Entre os assuntos disciplinados pelo código civil, a capacidade, sem dúvida, é um ponto que merece bastante atenção, justamente por permitir que as pessoas celebrem acordos e atos jurídicos relevantes à sociedade.

A literatura jurídica brasileira ensina que o direito civil passou por grandes transformações nos últimos cem anos. O código que era conhecido como o cerne do direito e que tratava diretamente das relações patrimoniais, fora aos poucos, ganhando ares de humanidade, tornando-se sensível aos novos parâmetros estabelecidos pela constituição cidadã de 1988.

Os princípios como liberdade, igualdade e solidariedade enraizados em nossa Carta Magna, de certo, irradiou todo o ordenamento jurídico, obrigando os legisladores a dar novos contornos e perspectivas às legislações infraconstitucionais. Um exemplo disso foi a recente retirada da condição de incapaz das pessoas com deficiência, que deixaram de ser sujeitos

de mera capacidade de gozo e passaram a ser detentores de capacidade de fato e/ou exercício.

A história envolvendo as pessoas com deficiência apresenta uma obscura vertente da face humana, quando o homem, movido por um conceito de perfeição, excluía e rejeitava todos que não se enquadravam nos padrões de normalidade estabelecidos pela sociedade. Os surdos, cegos e paraplégicos eram tidos como impuros, castigados pelos deuses e deveriam ser descartados do meio social². Tal visão, completamente deturpada, não condiz com a evolução da sociedade, sobretudo, quando temos a dignidade da pessoa humana como epicentro de todo o ordenamento.

Sendo assim, o legislador, invocando as lições e princípios trazidos na constituição, se viu obrigado a repaginar o nosso direito, de modo a contemplar a igualdade entre os indivíduos, não apenas no âmbito formal, mas também, na ordem material, permitindo que as pessoas com deficiência pudessem conviver em igualdade de direitos com as demais pessoas, ainda que para isso reverberasse alguma forma de aparente privilégio, quando na verdade, apenas insurgia aquilo que, há muito, Rui Barbosa³ defendia, ao dizer que: “a regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam”.

No Brasil, não foi apenas a Lex Mater que clamou pela igualdade e respeito às pessoas com deficiência, mas também outros diplomas legais, como a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo ratificado por meio do Decreto nº 6.949/09, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência de nº 13.146/15, conhecida também, como Estatuto da Pessoa com Deficiência, além de outras legislações extravagantes. Percebe-se, portanto, um movimento contínuo de evolução do direito, que vem influenciando e modificando o código civil.

Sendo assim, nota-se que, enquanto trabalho de conclusão de curso em sede de pós-graduação, este artigo científico, dedica-se a estudar um tema atual e relevante, qual seja: os avanços do código civil ao disciplinar as relações envolvendo as pessoas com deficiência, haja vista que a ordem constitucional é de que vivamos em uma sociedade justa e igualitária, sendo a inclusão um dever do Estado não apenas na ordem do discurso, mas, também na prática legislativa.

Portanto, esta pesquisa busca encontrar caminhos que possam res-

ponder a seguinte questão: quais foram os principais impactos que a Lei Brasileira de Inclusão promoveu no código civil no que tange ao tratamento das pessoas com deficiência? Visando responder tal pergunta, procurou-se, à priori, contextualizar o objeto e apresentar as legislações que ensejaram as mudanças no código civil, como a Constituição Federal de 1988, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a própria Lei Brasileira de Inclusão/Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Nessa toada, a pesquisa se trata de uma revisão bibliográfica das legislações pertinentes, utilizando-se o método de pesquisa documental, apresentando análise dos dados num viés qualitativo e explicativo. Por revisão bibliográfica, entende-se a consulta de doutrinas correlatas e por pesquisa documental a análise crítica da legislação vigente. Neste mister, utilizou-se as contribuições e inferências de autores, tais como: Flávia Piovesan (2013), Pablo Stolze (2015), André Ramos (2016), dentre outros que corroboram com os assuntos aqui tratados.

Na tentativa de apresentar a relevância e complexidade do assunto, foram destacadas algumas inovações legislativas, como a revogação quase que total do artigo 3º do código civil, que versa sobre a capacidade, bem como o surgimento do instituto da tomada de decisão apoiada, que inaugura uma nova forma de resguardar os interesses e vontades da pessoa com deficiência.

Para além das alterações legislativas, este artigo discute como os institutos da interdição e da curatela deverão ser aplicados de agora em diante, uma vez que a deficiência, em regra, não afeta mais a capacidade civil.

Por fim, é feita uma avaliação acerca das principais mudanças inclusivas do Código Civil, revelando os pontos positivos, bem como apontando os caminhos que os operadores do direito deverão trilhar a partir desta nova ordem legal, que é o da igualdade e respeito irrestrito às pessoas com deficiência.

