XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

JOÃO COSTA RIBEIRO NETO

Copyright © 2017 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

D597

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

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; João Costa Ribeiro Neto; Otavio Luiz Rodrigues Junior - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-423-5
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. Civil. 3. Contemporaneidade. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho "Direito Civil Contemporâneo" durante o XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Brasília, de 19 a 21 de julho de 2017, sob o tema geral: "Desigualdades e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas", em parceria com os Cursos de Pós-Graduação "stricto sensu" em Direito (mestrado e doutorado) da Universidade de Brasília (UnB), da Universidade Católica de Brasília (UCB), do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e do Instituto Brasiliense do Direito Público (IDP).

Na presente coletânea, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas brasileiros de Pós-graduação "stricto sensu" em Direito, com artigos selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares. São trabalhos surgidos de pesquisas em todas as regiões do país, que retratam parcela relevante dos estudos que têm sido desenvolvidos em Direito Civil no Brasil.

O número de artigos (21 ao todo) demonstra que o Direito Civil tem sido objeto de intensas e numerosas discussões Brasil afora. Os temas são plúrimos e abrangem problemas assaz interessantes. Durante o encontro, os trabalhos suscitaram diversos debates, tendo diversos pesquisadores – de variegadas regiões do país – interagido em torno das questões teóricas e práticas contidas nos textos.

Espera-se que o leitor possa vivenciar uma parte desta discussão por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma proveitosa leitura!

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza (PUC/MG)

Prof. Dr. João Costa Neto (UnB)

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior - USP

O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: AMPLIAÇÃO DE DIREITOS OU RESTRIÇÕES DE GARANTIAS?

THE STATUTE FOR THE PERSON WITH DISABILITY: AMPLIFICATION RIGHTS OR RESTRICTIONS GARANTIES?

Letícia Athayde Santos de Carvalho
Márcio Lana Rezende

Resumo

O presente artigo científico aborda as mudanças trazidas pela Lei nº. 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). A problemática do presente tema se instaura no quão positivo foi a vigência do Estatuto, com ampliação e igualdade de direitos, mas como acarretou, também, restrições de garantias anteriormente asseguradas pelo Código Civil de 2002 e a teoria das incapacidades. Para o presente trabalho utilizar-se-á da pesquisa bibliográfica e do método jurídico-dedutivo, tendo como marco teórico e principais norteadores as obras de Fábio Ulhoa Coelho e Marcelo Novelino.

Palavras-chave: Estado democrático de direito, Direito civil, Incapacidades, Estatuto da pessoa com deficiência, Dignidade da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

The present scientific paper addresses the changes from the Law nº 13.146, from July 6, 2015 (Statute for the Person with Disability). The problem of this subject is established in how positive was the validity of the Statute, with amplification and equal rights, but it also entailed restrictions ofpreviously guaranteed guarantees by the 2002 Civil Code and the theory of disabilities. To this present papr work it will be used the bibliographic research and the legal method of deduction, using as theoretical framework and main guides the works of Fábio Ulhoa Coelho and Marcelo Novelino.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democratic state of law, Civil law, Disabilities, Statute for the person with disability, Dignity of the human person

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo científico tem como principal finalidade analisar de forma crítica e sistemática a Lei nº. 13.146, de 2015, (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), bem como investigar se as modificações introduzidas no ordenamento jurídico pátrio estão em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, por conseguinte, se tratam de avanço ou retrocesso para as pessoas com deficiências.

Estudar-se-á, assim, os impactos que foram trazidos com o advento da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência e seus reflexos, principalmente no tocante as alterações consequentemente introduzidas ao Código Civil de 2002, precipuamente quanto a mitigação da teoria da incapacidade.

Inicialmente será abordado no que consiste Estado Democrático de Direito e suas principais premissas e características.

Continuamente, será discutido a respeito das garantias constitucionais e dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, ambos considerados pilares norteadores para a criação do Estatuto da Pessoa Deficiência e seus objetivos, além da grande influência da Convenção de Nova York..

Em seguida, será elucidada a estrita ligação e as consequências do referido diploma legal em relação ao Código Civil de 2002, analisando a perspectiva da teoria das incapacidades anteriormente a Lei nº. 13.146, de 2015 e, ainda, após sua alteração pela referida Lei, no que concerne a teoria das incapacidades.

