

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

JUVÊNIO BORGES SILVA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

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 Napolini 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

D597

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Juvêncio Borges Silva; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Rogerio Luiz Nery Da Silva - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-449-5

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cooperativismo. 3.

Cotas. 4. Vulnerabilidade. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o livro Direito Sociais e Políticas Públicas I. O livro é composto de vinte capítulos e é fruto dos artigos que foram apresentados no Grupo de Trabalho com o mesmo nome no XXVI Encontro Nacional do Conpedi em Brasília no dia 21 de julho de 2017.

Os trabalhos, com excelente qualidade, com a participação de autores pesquisadores de várias regiões do país, traduzem a preocupação científica teórica e empírica envolvendo questões de ordem geral sobre efetividade da igualdade e o sistema de cotas em concurso público, efeitos constitutivos da lei e suas repercussões na defesa do meio ambiente, o cooperativismo e o novo marco regulatório, análise da legislação de cotas eleitorais para a igualdade de gênero e a importância dessa política pública como instrumento democrático e o orçamento participativo como instrumento de formação da razão pública. Os artigos contemplaram ainda temáticas que refletiram sobre políticas públicas voltadas para situações de vulnerabilidade, moradia, educação, além de discussões concernentes à judicialização das políticas públicas e ativismo judicial.

Os capítulos, abordando temas diversos, convergem para uma temática que os une, a saber, as políticas públicas e o papel dos poderes legislativo, executivo e judiciário no que se refere à sua criação, implementação e controle, considerando os conflitos decorrentes da omissão do poder legislativo e limites de sua atuação, da discricionariedade e poder-dever do poder executivo, e do protagonismo do poder judiciário em face do fenômeno da judicialização e do ativismo judicial.

Não obstante os capítulos tenham autores de várias regiões do país, sendo que alguns tem como objeto de pesquisa situações concretas e regionais, verifica-se que os mesmos problemas se apresentam nas várias regiões do país, sendo que a reflexão de situações locais específicas podem contribuir para uma melhor compreensão de situações semelhantes em outras regiões, assim como reflexões mais gerais contribuem para uma melhor compreensão de situações concretas locais, o que nos leva a concluir que a máxima que afirma ser necessário pensar globalmente e agir localmente se confirma.

A riqueza de análise e peculiaridade dos vários trabalhos apresentados em muito contribuiu para uma melhor percepção da realidade fática dos direitos sociais e políticas públicas no

Brasil, proporcionando-nos reflexões que alargam nosso horizonte de conhecimento e nos proporcionam melhores condições para uma atuação no sentido de superar as dificuldades que obstaculizam a concreção dos direitos sociais no Brasil, sendo que as políticas públicas constituem o instrumento privilegiado para a sua consecução, exigindo, portanto, aprimoramentos, que somente serão realizados com a participação popular e efetiva fiscalização por parte da população e dos órgãos competentes.

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva - Universidade de Ribeirão Preto

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Rogerio Luiz Nery Da Silva - Universidade do Oeste de Santa Catarina

**O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A DIGNIDADE DO
PORTADOR DE DEFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO DE SUA VIDA CIVIL**

**THE STATUS OF THE PERSON WITH DISABILITIES AND DIGNITY OF
DISABILITY CARRIER IN YOUR LIFE CIVIL ADMINISTRATION**

**Lucas Alexandre Zanutto Vaz
Olivia Alaide Da Silva Luz Caparroz**

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo apresentar os direitos consagrados às pessoas portadoras de deficiência. Analisando a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146/2015, alterando à teoria das capacidades e em especial a curatela, introduzindo ao sistema pátrio o instituto da decisão apoiada. Objetiva-se ainda mostrar as consequências destas alterações, bem como explanar sobre o Projeto de Lei nº 757/2015, que tem por objetivo adequar à Lei 13.146/2015. Este trabalho teve como metodologia de pesquisa o método teórico, com consultas em obras, artigos de periódicos, legislações pertinentes e documentos eletrônicos.

Palavras-chave: Capacidade, Curatela, Estatuto da pessoa com deficiência

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to present the rights consecrated to people with disabilities. Analyzing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Statute of Persons with Disabilities, Law 13,146/2015, changing the theory of capacities and especially the curatorship, introducing the institute of the decision supported to the system. It also aims to show the consequences of these changes, as well as to explain about Bill N. 757/2015, which aims to comply with Law 13,146/2015. This work had as a research methodology the theoretical method, with consultations in works, articles of periodicals, pertinent legislations and electronic documents.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Capacity, Trusteeship, Person status with disabilities

1. INTRODUÇÃO

Atualmente é possível identificar normas de direitos em prol das pessoas que possuem alguma deficiência, todavia nem sempre fora assim, o processo para a modificação e construção de direitos integralizadores que permitissem condições humanas mínimas dignas para essas pessoas foi de forma gradativa.

