XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES II

LUCIANA COSTA POLI

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI SANCHES

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito de família e sucessões II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Luciana Costa Poli, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-307-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito de Família. 3. Direito das Sucessões. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o grupo de trabalho Direito de Família e Sucessões II quanto ao XXV Encontro Nacional do CONPEDI promovido em conjunto pelo CONPEDI e pelo Programa de Mestrado em Direito da Unicuritiba realizado em Curitiba - PR entre os dias 7 e 10 de dezembro de 2016 no campus da UNICURITIBA.

Trata-se de obra que reúne artigos de temas diversos atinentes ao direito das famílias e sucessões que foram apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho de Direito das Famílias e Sucessões II, coordenado pelas ora Organizadores da obra. Compõe-se o livro de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes com especial repercussão social nas relações privadas familiares e no direito sucessório.

O livro apresentado ao público possibilita uma acurada reflexão sobre tópicos contemporâneos e desafiadores do direito civil. Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos aliado a uma visão atual da jurisprudência. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do nosso sistema jurídico.

Reflete a obra o fortalecimento e amadurecimento do Grupo de Trabalho Direito de Família e Sucesões II e contribui para o aprimoramento da nossa comunidade científica, permitindo o acesso dos leitores a discussões relevantes e atuais que permeiam o nosso cotidiano. Demonstra a necessidade de discussão e reconstrução dos parâmetros normativos, deontológicos e axiológicos do ordenamento jurídico brasileiro para a efetivação dos objetivos insculpidos na Constituição Federal de 1988. As discussões emergem a necessidade de se verter no ordenamento não apenas a aplicação fria e estéril da lei, mas principalmente as decorrências, implicações ou exigências dos princípios insertos no Texto Constitucional.

A coletânea ora reunida é um convite a uma leitura prazerosa de diversos nuances do Direito de Família e Sucessões apresentado nessa obra com todo o dinamismo que lhes são característicos. Denota a obra um amadurecimento acadêmico e o comprometimento com a

formação de um pensamento crítico a fomentar uma análise contemporânea do Direito de Família como importante instrumento de efetiva implantação dos princípios constitucionais que devem orientar o legislador no disciplinamento das vicissitudes que afetam a dinâmica da vida em sociedade.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do direito de família visando ainda o incentivo a demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta obra fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do direito compreendam as múltiplas dimensões que o direito de família assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada

Na oportunidade, as Organizadoras prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da obra pelo comprometimento e seriedade demonstrado nas pesquisas realizadas e na elaboraçao dos textos que propiciaram a elaboraçao dessa obra coletiva de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa e crítica do Direito de Família e Sucessões que se apresenta nessa obra de forma dinâmica e comprometida com a formaçao de um pensamento crítico a possibilitar a construção de um direito civil cada vez mais voltado à concretização de valores caros ao Estado Democrático de Direito.

Dezembro de 2016.

Profa. Dra. Luciana Costa Poli - PUCMINAS

Profa. Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - Universidade Nove de Julho

OS IMPACTOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO REGIME DAS INCAPACIDADES

THE IMPACTS OF THE STATUTE OF THE PERSON WITH DISABILITY ON THE REGIME OF INCAPACITY

Flávio Hermanny Filho

Resumo

O Estatuto da Pessoa com Deficiência introduziu uma reforma expressiva no ordenamento jurídico brasileiro sendo um tema de relevo na atualidade considerando seu impacto no instituto da curatela e no regime das incapacidades. Com o objetivo de evidenciar os aspectos positivos e negativos das alterações introduzidas, pretende-se defender a hipótese de que as mudanças no rol das incapacidades trouxe grandes prejuízos aos vulneráveis tomando como marco teórico a lei e a doutrina especializada sobre o tópico em tela. Com isso se espera defender a necessidade de reforma da legislação para ampliar a proteção dos vulneráveis como era na legislação passada.

Palavras-chave: Regime das incapacidades, Deficiência, Curatela

Abstract/Resumen/Résumé

The reform introduced by the statute of the person with disability in the Brazilian legal system is an important issue at the present time considering its impact on the institute of curatorship and the regime of incapacity. In order to highlight the positive and negative aspects of the changes, intended to defend the hypothesis that the changes brought great harm to the vulnerable, taking as theoretical base the law and specialized teaching on the topic screen. It hopes to defend the need for reform on the legislation to extend the protection of the vulnerable as it was in past legislation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Regime of incapacity, Disability, Curatorship

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, pesquisadores têm analisado os efeitos das alterações introduzidas pela lei 13.146 de 7 de julho de 2015, conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Os posicionamentos se divergem em duas vertentes: a primeira condena as modificações, pois entende que a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada por meio de um sistema mais intervencionista tendo em vista a necessidade de proteção dos vulneráveis (dignidade-vulnerabilidade). A segunda vertente aplaude a inovação, pela tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão social e da não discriminação, que sustentam a garantia de capacidade plena aos deficientes (TARTUCE, 2015).

Nelson Rosenvald (2015) explica que o texto normativo materializou a Convenção de Nova York da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), causando acentuada repercussão sobre todo o sistema jurídico, principalmente no plano do direito civil. À primeira vista, afirma que o diploma legal causou grande repúdio na comunidade civilista brasileira, não pela sua edição, porque se trata de uma legislação necessária tendo em vista que a promulgação do Decreto nº. 6.949, de 25 de agosto de 2009, mas pela implementação de conceitos que modificaram e revogaram várias medidas protetivas, costumes e práticas vigentes.