Após, a pesquisa delimitará os objetivos e os aspectos positivos e negativos do Estatuto da Pessoa da Deficiência, classificando-os como verdadeiros avanços ou retrocessos para os deficientes. Evidenciando, ainda, hipóteses de nítido descompasso com a proteção que era trazida pelo Código Civil de 2002.

Por derradeiro, serão feitas considerações finais sobre o tema.

Para a realização do presente trabalho utilizar-se-á da pesquisa bibliográfica e do método jurídico-dedutivo, tendo como principais marcos teóricos, além da Constituição Federal da República de 1988, obras de autores de Direito Civil e de Direito Constitucional, tais como os autores Fábio Ulhoa Coelho e Marcelo Novelino.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E AS GARANTIAS DOS CIDADÃOS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em Assembléia Nacional Constituinte, instituiu o Estado Democrático de Direito. É o que se extrai de seu preâmbulo, bem como de seu art. 1º:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para **instituir um Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988). (grifos nossos).
>
> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania
> III - a dignidade da pessoa humana;
> IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V - o pluralismo político.
> (BRASIL, 1988). (grifos nossos).

Isso ocorreu em razão das diversas garantias, direitos e deveres assegurados ao povo, bem como das formas/instrumentos para efetivá-los.

Tais direitos consistem no direito à vida, a dignidade da pessoa humana, cidadania, respeito pelos direitos humanos, às liberdades, isonomia, direitos sociais, direitos dos trabalhadores, além de fundamentos como a cidadania, soberania, dentre outros.

José Afonso da Silva, define o Estado Democrático de Direito como a junção do Estado de Direito e o Estado Democrático:

> A promoção de um processo de convivência social numa sociedade, livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos; participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses distintos da sociedade, há de ser um processo de libertação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de direitos individuais, coletivos, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas, suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 2009).

No mesmo sentido, assevera Pedro Lenza que:

> A previsão deste regime jurídico é reforçada pelo princípio democrático que marcou o texto de 1988 e pela cláusula pétrea contida no parágrafo único do art. 1º, ao se estabelecer que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (LENZA, 2013).

Ainda, tendo em vista o regime político adotado pela República Democrática do Brasil como Estado Democrático observa-se a participação efetiva do cidadão, por meio da democracia

direta – por plebiscito, referendo, ação popular e outros – e também pela democracia indireta – com o efetivo exercício do direito de sufrágio ativo e passivo, além do exercício decorrente da eleição de seus representantes.

O Estado Democrático de Direito instaurado, trouxe diversos princípios e fundamentos, além de, também, prever formas de nortear a aplicação das normas infraconstitucionais e formas de efetivá-las.

Conforme Kildare:

> A Constituição, portanto, quando menciona a expressão Estado Democrático de Direito opta por conformar as **estruturas do poder político segundo a medida do direito**, isto é, regras, formas, que excluem o arbítrio e a prepotência o que vem garantir a efetivação dos direitos fundamentais do homem, com a sua autonomia perante os poderes públicos. Reconhece o texto constitucional que o Estado de Direito só se realiza quando democraticamente legitimado, da mesma forma que o Estado Democrático tem a sua organização e o seu funcionamento assentados no direito e não na prepotência. (CARVALHO, 2011, p. 576, grifos nossos).

Ainda a respeito desse tema, trata Alexandre de Morais: "O Estado Democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo […]" (MORAIS, 2013, p. 6).

O Estado de Direito consigna que o limite para o exercício dos direitos se encontra nas Leis e na Constituição, respeitando o devido processo constitucional, e quanto nas próprias leis, em respeito ao princípio do devido processo legal.

Em relação ao indivíduo, sendo considerado como cidadão de direitos e deveres, o Título II da Constituição da República enumerou diversos direitos e garantias fundamentais, assim como formas de efetivá-los, dividindo-se em "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", "Dos Direitos Sociais", "Nacionalidade" "Dos Direitos Políticos" e "Dos Partidos Políticos". (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a adoção de um Estado Democrático de Direito foi essencial para a edição do Estatuto do Deficiente, posto que visa assegurar direitos para a pessoas portadora de limitações.

Demais disso, para compreender a Lei da Inclusão abordada no presente estudo, torna-se necessário aprofundar a análise principalmente dos direitos e deveres individuais e coletivos, dispostos principalmente no art. 5º da Constituição da República, garantidos pelo Estado Democrático de Direito, o qual elucida, principalmente, os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, consignados como pilares básicos para os objetivos, a elaboração, a criação, e consequente promulgação e implementação da Lei nº. 13.146, de 2015, (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

2.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana resta consignado no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo considerado fundamento desta.