Com o passar dos anos as deficiências deixaram de ser somente adquiridas por doenças mentais, intelectuais ou vírus, pois após as grandes guerras mundiais um lastro de mutilados, cegos e surdos surgiu, o que culminou com uma atenção especial a situação dos deficientes em todo o mundo.

A ONU se sensibilizou com este grupo social e adotou uma série de compromissos formais em apoio as pessoas com deficiência, como a Declaração do Direito das Pessoas Deficientes em 1975, a celebração no ano de 1981 como o ano Internacional da Pessoa Deficiente, a criação da Convenção da Guatemala e principalmente a aprovação da consagrada Convenção Internacional dos Direitos da Pessoas com Deficiência.

No Brasil em um passado recente todo deficiente por menor que fosse sua inabilitação não era inserido no mercado de trabalho, na sociedade e muitas vezes eram relegados pelos seus entes familiares, que os mantinham quase aprisionado em seus próprios lares. O preconceito estava embutido no próprio texto normativo do Código Civil de 1916, que de forma pejorativa mencionava ‘loucos de todos os gêneros’. O inquietante dessa mentalidade foi eternizado pelo talento do escritor Lima Barreto em sua obra “Diário do hospício e o cemitério dos vivos”, conforme apontado por Lourival de Jesus em artigo a Revista IBDFAM – Família e Sucessões. Segundo ele Lima Barreto na obra supracitada descreve que:

“Não me incomodo muito com o hospício, mas o que me aborrece é essa intromissão da polícia na minha vida. De mim para mim, tenho certeza que não sou louco; mas devido ao álcool, misturado com toda espécie de apreensões que as dificuldades de minha vida material há seis anos me assoberbam, de quando dou sinais de loucura: delírio”¹

Lourival de Jesus em artigo publicado na Revista IBDFAM – Família e Sucessões afirma que muitas vezes as interdições e os tratamentos em hospícios eram utilizados como

¹ BARRETO, Lima. **Diário do hospício e o cemitério dos vivos**. São Paulo: Cosac Naify, 2010,p.44.

medidas de isolamento de pessoas em total estado lucidez, feito por adversários políticos, ou pessoas de interesses escusos.

Esse tema foi também retratado pelo aclamado filme “Bicho de Sete Cabeças” drama dirigido por Laís Bodanzky e com roteiro de Luiz Bolognesi baseado no livro autobiográfico de Austregésilo Carrano Bueno, “Canto dos Malditos”. O filme retrata a história de Neto, um jovem que é internado em um hospital psiquiátrico após seu pai descobrir um cigarro de maconha em seu casaco. O filme, além de abordar a questão dos abusos feitos pelos hospitais psiquiátricos, também aborda a questão das drogas e a relação conflituosa entre pai e filho.²

Neste sentido Rodrigo da Cunha Pereira evidencia que:

A “Historia sempre colocou os loucos de um lado, em contraposição à razão. Mas esta fronteira entre o normal e o anormal deve ser questionada, mesmo porque ela tem variado ao longo do tempo. A insensatez, a feitiçaria, a paixão desesperada...eram loucura que não tinham remédio, apenas a misericórdia de Deus. O que se fez até hoje no campo jurídico é a demarcação dos limites da razão para que o Estado possa dizer quem pode e quem não pode praticar atos da vida civil.”³

No Brasil a medicina do século XIX não era capaz de catalogar o rol de transtornos mentais, o art. 5º, inciso II, do Código civil de 1916, englobou em uma só fórmula aqueles que seriam relegados ao limbo da curatela. Conforme dito anteriormente, a denominação “os loucos de todos os gêneros” expressão ampla que não se permitia mensurar o grau da incapacidade e deficiência, o que gerava imprecisão e estigma.⁴

Só com a Constituição Federal de 1.988 através de uma exigência constitucional de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana que se iniciou um novo conceito direitos às pessoas portadoras de algum tipo de deficiência, que será melhor especificado no tópico a seguir.

2. DOS DIREITOS À PESSOA COM DEFICIÊNCIA ANTES DA LEI N. 13.146/2015

² (Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Bicho_de_Sete_Cabe%C3%A7as acesso em 06/11/2016.