A reforma conduzida pelo novo texto normativo, como forma de materializar as novas diretrizes constitucionais para o tratamento das pessoas com deficiência, proporcionou mudanças em diversos institutos legais. Isso porque a Convenção de Nova Iorque é um tratado de direitos humanos e, por consequência, recepcionado como emenda constitucional como prevê o art. 5º, § 3º, da CF/1988 e o Decreto 6.949/2009. Com o ingresso da CDPD em nosso ordenamento jurídico, o vocábulo *interdição* deve ser apagado da ordem infraconstitucional; tem-se a necessidade do aperfeiçoamento do instituto da curatela como instrumento de preservação da autonomia dos deficientes; a materialização das responsabilidades do Poder Público em relação à promoção da inclusão social e a exigência de construção de políticas inclusivas consentâneas com o direito fundamental de respeito à dignidade e identidade das pessoas com deficiência etc.

Essas foram algumas das mudanças positivas proporcionadas pelo novo diploma legal nas quais a segunda vertente de doutrinadores baseia seu posicionamento para sustentar o sucesso da reforma. Entretanto, reconhecidas as medidas positivas, a primeira corrente destaca que nem todas as alterações podem ser consideradas uma vitória. De acordo com Pablo Stolze

(2015), com a entrada em vigor do Estatuto, a pessoa com deficiência – aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, nos termos do art. 2º do texto normativo – passa a não ser presumidamente considerada civilmente incapaz, na medida em que os arts. 6º e 84, do mesmo diploma, deixam claro que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. Essa alteração, apesar de aparentar inclusiva e socialmente adequada, como será abordado nesse trabalho, gera vários prejuízos para os deficientes na âmbito da sua proteção.

Esse trabalho contribui para a discussão de como os novos institutos introduzidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência afetam o ordenamento jurídico brasileiro para ao final tomar posição quanto aos posicionamentos divergentes da doutrina. O trabalho usa a Lei 13.146/15, Estatuto da Pessoa com Deficiência, e a Convenção de Nova Iorque da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como referenciais teóricos de investigação, assim como a interpretação doutrinária mais atualizada - Tratado de Direito das Famílias, em especial o capítulo escrito pelo jurista Nelson Rosenvald, filiado à primeira vertente, e o livro A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência, filiado à segunda.

Na seção 2, discorre sobre o processo de introdução da lei 13.146/2015 no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os anseios da doutrina quanto à sua entrada em vigor. Na seção 3, analisa-se brevemente as principais mudanças no ambiente institucional formal (no Direito) acarretadas pela reforma desta lei. Na seção 4, foca-se na alteração mais destoante na opinião da doutrina, explorando a justificativa da lei para sua aplicação e as consequências para os direitos dos vulneráveis. Em conclusão, o trabalho demonstra que apesar de introduzir uma gama de direitos e princípios sociais de inclusão na busca de isonomia de tratamento e não discriminação para os deficientes, a texto normativo ignora a necessidade de proteção diferenciada dos vulneráveis fundada no princípio da igualdade constitucional. Tal conclusão afeta o discurso protetivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência, mostrando que apesar de ter introduzido reformas positivas no Direito para garantir mais dignidade aos deficientes, deixou de prestar assistência aos presumidamente vulneráveis quando alterou o sistema de incapacidades do Código Civil.

2 ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Com o propósito de prover mais dignidade para as pessoas com deficiência, o Brasil assinou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em Nova Iorque, em

13.12.2006, sendo esse o primeiro tratado internacional de direitos humanos aprovado pelo Congresso Nacional, conforme o procedimento qualificado do §3º do art. 5º da Constituição. Da redação do art. 1º da referida convenção pode-se extrair seu propósito principal é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Nesse sentido, entende-se, pela redação do art. 1º da Convenção, para todos os efeitos, como pessoa com deficiência

> aqueles 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.

O CDPD foi o primeiro tratado internacional de consenso universal a tratar dos direitos das pessoas com deficiência no viés da dignidade da pessoa humana. Por esse modelo, entende-se que a pessoa não pode ser discriminada ou ter seus direitos pessoais extirpados ou limitados em decorrência de qualquer deficiência. A convenção tem como um de seus principais propósitos, nos termos do seu art. 2º, combater a

> discriminação por motivo de deficiência significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.

Sob o manto da convenção, desvia-se, assim, o foco Estatal do eixo protecionista – para alguns considerado discriminatório – para o da inclusão social, a responsabilidade de promover o pleno desenvolvimento da pessoa com deficiência. Abandona-se a *antiquada* teoria das incapacidades pela qual era possível presumir a falta de discernimento do indivíduo com base em qualquer nível de enfermidade psíquica. Para alguns uma espécie de sanção civil injustificável uma vez retirava o indivíduo da sociedade, enviando-o para um limbo jurídico. Tem-se, assim, a reversão dos papeis, passando para a sociedade a obrigação de se adaptar e proporcionar as modificações e os ajustes necessários para garantir a inclusão das pessoas com deficiência, sejam físicas ou mentais.

Por tratar de questão relacionada aos direitos humanos, observado o rito legal, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro na forma do Decreto nº 6.949, em vigor no plano interino desde 13.12.2009, recepcionado com força de emenda constitucional. Entretanto, os aspectos cruciais da norma ficaram durante muito tempo dormentes devido a ausência de textos normativos infraconstitucionais de aspecto imperativo. Assim, ficou a cargo dos poderes constituídos a adoção de medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias à realização dos direitos reconhecidos pelo decreto, o que implica, por extensão, na implementação de medidas que modifiquem ou revoguem leis, regulamentando costumes e práticas vigentes, que constituem discriminação contra pessoa com deficiência, capazes ou incapazes. (ROSENVALD, 2015)

Passados 6 anos a eficácia do decreto ainda se limitava a princípio constitucional, sem a devida materialização. Foi somente após a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146 – de 7 de julho de 2015, que seus objetivos foram finalmente instrumentalizados, trazendo acentuada repercussão sobre todo o sistema jurídico, em especial no direito civil.

Em um primeiro momento, tem-se o Estatuto como uma promessa de grandes avanços para os direitos das pessoas com deficiências, uma verdadeira conquista social, já que inaugura um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis. Entretanto, como será melhor trabalhado a frente, algumas das mudanças introduzidas pela Lei nº 13.146/2015, embora muito bem intencionadas, provocaram impactos desastrosos sobre a segurança jurídica, prejudicando mais do que ajudando as pessoas com deficiência.

