

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

CLÁUDIA FRANCO CORRÊA

ROBERTO SENISE LISBOA

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Cláudia Franco Corrêa; Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-071-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

As contínuas metamorfoses sócio-econômicas e culturais que a contemporaneidade impõe às pessoas exige a ininterrupta atenção do intérprete do sistema jurídico, na busca de aperfeiçoamento das soluções possíveis diante das inquietações advindas das relações familiares, obrigacionais e nos problemas urbanos e agrários envolvendo a posse e a propriedade. Por isso, é indispensável o repensar crítico das relações privadas, ainda mais impactadas por fenômenos inevitáveis, como os decorrentes dos efeitos da pandemia, com forte repercussão sobre o aspecto econômico e a efetividade da função social dos institutos jurídicos. A presente obra contempla, além dos grandes temas mencionados, a análise da tutela dos direitos da personalidade e os efeitos da sociedade da informação traz sobre as relações civis, fruto da evolução da evolução tecnológica a que chegamos.

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - FUMEC / UFMG

Profa. Dra. Cláudia Franco Corrêa - UVA

Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa - PUC

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Civil Contemporâneo I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A IGUALDADE FORMAL E A MITIGAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

FORMAL EQUALITY AND THE MITIGATION OF THE PERSONALITY RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

Marcelo Negri Soares ¹

Patricia Jorge Da Cunha Viana Dantas ²

Resumo

A Lei n.º 13.146/2015 trouxe avanços no que tange ao exercício da cidadania plena e, por outro viés, se tornou um retrocesso quanto às pessoas com deficiência mental ou intelectual, à medida que passou a tratá-las como plenamente capazes, com a possibilidade de serem declaradas pelos meios processuais pertinentes, relativamente incapazes, ainda que em situações de completa ausência de discernimento para os atos da vida civil. Diante da valorização da isonomia formal e da desconsideração da isonomia substancial, utilizando-se do método dedutivo, busca-se com o presente artigo examinar o princípio isonômico frente as referidas dissensões.

Palavras-chave: Deficiência, Capacidade, Personalidade, Isonomia, Cidadania

Abstract/Resumen/Résumé

The Law no. 13,146 / 2015 brought advances in the exercise of full citizenship and, on the other side, it became a regress for people with mental or intellectual disabilities, as it started to treat them as totally capable, with the possibility of being declared by the relevant procedural means, relatively incapable, even in situations of complete lack of discernment for the acts of civil life. In view of the valorization of formal isonomy and the disregard of substantial isonomy, using the deductive method, this article seeks to examine the isonomic principle in the face of the referred dissensions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Disability, Capacity, Personality, Isonomy, Citizenship

¹ Pós-Doutor pela Uninove-SP. Doutor e Mestre pela PUC-SP. Professor Visitante da Coventry University, programa de Doutorado em Direito. Professor e Pesquisador do programa de mestrado e doutorado em Direito Unicesumar.

² Mestranda em Ciências Jurídica pela UNICESUMAR, especialista pela UNISUL em direito processual civil e Direito Público; Graduada pela UNEMAT; Advogada.

1. Introdução

A Constituição Federal consagra a proteção daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, como a criança, o adolescente, o idoso e a pessoa com deficiência. Conferiu-lhes, por consequência, uma proteção especial consoante o princípio da dignidade da pessoa humana.

No plano infraconstitucional, a regulamentação dos direitos da pessoa com deficiência está prevista na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015), a qual tem por mister adequar-se à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, ratificada pelo Brasil e publicada através do Decreto Federal n.º 186/2008.

Trata-se de normatização elaborada sob a base dos direitos humanos e tem por objetivo substituir o critério de capacidade excludente, por um modelo social de natureza biopsicossocial, sob a vertente de que as pessoas com deficiência devem ser tratadas sob o critério da máxima igualdade.

Para tanto, a lei de inclusão tornou todas as pessoas maiores de idade plenamente capazes, podendo ser consideradas relativamente incapazes, se, por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade. No ordenamento jurídico brasileiro, portanto, não há pessoa maior de idade absolutamente incapaz.

Ainda, definiu-se, que somente é possível a curatela para fins extrapatrimoniais, de modo que independentemente do grau de discernimento mental, a pessoa com deficiência tem total autonomia para os atos da vida civil, como, por exemplo, para o casamento, sexualidade, privacidade.

Limitou-se, portanto, o instrumento da interdição para atos patrimoniais e negociais e, em contrapartida, criou o instituto de tomada de decisão apoiada, pelo qual a própria pessoa com deficiência escolhe quem serão seus apoiadores.