³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo Código Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.388

⁴ ROSENVALD, Nelson, Curatela, **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p.734

A Constituição Federal de 1988, de forma indireta garante total direito as pessoas portadoras de deficiência ao estabelece no caput do art. 5º

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”⁵

Logo, a discriminação não deveria existir, mas para reafirmar esse direitos o constituinte ainda elaborou um rol de direitos expressos na elaboração da Constituição de 1988, que se segue com o Art. 7º, XXXI ao estabelecer proibição de qualquer discriminação de emprego; no art. 23, II ao estabelecer competência comum aos entes da federação quanto ao cuidado com a saúde, assistência pública, proteção e garantia dos deficientes; no art. 24, XIV ao fixar competência concorrente dos entes Federados em legislar sobre proteção e integração social dos deficientes; no artigo 203, V quando prevê que o Estado promovera a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência bem como a promoção de sua integração à vida comunitária e a garantia de um salário mínimo a título de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família; no art. 208, III, ao fixar como dever do Estado ofertar um atendimento educacional especializado aos deficientes; no art. 227 § 1º, II ao estabelecer o dever do Estado em promover a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para deficientes, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso de bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminações.

E nesse sentido em todos os âmbitos da federação foi adotado medidas de inclusão como a imposição de cotas de portadores de deficiência para as empresas ou concursos públicos e políticas públicas assistenciais para integração. Entretanto na prática não se tem percebido grandes avanços.

Percebe-se que o que falta não é normatização sobre os direitos dessas pessoas, o que falta é a aplicabilidade destas normas, principalmente pelos órgãos públicos que dificultam ao máximo possível que esses direitos sejam efetivados, e isso vai desde um medicamento negado

⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm acesso em 06/11/2016

até acessibilidade aos prédios públicos, ou seja, quem mais deveria dar exemplo, são os que acabam por ignorar direitos constitucionalmente positivados. É o que demonstra dados do IBGE:

Quase metade das cidades brasileiras não tem estrutura de acesso para pessoas com deficiência nos prédios de suas prefeituras. **É o que mostra a pesquisa Perfil dos Municípios Brasileiros, feita em 2011, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). De acordo com o IBGE, 42,6% das cidades dizem não ter nenhum dos 13 itens necessários(...)**Para tabular as cidades, o IBGE estipula 13 de “itens de acessibilidade”. São eles: rampas de acesso, equipamento para deslocamento vertical, sanitário acessível, piso tátil, elevadores com braile e sonorização, telefone público adaptado, mobiliário de recepção adaptado, pessoal capacitado para atendimento, disponibilidade de áreas especiais de embarque e desembarque, vagas especiais para veículos com pessoas deficientes, sinalização de atendimento prioritário a elas, permissão de cão-guia e rampa externa. ⁶ Grifo nosso

Com isso, conclui-se que as pessoas com deficiência fazem parte de um grupo de minorias em nosso sistema jurídico que sofre em muitas situações com o descaso da administração pública e do setor privado.

3. DOS DADOS INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE – 2010

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão através do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, realizou a pesquisa “*Características Gerais da População, Religião e Pessoas com Deficiência*” no Censo Demográfico 2010. ⁷

Foi pesquisada a existência e os tipos de deficiência permanente junto a população brasileira e tiveram como objetivo saber sobre o número de pessoas que possuíam deficiência visual, auditiva e motora, de acordo com o seu grau de severidade.

⁶ Disponível em <http://www.deficienteciente.com.br/42-das-prefeituras-do-brasil-nao-tem-acesso-para-deficientes-afirma-ibge.html> acesso em 06/11/2016

⁷ Disponível em http://www.ibge.gov.br/english/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_subnormais/agsn2010.pdf acesso em 06/11/2016)

O IBGE levantou que o número de pessoas com deficiência no Brasil teria variado de 7,0 milhões em 2000 para 12,7 milhões em 2010, representando 6,7% da população. Já o resultado de pessoas com limitação funcional foi de 17,2 milhões em 2.000 para 32,8 milhões em 2010 (17,2% da população).⁸

Estas informações obtidas pelo IBGE foram de grande relevância, a fim de se mensurar qual parcela da população possui alguma deficiência permanente, o que possibilita o planejamento de políticas públicas com objetivo de melhorar as condições de vida para esses cidadãos, e acredita-se que esses dados também tiveram grande importância na aprovação da lei 13.146/2015.

4. DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – LEI N. 13.146/2015

O Estatuto da Pessoa com Deficiência teve origem em 09 de outubro de 2000 com o Projeto de Lei n.º 3.638/00, denominado de Estatuto do Portador de Necessidades Especiais que visava à regulamentação e o aprimoramento de todas as leis, decretos e portarias voltadas para o atendimento da pessoa com deficiência.