2. DO CÓDIGO EXCLUDENTE E PATRIMONIALISTA À CONSTITUIÇÃO CIDADÃ, INCLUSIVA E GARANTISTA

Entender as relações humanas no âmbito social e nos processos de construção legislativa, requer compreender a sociedade e suas transformações dentro dos contextos históricos, bem como as (re)configurações

da própria relação com o outro, numa perspectiva que alinha os estudos do direito às vertentes socioantropológicas.

Assim, a doutrina jurídica ensina que mesmo após a queda do império continuamos utilizando no Brasil, por determinado período, as Ordenações Filipinas como forma de regular as relações mercantis e sociais existentes no início do século XX. Tal ordenação mesclava os ideais portugueses e espanhóis, que representava a União Ibérica firmada entre as duas coroas.

Nas lições de Orlando Gomes (2003), somente com a edição do Código Civil de 1916, conhecido como o código de Beviláqua⁴, conseguimos nos desvincular, substancialmente, das influências portuguesas. Entretanto, preservou-se, no código que surgia, uma série de costumes e princípios da época, cuja proteção precípua visava resguardar o tripé: família, patrimônio e contrato.

Nesta toada, assevera Fachin que:

Os três pilares fundamentais, cujos vértices se assentam a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas (FACHIN, 2003, p. 12).

Percebe-se, portanto, que o tripé retromencionado é fruto de uma sociedade que deixava de ser colônia para sentir os impactos do liberalismo econômico trazidos pela república.

A sociedade brasileira daquele período era composta por agricultores, comerciantes, coronéis, escravos recém-libertos e índios. Sendo assim, os latifundiários e grandes agricultores, além de serem os detentores das terras, dominavam o cenário político do país, razões pelas quais utilizaram suas influências para tornar o código civil numa oportunidade de afastar o controle do Estado de seus negócios, como também de garantir a preservação de seus interesses possessórios e patrimoniais.

Nota-se, portanto, que o primeiro código civil brasileiro fora pautado por interesses econômicos e liberais, numa época onde não se difundiam preceitos como a dignidade humana, inclusão, igualdade e justiça social. O debate envolvendo “igualdade e justiça tem, na problemática da

inclusão/exclusão, relevância importante, pois, por meio de estratégias de poder, são definidos quais grupos participam dessa relação” (ALMEIDA, 2008, p. 13). Dessa forma, diversos pontos foram tratados com um viés excludente. Dentre estes pontos estavam o regramento envolvendo as pessoas com deficiência.

Registra-se que neste período não existia qualquer lei voltada à inclusão, ao revés, o direito criava mecanismos que afastavam as pessoas com deficiência das relações jurídicas, como se observa, por exemplo, na redação do artigo 5º, incisos II e III do CC/16 que previam ser absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil os loucos de todo gênero (incluindo aqui as pessoas com deficiência intelectual) e os surdos mudos (atualmente denominados apenas como surdos).

Outro exemplo de exclusão da pessoa com deficiência nas relações jurídicas era a existência do artigo 142 e seus incisos I e II, que não admitiam como testemunhas as pessoas com deficiência intelectual (loucos na redação do antigo código), bem como os cegos e os surdos, quando a ciência do fato que se queria provar, dependessem dos sentidos que lhes faltavam.

A postura adotada pelo código em questão, remonta à primeira fase do tratamento da sociedade às pessoas com deficiência, que, conforme explicita Piovesan (2013), era marcada pela intolerância e discriminação. Neste período, as pessoas com deficiência eram segregadas da comunidade e, muitas delas, eram internadas em instituições mantidas sob condições precárias.

Vale ressaltar que na vigência do código de 1916, não se encontrando a pessoa com deficiência afastada do meio social por internamento, esta se encontrava presa ao instituto da curatela, conforme previam os incisos I e II do artigo 446 da referida lei. Deste modo, pode-se concluir que o código civil de 1916 era completamente alheio ao grupo de pessoas que apresentava sinais de deficiência. Em verdade, o diploma, também, fortalecia a invisibilidade destas pessoas que, conforme assinala Piovesan (2013), é a representação que marca a segunda fase do olhar da sociedade para com os sujeitos com deficiências.