3. AS PRINCIPAIS MUDANÇAS INTRODUZIDAS PELO ESTATUDO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Algumas das principais alterações introduzidas pela reforma serão agora discutidas. Não se pretende discutir todas as mudanças, mas focar apenas naquelas consideradas as mais revolucionárias e que causaram maior impacto na legislação prévia. Deve-se ressalvar que a reforma inclui algumas mudanças que nos parecem apropriadas, como a possibilidade de curatela personalizada. Também são positivos tanto a obrigatoriedade das escolas particulares em se adaptarem para recepcionarem alunos com deficiência, sem cobrarem a mais por isso, e a introdução do instituto da “Tomada de Decisão Apoiada”.

Em geral, todavia, todas essa mudanças parecem pequenas tendo em vista a principal alteração introduzida pelo Estatuto que, embora bem intencionada, tem impacto catastrófico na segurança jurídica dos vulneráveis. Essa alteração visa salvaguardar a capacidade legal da pessoa com deficiência. Isso porque, a fim de instrumentalizar o art.12, nº. 2 do Decreto nº 6.949 – "as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida" –, o Estatuto introduziu a reforma por completo do rol das incapacidades. Assim, a pessoa com deficiência – com base no novo conceito introduzido pela Convenção – passa a ser considerada plenamente capaz para a prática de todos os atos da vida civil, bem como para responder por eles. Surge, assim, uma desordem na teoria das capacidades e seus limites, além de questões relacionadas à validade dos atos praticados pelos deficientes, antes e durante a declaração da curatela (LARA; PEREIRA, 2016).

3.1 Curatela Personalizada, supressão da Interdição

A recente reforma legislativa introduziu expressamente no ordenamento jurídico o modelo de curatela "personalizada", isto é, ajustada à efetiva necessidade daquele que se pretende proteger. A medida se justifica uma vez que primasse pela preservação da dignidade do portador de deficiência mediante a sua inclusão social, sendo a proteção do seu patrimônio objetivo secundário.

Antes da vigência do Estatuto, tinha-se a interdição como instrumento legal para a regulamentação judicial da incapacidade civil de uma determinada pessoa visando salvaguardar a administração de seus bens e seus direitos, porquanto é direito e dever dos Poderes Públicos amparar e proteger os incapazes de bem gerir a fortuna individual e cuidar de si próprios (MAXIMILIANA, 1946), sendo a curatela o encargo conferido judicialmente ao curador que ficará responsável por representar ou assistir a pessoa maior na prática dos atos civis que se fizerem necessários.

O Prof. Paulo Lôbo (2015) sustenta que, a partir da entrada em vigor do Estatuto,

> 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, impondo-se a mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos (LOBO, 2015)[1].

Portanto, de acordo com o novo diploma, entende-se que o instituto da interdição foi suprimido da ordem infraconstitucional, pois pautava a curatela a um processo de supressão de direitos patrimoniais e existências associados a incapacidade, quando na verdade, a curatela deve ser restrita a atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, a ser funcionalizada à promoção da autonomia do deficiente, independente da sua graduação.

Na vigência da nova lei, a curatela total de um deficiente, que se equipararia ao antigo instituto da interdição, é vedada uma vez que equiparada a espécie de sanção civil. A limitação dos direitos mediante curatela deverá ser aplicada apenas como medida extraordinária e não como resposta ao diagnóstico de uma deficiência. Nesse sentido, a Lei 13.146/15 nos remete a dois modelos jurídicos de deficiência: deficiência sem curatela em gozo de todos os direitos civis e deficiência qualificada pela curatela limitando direitos pontuais (ROSENVALD, 2015).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência consagra tal entendimento e prevê em seu art. 85 o preceito da curatela parcial como regra geral:

> Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.
>
> § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.
>
> § 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

Assim, a partir da vigência do Estatuto, cada processo de curatela obrigatoriamente deverá ser analisado individualmente a fim de limitar o mínimo possível o exercício dos interesses existenciais do curatelado, ficando para o magistrado o dever de cindir os direitos potencialmente afetados pela sentença declaratória de curatela e determinar quais se manterão ativos após o fim do processo e quais deverão ser assistidos pelo curador nomeado.

Portanto, o deficiente necessariamente desfrutará plenamente dos seus direitos civis, Contudo, poderá sofrer limitações pontuais na hipótese de não conseguir se autodeterminar. Tem-se a reforma como um ponto positivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência uma vez que

---

[1] LÔBO. Paulo. Com Avanço Legal Pessoas com Deficiência Mental não são mais Incapazes. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acessado em 27 de agosto de 2016.

garante uma maior integração social dos deficientes, incidindo as restrições judiciais dos seus direitos tão somente sobre determinados atos e situações pontuais.

3.2 Tomada de decisão Apoiada

Outra novidade introduzida pela nova reforma é o instituto da *tomada de decisão apoiada*, no qual, não sendo o indivíduo candidato a curatela diante do grau de limitação que a deficiência lhe proporciona, dois assistentes são eleitos para fiscalizar seus atos da vida civil. Tem-se a tomada de decisão apoiada como a primeira opção a ser explorada antes de se considerar a necessidade da curatela. Não se trata de uma substituição à curatela, mas lateralmente a ela, em caráter concorrente (ROSENVALD, 2015).

Esse instituto concretizará o art. 12.3 do Decreto n. 6.949/09: "Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal".

Inspirado na legislação italiana que introduziu a figura do *amministratore di sostegno*, ou seja, o administrador de apoio, o Estatuto versa que o referido instrumento deve ser observado como a primeira opção assistencial antes de se pretender a sujeição à curatela do deficiente, preservando, assim, sua capacidade civil de maneira quase que intacta.