A proteção da pessoa humana trata-se de um postulado humanitário universal, que fora introduzido no ordenamento jurídico brasileiro em razão do caráter social adotado pela Constituição Federal da República de 1988, sendo essencial para a implementação do Estado Democrático de Direito.

Inaugurando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tratou-se em seu artigo 1º sobre os fundamentos em que se constitui a República Federativa do Brasil, considerando a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos, e dessa forma, tornando-o princípio balizador das relações humanas.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio norteador dos fundamentos da Constituição da República de 1988 resulta grande evolução do pensamento humano e da sociedade.

Conforme Marcelo Novelino:

> […] a dignidade é considerada o *valor constitucional supremo* e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente com diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõe a ordem jurídica em geral e o sistema de direitos fundamentais, em particular. (NOVELINO, 2016, p. 251).

Por se tratar de valor constitucional e supremo, inerente à pessoa, serviu de base para a elaboração da Lei de Inclusão, haja vista que esta tem como premissa assegurar vida digna às pessoas com deficiência, de forma que lhes sejam asseguradas a inclusão social e cidadania, de forma igualitárias aos demais.

Conforme Marcelo Novelino a dignidade da pessoa humana possui três dimensões normativas: I) metanorma, para atuar "como diretriz a ser observada na criação e interpretação de outras normas […] "; II) "princípio, que impõe aos poderes públicos o dever de proteção da dignidade e promoção dos valores, bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna; e, III) uma regra, a qual determina o dever de respeito à dignidade, seja elo Estado, seja por terceiros […]" (NOVELINO, 2016, p. 254).

Assim, a dignidade da pessoa humana deve ser compreendida como fundamental a todas as relações, e principalmente a existência de qualquer pessoa, inclusive das que possuam algum tipo de limitação, seja física, visual, de locomoção, auditiva e outras.

2.2 IGUALDADE

Não obstante o princípio da igualdade está previsto em diversos trechos da Constituição da República de 1988, figura como um direito fundamental, na medida em que positivado no *caput* do

art. 5º.

> 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, nos termos seguintes: […] (BRASIL, 1988) (grifos nossos).

O referido princípio possui duas vertentes, quais sejam, a igualdade formal, disciplinada no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que consagra que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, e a igualdade material ou substancial, disposto no inciso III, do art. 3º, a qual preconiza que as desigualdade fáticas devem ser reduzidas por meio de políticas públicas.

É tratado também pelo artigo 5º inciso I: "I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição" (BRASIL, 1988).

Conforme Marcelo Novelino, em seu Curso de Direito Constitucional, inicialmente tem-se a isonomia formal, disposta no artigo 5º, *caput*, aduzindo que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza […]." (BRASIL, 1988).

Posteriormente, fala-se em isonomia material quando a Constituição prevê que o direito a igualdade trata-se de direito inviolável. (NOVELINO, 2016, p. 326)

Ocorre que se observada somente uma vertente da igualdade, poder-se-á ocasionar desigualdade. Infere-se tal situação nos casos em que um deficiente é tratado de forma igual, ou seja, nas mesmas condições que uma pessoa sem limitação. É notório que uma pessoa portadora de necessidades, se tratada de forma igualitária (concepção formal) a outra que não portadora de necessidades, está será prejudicada.

Em razão da situação acima, foi desenvolvido outro conceito de igualdade, que consiste na junção de ambas as vertentes acima, o qual define a igualdade como dispensar tratamento igualitário aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades.

Frise-se que consiste na junção de ambas as vertentes acima, e que norteia o ordenamento e, por conseguinte, serviu de embasamento para edição do Estatuto do Deficiente.

Somente protegendo os deficientes, através de leis e políticas públicas específicas, reconhecendo suas limitações e assegurando tratamento diferenciado em relação às pessoas sem limitações, e que serão garantidos os seus direitos fundamentais e, portanto, uma vida com dignidade e respeito, além da necessária mudança da cultura e pensamento da sociedade a respeito do assunto, pensamento esse que necessita de maior conscientização e evolução.

3 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A TEORIA DAS INCAPACIDADES

O Código Civil de 2002, em seus arts. 3º e 4º, disciplina a teoria da incapacidade,

dividindo as pessoas em dois grupos, os absolutamente incapazes (art. 3º) e os relativamente incapazes (art. 4º).