Em fevereiro de 2003, o projeto de Lei n.º 3.638/00, foi amplamente reestruturado e reeditado no Senado Federal com a denominação usada à época de Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência, e foi aprovado em 21 de dezembro 2006, onde se tornou o projeto de Lei 7.699/06 - Estatuto do Portador de Deficiência, para que esse substituísse/revogasse o primeiro projeto de Lei n.º 3.638/00.⁹

Observa-se que a trajetória do Estatuto da Pessoa com Deficiência percorreu uma trajetória árdua de quase 15 anos de tramitação, até que se tornasse a Lei Ordinária 13.146/2015 de 06 de julho de 2015 que entrou em vigor em 05 de janeiro de 2016.

Paralelamente ao projeto de Lei n. 7.699/06 - Estatuto do Portador de Deficiência, no âmbito internacional foi elaborado ao longo de quatro anos, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, cuja finalidade é proteger os direitos e a dignidade das pessoas com

⁸ Disponível em <http://www.deficienteciente.com.br/quem-e-quantas-sao-as-pessoas-com-deficiencia-no-brasil.html> acesso em 06/11/2016

⁹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339407> Acesso em: 30 set. 2016

deficiência, teve seu texto aprovado em 13 de dezembro de 2006, na sede das Nações Unidas em Nova York, e foi aberta à assinatura em 30 de março de 2007.¹⁰

A Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Dec. 186 de 09/07/2008, em conformidade com o procedimento previsto no art. § 3º, do art. 5º do Constituição Federal do 1988, em vigor no ordenamento jurídico externo desde 31/08/2008 e promulgado pelo Decreto n. 6.949/2009, de 25/08/2009, data de início de sua vigência no plano jurídico interno.

A Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência influenciaram de forma direta o Brasil a aprovar o Projeto de Lei n. 7.699/06 - Estatuto do Portador de Deficiência que deu origem a Lei Ordinária 13.146 de 06 de julho de 2015 cujo período de *vacatio legis* foi de 180 dias, e entrou em vigor em 05 de janeiro de 2016, o então chamado Estatuto da Pessoa Com Deficiência, tema que será abordado no teor deste trabalho por ter impactado diretamente a teoria da incapacidade, quando alterou de forma relevante os artigos 3º e 4º do Código Civil.

Os objetivos destas alterações foram a inclusão social das pessoas que apresentam algum tipo de deficiência, eximindo do rol dos absolutamente incapazes os maiores de 16 anos, como também, excluindo do texto legal a menção aos indivíduos com discernimento mental reduzido, o que gerou uma verdadeira transformação na teoria das incapacidades, dando origem a duas correntes de pensamentos opostos sobre as inovações trazidas pela Lei nº. 13.146/2015, quais sejam: a primeira é defendida por José Fernando Simão e Vitor Kümpel, que condenam estas modificações, por acreditarem que a dignidade destas pessoas deveriam ser respeitadas por meio da proteção de sua vulnerabilidade. Já a segunda vertente, liderada por Joyceane Bezerra, Flávio Tartuce, Paulo Lobo, Nelson Rosendal, Jonez Figueirêdo Alves, Rodrigo Cunha e Pablo Estolze, acredita que a inovação pela tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência evidencia-se pelos objetivos de sua inclusão.

5. DA DOENÇA MENTAL X DOENÇA INTELECTUAL

Antes de adentrar ao tema central do presente trabalho é necessário fazer remissão sobre a diferença entre a deficiência mental e a intelectual, pois existe diferenças importantes do ponto de vista de saúde e do ponto de vista jurídico.

¹⁰ Disponível em <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html> acesso em 06/11/2016

A doença mental é considerada como um transtorno psiquiátrico que engloba uma série de alterações que modificam o humor e o comportamento do indivíduo podendo afetar seu desempenho pessoal e social. O portador desse distúrbio deve ter acompanhamento com psiquiatra e o uso controlado de medicamentos. Essas alterações acontecem na mente da pessoa e causam uma alteração na sua percepção da realidade.

Já a deficiência intelectual representa um atraso no desenvolvimento, o que gera dificuldades de aprendizado e realização de coisas simples do cotidiano. Neste caso, há um comprometimento cognitivo, que ocorre antes dos 18 anos de idade. A ONU optou por excluir a expressão “deficiência mental” para evitar a confusão e a discriminação destas pessoas, que representam 5% da população mundial, de acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS).¹¹

A Deficiência Intelectual, segundo a Associação Americana sobre Deficiência Intelectual do Desenvolvimento AAIDD, é caracterizada por limitações significativas tanto no funcionamento intelectual como no comportamento adaptativo, que abrange muitas habilidades sociais e práticas cotidianas.¹²