Trata-se do processo judicial pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 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-lhe os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

A grande vantagem pela eleição do Tomada de Decisão Apoiada é a não limitação da capacidade de fato do beneficiário, mas tão somente sua legitimidade para praticar sozinho episódicos atos da vida civil. Assim, se beneficiam muito desse modelo assistencial as pessoas com impossibilidade física ou sensorial, deficientes que estejam em sua capacidade psíquica plena. A categoria pode ser utilizada em benefício ao doente terminal, ao cego, ao portador do mal de Alzheimer etc. (ROSENVALD, 2015).

3.3 Políticas de inclusão dos deficientes na sociedade e o direito a educação

O decreto nº 6.949, de 2009 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o mando de força constitucional para que o Estado tome as medidas necessárias para assegurar às pessoas

com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, garantindo o atendimento adequado, independentemente da idade, para que possam exercer tal direito.

Deverão, outrossim, adotar medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade, inclusive assegurando que as pessoas com deficiência tenham acesso a uma variedade de serviços de apoio em domicílio ou em instituições residenciais ou a outros serviços comunitários de apoio, inclusive os profissionais de apoio que forem necessários como reforço para que as pessoas com deficiência vivam e sejam incluídas na comunidade para evitar que fiquem isoladas ou segregadas da comunidade.

No capítulo dedicado à Educação, a Convenção em vários preceitos atesta a necessidade de construção de políticas inclusivas e práticas administrativas e privadas consentâneas com o direito fundamental de respeito à dignidade e identidade das pessoas com deficiência, expressando o dever dos Estados partes assegurarem um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, especialmente combatendo a exclusão do sistema educacional geral e das crianças com deficiência do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência.

Como forma de materialização deste compromisso no plano infraconstitucional, o art. 28 do Estatuto da Pessoa com Deficiência fixa um rol de responsabilidades para o Poder Público em relação à promoção da educação inclusiva e o parágrafo primeiro estende parte desses compromissos às escolas privadas, fixando que todas as escolas são impedidas de cobrar quaisquer valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas para o cumprimento de tais determinações.

O art. 30, por sua vez, ao tratar dos processos seletivos para ingresso e da permanência de pessoas com deficiência em cursos de ensino superior, educação profissional e tecnológica, elenca uma série de medidas a serem a adotadas por instituições públicas e privadas.

A vedação à cobrança de taxas por escolas privadas e a exigência de que instituições de ensino superior adotem medidas voltadas a assegurar o acesso e a permanência de alunos com deficiência dialogam com as obrigações impostas ao Estado Brasileiro de adotar medidas aptas a eliminar a discriminação baseada na deficiência por qualquer organização ou empresa privada, bem como com o dever de abstenção de participar de qualquer ato incompatível com a Convenção, assegurando a conformidade com o seu conteúdo.

A constitucionalidade desses artigos foi questionada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), perante o Supremo Tribunal Federal mediante a

ADI 5357 sob o argumento de que a norma estabelece medidas de alto custo econômico para as escolas privadas, violando vários dispositivos constitucionais, entre eles o art. 208, inciso III da CR, que prevê como dever do Estado o atendimento educacional aos deficientes.

O Ministro Relator Edson Fachin (2016), acompanhado da maioria da corte, vencido parcialmente o ministro Marco Aurélio, julgou improcedente a ação e destacou em seu voto que, ao editar a lei 13.146, o Brasil atendeu o compromisso constitucional e internacional de proteção e ampliação progressiva dos direitos fundamentais e humanos das pessoas com deficiência. Nesse sentido, considerou que deferir o pedido para declarar inconstitucional os arts. 28 e 30 do Estatuto da Pessoa com Deficiência conferiria um "privilégio odioso" às escolas particulares. Afinal, *o ensino privado não deve privar os estudantes com e sem deficiência da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora transmudando-se em verdadeiro local de exclusão ao arrepio da ordem constitucional vigente*[2].

Portanto, apesar da divergência de opiniões, tem-se a medida como uma alteração positiva para o direito uma vez que garante que os direitos fundamentais das pessoas com deficiência também sejam assegurados nas relações privadas, não apenas constituindo uma obrigação do Estado.

3.4 Da Presunção de Capacidade civil

Por último, mas não menos importante, talvez a reforma mais significativa introduzida pelo Estatuto da Pessoa Com Deficiência tenha sido a modificação feita no regime das incapacidades. O texto normativo promoveu a revogação de todos os incisos do arts. 3º do Código Civil, que dispunham sobre os absolutamente incapazes, mantendo como única hipótese de incapacidade absoluta o menor impúbere (menor de 16 anos), excluindo as pessoas com enfermidade ou deficiência mental. Também alterou a redação do inciso III do art. 4º transferindo para o rol dos relativamente incapazes os que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, que na redação originária eram considerados absolutamente incapazes (RIBEIRO, 2016).

Com isso abrangeu-se o rol de forma a incluir inúmeras formas de deficiências que não eram tratadas como incapacidades pelo Código Civil em sua versão original, por exemplo, cadeirantes, surdos, mudos, apenas para citar alguns casos.

[2] ADI 5357 DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 18/11/2015

A título ilustrativo, podem ser feitos os seguintes quadros comparativos quanto a evolução da qualificação das incapacidades proporcionada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência:

ABSOLUTAMENTE INCAPAZES Código Civil de 2002	ABSOLUTAMENTE INCAPAZES Redação Lei nº 13.146/2015
os menores de dezesseis anos;	os menores de dezesseis anos;
os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;	
os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade	

RELATIVAMENTE INCAPAZES Código Civil de 2002	RELATIVAMENTE INCAPAZES Redação Lei nº 13.146/2015
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;	I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;	II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;	III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
IV - os pródigos.	IV - os pródigos.

Assim, tem-se a redução do número de absolutamente incapazes, que passa a abranger agora apenas os menores de 16 anos, e a abrangência do rol de relativamente incapazes. Aqueles que, por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade agora são passíveis de curatela sob a classificação de relativamente incapazes, e aqueles que por deficiência mental tenham o discernimento reduzido, ou seja, excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, deixam de ser presumidamente incapazes e adquirirem capacidade.