Porém, sem embargo dos avanços trazidos pela lei de inclusão ao prever no ordenamento jurídico brasileiro um modelo igualitário, em sua natureza formal, não se mostrou suficiente para proteção das pessoas com deficiência que não possuem capacidade cognitiva mínima para determinados atos da vida civil.

Nesse contexto, a presente pesquisa tem por finalidade, indagar: Em que medida a garantia da isonomia formal é suficiente para proteger as pessoas com deficiência sem o mínimo discernimento para os atos da vida civil?

O presente estudo realiza abordagem sobre a história dos institutos protetivos da pessoa com deficiência desde os primórdios da antiguidade. Ato contínuo, trata dos direitos da personalidade das pessoas com deficiência. Prossegue com as alterações da teoria da incapacidade e dos conceitos de isonomia e cidadania. Finaliza com explanação sobre o instituto da curatela, interdição e o impacto do novo instrumento processual denominado de tomada de decisão apoiada.

Partindo-se da importância do tratamento igualitário para garantia de proteção das pessoas com deficiência, utilizando-se do método dedutivo e referências bibliográficas, esta pesquisa busca demonstrar que cidadania plena, somente é possível com garantia de tratamento isonômico aristotélico substancial.

2. Contextualização Histórica.

A forma de enxergar as pessoas com deficiência é modificada conforme o contexto social, moral, filosófico, ético, religioso e cultural em diferentes momentos históricos (ALVES, 2007, p. 2).

Na era dos povos primitivos, segundo Silva (1987, p. 28), prevalecia a indiferença no tratamento das pessoas deficientes, pouco importando a vida e a morte desses indivíduos, os quais eram discriminados e em sua grande maioria eram destinados ao extermínio. Os índios Aijores, por exemplo, que vivem ainda nos dias atuais isolados na região pantanosa entre a Bolívia e o Paraguai, enterravam os recém-nascidos com deficiência vivos ainda com a placenta e, da mesma forma os deficientes adultos (SILVA, 1987, p. 28).

Adentrado à era da antiguidade, depara-se com a marginalização das pessoas com deficiências físicas e mentais, cuja credence da época acreditava-se que as nocividades decorriam de espíritos maus, demônios ou outra forma de pagamento pelos pecados (SILVA, 1987, p. 28).

Silva (1987, p. 55) destaca que na Bíblia encontra-se passagens que demonstram como as pessoas com deficiência eram vistas, como, por exemplo, no Evangelho escrito por Mateus ‘E tendo-se estes retirado, apresentam-lhe um homem mudo, possesso do demônio, e, expulso o demônio falou o mudo’.

Na Grécia antiga as classificações das pessoas eram avaliadas não apenas pela quantidade de bens materiais, mas também pela superioridade do corpo e do condicionamento físico. O corpo humano foi tratado como uma espécie de carteira de identidade. Esse paradigma foi apoiado pelos pensadores Platão, Sócrates, Aristóteles, Hipócrates, Pitágoras e Diógenes (POZNAN, 2011, não p).

Contudo é na Grécia antiga que se encontra as primeiras regras de assistências às pessoas com deficiência. Em um primeiro momento eram voltadas aos soldados que retornavam feridos ou mutilados da guerra. Nestes casos, o Estado se comprometia em dar assistência. Aos poucos os benefícios foram sendo estendidos a outras pessoas com deficiência (SILVA, 1987, p. 69).

No século XVIII, com o renascimento e Revolução Francesa, iniciou-se a transição da cultura do medo e preconceito para a cultura da educação, quando, então, as crianças com deficiência começaram a receber ajuda social através de verbas públicas destinadas a esse mister. Os casos mais graves, contudo, eram tratados em campos longe da sociedade, demonstrando a incapacidade da sociedade em aceitar essas pessoas e lidar com a diferença (LORDANIS, 2018, p. 48). Nesse período, ainda persistia as superstições e credices do sobrenatural sobre as pessoas com deficiência (SILVA, 1987, p. 184).

Foi no século XIX, em decorrência da revolução industrial e intelectual que se passou a entender, que a solução dos problemas das pessoas com deficiência não se restringe no fornecimento de abrigo e de esmola (SILVA, 1987, p. 184).

Em decorrência do pós-guerra em 1918, inicia-se a filosofia de ação global baseado na cidadania plena das pessoas com transtornos mentais. A OMS – Organização Mundial de Saúde – passou a posicionar-se pelo empoderamento do indivíduo com disfunção, modificando a forma de tratamento médico até então realizada em hospitais específicos para essa modalidade de doença. Em consequência, os indivíduos portadores de doença mental abandonaram os muros dos hospitais para o convívio em sociedade (EL GHOZI, 2015, não p.).