A pessoa com Deficiência Intelectual tem dificuldade para aprender, entender e realizar atividades comuns para as outras pessoas. Muitas vezes, essas pessoas se comportam como se tivessem idade inferior à que realmente tem. É quase sempre resultado de uma alteração no desempenho cerebral, provocada por fatores genéticos, distúrbios na gestação, problemas no parto ou na vida após o nascimento. O desafio enfrentado pelos pesquisadores da área é que em grande parte dos casos estudados essa alteração não tem uma causa conhecida ou identificada. Muitas vezes não se chega a estabelecer claramente a origem da deficiência, sendo que esta pode ocorrer em três fases, que são: pré-natais, perinatais e pós-natais.¹³

Entre os inúmeros fatores que podem causar a deficiência intelectual, destacam-se alterações cromossômicas, desordem no desenvolvimento embrionário ou outros distúrbios estruturais e funcionais que reduzem a capacidade do cérebro, fazem parte dos principais tipos

¹¹ Disponível em <http://www.deficienteciente.com.br/entenda-a-diferenca-entre-deficiencia-intelectual-e-doenca-mental-onu-optou-por-banir-a-expressao-deficiencia-mental-em-2004.html> acesso em 05/11/2016

¹² Disponível em <https://aaidd.org/intellectual-disability/historical-context#.WB9xWdUrLIU> acesso em 06/11/2016

¹³ Disponível em <http://www.apaesp.org.br/SobreADeficienciaIntelectual/Paginas/O-que-e.aspx> acesso em 06/11/2016

de Deficiência Intelectual: Síndrome de Down; Síndrome do X-Frágil; Síndrome de Prader-Willi; Síndrome de Angelman; Síndrome Williams.¹⁴

Fica claro, que tanto a deficiência mental como a intelectual terão o grau de comprometimento incerto de indivíduo para indivíduo. E se por um lado a deficiência mental pode parecer ser mais grave, dependendo dos casos, se esta for devidamente tratada e com efetivo apanhamento médico durante toda a vida do indivíduo, este terá aptidão para tomar decisões que não comprometam sua vida e nem de seus descendentes.

Por outro lado, a incapacidade intelectual que tem um acompanhamento desde de seu diagnóstico, pode permitir em graus menores, que o indivíduo tenha capacidade de se desenvolver cognitivamente, permitindo que mesmo diante de algumas limitações intelectuais, este não precise de um administrador na sua vida, mas sim de um sujeito que possa auxiliá-lo quando necessitar, nos termos propostos pela tomada de decisão apoiada.

Mas em ambas as situações, é necessária uma análise individual para saber qual o grau de capacidade desses indivíduos e um planejamento familiar que não culmine da negligência dos direitos da dignidade de seus descendentes.

6. DA GENERALIZAÇÃO DAS INCAPACIDADES

Observa-se que existe grande prejuízo para toda a população que possui algum tipo de deficiência uma generalização banalizada de suas incapacidades, pois existem deficiências que em nada compromete o funcionamento intelectual ou a percepção da realidade do indivíduo, como as deficiências físicas, motora ou sensorial. E nestes casos, sem sombra de dúvidas, esse indivíduo tem sim capacidade para gozar de todos os direitos inerentes a sua dignidade sozinho, sem o auxílio de terceiros.

Entretanto não se pode dizer o mesmo com os deficientes mentais ou intelectuais, pois a depender do grau de comprometimento de sua deficiência, permitir que estes exerçam todos os direitos a eles inerentes, seria o mesmo que marginaliza-los, deixando-os carentes e indefesos para a manipulação de pessoas com interesses escusos, justamente por não terem condições de agir em defesa de seus próprios interesses. Por isso, se faz necessário uma análise sistemática de caso a caso, de forma que esta liberdade plena seja concedida tão apenas para aqueles que o

¹⁴ Disponível em <http://www.apaesp.org.br/SobreADeficienciaIntelectual/Paginas/O-que-e.aspx> acesso em 06/11/2016

grau de deficiência intelectual não necessariamente comprometa a habilidade de raciocínio e discernimento dos atos da vida civil.

Observa-se que os portadores de doença mental necessitam de acompanhamento por toda a vida, e o grau de capacidade dependerá do tipo de doença que acomete o indivíduo. Parece ser um tanto quanto melindroso permitir que estas pessoas possam se casar e realizar seu planejamento familiar, sem uma previa análise do grau de comprometimento de sua condição, pois de um lado temos o direito da dignidade do deficiente incapaz, e por outro lado temos o direito constitucional da dignidade dos filhos desse sujeito, que não se sabe ao certo se nascerão condicionados a uma vida de intempéries advindos da incapacidade de seu genitor/genitora.