Por sua vez, toda e qualquer pessoa submetida a curatela passa a ser considerada relativamente incapaz. Isso porque se considera a curatela uma causa transitória que o impede de exprimir a vontade em relação a questões específicas. Assim, com exceção do critério cronológico, em hipótese alguma, uma pessoa maior de idade, mesmo que inválida, será classificada como absolutamente incapaz, não havendo que se falar em representação por parte do seu curador, mas tão somente assistência para os atos da vida civil, o que em alguns casos é tarefa impossível.

Quanto aos efeitos legais e intertemporais dessa medida, esse é o tema que se passa a tratar.

4 DOS EFEITOS DA PRESUNÇÃO DE (IN)CAPACIDADE DOS VULNERÁVEIS

Todo ser humano é dotado de personalidade jurídica e, portanto, dotado de aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Tal conceito está intimamente ligado à ideia de capacidade, que por sua vez traduz um conceito de capacidade civil, ou seja, a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres pessoalmente. Essa classificação abrange as noções de capacidade de fato e de direito (DINIZ, 2013).

A teoria da incapacidade somente incide sobre a capacidade de fato, isto é, de exercício do direito, tendo como regra geral a capacidade plena, e, por exceção, as restrições a essa capacidade. Tais restrições, embora excepcionais, na teoria clássica das incapacidades têm como fundamento legal a presunção de insuficiência psíquica ou intelectual do indivíduo que compromete sua compreensão de discernimento para a prática dos atos da vida civil, se justificando em razão da garantia constitucional decorrente do princípio da igualdade e proteção dos vulneráveis, cuja concretude é assegurada com o direito ao tratamento desigual para quem está em posição de desigualdade.

Assim, entende-se que a proteção legal anteriormente conferida as pessoas sem discernimento para tomar decisões e aptidão para manifestar vontade – revogados incisos I, II e III do art. 3º do CC –, outrora presumidas absolutamente incapazes, era fundamentada no tratamento diferenciado como corolário da garantia constitucional do princípio da isonomia, bem como no caráter excepcionalíssimo das restrições impostas mediante processo de interdição. A capacidade jurídica era a regra, sendo a incapacidade, consequentemente, excepcional, necessitando de prova incontestável para sua declaração mediante processo de interdição.

A teoria clássica da incapacidade considera que aqueles classificados como absolutamente incapazes, com base no critério cronológico ou subjetivo, não possuem capacidade de agir e, por consequência, devem ser representados por terceira pessoa, representante legal, sendo vedada a prática de atos pelo próprio titular, sob pena de invalidade absoluta, constituindo nulos todos os atos por aqueles praticados a qualquer tempo.

Já os relativamente incapazes, esses necessitam de assistência para prática dos atos civis, sendo apenas anuláveis os atos praticados sem aludida assistência, protegido o direito da pessoa de boa-fé, preservando os efeitos do negócio jurídico até que lhe sobrevenha uma decisão judicial reconhecendo a invalidade. Nesse sentido, assim como a incapacidade absoluta, com exceção da incapacidade relativa em razão da idade, também deveria ser declarada judicialmente para que se aplique a devida proteção e efeitos jurídicos.

A classificação utilizada pelo Código Civil de 1916, teoria clássica da incapacidade, empregava a metodologia de verificação e classificação das incapacidades na extensão que a medicina do século XIX permitia, a qual não apresentava técnica, à época, para a fixação exata da alienação mental, psicopatias, modalidades de transtornos e deficiências, bem como seus níveis e tratamentos recomendáveis. Tudo isso dificultava a classificação de transtornos mentais ou déficits intelectuais. Assim, tendo em vista que a prioridade da legislação era garantir proteção àqueles sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, entendeu-se prudente não escolher uma definição rigorosa, razão pela qual o Código Civil de 1916 qualificava os indivíduos deficientes como *loucos de todo o gênero* e, frise-se, exclusivamente por meio da interdição impedia-os de praticar os atos da vida civil. (DINIZ, 2013)

O Código Civil de 2002, quando da sua promulgação, alterou a nomenclatura, mas manteve terminologia genérica, uma vez que a compreensão da alienação mental continuava muito complexa para a Medicina e para o Direito qualificar, preservando a proteção ampla dos vulneráveis e a segurança jurídica, mas optando por um linguajar mais técnico e científico. Assim, passa a enquadrar no rol de incapacidade absoluta as pessoas com enfermidade ou deficiência mental que tenham sua capacidade de discernimento reduzida em razão delas.

A CDPD, por sua vez, recomendou a revogação de todos os diplomas legais que tratavam as pessoas com deficiência de maneira discriminatória como forma de consagrar os princípios a igualdade plena das pessoas com deficiência e a sua inclusão com autonomia, introduzindo um paradigma objetivo para definir e qualificar as pessoas passíveis de curatela. Determinou que os deficientes mentais não mais sejam considerados presumidamente absolutamente incapazes de exercício dos seus direitos, isto é, sem a presunção de falta de discernimento para manifestarem sua vontade livremente.

Isso porque, como já foi abordado, na legislação anterior a classificação de deficiência para fins de incapacidade ficava reservada aos incapazes de discernimento, não havendo fundamento para enquadrar no rol das incapacidade aqueles capazes de pleno discernimento, mas que se encontrem em uma situação que os impedia, por qualquer motivo, de confirmar ou expressar a sua vontade, ou seja, exercer livremente sua capacidade civil. A intenção do legislador foi louvável, todavia, conforme ficará demonstrado, o fez de forma equivocada e generalizada, alterando substancialmente a teoria das incapacidades (arts. 3º e 4º do CC) (ROSENVALD, 2015)

A convenção, nessa matéria, já havia derrogado o Código Civil desde 2009. Entretanto, a falta de legislação infraconstitucional prejudicou sua aplicabilidade. Foi com o

advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, lei 13.146/2015, que esses parâmetros foram formalmente alterados pelo art. 84 do referido texto normativo de forma a substituir o critério do déficit cognitivo – qualidade subjetiva da insuficiência psíquica ou intelectual –, embasado na qualificação médica que posicionava ou não o indivíduo na esfera da incapacidade absoluta pela sua falta de discernimento, para o objetivo – existência ou não de limitações para exprimir a vontade –.