Importante avanço na comunidade internacional em defesa das pessoas com deficiência ocorreram durante o século XX, como a Declaração dos Direitos das Pessoas com Retardo Mental; Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes; Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência.

Neste século XXI, as políticas e ações sociais estão voltadas não somente para atividades de caridade, mas também pela participação plena e equitativa dos indivíduos com alguma espécie de disfunção na sociedade. Destaca-se, como principal avanço, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência pactuada pelos países – membros da Organização das Nações Unidas - ONU – e do seu Protocolo Facultativo assinado em Nova York em 30.03.2007, a qual foi ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n.º 186/2008, tendo sido publicada através do Decreto Federal n.º 6.949/2009, inserindo, assim, no ordenamento jurídico brasileiro ao status de norma constitucional.

O propósito da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência elencado em seu artigo 1.º é o de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades individuais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”. Portanto, visa a inclusão social e cidadania dos indivíduos disformes, reafirmando a perspectiva inclusiva no artigo 12 ao estabelecer que “os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”.

O Brasil, visando adequar-se à Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgou a lei n.º 13.146/2015 garantindo às pessoas com deficiência o direito a igualdade e não discriminação, à vida, habilitação e reabilitação, saúde, educação, moradia, trabalho, assistência social, previdência social, participação na vida pública e política e à tecnologia assistida. No que tange ao direito à igualdade como normativo inclusivo, a lei de inclusão tornou todas as pessoas com deficiência plenamente capazes para todos os atos da vida civil, independentemente do grau de discernimento.

Hodiernamente, a ONU, apoiada pela comunidade internacional, está com a proposta da “Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, comprometendo-se a “não deixar ninguém para trás”, com o objetivo de que a dignidade de uma pessoa e a igualdade entre todos sejam aplicados como princípio fundamental, buscando “fortalecer a paz universal com mais liberdade.”

3. Os Direitos da Personalidade da Pessoa com Deficiência

O Código Civil brasileiro inaugura o seu arcabouço legislativo consagrando a ideia de personalidade estribada na aptidão de adquirir direitos e contrair deveres (DINIZ, 2014). E encampando os princípios constitucionais, denominados de direito civil constitucional, consubstanciado na dignidade da pessoa humana, isonomia e solidariedade social, normatizou os direitos da personalidade, com rol meramente exemplificativo, como direito à vida, à honra, ao nome, à imagem e à intimidade.

De acordo com o Enunciado n.º 274 do CJF/STJ, “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1.º, III, da Constituição Federal”.

Tartuce (2019, p. 142), descreve os direitos da personalidade como “atributos específicos da personalidade, sendo personalidade a qualidade do ente considerado pessoa” cuja proteção diz respeito aos aspectos psíquicos, integridade física, moral e intelectual, desde a sua

concepção até sua morte, os quais devem ser regidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social – sociedade livre, justa e solidária – e da igualdade *lato sensu*.

Assim, a lei civil em consentâneo com a Constituição Federal traça prerrogativas que visam dar garantia de convivência digna, com liberdade e igualdade para todas as pessoas, sem qualquer distinção. Seus preceitos garantem, ainda, que os direitos ali elencados sejam formalmente reconhecidos e, materialmente efetivados.

Portanto, garantir às pessoas com deficiência igualdade meramente formal, traduz-se em violação aos direitos da personalidade.

4. A (IN)Capacidade e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Segundo Silva (1987, p. 269) a incapacidade do indivíduo é o resultado da “deficiência” atrelada as consequências pessoais e sociais, como, por exemplo, alguma restrição na execução de atividades resultantes de um impedimento.

O impedimento pressupõe um dano psicológico, fisiológico ou anatômico; a deficiência, indica qualquer restrição na execução de alguma atividade decorrente de um impedimento; e, a incapacidade, uma deficiência que ocasiona uma desvantagem para o indivíduo limitando-o de uma atividade considerada normal (1987, p. 269).

Portanto a incapacidade absoluta ou relativa está vinculada ao grau de deficiência. Há deficiências que não retiram a capacidade plena para os atos da vida civil. Porém, tem outras, que tornam o indivíduo completamente incapaz, como, por exemplo, o acidente vascular cerebral, aneurisma, retardo mental, psicose. Não há autonomia sem discernimento.