Precisamente em relação ao art. 4º. que disciplina o rol das pessoas consideradas absolutamente incapazes, foi o dispositivo legal que sofreu maior modificação após a entrada em vigor da Lei nº. 13.146, de 2015, haja vista que antes da vigência da Lei de Inclusão, relacionava como absolutamente incapaz os menores de dezesseis anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental não tiverem discernimento e os que, mesmo por causa transitória não puderem exprimir sua vontade, veja-se:

> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
> I - os menores de dezesseis anos;
> II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
> III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. (BRASIL, 2002)

Demais disso, previa que para a prática de todos os atos da vida civil, tais pessoas, consideradas absolutamente incapazes, deveriam estar devidamente representadas, sob pena de nulidade do negócio, ou seja, de nunca ter existido e produzido efeitos. De acordo com o art. 166 do Código Civil "É nulo o negócio jurídico quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz". (CIVIL, 2002)

Com o advento da Lei da Inclusão, nenhuma pessoa maior de idade (maior de 18 anos) figura como absolutamente incapaz, estando, desta forma, apta à prática dos atos da vida civil, observando as condições previstas no Estatuto do Deficiente, conforme, doravante, será esposado.

No tocante ao art. 4º do Código Civil de 2002, também sofreu alterações com a introdução da Lei da Inclusão, haja vista que abarcou, em seu inciso III, como relativamente incapaz, àqueles que se apresentavam como absolutamente, em que pese não mais consignar o portador de síndrome de *Down*.

O inciso II do art. 4º deixou de fazer referência às pessoas com discernimento reduzido, restando mantido somente os ébrios habituais e os viciados.

Consubstanciando-se nas modificações postas, bem como no que será discorrido, infere-se que o Estatuto do Deficiente visou conferir maior interação social ao portador de deficiência, de forma que seja assegurada sua dignidade, contudo sem observar maiores consequências que a alteração da teoria das incapacidades poderia ocasionar.

4 ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº. 13.146, de 06 junho de 2015, passou a surtir

efeitos após *vacatio legis* de 180 dias, ou seja, em dezembro de 2015. Com sua entrada em vigor, alterou diversas legislações ordinárias, dentre elas o Código de Trânsito, o Código de Defesa do Consumidor, e, principalmente, o Código Civil de 2002.

Sua criação baseou-se na Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência (convenção de Nova York) e seu protocolo facultativo, assinada em março de 2007 e aprovada pelo Congresso Nacional em 2008.

O decreto 6.949 de 2009 promulgou a referida convenção e, por se tratar de convenção internacional de direitos humanos, conforme o disposto no artigo 5º § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, possui *status* de emenda constitucional: "§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais." (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência teve como finalidade precípua garantir a igualdade e a inclusão social das pessoas com deficiência, retirando-as da condição de incapazes, como enraizado pela legislação revogada, transformando-as em pessoas capazes, mas com algumas limitações.

Nesse mesmo sentido:

> "Denominada como Lei de Inclusão, teve como principal objetivo assegurar e promover a igualdade, direito este que aos poucos vem sofrendo evoluções, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pela pessoa com deficiência, visando a inclusão social e cidadania, conforme disposto no art. 1º da referida lei." (BRASIL, 2015).

Ressalva que a criação da Lei em estudo teve como finalidade primordial resguardar os direitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, retirando o aspecto de que a pessoa portadora de deficiência seria considerada incapaz.

Observe-se o que Coelho ressalta a respeito das capacidades: "As pessoas são, por princípio, capazes e podem, assim, praticar os atos e negócios por si mesmas." (COELHO, 2016, p. 174).

Em seu artigo 2º, a Lei da Inclusão cuidou de estabelecer os critérios da pessoa deficiente, para seus fins.

> Art. 2º: Considera-se pessoa com deficiência **aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras,** pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015) (grifos nossos).

Em razão desta inovação substancial, em que os deficientes não mais são considerados incapazes, somente permanecendo nesta condição os menores de 16 anos, reverbera como importante conquista social, não somente relativa a essas minorias, mas para toda a sociedade, que tem uma crescente mudança de perspectiva.

Nas palavras de Pablo Stolze, a respeito da vigência da Lei 13.146 de 2015:

> "Em verdade, este importante Estatuto, pela amplitude do alcance de suas normas, traduz uma verdadeira conquista social. Trata-se, indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis." (STOLZE, 2015).