Vale destacar que o Código Civil de 1916 acompanhou os avanços e crescimento da sociedade brasileira em diversos aspectos. Na visão de Pedro Lenza (2015), foi a lei civil federal que caminhou junto às diversas

constituições, sobrevivendo ao surgimento e as quedas das constituições de: 1934, que fortaleceu a corrente igualitária ao garantir o direito do voto às mulheres e trouxe avanços sociais, como a criação da Justiça do Trabalho; 1937, conhecida como constituição polaca, justamente por ter sido baseada no modelo autoritário polonês; 1946, que ressuscitou as liberdades outrora suprimidas na constituição anterior; 1967, dando legitimidade ao regime militar para assumir o país; 1969, que muitos consideram uma emenda à constituição de 67; e por fim, a atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que de tão programática e garantista, fora batizada por Ulysses Guimarães de “Constituição Cidadã”⁵.

Impende mencionar que a Constituição de 1988, que significou uma migração entre o regime ditatorial à democracia, não só manteve os direitos assegurados em constituições anteriores, como também conferiu tratamento especial às pessoas com deficiência. Corroborando com tal raciocínio, a pesquisadora Flávia Piovesan elucida que:

A Carta brasileira de 1988, ao revelar um perfil eminentemente social, impõe ao poder público o dever de executar políticas que minimizem as desigualdades sociais e é neste contexto que se inserem os sete artigos constitucionais atinentes às pessoas com deficiência. Esses dispositivos devem ser aplicados de modo a consagrar os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da cidadania e da democracia. Vale dizer, a elaboração legislativa, a interpretação jurídica e o desenvolvimento das atividades administrativas devem se pautar por esses princípios, a fim de alcançar o ideal de uma sociedade mais justa, democrática e igualitária (PIOVESAN, 2013, p. 429).

Depreende-se, assim, que a nova Constituição inaugurou um modelo programático/protetivo e como se trata da lei maior do país, impõe a todo ordenamento jurídico submissão às suas normas e princípios, sob pena de não recepção das leis anteriores e inconstitucionalidade das posteriores à sua promulgação.

Insta trazer à baila alguns artigos onde a Constituição demonstra preocupação direta no regramento das pessoas com deficiência. O artigo 7º, inciso XXXI, por exemplo, consagra o princípio da não discriminação, ao proibir qualquer diferenciação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência. Já o artigo 208, por sua vez, asse-

gura o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, refletindo um tratamento de humanidade e inclusão, pouco explorado nas legislações anteriores.

Ao discorrer sobre a não discriminação, André de Carvalho Ramos explicita que:

Este princípio de antidiscriminação acarreta a reflexão sobre a necessidade de políticas públicas para que seja assegurada a igualdade material, consolidando a responsabilidade do Estado e da sociedade na eliminação das barreiras à efetiva fruição dos direitos do ser humano. Assim, não se trata mais de exigir da pessoa com deficiência que esta se adapte, mas sim de exigir, com base na dignidade humana, que a sociedade trate seus diferentes de modo a assegurar a igualdade material, eliminando as barreiras à sua plena inclusão (RAMOS, 2016, p. 45).

Vê-se, portanto, que com o surgimento da CRFB/88 saímos de um regramento excludente para uma nova ordem jurídica, que enxerga as pessoas com deficiência como detentoras de direitos iguais as demais pessoas da sociedade.

Tal realidade, na ótica de Piovesan (2013), aponta à transição existente entre a terceira fase - caracterizada pelo assistencialismo-, à quarta fase, que irradiada pelos direitos humanos, prevê uma mudança metodológica nas relações existentes entre a sociedade e a pessoa com deficiência, sendo que o problema da limitação não deve ser visto como da pessoa, mas sim como da sociedade a qual ela está inserida.

3. A CONSTITUIÇÃO IMPULSIONANDO A ORDEM INTERNA E EXTERNA

Conforme já salientado, após a promulgação da Constituição de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro começou a trilhar seus novos passos no sentido da inclusão e da proteção das pessoas com deficiência.

Em decorrência do princípio da máxima efetividade da constituição, os magistrados, os legisladores e demais atores sociais passaram a atuar no sentido de atingir a máxima efetividade das normas constitucionais. Tratando do referido princípio, Canotilho apud Lenza (2015, p. 157) esclarece que “embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas, é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos

fundamentais”.

Sendo assim, várias legislações foram criadas no âmbito interno com o objetivo de dar vazão aos ditames estabelecidos na constituição. Dentre elas, podemos citar a lei nº 7.853/89, que trata do apoio e integração das pessoas com deficiência; o Decreto nº 3.298/99, que dispõe sobre a política nacional para a integração da pessoa com deficiência; a lei nº 10.098/00, conhecida como lei da acessibilidade, dentre outras.

Justamente pensando na preservação dos direitos fundamentais, como também na expansão dos direitos humanos é que o Brasil, em 2008, ratificou a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que passou a vigorar no âmbito externo em 31 de agosto daquele ano e no âmbito interno, em agosto de 2009, por meio do Decreto nº 6.949⁶.