O Código Civil brasileiro vigente elencava no artigo 3.º os casos de incapacidade absoluta para o exercício dos atos da vida civil, quais sejam: “os menores de 16 anos; os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. No artigo 4.º do referido diploma legal, descrevia que as pessoas com deficiência mental que tenham o discernimento reduzido e os “excepcionais, sem o desenvolvimento completo” seriam relativamente incapazes (BRASIL, 2002).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência publicado em 06 de julho de 2015 alterou os artigos 3.º e 4.º do Código Civil brasileiro e, passou a considerar como absolutamente incapaz somente o menor de 16 anos. O deficiente mental com discernimento reduzido e os excepcionais, sem o desenvolvimento completo, deixaram de ser relativamente incapazes. Por

outro turno, as pessoas que por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, deixaram de ser absolutamente incapazes e se tornaram relativamente incapazes (BRASIL, 2002).

Simão (2015, não p.) destaca a problemática da incapacidade relativa para “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”, como, por exemplo, uma pessoa em coma induzido por questão médica. Neste caso, tendo em vista que o indivíduo encontrasse legalmente na condição de relativamente incapaz somente poderá ser assistido e não representado. Na prática, contudo, não terá nenhum discernimento por encontrar-se em coma. Portanto, o legislador criou insegurança jurídica, deixando-os completamente desamparados.

Stolze (2017, não p.) conceituou essa falha do legislador como “brecha autofágica” esclarecendo que a inclusão do indivíduo impedido de manifestar a sua vontade como relativamente incapaz, como no caso de hipnose ou estado decorrente de um acidente, trata-se de uma brecha utilizada pelo legislador “para que as pessoas com deficiência ainda fossem consideradas incapazes”.

O artigo 6.º da lei 13.146/2015 reafirmou a capacidade plena das pessoas com deficiência ao estatuir que podem casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; o direito à guarda, tutela, curatela e adoção, como adotando ou adotante; conservar a fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória (BRASIL, 2015).

Explica Madruga (2019, p. 76) que essa autonomia está associada a uma vida independente, que consiste “na capacidade de homens e mulheres com deficiência controlarem pessoalmente seus múltiplos aspectos de vida, tomando decisões e assumindo responsabilidades”.

O movimento de vida independente iniciado em 1972 com a criação do Centro de Vida Independente da Universidade de Berkeley tem como princípio de uma vida independente, dentre outros: i) a capacidade, como qualquer outra pessoa, de administrar sua própria vida, assumir responsabilidades; ii) a deficiência serve como parâmetro para o reconhecimento da diversidade humana (MADRUGA, p. 77).

Ocorre que essa autonomia outorgada pela lei, inclusive, para as pessoas sem discernimento, dando isonomia formal às pessoas com deficiência quando necessitam de isonomia substancial, por vezes é um afronto a própria dignidade e personalidade do indivíduo à medida que muitos atos da vida civil não podem ser realizados sem que tenham a mínima percepção das consequências.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul¹, contudo, vem exigindo a presença de curador para os casamentos em que a escolha de regime de bens é diverso do legal, como, por exemplo, com pacto antenupcial.

No que concerne ao direito de as pessoas com deficiência realizarem planejamento familiar e, assim, decidir a quantidade de filhos que pretende ter, constata-se certa contradição e incongruência do legislador. Nos termos da lei n.º 9.263/1996, a esterilização voluntária administrativa exige a capacidade civil plena; ser maior de 25 anos e ter 02 filhos; respeitar o prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação de vontade e o ato cirúrgico; propiciar o acesso a serviço de regulação de fecundação e aconselhamento por equipe multidisciplinar com a finalidade de desencorajar a esterilização precoce. Pode, ainda, excepcionalmente ser realizada em razão de comprovado risco para a vida e saúde da mulher ou do futuro concepto.

A lei n.º 9.263/1996 demonstra preocupação com a higidez da vontade, negando a esterilização em caso de alteração da capacidade de discernimento por causa de uso de drogas ou estados emocionais alterados, em período de parto ou aborto, exigindo, ainda, a concordância do companheiro ou cônjuge se houver.

Contudo, em decorrência da revogação dos incisos I, II e III do Código Civil brasileiro, as pessoas com deficiência física, mental, intelectual ou sensorial é considerada tecnicamente plenamente capaz, ainda que seja o caso de não ter discernimento ou ser reduzido.

Assim, o que a lei 9.263/1996 tanto tentou proteger, a lei 13.146/2015 fez via inversa, garantindo ao indivíduo com pouca ou nenhuma capacidade de discernimento o direito de realizar a própria esterilização (KÜMPEL, 2018, não p).