Observa-se, assim, os objetivos da Lei de Inclusão, tanto como as grandes mudanças e evoluções trazidas por ela, visando principalmente a garantia pela igualdade, inclusão e respeito a dignidade da pessoa humana, alterando pensamentos e atitudes da sociedade em relação aos deficientes, que já se faziam enraizadas pela sociedade e pelos costumes.

4.1 AVANÇOS E RETROCESSOS

Destaca-se, inicialmente, a necessidade deste tópico tratar conjuntamente a respeito dos avanços e dos retrocessos ocasionados pela vigência da Lei de Inclusão, Estatuto da Pessoa com Deficiência, posto que determinadas modificações podem ser consideradas um avanço e ao mesmo um retrocesso, a depender da análise que será realizada.

Várias alterações que serão evidenciadas no decorrer do artigo tratam-se de benefícios, como a inclusão, igualdade, possibilidade de construção da família, liberdade de escolha, entre outros, mas também de alguns retrocessos, como a retirada de garantias protetivas, sendo que em alguns casos, o próprio avanço, em determinados casos concretos, poderão ser considerados retrocessos para outros decorrendo de cada grau de deficiência.

O artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência assegura que: "A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas." (BRASIL, 2015).

Denota-se no referido artigo um aspecto que poderá ser considerado grande avanço, mas também retrocesso.

A regra do Código Civil de 2002 é a capacidade absoluta das pessoas.

Quando o Código Civil dispôs o rol das incapacidades, em seus artigos 3º e 4º, teve o objetivo de reservar proteções especiais a elas.

Com as alterações trazidas pela Lei de inclusão alterou-se redação do artigo 3º no que diz respeito aos absolutamente incapazes.

Antes da referida Lei:

> Art.3º (revogado):São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
> I - os menores de dezesseis anos;
> II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
> III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. (BRASIL, 2002).

Com as alterações da Lei passou se para: “Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.” (BRASIL, 2002).

Em suma, não existe mais pessoa absolutamente incapaz que não seja as menores de dezesseis anos.

Noutro lado, também sofreu alterações o artigo 4º do Código Civil 2002.

Observa-se o avanço de ter sido retirado, a generalidade, de que todo deficiente mental, que não tiver discernimento, seria considerado como absolutamente incapaz.

Contudo, ao ampliar os direitos das pessoas portadoras de deficiência, e tratar como regra a capacidade plena para o exercício da vida civil, podendo apenas, no caso de não poderem exprimir a própria vontade, serem considerados como **relativamente incapazes,** consagrou-se o retrocesso, principalmente tendo em vista o amplo conceito de deficiência e os graus em que ela pode estar estabelecida.

No caso da impossibilidade do deficiente em exprimir sua vontade, quando interditado, será tratado como relativamente incapaz, o que retirou a proteção que anteriormente era trazida pela teoria das incapacidades.

Um dos aspectos em que essa retirada pode ser prejudicial ao portador de deficiência é quando, de fato, não consegue exprimir suas vontades e acaba por ser interditado.

Essa interdição, antes da mudança do Código pela Lei de Inclusão, tornaria a pessoa absolutamente incapaz, necessitando de representação para os seus atos, o que é uma medida de restrição para se obter extrema proteção.

Contudo, após as alterações, no caso de interdição a pessoa será considerada relativamente incapaz, sendo somente assistida em seus atos, ou, quando preferir, optar pela tomada de decisão apoiada que, inclusive, a qualquer momento pode ser revogada.

Observa-se, ainda, outro aspecto que demonstra a perda de proteção dos portadores de deficiência.

O artigo 198 do Código Civil dispõe: “Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º.” (BRASIL, 2002).

Dessa forma, buscando a igualdade, o portador de deficiência que considerado plenamente capaz não fará jus a essa causa que impede que ocorra a prescrição.

Observa-se que essa retirada pode ser muito prejudicial, tendo em vista que a deficiências em graus elevados e, que nesses casos, podem ocasionar a prescrição do direito pelo fato de não ter mais o direito a impedir que corra a prescrição.

Por outro lado, a pessoa portadora de deficiência que não conseguir exprimir suas vontades e, acabar sendo interditada, possuindo o curador para assisti-la, somente, não terá direito a essa proteção em relação ao prazo prescricional, vez que tratar-se-á de relativamente incapaz, conforme

o disposto pelo art. 4º do Código Civil de 2002.