Cumprе trazer a lume que a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é a única, até hoje, que fora aprovada nos moldes no artigo 5º, LXXVIII, § 3º da Constituição Federal que diz que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Logo, são tidos como normas constitucionais fundamentais, assumindo caráter de cláusulas pétreas, conforme previsão do artigo 60, §4º da própria Constituição.

Uma contribuição salutar trazida pela Convenção foi a definição de quem seriam os sujeitos com deficiência. De acordo com seu artigo 1º, tais pessoas “são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

Para além de conceituar de modo mais preciso quem seriam as pessoas com deficiência, o artigo 3º da Convenção concretiza os princípios gerais que devem disciplinar as relações envolvendo as pessoas com deficiência, quais sejam: o respeito pela dignidade; a não discriminação; a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; o respeito pela aceitação; a igualdade de oportunidades; a acessibilidade; a igualdade entre homens e mulheres; e o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito destas preservarem a sua identidade.

Deste modo, é inegável que a legislação tenha avançado no sentido de proteger e garantir a participação das pessoas com deficiência na vida social. Todavia, o grande rompimento de paradigmas, talvez só tenha acontecido com a edição da lei nº 13.146/15, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, justamente por esta conseguir alterar drasticamente disposições relevantes do código civil em vigor.

4. A (IN)CAPACIDADE NO CÓDIGO DE 2002: O ANTES E O DEPOIS DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

Após a vigência de quase um século do Código Civil de 1916, a sociedade percebeu que era preciso modernizar os conceitos, trazer à tona uma nova lei que refletissem os conflitos e interesses da coletividade que se preparava para o mundo pós-moderno.

Deste modo, antes mesmo da redemocratização do país, em 1975 o Poder Executivo enviou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 634, que instituiu o novo código civil. Tal projeto só viria a ser aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Poder Executivo em 10 de janeiro de 2002, ou seja, após 27 anos de tramitação.

Em decorrência da longa tramitação do código, esperava-se que este fosse, de fato, inovador, todavia, a doutrina não poupou críticas, tendo em vista que o referido diploma foi silente ao tratar de assuntos contemporâneos importantes, como “a fertilização in vitro e a inseminação artificial, a importância do exame de DNA na determinação da filiação, as relações estáveis entre pessoas do mesmo sexo, as consequências jurídicas da utilização da internet, dentre outros” (FARIAS E ROSENVALD, 2012, p. 47).

Talvez a maior vantagem na procrastinação da tramitação do código tenha sido o fato dele ter sido aprovado, somente, depois da promulgação da Constituição de 1988, ou seja, já entrou em vigor se adequando à nova perspectiva de constitucionalização do direito civil.

Conforme apresentado em capítulo anterior, o código de Beviláqua era extremamente patrimonialista e, embora o novo código também tivesse por obrigação que se ater às questões possessórias e patrimoniais, este surge numa época onde os princípios constitucionais já não eram vistos como meros postulados, mas sim, como verdadeiras normas jurídicas. Sendo assim, a lei civil, embora continue sendo um direito essencialmente

privado deve ser interpretado do conforme a Constituição.

Ao analisarmos as inovações trazidas na parte geral do Código de 2002, sem dúvida, podemos apontar a alteração da maioridade civil, que diminuiu dos 21 para os 18 anos como a mais emblemática. Além disso, o novo código demonstrou bastante atenção aos direitos da personalidade, envolvendo neste caso a integridade física, o direito ao nome e sua proteção em face da comercialização e outros direitos ligados à privacidade.

Por outro lado, ao tratar da (in)capacidade, o código pouco inovou na sua versão original. Na visão majoritária da doutrina, “a incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei acha indispensáveis para que ela exerça os seus direitos direta e pessoalmente” (RODRIGUES, 2002, p. 41).

Neste ponto, o que se observa é que o diploma civil de 2002 manteve a postura excludente que o seu antecessor já fazia, mudando apenas a redação, vejamos:

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

I – os menores de dezesseis anos;

II – os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. (Art. 3º do Código Civil, Lei nº 10.406/2002)⁷.

Registra-se que a redação acima vigorou até janeiro de 2016, conforme veremos adiante. Deste modo, nota-se que, mesmo a Constituição apontando para o caminho da inclusão, o Código sustentou a incapacidade absoluta das pessoas com deficiência como uma regra.

Não obstante as orientações constitucionais, a Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo que fora aprovada com força de emenda constitucional em 2009, não foi cogente o suficiente para alterar a disposição do referido código.