¹ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CURATELA. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. RESTRIÇÃO LEGAL À PRÁTICA DE DETERMINADOS ATOS. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO AOS DEMAIS ATOS DA VIDA CIVIL. De acordo com o art. 85 da Lei n.º 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, sendo descabida, portanto, a extensão da curatela aos demais atos da vida civil. De acrescentar que embora seja permitido o matrimônio, a eventual celebração de pacto antenupcial sempre dependerá de assistência de curador, pois se trata de ato de disposição patrimonial, o que se extrai da leitura conjugada dos artigos 1.772 e 1.782 do CCB. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.(Apelação Cível, Nº 70082782723, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 30-01-2020).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. INTERDIÇÃO. PLEITO DE INTERDIÇÃO PARA TODOS OS ATOS DA VIDA CIVIL. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. O Estatuto da Pessoa com Deficiência entendeu, em seu artigo 6º, conceder capacidade civil plena para todo e qualquer deficiente, com o escopo de promover a inclusão social. Nos termos do artigo 84, § 3º, da lei 13.146/2015, a curatela constitui medida protetiva proporcional às necessidades e às circunstâncias do caso, não sendo cabível, ao caso, ampliar a extensão da curatela. Inviabilidade da pretensão do Ministério Público, tendo em vista restrição legal imposta, devendo ser assegurados direitos mínimos ao curatelado. Salienta-se, no entanto, que, quanto ao matrimônio, nos casos em que o curatelado escolher por regime de bens diverso do legal, será necessária a intervenção do curador. Apelação desprovida.(Apelação Cível, Nº 70082516675, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 30-01-2020).

Inócuo, ainda, se tornaram as exigências da lei n.º 9.263/1996 quanto ao serviço de regulação de fecundação e aconselhamento por equipe multidisciplinar, à medida que não possuindo a pessoa com deficiência o necessário discernimento, os referidos serviços serão despicientes (KÜMPEL, 2018, não p).

Assim, não obstante o avanço do Estatuto da Pessoa com Deficiência no que tange a possibilidade de casamento sem necessidade de permissão do curador à medida que o fato de ter alguma deficiência não lhes impedem de exercer o direito de cidadania, dentre eles, o matrimônio, sexualidade e gestação, por outro lado, faliu ao revogar o artigo 1.548 do Código Civil que dispunha sobre a nulidade do casamento do “enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil” (SIMÃO, 2015, não p.).

Verifica-se, que embora o Estatuto da Pessoa com Deficiência tenha introduzido inclusão social e dignidade, lado oposto, foi omissivo e violador dos direitos da personalidade do indivíduo carente de discernimento para determinados atos da vida civil, deixando-os à míngua de legislação protetiva.

5. O Exercício da Cidadania pela Pessoa com Deficiência e o Princípio Isonômico.

Como apontado por Silva (2007, p. 70), a “igualdade constitui o signo fundamental da democracia”. É formal, quando atrelada a uniformidade da lei, como a afirmação do artigo 1.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, segundo o qual “os homens nascem e permanecem iguais em direitos”, visando abolir privilégios, o que acabou gerando desigualdades econômicas, uma vez que fundada em uma visão individualista do homem.

Por outro norte, a igualdade material está consubstanciada a partir do ideário do Estado Social em que se busca a igualdade real através do tratamento diferenciado aos desiguais. “Situações desiguais não podem ter o mesmo tratamento abstrato e impessoal” (MADRUGA, 2019, p. 81).

A lei de inclusão das pessoas com deficiência, estatui a igualdade formal das pessoas com deficiência, dando total autonomia para os atos da vida civil e, por consequência, o direito ao exercício da cidadania plena.

Segundo Siqueira Júnior (2016, p. 227), o termo cidadania advém do latim “civitate”, o qual traduz-se a ligação da pessoa com a cidade. E “ciuitas” – cidade, deriva de “cius” – “ser humano livre”. Portanto, cidadania, traduz – se a ideia de liberdade, a qual possui estrita relação com a democracia. Diz-se, então, que a “cidadania é tributária da soberania popular” (SILVA, 2007, p.35).

Ser cidadão, portanto, é “ter o direito de ter direitos” (GORCZEVSKI, 2011, p.22), nestes englobando, o reconhecimento de novos direitos, igualdade perante a lei, participação plena da vida política, econômica, social e cultural seja para conquistar, preservar e até mesmo para proteger seus direitos. É ter voz na sociedade, poder de opinar e decidir.

Como explicado por Anñón (2008, não p.) a cidadania plena é construída em torno da ideia de pluralismo, englobando, diferentes formas de vida, concepções de mundo, identidades culturais, códigos avaliativos, entre outros. A pedra de toque da cidadania é encontrada, portanto, na heterogeneidade e em sua estreita conexão com a linguagem dos direitos. Por outro lado, a homogeneidade intolerante é a expressão mais triste de violação a cidadania plena.