Surge a presunção de capacidade jurídica para todos os indivíduos maiores de idade com base na situação global por eles exteriorizada, isto é, todas as pessoas com deficiência que eram protegidas no comando anterior passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil e responsáveis por seus próprios atos, o que visa à sua total inclusão social, em prol de sua dignidade. O diagnóstico clínico de um transtorno metal, mesmo grave, não mais pressupõe a necessidade de conferir proteção diferenciada ao enfermo. Nesse sentido, impõe-se a revogação de toda a legislação que sugere que as pessoas com deficiência mental podem sofrer limitações na sua capacidade civil tendo em vista a presumida falta de discernimento para manifestar sua vontade.

> Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.
>
> § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

Assim, o que o Estatuto pretendeu com essa alteração foi: homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência mental deixasse de ser "rotulada" como incapaz, para ser considerada – a luz de uma interpretação superficial do princípio da isonomia constitucional – dotada de plena capacidade civil, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil (STOLZE, 2015). Além disso, proporcionar a extensão do novo sistema inclusivo dos deficientes, possibilidade de aplicação dos institutos da curatela e tomada de decisão apoiada para aquelas pessoas que, apesar de não sofrerem qualquer transtorno que as impeça de manifestar sua vontade, possuem limitações físicas que restringem o exercício da sua capacidade.

O que essa medida promete é o tratamento social isonômico para todas pessoas com deficiência, fundado no direito à igualdade e à não discriminação. Falha, porém, ao incluir em uma mesma classificação todas as pessoas acometidas de qualquer espécie de deficiência, seja física ou mental, presumindo que são igualmente carecedoras do mesmo nível de proteção

estatal. Isso porque, apesar do seu objetivo social, tendo em vista a amplitude conferida ao conceito, gerou a drástica diminuição da proteção conferida aos psiquicamente vulneráveis, que necessitam de tratamento diferenciado com base no princípio constitucional da igualdade. Com isso, impossibilitou a nomeação de representação para aqueles que não têm qualquer condição de exprimir vontade (*v.g.* os comatosos), uma vez que, agora, relativamente incapazes.

O antigo regime jurídico das incapacidades foi concebido como sistema que buscava proteger aqueles sujeitos considerados sem discernimento suficiente para formar e exprimir vontade válida, ou seja, aqueles que se presumia sem plena autonomia para se relacionar juridicamente na vida civil por lhes faltarem certos elementos para a perfeita formação de sua vontade. Assim, o Código Civil não associava necessariamente a deficiência à incapacidade jurídica, mas seriam declarados absolutamente incapazes mediante processo de interdição os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. O critério deficiência era indiferente, o que enquadrava o indivíduo no rol de incapazes era a simples afirmação de uma estado que reclamava intervenção protetora, isto é, a ausência ou redução do discernimento (revogado art. 3º, III do CC) (LARA; PEREIRA, 2016).

A classificação adotada pelo Código Civil garantia tratamento diferenciado aos incapazes, porém isonômico, limitando seus direitos e manifestação da sua vontade apenas quanto a alguns atos, ou a maneira de os exercer, se necessário. Ou seja, a antiga classificação das capacidades, apesar das críticas, já garantia plena proteção a todos aqueles que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, porém em sincronia com o mando constitucional.

Várias eram as medidas de proteção estendidas aos psiquicamente vulneráveis tendo em vista a sua classificação como absolutamente incapaz. Entretanto, a alteração trazida pelo Estatuto afastou essa proteção uma vez que focou apenas nos efeitos sociais e discriminatórios da classificação sem, contudo, considerar que as limitações da incapacidade só eram impostas a alguém mediante sentença declaratória em processo de interdição. Conforme explica Maria Helena Diniz (2013), a inclusão de um indivíduo que não tem o necessário discernimento no rol de incapacidade depende expressamente do devido processo de interdição. Assim, aquela pessoa acometida de deficiência mental grave, mas que nunca teve declarada sua incapacidade, gozava de capacidade plena até que se provasse o contrário. Sendo que, na eventualidade da sua interdição, um dos principais efeitos seria a oponibilidade *erga omnes* do estado de incapacidade do interditado, efeito que se alcançaria em plenitude com o registro da respectiva sentença no Cartório do Registro de Pessoas Naturais.

A declaração da incapacidade implica na deflagração de uma série de medidas protetivas em favor do incapaz que, dada a inadequação sistémica do EPD, foram severamente alteradas. Dentre elas, merecem destaque: (i) não corre prazo de prescrição ou de decadência contra o absolutamente incapaz (arts. 198, I, e 208 do CC); (ii) a nulidade dos negócios jurídicos celebrados pelos absolutamente incapazes (art. 166 d0 CC) (RIBEIRO, 2016).

Sem sombra de dúvida, o maior prejuízo pode ser percebido no âmbito dos institutos da prescrição e da decadência, já que os indivíduos passíveis de curatela, independente da causa, passam a ser classificados pelo ordenamento jurídico como relativamente incapazes, art. 4º, III do CC: "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade".

Antes da reforma introduzida pelo EPD, com base na presunção de incapacidade absoluta, uma vez reconhecida judicialmente, mesmo a sentença declaratória de interdição produzindo apenas efeitos *ex nunc*, não retroativos, fundado na medida protetiva que determina a suspensão do prazo prescricional para os absolutamente incapazes, motivada pelo art. 198, I do Código Civil, considera-se que suspensão opera no momento que se manifestou a causa da interdição, portanto, anterior a data da decisão, vez que de natureza meramente declaratória, possibilitando assim a revisão dos atos passados.