A mesma análise parece ser necessária para os portadores de doença intelectual, pois como garantir todo um planejamento familiar ao sujeito que não tem o devido discernimento para cuidar de sim mesmo. Logo, o mais sensato é a análise caso a caso e não simplesmente generalizar o grau de comprometido dos indivíduos portadores de alguma deficiência tanto intelectual como mental, haja vista que se assim o for, grande prejuízo pode trazer a esses indivíduos, tanto no plano econômico como no familiar.

7. A CURATELA ANTE APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A curatela é um instituto que visa a proteção e assistência a pessoa que não detém de capacidade de zelar pelos seus interesses próprios. Segundo Maria Brenice Dias a curatela é o instituto protetivo dos maiores de idade, mas incapazes, isto é, sem condições de zelar por seus próprios interesses, reger sua vida e administrar seu patrimônio.¹⁵

Ainda, segundo Carlos Roberto, a curatela apresenta cinco características relevantes: a) os seus fins não assistenciais; b) tem caráter eminentemente publicista; c) tem caráter supletivo da capacidade; d) é temporária, perdurando somente enquanto a causa da incapacidade se mantiver(cessada a causa, levanta-se a interdição); e) e sua decretação requer certeza absoluta da incapacidade.¹⁶

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de direitos das famílias. 8.ed.São Paulo:RT, 2011, p.621.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005, p.608

Observa-se que a curatela visa a proteção do curatelado e que só é concedida por meio de decisão judicial e após avaliação da incapacidade. Devendo ainda a sentença de interdição ser registrada no livro “E” no 1º Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais da comarca da sentença prolatada conforme determina art. 93 da Lei 6.015/73, e art. 9º, III do CC, para que se seja dado publicidade e assim tenha efeitos *erga omnes*.

A curatela portanto não é um procedimento rápido, pois precisa necessariamente passar pelo crivo do judiciário, e nos termos constantes do art. 84, §3º da Lei 13.146/2015 será ainda mais difícil, pois o legislador deixa claro que sua aplicação será tão somente para casos excepcionais, e deverá constar na sentença que a prolatar os limites que ele alcança, e no art. 116 da referida lei criou-se ainda o instituto da Tomada de decisão apoiada.

A tomada de decisão apoiada é sem dúvida uma boa ferramenta para aqueles indivíduos que detem de razoável condição para administração de sua vida civil, mas na prática, não inspira grandes resultados.

Ocorre que na prática e cotidiano dos Tabelionatos, não é costume se pedir certidão negativa do Livro “E” do 1º Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais da comarca onde o vendedor reside, pois não existe nenhuma regra que obrigue essa prática.

Imaginemos em uma situação hipotética onde um pródigo que passou por um processo de interdição com sentença devidamente registrada nos termos da lei. Tecnicamente, essa pessoa não pode praticar atos de venda do seu patrimônio, mas como em uma Comarca de população volumosa o tabelião de notas terá conhecimento da existência dessa interdição, já que não é de praxe se exigir qualquer certidão que se comprove a capacidade do vendedor, e levando em consideração que o pródigo não apresenta sinais da sua incapacidade.

Nota-se que mesmo tendo registro do registro da sentença da interdição para dar publicidade, pode sim, existir casos em que o interditado vai realizar a dilapidação de seu patrimônio sem que seu curador tenha conhecimento, só cabendo ao curador após tomar conhecimento do ato realizado demandar judicialmente por áduos anos tentando desfazer o negócio jurídico.

Agora, como imaginar que isso não vai acontecer com a tomada de decisão apoiada? Parece que aqui, seria completamente possível, haja vista não ter o o legislador se atentado a esse situação ao redigir as normas do Estatuto da Pessoa com deficiência, não tomou o cuidado de deixar expreso qualquer menção de registro no livro “E” do 1º RCP, ou mesmo uma averbação no registro de nascimento ou casamento do individuo, formas esta de dar publicidade a sentença que decretar a tomada de decisão apoiada.

8. DO INSTITUTO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

O instituto da tomada de decisão apoiada foi uma inovação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, previsto em seu art. 116 que acrescentou ao Código Civil de 2002 o art. 1.783-A.

Este instituto possui caráter concorrente a curatela, pode ser concedida a qualquer pessoa deficiente, com ou sem qualquer déficit psíquico. É o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas de sua confiança, com as quais tenha vínculos, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive se terá prazo de vigência o apoio.¹⁷

É pertinente salientar que a Tomada de decisão apoiada não substitui a curatela já transitada e julgada, este é o entendimento do doutrinador Christiano Cassettari, pois segundo ele esse entendimento é o correto haja vista o disposto no art. 5º, XXXVI da CF e 6º da lei de introdução às normas de direito brasileiro, onde deixa expresso que a lei nova não pode prejudicar a coisa julgada.¹⁸

Todavia, é plenamente possível que os deficientes interessados poderão ingressar junto ao judiciário e requerer o levantamento das interdições, ou a imposição de seus limites, que agora serão tão somente para as questões patrimoniais, nos termos do caput do artigo 85 da Lei 13.146/15.