O conceito de igualdade para Kant, está atrelado a liberdade, de modo que a vontade de um deve estar de acordo com a do outro, por intermédio de lei geral da liberdade, a qual é limitada pelo critério da igualdade (TABORDA, 199, p. 252).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu artigo inaugural, o exercício da cidadania como desdobramento do Estado Democrático de Direito e como princípio fundante da República Federativa, bem como consagrou o tratamento isonômico como direito fundamental. Isto porque, é no exercício da cidadania, que econtra-se a ideia de igualdade.

Porém, “além de reconhecer os direitos fundamentais dos indivíduos, deve-se reconhecer também uma série de direitos especiais para os grupos minoritários” (GORCZEVSKI, 2011, p. 94), combatendo a “homogeneidade estratificada” (NEVES, 2008, p. 167).

Deve-se, assim, ter o reconhecimento de que as pessoas não são iguais e que estão em diferentes situações e condições, de modo que a identidade de cada pessoa é dada por sua diferença (AÑÓN, 2008), exigindo-se um conceito de igualdade complexa, pelo qual há o reconhecimento jurídico das diferenças opondo-se a “cortina de fumaça da igualdade formal (MADRUGA, 2019, p. 98).

Segundo Madrugá (2019, p. 98), “recupera-se o eixo antropológico no direito, quando se incorpora o valor jurídico das diferenças e aparece uma realidade integrada por indivíduos concretos”.

Conclui-se, assim, que a lei de inclusão visando apenas a igualdade formal das pessoas com deficiência, tornando-as indiscriminadamente aptas, ainda que envolvam pessoas sem o necessário discernimento, sem trabalhar a diferença, sem a sociedade adaptar-se ao diferente, o legislador, principal destinatário do princípio isonômico, acabou por violá-lo.

6. Dignidade-Liberdade *versus* Dignidade-Vulnerabilidade. Autonomia *versus* Proteção. Da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada.

Segundo Diniz (DINIZ, 2017, p. 61), a “personalidade tem sua medida na capacidade”, que consiste na aptidão para adquirir direitos e contrair deveres na ordem civil. Esta capacidade de direito “não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de negar sua qualidade de pessoa, despiando-o dos atributos da personalidade.”

Contudo, a capacidade pode sofrer restrições quanto ao seu exercício pela intercorrência de diversos fatores, como, por exemplo, a insuficiência decorrente da menoridade.

Anteriormente a lei de inclusão também haviam restrições legais ao exercício da capacidade pela existência de fatores somáticos que retiram da pessoa o necessário discernimento para os atos da vida civil, como eram os casos descritos nos incisos II e III do artigo 3.º do Código Civil – pessoas com enfermidade ou doença mental que não tivessem o necessário discernimento e os que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade. Essas pessoas eram consideradas absolutamente incapazes sendo, por consequência, interditadas.

A Lei n.º 13.146/2015 revogou os incisos do artigo 3.º do Código Civil brasileiro, transpondo as incapacidades dos que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade para o artigo 4.º, definindo-os como relativamente incapazes.

Dessa forma, não há mais vinculação da incapacidade à deficiência ou incompleto desenvolvimento mental, restringindo-se à impossibilidade de exprimir sua vontade. As pessoas com deficiência que são submetidas a curatelas foram removidas do rol dos absolutamente incapazes e inseridos no rol dos relativamente incapazes (CEZAR, 2019, p. 21).

Venosa (2019, p. 1528) esclarece que as pessoas que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade, incluem os “alienados mentais e os portadores de anomalias que impedem o discernimento”, as quais não possuem condições de reger parcialmente ou totalmente suas vidas, mesmo tendo cronologicamente atingido a maioridade civil.

Assim, a partir da Lei n.º 13.146/2015 deixou de existir no ordenamento jurídico brasileiro pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade, fulminando com a

possibilidade de interdição absoluta². Tartuce (2019, p. 142), esclarece que valorizou-se a dignidade-liberdade, deixando de lado a dignidade-vulnerabilidade.

Dessa forma, de acordo com a lei brasileira de inclusão, a regra é a de que todas as pessoas maiores são capazes. Por outro viés, as deficiências que geram incapacidades devem ser declaradas através de procedimento próprio (VENOSA, 2019, p. 1528).