Portanto, somente com a edição da Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/15 é que os sujeitos com deficiência deixaram de integrar o rol dos absolutamente incapazes. Na ótica do civilista Pablo Stolze o referido estatuto “pela amplitude do al-

cance de suas normas, traduz uma verdadeira conquista social. Trata-se, indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis” (STOLZE, 2015, p.1).

De fato, a LBI surge como um documento que além de propiciar a inclusão, tem por objetivo alterar outras normas já existentes, como forma de harmonizá-las à Convenção Internacional. Existem vários exemplos de leis que foram alteradas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, tais como: o código eleitoral, o código de defesa do consumidor, o estatuto das cidades, a consolidação das leis do trabalho e, como já previsto, o código civil.

A despeito disso, o artigo 6º da lei LBI trouxe uma inovação, deveras, libertadora, senão, vejamos:

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

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

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

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

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

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (Art. 6º da LBI, Lei nº 13.146/15).

Como podemos observar, após a redação do artigo 6º da LBI, encontramos diante de um aparente conflito normativo.

No ordenamento jurídico, o fenômeno da antinomia jurídica ocorre quando dois ou mais diplomas legais regulam a mesma situação de forma conflitante. No caso em apreço, o que aconteceu após o surgimento a LBI foi uma espécie de antinomia aparente, pois se de um lado o código civil de 2002 previa a incapacidade absoluta das pessoas com deficiência, a depender do grau desta deficiência; do outro, o estatuto da pessoa com

deficiência previu que a deficiência não afeta a plena capacidade.

Para solução do impasse, relembra Farias e Rosenvald (2012) que a doutrina traz os critérios: hierárquico (*Lex superior derogat legi inferior*), cronológico (*Lex posterior derogat legi priori*) e da especialidade (*Lex specialis derogat legi generali*). Conforme se pode observar, a LBI possui a mesma hierarquia do Código Civil, pois ambas são leis federais. Entretanto, além de ser uma lei mais nova, está presente o quesito da especialidade, tendo em vista que regula especificamente as relações envolvendo pessoas com deficiência.

Deste modo, não restou outra opção ao próprio legislador senão revogar os incisos do código civil que tratavam a deficiência como causa de incapacidade absoluta, ficando a redação de seu art. 3º limitada a dizer que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.

Nesta toada, a deficiência não é causa suficiente para enquadrar qualquer pessoa no rol dos absolutamente incapazes, restando claro que, somente, os menores de 16 continuam suportando esta condição.

Para além das alterações significativas existentes no artigo 3º, a LBI, também, alterou o artigo 4º, que trata dos relativamente incapazes, ou seja, aqueles que podem praticar determinados atos assistidos por um plenamente capaz. Houve, assim, a supressão do inciso II que agregava à condição de relativamente incapaz aqueles que por deficiência mental tinham o discernimento reduzido e o inciso III, que tratava dos excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, deixando o texto civil da seguinte forma:

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

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

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

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

IV - os pródigos (Art. 4º do Código Civil, Lei nº 10.406/2002).

Analisando a nova redação do artigo 4º do Código Civil, percebemos que para uma pessoa com deficiência ser tida como relativamente inca-

paz, ela deve estar impossibilitada de modo transitório ou permanente, de exprimir a sua vontade. Logo, o surdo que se utiliza da língua brasileira de sinais (libras), da escrita ou qualquer outra forma de expressão, não poderá jamais ser tido como incapaz, ainda que relativamente. O mesmo ocorre com o cego que domina o braille⁸, o surdo-cego que utiliza o tadoma⁹, ou qualquer outra pessoa com deficiência que consiga ter sua vontade entendida.

4.1 Interdição: o hiato do direito civil

Apropriando-se dos ensinamentos do ilustre processualista Elpídio Donizetti, poderíamos conceituar a interdição ou curatela dos interditos como sendo “o procedimento judicial, de jurisdição voluntária, através do qual se investiga e se declara a incapacidade de pessoa maior, para o fim de ser representada ou assistida por curador” (DONIZETTI, 2014, p. 1.089).

Levando em conta o código civil antes da edição Lei nº 13.146, podemos inferir que a interdição recaia sobre pessoa maior e acometida por alguma anomalia psíquica, deficiência auditiva (surdez) ou prodigalidade.

Ocorre que, como já visto, a deficiência não mais afeta a plena capacidade do sujeito. Ademais, o artigo 84 da Lei Brasileira de Inclusão consagra o reconhecimento da igualdade quando prevê que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”. Logo, o instituto da interdição, revela-se, a partir de agora, uma contradição em termos.