9. ALTERAÇÕES PROPOSTAS AO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PELO PROJETO DE LEI Nº 757/2015

Foi apresentado em pauta no plenário do Senado Federal em 01 de dezembro de 2015, o Projeto de Lei nº 757 de 2015, que visa alterar o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código Civil e Código de Processo Civil para não vincular automaticamente a condição de pessoa com

¹⁷ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm acesso em 06/11/2016

¹⁸ CASSETTARI, Christiano. Os desafios impostos pelo Estatuto da pessoa com deficiência em razão das modificações nas teorias das incapacidades e seus reflexos na atividade de registradores e notários. Revista de Direito Imobiliário. Vol.80. São Paulo: Ed RT, jan.-jun./2016.p.266

deficiência a qualquer presunção de incapacidade, mas garantindo que qualquer pessoa com ou sem deficiência tenha o apoio de que necessite para os atos da vida civil¹⁹.

Este projeto foi apresentado com caráter de urgência na tramitação, reivindicando a adesão célere dos Congressistas para retificação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, uma tentativa de se evitar maiores prejuízos às pessoas que não possuem discernimento mental ou que por qualquer outra causa tenham a necessidade de apoio para praticar os atos jurídicos da vida civil.

Compreendeu o legislativo a importância de garantir o direito à liberdade de capacidade para as pessoas com algum tipo de deficiência, mas admitiu que o substantivo capacidade e deficiência se diverge em sua natureza, de maneira que um deficiente pode ter pleno gozo de sua capacidade civil, mas nem todo incapaz poderá exercer esse direito sozinho por justamente ter sua capacidade psicológica prejudicada.

O Professor Doutor Flávio Tartuce, foi chamado para emitir um parecer técnico sobre o Projeto de Lei n.757, segundo ele, o que se pretende é a repristinação de dois incisos que antes estavam previsto no artigo 3º do Código Civil, com pequenas modificações de texto, de maneira que o inciso II preceituaria como absolutamente incapazes “os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsicossocial”. Por outro lado, o inciso III do mesmo comando passaria a ter a seguinte redação: “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. Essa é a redação do texto da proposta original.²⁰

Este projeto trouxe em seu art. 1º e 2º a seguinte redação:

Art. 1º Esta Lei tem por finalidade harmonizar dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto das Pessoas com Deficiência) e da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, relativos à capacidade das pessoas com deficiência e das demais pessoas para praticar os atos da vida civil, bem como às condições para exercício dessa capacidade, com ou sem apoio.
Art. 2º Ficam revogados os incisos II, IV, VI e VII do art. 123 da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, e as alterações promovidas pelo art. 114 dessa lei nos **arts. 3º, 4º, 1.548, 1.767, 1.769 e 1.777 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** (SENADO, Projeto de Lei nº 757, de 2015). (Grifo nosso)

¹⁹ Disponível em BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei nº 757, de 2015 <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251> acesso em 07/11/2016

²⁰ Disponível em BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei nº 757, de 2015 <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251> acesso em 07/11/2016

Acredita-se que esta postura de assumir o equívoco cometido em relação à lei 13.146/2015 foi acertada, uma vez que, estas alterações não visam restabelecer qualquer espécie de preconceito ou de discriminação contra as pessoas com deficiência, até porque a maioria destas pessoas tem plena capacidade para exercer com autonomia os atos da vida civil.

Entretanto não se pode ignorar que, alguns indivíduos que possuem deficiência mental precisam de garantias protetivas por parte do Estado, justamente para lhes dar tratamento condizentes com sua necessidade. Ressalta-se se ainda que, incluir estas pessoas no rol de absolutamente incapazes não é uma afronta à sua dignidade humana, mas sim uma forma de proteger seus direitos individuais e pessoais, como bem assevera Ruy Barbosa baseando-se na lição Aristotélica que:

“[...]A regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem[...].”²¹

Ao legislar sobre o tema há que se valer do Princípio Constitucional da Isonomia previsto no art. 5º da Constituição Federal, no sentido de permitir a igualdade material para todos na medida de sua desigualdade, entendendo que é obrigação do Estado garantir a todos os indivíduos, com ou sem deficiência, o apoio de que porventura necessitem para o exercício de sua cidadania.