Essa autonomia da pessoa com deficiência, garantindo o exercício da capacidade legal em igualdade de condições com relação as demais pessoas, somente poderá ser restringida em situações excepcionais e restritas a direitos patrimoniais e negociais, não alcançando o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Em síntese, a regra é de que o deficiente goze de todos os direitos civis, patrimoniais e existenciais. Contudo, se a pessoa com deficiência não possui discernimento suficiente para autodeterminar-se, lhe será conferida a proteção pelo instituto da curatela (CEZAR, 2017, p. 2097). E, se o exercício do autogoverno for precário, o meio processual adequado será o da Tomada de Decisão Apoiada.

Tanto o Código Civil, com introduções realizadas pela Lei n.º 13.147/2015 quanto o Código de Processo Civil, elencam os legitimados para requerer a interdição, sendo incluído pelo estatuto civilista o próprio curatelando como legitimado, e, pelo estatuto processual, o Ministério Público nas situações em que o cônjuge ou companheiro, parentes ou tutores, o representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando, não existirem ou não promoverem a interdição, ou, se existindo forem incapazes (THEODORO JÚNIOR, 2019, p. 861).

No caso da tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência, legitimada exclusiva³, elege duas pessoas idôneas que tenha vínculo para lhe ajudar a tomar decisões sobre atos da vida civil. Por este instituto a “pessoa mantém a sua autonomia para atuar, sem restrições a sua capacidade de fato”, porém podendo contar com o auxílio dos apoiadores (CEZAR, 2017,

² Estatuto da pessoa com deficiência. Restrição dos limites da curatela. “Diante das alterações feitas no Código Civil, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei n.º 13.146/2015, o indivíduo não mais é considerado absolutamente incapaz, para os atos da vida civil, exceto em raríssimas hipóteses. A patologia neurológica degenerativa configura hipótese de incapacidade relativa, não sendo caso de curatela ilimitada (art. 4º, inciso III, e art. 1.767, inciso I, do CC, com redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência).” (TJMG, Ap. 1.0702.16.012924-4/001, 7ª Câ., Rel.ª Des.ª Alice Birchal, DJEMG 09.02.2018).

³ Enunciado n.º 639, VIII Jornada de Direito Civil – CJP/STJ: A opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência. A pessoa que requer o apoio pode manifestar, antecipadamente, sua vontade de que um ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores.

p. 2121). Contudo, se a condição da pessoa com deficiência exigir a curatela, não será cabível o instituto da tomada de decisão apoiada, mas sim a interdição.⁴

Nesse contexto, a regra é de reconhecimento da igualdade perante a lei das pessoas com deficiência, inclusive, restringindo as hipóteses de interdição às questões patrimoniais e negociais, enaltecendo, por consequência, o instituto da tomada de decisão apoiada.

Contudo, nas situações de ausência de discernimento, comprovada por parecer de equipe multidisciplinar, a interdição poderá alcançar o direito extrapatrimonial, uma vez que o Magistrado “não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna” (art. 723, § único, do CPC), a fim de resguardar o direito constitucional de isonomia substancial (CNMP, 2016, p. 16)⁵.

7. Conclusões.

A transição da pessoa com deficiência sem o completo discernimento para cidadão plenamente capaz por disposição legal ou, se assim declarado, relativamente incapaz, representa um retrocesso as conquistas da humanidade na luta pela proteção das pessoas com deficiência.

Frente a essa problemática e, considerando que o estudo do direito deve-se caminhar em conjunto com a análise da sociedade na sua historicidade local e universal, buscou-se primeiramente, realizar breve contextualização histórica sobre as conquistas das pessoas com deficiência, pelo qual demonstrou-se que em seus primórdios esses indivíduos eram excluídos da sociedade e muitas vezes tinham a própria vida ceifada. Esse quadro de atrocidades começou a melhorar no século XVIII com o renascimento e revolução francesa, quando passaram a ter ajuda social através de verbas públicas até chegar-se no século XXI em que se busca a igualdade plena, independentemente do grau de discernimento.

Apontou-se a problemática da capacidade plena para fins extrapatrimoniais às pessoas que não podem exprimir de forma alguma sua vontade, como, por exemplo, o retardo mental grave – adulto com idade mental de 03 anos de idade. A lei assegura que essas pessoas podem

⁴ Enunciado n.º 640, VIII Jornada de Direito Civil – CJF/STJ: A tomada de decisão apoiada não é cabível, se a condição da pessoa exigir aplicação da curatela.