Entretanto, pós reforma, tendo em vista que a sentença em ação de curatela declara, por exemplo, o deficiente mental sem capacidade de discernimento tão somente relativamente incapaz, esse estará sujeito aos efeitos da prescrição e da decadência, limitando a revisão de seus atos aos prazos legais.

A título ilustrativo, pode ser feito o seguinte quadro comparativo para explicar as mudanças quanto aos efeitos da prescrição e da decadência para os deficiente.

Antes da reforma	Novo regime
os negócios praticados com alguém dotado de severos problemas psiquiátricos são nulos, estivesse ou não interditado. Uma vez declarada a incapacidade absoluta interrompem-se os prazos prescricionais de todos os atos e negócios jurídicos praticados desde o momento que primeiro se manifestou a deficiência.	não há previsão de nulidade para os negócios jurídicos praticados pelo enfermo a quem ainda não se nomeou um curador. Por ser considerado plenamente capaz, ele é entregue à própria sorte e vinculado a todos os negócios que já tenha celebrado. Uma vez declarada a incapacidade há a possibilidade de anulação dos atos limitada aos prazos legais dos institutos da prescrição e decadência

Sem dúvida essa mudança trará prejuízos imensuráveis para os vulneráveis que, até a vigência da legislação anterior, gozavam de proteção contra o decurso do tempo, já que, como explica o mestre Carlos Maximiliano (1946), a legislação posterior tem aplicação imediata sobre todas as tutelas e curatelas, inclusive as estabelecidas anteriormente, uma vez que traz

novas regras quando ao exercício, os direitos e deveres do tutor ou curador e o termo de vigência. Assim, mesmo aquelas pessoas que já foram declaradas interditadas passam a ser classificadas como relativamente incapazes, e da data de vigência da lei inicia-se em seu desfavor a contagem dos efeitos da prescrição e decadência.

Nesse mesmo sentido, com base na nova redação, deve-se rever todas as interdições e curatelas já fixadas uma vez que o curador não mais tem o poder de representar os curatelados, mas tão somente assisti-los, isso devido a sua classificação de capacidade reformada, ou seja, de absolutamente incapaz passam a ser considerados relativamente incapazes. Além disso, quanto aos deveres, tendo em vista a responsabilidade assumida, devem ficar atentos já que passíveis de responder civilmente pelos prejuízos causados na inobservância dos prazos para anular os atos praticados pelo relativamente incapaz que esteja sob sua curatela.

Importante ressaltar que, em relação aos atos praticados por pessoa interditada mediante sentença transitada em julgado antes da entrada em vigor da nova redação, entende-se que, apesar da modificação do seu *status* de incapacidade absoluta para relativa, os negócios jurídicos nos quais participou continuam nulos. Isso porque avalia-se a juridicidade e a eficiência de um ato jurídico em conformidade com a lei vigente à época de sua celebração. A lei da época do negócio é soberana e definitiva quanto a capacidade das partes, forma e requisitos legais. Assim, o que era nulo em face da norma anterior, assim permanece na vigência da nova lei, mesmo que a causa de sua nulidade tenha sido eliminada (MAXIMILIANO, 1946). Outrossim, todos os atos praticados desde a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência já observam as regras prescricionais.

Outro prejuízo causado pela alteração da teoria da incapacidade introduzida pelo Estatuto traz grande influência no Direito de Família. Uma vez presumida a capacidade de discernimento e a capacidade de manifestação de vontade para todas as pessoas, bem como a limitação dos efeitos da curatela para restringir apenas os aspectos patrimoniais do curatelado, mantendo-o sob controle dos aspectos existenciais da sua vida – a exemplo do direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto, expressamente apontados no art. 85, parágrafo 1º do EPD –, passa-se a questionar a validade dos casamentos celebrados por pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desse ato, ou já estejam submetidos à curatela.

Nesse sentido, foi revogado o inciso I do art. 1.548 do Código Civil que previa a nulidade do casamento do enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, que, somada a limitação das atribuições conferidas ao curador (art. 85, §1º do Estatuto),

configura-se, a primeira vista, um aval para o agente, por mais severa que seja sua limitação mental, não apenas se casar, apesar da sua incapacidade em manifestar sua vontade, mas, na ausência de sentença declaratória da curatela, casar-se sob qualquer regime de bens (LARA; PEREIRA, 2016).

Apesar de não ser toda a deficiência que retira o discernimento para a tomada de decisão de constituição de família e de sua formação, mantem-se o entendimento de que a decisão de se casar é necessariamente um ato de vontade, ou seja, se a vontade não existir em razão da deficiência, o casamento não poderia existir. Se assim não o fosse, por qual razão o legislador não revogou o art. 1.514 do Código Civil?.

> Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Acredita-se que, fundado nos propósitos da CDPD, o legislador brasileiro optou por priorizar a integração-social do deficiente sobre sua segurança, consideram-se válidos todos os casamentos de deficientes, mesmo que mentais, até que se prove o contrário, ou seja, o vício na sua vontade. Essa posição é reforçada quando percebemos que a reforma, apesar de revogar o artigo referente a nulidade do casamento, não alterou a redação do art. 1.550, inciso IV do Código Civil que trata da hipótese de anulabilidade.

Isso significa que, por exemplo, o deficiente mental incapaz de manifestar livremente sua vontade para o casamento, incapaz de discernimento, está livre para casar em qualquer regime de bens e, caso seja posteriormente submetido a processo de curatela, seu casamento é apenas anulável, ou seja, passível de convalidação temporal. Assim, devido a sua incapacidade relativa, a pessoa com quem se casou, mesmo que tenha aproveitado da sua condição de vulnerável, será agora seu cônjuge, herdeiro e meeiro e possível curador até que o ato seja anulado.