É importante frisar que a doutrina sempre manteve severas críticas ao instituto da interdição. Vejamos a discussão proposta pelos civilistas Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, ainda, antes da existência do estatuto da Pessoa com Deficiência:

É preciso compatibilizar a interdição com a tábua axiológica constitucional, razão pela qual a retirada da plena capacidade jurídica de uma pessoa somente se justifica na proteção de sua própria dignidade, devendo o juiz, em cada caso, averiguar o grau de incapacidade pelos efeitos existenciais, e não pelas consequências econômicas da interdição (FARIAS E ROSENVALD, 2012, p. 333).

Atualmente a doutrina se divide sobre a aplicação da interdição. Na perspectiva do professor Paulo Lôbo, a interdição não deve mais existir, uma vez que perecendo a condição de absolutamente incapaz do maior de

idade, resta ineficaz a sua aplicação. “Não há que se falar mais de ‘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” (LÔBO, 2015, p. 1).

Divergindo desta opinião, Pablo Stolze defende a ideia de que o instituto da interdição persiste, entretanto, de modo mais brando. Além disso, na visão do civilista, o curador não mais será dotado de grandes poderes como outrora. “O procedimento de interdição (ou de curatela) continuará existindo, ainda que em uma nova perspectiva” e complementa, “desaparece a figura da ‘interdição completa’ e do ‘curador todo-poderoso’ e com poderes indefinidos, gerais e ilimitados” (STOLZE, 2016, p. 7).

Independentemente de a doutrina apresentar divergências acerca do instituto da interdição, ela continua sendo disciplinada pelo Código de Processo Civil, a partir do artigo 747.

Neste giro, parece mais razoável se pensar que os institutos cabíveis às pessoas com deficiência, após a implantação da LBI, seriam a curatela e a tomada de decisão apoiada, haja vista que ambos não recaem sobre os absolutamente incapazes e possuem previsão tanto na lei 13.146/15, como também foi acrescido ao código civil de 2002. Inclusive, o próprio Pablo Stolze (2016) acredita que as interdições em curso ou já findas devem ser convertidas em tomadas de decisões apoiadas ou possuírem efeitos de curatela, uma vez que os interditandos ou interditados tornaram-se capazes, sob a ótica da nova legislação. “Não sendo o caso de se converter o procedimento de interdição em rito de tomada de decisão apoiada, a interdição em curso poderá seguir o seu caminho, observados os limites impostos pelo Estatuto, especialmente no que toca ao termo de curatela” (IDEM e IBDEM, p. 10).

Vale lembrar que o direito ainda não se materializou acerca desta novidade, portanto, escassas ou inexistentes são as jurisprudências nesse sentido. Em verdade, não só a sociedade está se adequando às inovações trazidas pela LBI, como também o ordenamento jurídico, que ainda não se manifestou de modo preciso sobre o tema.

4.2 A nova curatela e a ilustre tomada de decisão apoiada

A existência da curatela, de per si, não retrata nenhuma novidade em nosso ordenamento jurídico. Em verdade, ela funcionava como a conse-

quência lógica da interdição, ou seja, uma pessoa era interditada e o juiz precisava nomear-lhe um curador.

A doutrina não poupava críticas ao sistema, uma vez que os códigos sempre deixaram evidente que a preocupação patrimonial era maior do que a existencial. Oportuna é a “crítica centrada na justificativa do legislador de que a proteção ao incapaz é fruto de sua falta de discernimento para administrar pessoalmente os seus interesses, tomando o conceito em sentido patrimonial” (FARIAS E ROSENVALD, 2012, p. 344).

Na redação do antigo código de 1916, estavam sujeitos à curatela os “loucos”, “surdos-mudos” sem a habilidade de manifestarem suas vontades e os pródigos. O código civil de 2002, por sua vez, alterou a redação e ampliou o leque dos possíveis curatelados, senão vejamos:

Art. 1767. Estão sujeitos à 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 sua vontade;

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

IV – os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V – os pródigos (Art. 1.767 do Código Civil, Lei nº 10.406/2002)¹⁰.

Com o fortalecimento do princípio da igualdade constante no art. 84 da Lei Brasileira de Inclusão, a curatela passou a ser limitada, somente, às questões de natureza patrimonial e negocial, conforme disposição expressa de seu art. 85.

Além disso, o Código Civil teve sua redação alterada, afirmando que: “estão sujeitos à curatela: I – aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; os pródigos” (Art. 1.767 do CC/02 após edição da LBI).

Deste modo, apenas os relativamente incapazes poderão ser atingidos pela curatela e, no caso da pessoa com deficiência, somente aquela que não puder exprimir a sua vontade poderá ter seus direitos restringidos. Os parágrafos constantes no art. 85 da lei 13.156, ainda, vaticinam que:

§1º a definição da curatela não alcança o direito ao próprio

corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. § 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado (§1º e §2º da Lei 12.156/15).