Observando que, caso não o seja, estará o Estatuto que tem por missão proteger e ressocializar o deficiente, tomando rumo oposto ao proposto. Criando assim uma maior afronta aos direitos por esses conquistados e reivindicados.

10. CONCLUSÃO

O presente estudo relatou de forma sucinta parte da evolução histórica a respeito da forma de tratamento do Estado ao Deficiente, até a contemporaneidade.

Destaca-se que as recentes alterações da teoria das capacidades, trazidos pela Lei 13.146/2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência, não buscou uma real aplicabilidade prática,

²¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 420

quando ignorou a diferença entre deficiência e capacidade, impedindo que um rol de direitos protetivos aos incapazes, tivesse aplicabilidade prática.

Nesta perspectiva, entende-se que são necessárias alterações no Estatuto da Pessoa com Deficiência e no Código Civil, bem como no Código de Processo Civil, a fim de garantir a qualquer pessoa, com ou sem deficiência, o apoio de que eventualmente necessite para os atos da vida civil, pois se assim não for o Estatuto da Pessoa com Deficiência continuará promovendo essas contradições legislativas e injustiças sociais.

O Projeto de Lei nº 757, de 2015 que foi apresentado no Plenário do Senado Federal de dezembro de 2015, surge como o primeiro passo para as adequações legislativas necessárias a fim de garantir o exercício pleno da capacidade das pessoas com deficiência e, conseqüentemente, de sua dignidade. Entretanto, o dito Projeto de Lei está sendo analisado pelo Legislativo, e não se tem previsão quanto ao tempo de tramitação e aprovação, de modo que as pessoas com deficiência permanecem em um limbo jurídico temerário.

Não se ignora o fato de que as alterações do Estatuto da Pessoa com Deficiência foram fundamentais para a promoção de direitos, mas os pontos controvertidos desta lei devem ser alterados em caráter de urgência, mas enquanto isso não acontecer, estas normas devem ser analisadas sempre com a finalidade promover, proteger e assegurar o exercício pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para as pessoas com deficiência.

11. REFERÊNCIAS

BARRETO, Lima. **Diário do hospício e o cemitério dos vivos**. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art1557. Acesso em: 08 set 2016.

BRASIL. Código Civil. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso: 08 set 2016.

BRASIL. **LEI Nº 13.146, DE 06 DE JULHO DE 2015.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-018/2015/Lei/L13146.htm#art114>. Acesso
em: 08 set. 2016.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer Técnico Professor Doutor Flávio Tartuce**, 2016.
Disponível em: <
<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=195850&tp=1>> Acesso em:
21 set 2016.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei Complementar nº 757**, de 2015. Disponível em: <
<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>> Acesso em: 30 set.
2016.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei Ordinária nº 7.699, de 27 de dezembro de 2006.**
Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339407>>
Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei Ordinária nº 7.699, de 27 de dezembro de 2006.**
Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339407>>
Acesso em: 30 set. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

CASSETTARI, Christiano. **Os desafios impostos pelo Estatuto da pessoa com deficiência em razão das modificações nas teorias das incapacidades e seus reflexos na atividade de registradores e notários**. Revista de Direito Imobiliário. Vol.80. São Paulo: Ed RT, jan.-jun./2016.

Disponível em <http://www.apaesp.org.br/SobreADeficienciaIntelectual/Paginas/O-que-e.aspx>
acesso em 06/11/2016

Disponível em <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html> acesso em 06/11/2016

Disponível em http://www.ibge.gov.br/english/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_subnormais/agn2010.pdf acesso em 06/11/2016)

Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Bicho_de_Sete_Cabe%C3%A7as acesso em 06/11/2016.

Disponível em <http://www.deficienteciente.com.br/entenda-a-diferenca-entre-deficiencia-intelectual-e-doenca-mental-onu-optou-por-banir-a-expressao-deficiencia-mental-em-2004.html> acesso em 05/11/2016

Disponível em <https://aaidd.org/intellectual-disability/historical-context#.WB9xWdUrLIU> acesso em 06/11/2016

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa**. 5. ed Curitiba: Positivo, 2010.

PASQUAL, Cristina, Stringari; PASQUAL, Marco Antônio. **O estatuto da pessoa com deficiência como instrumento da tutela da vulnerabilidade e o novo regramento da incapacidade civil**. Revista de Direito Imobiliário. Vol. 8. São Paulo: Ed. RT, jan.- jun./2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28. ed. Atualização Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSENVALLD, Nelson, Curatela, **Tratado de Direito das Famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I)**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causaperplexidade>>.

Acesso em: 21 set 2016.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.