Outro aspecto em que o Estatuto da Pessoa com Deficiência retirou a proteção que antes era garantida pela teoria das incapacidades ocorreu quando teve reflexos sobre a invalidade do negócio jurídico.

O artigo 166 do Código Civil de 2002, assim como o artigo 171, dispõe a respeito da nulidade e da anulabilidade de negócios jurídicos. Primeiramente, é considerado **nulo** o negócio jurídico que é celebrado por pessoa absolutamente incapaz. Enquanto, é considerado **anulável** quando for celebrado por relativamente incapaz.

Observa-se que, dessa forma, o negócio jurídico celebrado por pessoa portadora de deficiência é totalmente válido, tendo em visa tratar-se de pessoa plenamente capaz.

Contudo, na hipótese de interdição, mesmo em casos de grau elevado de deficiência e impossibilidade total de exprimir vontades, a pessoa curatelada será apenas relativamente incapaz, não sendo mais beneficiado pelo negócio jurídico nulo, somente pela possibilidade de uma posterior anulabilidade, sendo que em alguns casos o negocio jurídico celebrado pode até mesmo lesar o próprio deficiente.

Fábio Ulhoa Coelho ressalta em seu Curso de Direito Civil que:

> O Código Civil, desde 2015, alterou a classificação das incapacidades dos que estão, permanente ou transitoriamente, sem condições de exprimir a vontade, de absoluta para relativa. **A alteração foi um equívoco. Se a pessoa está completamente sem condições de exprimir a vontade, não poderá ser apenas assistida nas declarações de efeitos jurídicos; ao contrário, precisará sempre de alguém que a represente**. Deve-se, portanto, ao contrário do sugerido pela lei, considerar cabível tanto a incapacidade relativa quanto a absoluta, quando a causa é a impossibilidade, permanente ou temporária, de exprimir a vontade. (COELHO, 2016, p. 185). (G.N).

Nitidamente é visível como o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe inúmeros benefícios, direitos, igualdades, a permissão para o casamento e construção da vida familiar, entre outros direitos visando a igualdade, conforme disposto em seu art. 6º:

> Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
>
> I - casar-se e constituir união estável;
>
> II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
>
> III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
>
> IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
>
> V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
>
> VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2015).

Contudo também nota-se como a "revisão", "mitigação", da teoria das incapacidades, quando consignou a plena capacidade civil da pessoa com deficiência, resultou em retirar garantias e proteções que eram asseguradas aos portadores de deficiência, principalmente àqueles que possuíam deficiência grave e eram submetidos à curatela, considerando-os absolutamente

incapazes, visando a proteção e resguardo dos direitos destes.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) Lei 13.146 de 2015, teve um excelente objetivo em equiparar em direitos e garantias as pessoas com deficiências com as pessoas não portadoras de deficiência.

Porém se descuidou em alguns aspectos, como quando a teoria das incapacidades visava apenas proteger, e não restringir os direitos daqueles que não conseguiam exprimir sua vontade, e acabou por ser alterada e abandonada essa garantia tão protetiva.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destaca-se, visivelmente, o número de avanços trazidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei de Inclusão, que fora promulgada visando uma grande mudança de paradigma na sociedade.

Além de pregar pela igualdade no exercício de direitos, visando, também, preservar a dignidade da pessoa portadora de deficiência, apresentou também garantias que antes não eram amplamente observadas e efetivadas, como o direito ao casamento e a união estável, direito à família, entre outros elencados no artigo 6º da referida Lei.

Observa-se que, os direitos aos portadores de deficiência foram ampliados. Há uma grande evolução trazida pela Lei, vez que a isonomia deve prevalecer.

Contudo, é necessário ressaltar que, em determinados casos de deficiência, em que enseja a interdição da pessoa, pelo fato desta, por causa transitória ou permanente, não conseguir exprimir sua vontade, serão considerados para tanto, como relativamente incapazes e seus atos deverão ser apenas assistidos pelos curadores.

O Estatuto trouxe, de fato, maior dignidade, isonomia e direito de escolha aos portadores de deficiência, contudo, no caso de deficiências em graus avançados, em que se torna impossível exprimir vontade e pensamentos, acabou retirando a garantia e a segurança da representação pelo curador conquanto tratando-se de absolutamente incapazes.