Percebe-se, portanto, que a pessoa com deficiência possui total direito sobre seu corpo, escolhas de ordem social, como educação e saúde. Ademais, o instituto da curatela passou, após a edição da LBI, a ser medida vista como extraordinária.

Por seu turno, o estatuto inaugurou um novo instituto, chamado de: tomada de decisão apoiada, que de acordo com a legislação, é medida facultativa do sujeito com deficiência. A novidade está presente no art. 84, §2º do estatuto e traz uma nova forma de resguardar os direitos e interesses das pessoas com deficiência. De acordo com a nova redação dada ao Código Civil de 2002:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade (CÓDIGO CIVIL DE 2002).

Como podemos observar a tomada de decisão apoiada é uma faculdade atribuída à pessoa com deficiência para que ela indique duas ou mais pessoas para te aconselhar nos atos da vida civil. É importante frisar que a inexistência de apoiadores juntos à pessoa com deficiência não implica em nulidades dos atos, até porque, trata-se de uma situação meramente facultativa.

Uma característica interessante deste instituto é que ele deverá ser reduzido a termo, devendo constar os limites do apoio e os compromissos dos apoiadores, além do prazo de vigência do acordo, bem como o respeito aos interesses e direitos da pessoa a ser apoiada. Logo, os apoiadores não poderão opinar sobre todos os atos da vida da pessoa com deficiência, mas somente naqueles limitados no termo firmado entre ambos.

O parágrafo 2º do art. 1.783 do código civil, afirma que a tomada de decisão apoiada será requerida por aquele que dela necessita, ou seja, a pessoa com deficiência que julgar necessário ter apoiadores é quem deve-

rá requerer e indicar as pessoas que assumirão o múnus. Cabe mencionar que o juiz acompanhado de equipe multidisciplinar e, após oitiva do Ministério Público, ouvirá tanto o requerente da tomada, quanto os possíveis apoiadores.

Após a formalização do ato, o instituto produzirá seus efeitos, inclusive, diante de terceiros, que poderão solicitar assinatura dos apoiadores nos negócios firmados com a pessoa com deficiência. É imperioso lembrar que, caso exista algum ato que represente prejuízo relevante à pessoa com deficiência e, havendo divergência entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, ficará a cargo do juiz decidir qual medida tomar, após ouvido o Ministério Público. Tal situação é fruto da inteligência do art. 1.738-A, §6º do código, após nova redação dada pela lei nº 13.146.

Insta trazer à baila que se o apoiador agir com negligência, pressionar ou não adimplir as suas obrigações, este estará sujeito a sofrer denúncia de qualquer pessoa para o Ministério Público. Registra-se, ainda, que se aplica à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de conta do instituto da curatela, logo, os apoiadores precisam atuar com integridade e respeito, evitando lesar o apoiado.

Sem embargos disso, havendo alguma denuncia e esta sendo procedente, “o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio” (1.738-A, §8º do Código Civil).

O mais interessante é que a pessoa com deficiência poderá, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de decisão apoiada, representando assim a total liberdade de suas escolhas.

Vê-se, que o instituto apresenta certa flexibilidade, deixando a pessoa com deficiência livre para escolher quem serão seus apoiadores como também os assuntos que eles poderão/deverão opinar. A elasticidade do instituto, de certo, facilitará a sua execução e dará maior segurança à pessoa com deficiência para realizar negócios, como priorizará sua liberdade de escolhas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após as discussões travadas no corpus da pesquisa, restou evidente que o Código Civil Brasileiro sofreu diversas modificações para se adequar às novas disposições trazidas pela Lei Brasileira de Inclusão. Nota-se,

em verdade, que a LBI veio solidificar os princípios protetivos previstos na Constituição Federal, como também dar maior efetividade às disposições já previstas na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

A Constituição Federal, ao adotar a dignidade humana como princípio basilar do ordenamento jurídico, impôs ao Estado a obrigatoriedade de tratar o homem como um fim em si mesmo. Desta forma, a busca pela igualdade não deve mais se restringir ao âmbito formal, mas também, deve ser aplicada de forma concreta e material.

A pessoa com deficiência não deve ser reputada como incapaz ou ter seus direitos limitados em decorrência da debilidade que apresenta, seja ela física ou psíquica. Na ótica civil-constitucional, justamente em decorrência da igualdade substancial aclamada pela Constituição, os sujeitos com deficiência dispõem dos mesmos direitos e garantias fundamentais que qualquer outra pessoa, logo, não existe qualquer motivo que justifique a condição de incapaz.