O mesmo exemplo pode ser aplicado ao deficiente já submetido a curatela, a única diferença será que o curador deverá assistir na eleição do regime de bens a depender dos limites da curatela, mas a condição de herdeiro e, provavelmente, de meeiro do cônjuge se configurará ainda que posteriormente seja comprovado ser uma pessoa inescrupulosa.

O Estatuto, na busca pela inclusão social dos deficientes, adotou posição inversa a da legislação anterior, suspendendo várias proteções outrora garantidas aos incapazes de forma preventiva, para adotar uma política de risco. Isto é, ao elevar a valorização da autonomia das

pessoas com graus de deficiência cognitiva diversos, optou-se por desprotegê-las (RIBEIRO, 2016). Esse é a caso do casamento na vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência: está sempre permitido, seja isso um bem ou não para o deficiente, passível apenas de anulação.

5 CONCLUSÃO

Apesar de a nova reforma do EPD ter sido apontado como uma conquista social, este estudo demonstrou não ser bem assim. A análise efetuada demonstrou que os avanços da reforma do Código Civil para a promoção dos propósitos da CDPD causaram mais prejuízo do que benefício para a proteção das pessoas com deficiência.

No que se refere as mudanças positivas, elas não apresentaram grandes influências uma vez que apenas normatizaram práticas já perpetradas pelo ordenamento jurídico na vigência da lei anterior. No que diz respeito as políticas de inclusão das pessoa com deficiência, apesar das mudanças na legislação, entende-se que os princípios e diretrizes introduzidos pela Convenção conferiam maior abrangência de interpretação das normas, tendo o engessamento dos direitos como um retrocesso, o que posteriormente dificultará a sua alteração, seja para mais ou para menos. No que diz respeito ao instituto da tomada de decisão apoiada, esse seria de grande utilidade caso a reforma não tivesse modificado a classificação das incapacidades, pois, considerando que não há mais curatela absoluta para os maiores de 16 anos, todas as curatelas, assim como este, se limitam a assistência dos relativamente incapazes nos atos da vida civil. Ou seja, sob a vigência da legislação, atual a tomada de decisão apoiada equipara-se a uma curatela compartilhada, mas limitada aos direitos e deveres de uma procuração pública. Esse instituto seria muito útil na legislação passada como modalidade de assistência aos deficientes com limitações físicas (cegos, surdos, mudos, paraplégicos etc.), mas o Estatutos preferiu incluí-los no rol das pessoas passíveis de curatela. E por último, mas não menos importante, no tocante aos efeitos proporcionados pela alteração da classificação das incapacidades, essa medida foi a que causou maiores alterações e prejuízos para os deficientes. Ficou claro nesse tópico que o legislador brasileiro optou por priorizar a integração-social dos deficientes sobre sua segurança com base em uma interpretação dissociada do princípio constitucional da igualdade e tratamento diferenciado.

Apesar da reforma ter sido inadequada em muitas áreas, reconhece que ela trouxe alguns avanços, principalmente no tocante à não discriminação e garantia de autonomia para os deficientes. Entretanto, considerando a proposta inicial almejada, não há dúvidas de que a vertente doutrinária que entende que a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada por

meio de um sistema mais intervencionista tendo em vista necessidade de proteção dos vulneráveis (dignidade-vulnerabilidade) apresenta um posicionamento mais coerente com a realidade criada pela reforma. As alterações legais proporcionadas pelo Estatuto foram muito além do que era necessário e pecaram pelo excesso.

O presente estudo sugere que as alterações feitas no campo da teoria da incapacidade sejam revistas imediatamente uma vez que a legislação atual não garante segurança aos vulneráveis em consonância com o mando constitucional, além de ameaçar a segurança jurídica. Deve o legislador reanalisar o princípio constitucional da inclusão social dos deficientes, introduzido pelo Decreto nº. 6.949, com base no princípio constitucional da igualdade, incluído na redação original da Constituição Federal de 1988, que, como pilar da sociedade brasileira, determina que os iguais sejam tratados igualmente e desiguais tratados desigualmente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF, 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 01 de set. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 13.146, de 7 de julho de 2015. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 01 de set. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5357 DF da , Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 18/11/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5357&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 18 de set. 2016

DIDIER Jr. Fredie. Editorial 187 - estatuto da pessoa com deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>. Acessado em: 01 de set. de 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2013. vol. I, ed. 28.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2013. vol. 5, ed. 28.

LARA, Mariana Alves. PEREIRA, Fabio Queiroz. Estatuto da pessoa com deficiência: proteção ou desproteção?. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho;

LARA, Mariana Alves (orgs.), A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 115 - 151

LÔBO, Paulo. Com avanço legal pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acessado em: 27 de ago. de 2016.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2013. ed.5.

MAXIMILIANO, Carlos. Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis. São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1946.

ROSENVALD, Nelson. Curatela. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.), Tratado de direito das famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 731-799.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência Causa Perplexidade - Parte 01. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acessado em: 01 de set. de 2016.

STANCIOLI, Brunello. PEREIRA, Fabio Queiroz. Princípios que regem as incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência. In: PEREIRA, Fabio Queiroz; MORAIS, Luísa Cristina de Carvalho; LARA, Mariana Alves (orgs.), A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 101- 114.

STOLZE, Pablo. É o fim da interdição? Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/46409/e-o-fim-da-interdicao>. Acessado em: 27 de ago. de 2016.

TARTUCE, Flávio. Alterações do código civil pela lei 13.146/2015. Repercussões para o direito de família e confrontações com o novo CPC. Parte I. Disponível em : < http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Acesso em: 20 de set. 2016.

TARTUCE, Flávio. Parecer: projeto de lei do senado federal n. 757/2015. altera o estatuto da pessoa com deficiência, o código civil e o código de processo civil. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=195850&tp=1>. Acesso em: 20 de set. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. São Paulo: Atlas, 2004. ed.4.