O Estatuto, consequentemente, ao aplicar os direitos dos portadores de deficiência, acabou por esquecer de resguardar e proteger aqueles que efetivamente precisam da proteção, devido a graus avançados de deficiência que impossibilitam exprimir a própria vontade, que era trazida pela teoria das incapacidades.

Tem-se que reconhecer os avanços e conquistas que foram possibilitados pela Lei de Inclusão, sem se olvidar da crítica necessária no que diz respeito a mitigação da teoria das incapacidades, vez que tratava-se de teoria que visava a proteção dos direitos daqueles que não possuem discernimento necessário para os atos da vida civil.

Observa-se, dessa forma, o quão importante se trata o tema.

Cuida-se de um assunto que merece atenção de todos os aplicadores do Direito, acadêmicos, pais, famílias e de toda a sociedade, vez que versa sobre questão próxima e atual, que inevitavelmente influenciará no cotidiano de grande parte da população brasileira.

O Estado deve também se atentar ao quão desprotegidos acabou por ficar aqueles que efetivamente necessitam de proteção.

Conclui-se, assim, que o objetivo de maior inclusão e de ampliar os direitos das pessoas portadoras de deficiência foi conquistado, contudo houve também a restrição, diminuição, de algumas garantias protetivas que essas pessoas possuíam e acabaram perdendo diante da vigência do Estatuto do Deficiente e suas alterações no Código Civil de 2002.

É necessário que se crie uma solução para este problema prontamente, tendo em vista que, enquanto não elaborada, os portadores de deficiência em graus elevados acabam por ficar desprotegidos ante a alteração da teoria das incapacidades.

Vislumbra-se a importância de revisar a mitigação que fora feita na teoria das incapacidades, com as alterações no Código Civil de 2002, em seus artigos 3º e 4º, tendo em vista a desproteção que fora consequentemente ocorrida.

Por fim, ressalta-se que o grau de deficiência é inevitável de ser analisado conquanto o momento de atuação de um curador ou de optar pela tomada de decisão apoiada.

Graus elevados de deficiências ensejam maiores proteções.

A alteração provocada pela Lei de Inclusão deve ser revista, tendo em vista que para auferir a respeito da capacidade ou incapacidade de cada pessoa, deve ser respeitados critérios objetivos dispostos no Código Civil, mas, também, subjetivamente, investigando e considerando a circunstância e os graus de deficiência individuais de cada caso, para uma proteção maior, respeitando sempre a dignidade da pessoa humana e, visando sempre, o respeito a igualdade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Dilvanete Magalhães; SILVA, Leda Maria Messias Da. **Pessoa com deficiência e inclusão profissional:** um direito de personalidade. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/ymr37dJ81q2lwl5k.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 maio 2017.

BRASIL, 2009. Decreto 6.949. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL, 2015. Lei 13.146. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 11 maio 2017.

BRASIL, 2002. Lei 10.406. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 11 maio 2017.

BORGARELLI, Bruno de Ávila; KÜMPEL, Vitor Frederico. **A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI225012,101048-A+destruicao+da+teoria+das+incapacidades+e+o+fim+da+protecao+aos>. Acesso em: 12 maio 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

COELHO, Fávio Ulhoa. **Curso de Direito Civil:** parte geral. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**, v.1. Salvador: Jus Podivm, 2017.

FIUZA, César. **Direito Civil:** curso completo. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Volume 1

LENZA, Pedro. ***Direito constitucional esquematizado***. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, Flávia da Terra Costa. **Os entraves de acesso à justiça pela pessoa portadora de deficiência.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/4b3el5ku/bloco-unico/X6F0I5k0JSkp1X4s.pdf>. Acesso em 19 maio 2017.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** 3.ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2017.**

SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo***. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (parte 1).** In: Revista Conjur, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 11 maio 2017.

STOLZE, Pablo; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral,** v.1. São Paulo: Saraiva, 2017.

STOLZE, PABLO. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil, 2015.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>. Acesso em: 12 maio 2017.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do código civil pela lei 13.146/2015 (estatuto da pessoa com deficiência).** Repercussões para o direito de família e confrontações com o novo cpc. primeira parte.\. Disponível em: <http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2015/07/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei.html>. Acesso em: 11 maio 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** 16. ed. Belo Horizonte: Atlas, 2016, Volume IV.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **As alterações da Teoria das Incapacidades, à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2015. Disponível em: <https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/283317036/as-alteracoes-da-teoria-das-incapacidades-a-luz-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>. Acesso em 12 maio 2017.