É fato que o código civil acabou se adequando à nova ordem civil-constitucional, ora suprimindo os termos com teor excludente, ora aceitando que novos institutos surgissem e disciplinassem as relações envolvendo as pessoas com deficiência. Constata-se que a modificação do artigo 3º do código, que atendeu as diretrizes da LBI, ao dizer que a deficiência não afeta a capacidade, representa uma mudança de paradigmas e um avanço substancial na luta pela igualdade e inclusão.

Por outro lado, percebe-se que novos desafios estão sendo lançados ao universo jurídico, como, por exemplo, os rumos do instituto da interdição, que ainda causa certa celeuma na doutrina. Em que pese não haja uma concordância teórica acerca de sua aplicação, a legislação traz outro instituto, como a curatela, que poderá ser utilizada em casos excepcionais para tratar de assuntos que envolvam o patrimônio e as finanças da pessoa com deficiência.

Para além da interdição e da curatela, o Estatuto da Pessoa com Deficiência inaugura no ordenamento o instituto da tomada de decisão apoiada, que representa uma nova forma de garantir os interesses da pessoa com deficiência, respeitando a sua disposição de vontades. O fato de tal instituto ser facultativo, limitado e poder, a qualquer tempo, ser rompido pelo seu proponente, revela a flexibilidade do instituto, que deve ser enca-

rado pela sociedade como um acessório e não uma regra.

Sabe-se que a luta pela inclusão no Brasil perpassa pelos mais variados aspectos. As barreiras físicas e sociais existentes, ainda, são grandes, mas a mudança da legislação já sinaliza uma proeminente melhora nas tratativas sociais e jurídicas que envolvem o tema.

Nesta senda, faz-se mister que os operadores do direito estejam a par das inovações trazidas pela Lei Brasileira de Inclusão, para que possam explorar de modo profícuo os novos institutos e prerrogativas existentes, evitando-se atropelos jurídicos e/ou exclusões sociais, garantindo-se a efetividade da defesa dos direitos e a contínua luta pela justiça envolvendo as pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Wolney Gomes. **Surdez e cidadania: um olhar sobre a inclusão social e as políticas públicas no contexto turístico**. Ilhéus, 2008. Dissertação (Mestrado em Cultura e Turismo). Universidade Estadual de Santa Cruz, Ilhéus, 2008. Disponível: <http://www.uesc.br/cursos/pos_graduacao/mestrado/turismo/dissertacao/mono_wolney.pdf>.

BRASIL, Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____, Diário Oficial da União. **Código civil**. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.

_____, Diário Oficial da União. **Código civil dos estados unidos do Brasil**. Lei nº 3.071 de 1º de Janeiro de 1916.

_____, Diário Oficial da União. **Convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo**. Decreto nº 6.949 de 25 de Agosto de 2009.

_____, Diário Oficial da União. **Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência**. Decreto nº 13.146 de 06 de julho de 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

LÔBO. Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. In: **Revista consultor jurídico**. ISSN 1809-2829. 16 de agosto de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/>>

processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>, acessado em 27 de abril de 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 10ª ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPODIVM, 2012.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19ª Ed. ver. atual e ampl., São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 13ª edição, rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 3º ed. rev. atual e ampl., São Paulo: Saraiva, 2016.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

STOLZE, Pablo. É o fim da interdição? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, nº 4605, 9 de fevereiro de 2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/46409>>. Acessado em 27 de abril de 2017.

_____. Estatuto da pessoa com deficiência e sistema de incapacidade civil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41381>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

Notes

- 1 Alusão ao pensamento do jusfilósofo Rudolf Von Ihering ao tratar da evolução do direito em sua clássica obra “A luta pelo Direito”.
- 2 Conclusão obtida por meio dos estudos de Piovesan (2013) ao tratar das quatro fases de interação das pessoas com deficiência na sociedade.
- 3 Célebre frase de Rui Barbosa extraído do homônimo texto “Oração aos moços”, quando instado a tratar do conceito de e do ideal de igualdade.
- 4 Alusão a Clóvis Beviláqua, jurista cearense que redigiu, de próprio, punho o Código Civil de 1916.
- 5 Menção histórica feita pelo Presidente da Câmara dos Deputados na Assembleia Nacional Constituinte que promulgou a Constituição de 1988.
- 6 É imperioso lembrar que tal Convenção fora ratificada após a existência

do novo e atual código civil de 2002, que por questões didáticas, deverá ser analisado e discutido em outro capítulo mais adiante.

7 Redação antes da Lei Brasileira de Inclusão.

8 Sistema universal de leitura para cegos.

9 Sistema de comunicação utilizada pelo surdo-cego que consiste em utilizar o tato na face do ouvinte (boca e queixo) para compreender o que este está falando.

10 Redação antes da aplicação da Lei Brasileira de Inclusão.