⁵ Enunciado n.º 81 do MPDF: Nos procedimentos de curatela ou de tomada de decisão apoiada, o juiz não é obrigado a observar critérios de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais adequada ou oportuna, conforme dispõe o art. 723, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

Enunciado n.º 82 do MPDF: O art. 85 da Lei 13.146/2015 deve ser interpretado em consonância com o art. 723, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil, de forma que, excepcionalmente, quando necessário para a proteção dos interesses do curatelado, a curatela da pessoa com deficiência poderá afetar o exercício de direitos de natureza extrapatrimonial, desde que essa restrição conste da sentença.

casar, ter relação sexual, sem que tenham a mínima percepção dos atos, precisando da proteção da família e, também, do Estado.

Demonstrou-se o contratempo entre a valorização da dignidade-liberdade em detrimento da dignidade-vulnerabilidade e suas repercussões ao instituto da interdição, curatela, além do novo sistema processual da tomada de decisão apoiada.

Com a finalidade de demonstrar a insuficiência do tratamento isonômico formal para proteção das pessoas com deficiência e o consequente distanciamento do exercício da cidadania plena, realizou-se análise da contextualização e conceituação de cidadania e isonomia.

Concluiu-se, ao final, que o tratamento igualitário, sem levar em consideração as diferenças e sem compensar as desigualdades a fim de equalizá-las, viola a dignidade da pessoa com deficiência.

8. Bibliografia

ALVES, Vera Lucia Rodrigues; Pacheco, Kátia Monteiro de Benedetto. **A história da deficiência, da marginalização à inclusão social: uma mudança de paradigma.** Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/actafisiatrica/article/view/102875/101168>. Acesso em: 29.12.2019.

AÑÓN, Maria José. **In Igualdad, Diferencias Y Desigualdades.** México, Ed. Distribuciones Fontamara, 2008.

BRASIL. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em 29.12.2019.

BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 29.12.2019.

BRASIL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 29.12.2019.

CEZAR, Peluso. DUARTE, Nestor. **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência.** Ed. Manole, 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Tomada de Decisão Apoiada e Curatela. Medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.** Brasília: CNMP, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Comentado.** Ed. Saraiva. 2017.

El GHOZI, Laurent. Roelandt, Jean-Luc. **L'Organisation mondiale de la santé (OMS) et la santé mentale aujourd' hui.** Disponível em: <<https://www.cairn.info/revue-l-information-psychiatrique-2015-7-page-539.htm#>. Acesso em: 29.12.2019.

GORCZEWSKI, Clovis. **A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática**. Santa Cruz do Sul. Ed. Edunisc, 2011.

KÜMPEL, Vitor Frederico; VIANA, Gisele de Menezes. **O paradoxo do planejamento familiar em face do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI283381,61044-O+paradoxo+do+planejamento+familiar+em+face+do+Estatuto+da+Pessoa>. Acesso em 29.12.2019.

LORDANIS, Stavrianos; VASILOS, Kaimakamis; VASILOS Tsimaras; ATHANASIOS, Anastasiou1. **Perceptions and attitudes concerning individuals with disabilities in ancient Greece: physical exercise as a means of prevention and treatment of health-related problems**. REVIEW ARTICLE. EQOL Journal (2018) 10(2): 47-53. Disponível em: <<http://www.eqoljournal.com/wp-content/uploads/2018/12/Article-6.pdf>, 2018. Acesso em: 29.12.2019.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos. Ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo. Ed. Saraiva, 2019.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: Um relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. Ed. Martins. São Paulo, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods4/>. Acesso em 29.12.2019.

POZNAN, Polan. **The Body as a form of individual and social Differentiation (in ancient greece)**. University School of Physical Education, Doi: 10.2478/v10038-011-0046-2 Disponível em: <<https://www.degruyter.com/downloadpdf/j/humo.2011.12.issue-4/v10038-011-0046-2/v10038-011-0046-2.pdf>. Acesso em 29.12.2019.

SILVA, Otto Marques da, **A Epopéia Ignorada- A Pessoa deficiente na História do Mundo de Ontem e de Hoje**, Ed. Cedas, São Paulo, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. Ed. Malheiros, 2007.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (parte 2)**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>. Acesso em 29.12.2019.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. **Direitos Humanos: Liberdades públicas e cidadania**. CDU-347.121(81). 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

STOLZE, Pablo. **Deficiência Não é Causa de Incapacidade Relativa - A Brecha Autofágica**. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/deficiencia-nao-e-cao-de-incapacidade-relativa-a-brecha-autofagica>. Acesso em 29.12.2019.

TABORDA, Maren Guimarães. **O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**. 22. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. Lei de Introdução e parte geral**. 15.^a edição. Ed. Forense, 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. Ed. Atlas, 2019.