

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

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

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Otavio Luiz Rodrigues Junior, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-156-2

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Civil Contemporâneo.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



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

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Civil Contemporâneo, durante o XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Brasília-DF, entre os dias 06 e 09 de julho de 2016, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), da Universidade Católica de Brasília (UCB), do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Os trabalhos apresentados abriram caminho para um relevante debate, em que os profissionais e os acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central – DIREITO E DESIGUALDADES: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente diante do ambiente da globalização.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de avaliação por pares. Dessa forma, os 26 (vinte e seis) artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com este palpitante ramo do Direito, que é o Direito Civil, especialmente o contemporâneo. Os temas divulgados no 38º GT foram apresentados, seguindo a seguinte ordem de exposição:

Marcelo de Mello Vieira trouxe reflexões sobre a aplicação do punitive damages, instituto típico do Common Law, ao Direito Nacional. Já Rafael Vieira de Alencar e Maysa Cortez Cortez estudaram as peculiaridades do contrato de distribuição, enquadrado este na modalidade de contratos de longa duração. Luana Adriano Araújo e Beatriz Rego Xavier analisaram a garantia de autonomia à Pessoa com Deficiência por meio do estabelecimento de institutos de otimização da integração destas no seio social.

Alexander Seixas da Costa estudou o regime das incapacidades, identificando os que precisarão ser representados ou assistidos para os atos da vida civil. Os autores César Augusto de Castro Fiuza e Filipe Dias Xavier Rachid fizeram uma abordagem crítica às alterações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao regime das

incapacidades. Através de Luiza Machado Farhat Benedito e Juliana Aparecida Gomes Oliveira, foram abordados os institutos da nova concepção de família, que alteram continuamente o ordenamento jurídico brasileiro, trazendo novos conceitos e desafios jurídicos frente aos anseios contemporâneos da humanidade. Por outro lado, Tula Wesendonck e Liane Tabarelli Zavascki fizeram uma análise doutrinária e jurisprudencial no trato do instituto da responsabilidade civil.

Lucas Costa de Oliveira fez um estudo sobre a situação jurídica do nascituro e sua problemática, tendo o seu artigo apresentado de maneira crítica as teorias clássicas que versam sobre a situação jurídica do nascituro, bem como as novas perspectivas mais adequadas ao paradigma contemporâneo. Já Carolina Medeiros Bahia focou a responsabilidade civil pelo fato do produto, analisando a emergência da sociedade de risco e o seu impacto sobre o sistema brasileiro de responsabilidade civil pelos acidentes de consumo. Em seus estudos, Mateus Bicalho de Melo Chavinho investigou a teoria da aparência, sendo este um importante instituto doutrinário, tendo a finalidade de proteger a boa-fé e a confiança das pessoas nas relações jurídicas privadas.

As autoras Maria Cláudia Mércio Cachapuz e Mariana Viale Pereira analisaram a estrutura dos enunciados que traduzem a ilicitude no Código Civil, inclusive em perspectiva histórica, reconhecendo que o artigo 187 amplia a causa geradora de obrigações. Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto e Kelly Cristina Canela analisaram as questões concernentes à figura da responsabilidade pré-contratual, também conhecida como "culpa in contrahendo", no ordenamento jurídico brasileiro, em cotejo com outros ordenamentos, sobretudo o português. Jose Eduardo de Moraes e Priscila Luciene Santos de Lima fizeram um estudo, com o fim de elucidar a relação entre o grau de facilidade negocial e o custo transacional, apontando as serventias notariais e de registro como as instituições centrais dessa discussão.

Éder Augusto Contadin e Alessandro Hirata pesquisaram sobre os fenômenos da aquisição e da transmissão das obrigações, sendo este tema essencial para a plena compreensão do funcionamento do tráfego jurídico. Igor de Lucena Mascarenhas e Fernando Antônio De Vasconcelos trataram das inovações decorrentes da regulamentação de novos institutos do direito, tendo como foco as lacunas legislativas e o risco sistêmico, mais precisamente o direito à indenização no contrato de seguro de vida em casos de eutanásia. Já Ana Luiza Figueira Porto e Roberto Alves de Oliveira Filho propuseram em seu trabalho fazer uma breve análise histórica sobre a evolução do mercado e da maneira em que os contratos o acompanharam, focando no surgimento das redes contratuais.

Cristiano Aparecido Quinaia e Tiago Ramires Domezi estudaram também o Estatuto da Pessoa com Deficiência, caracterizando-o como instrumento de transformação social. Já Iilton Ribeiro Brasil e Leandro José de Souza Martins fizeram uma releitura dos princípios da função social e da preservação da empresa, enquanto atividade destinada à produção e circulação de bens e serviços que tem de atender aos interesses coletivos. Marina Carneiro Matos Sillmann abordou a temática da curatela e da tomada de decisão, apurando se tais institutos são adequados para a proteção e promoção dos interesses da pessoa com deficiência psíquica.

Francieli Micheletto e Felipe de Poli de Siqueira pesquisaram sobre as redes contratuais no contexto das transformações da sociedade e do direito, representando clara expressão da função social dos contratos, trazida pelo Código Civil. Luis Gustavo Miranda de Oliveira avaliou, em seu trabalho, a Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach of Contract) que propõe a possibilidade de resolução contratual por iniciativa da parte devedora e a sua aplicabilidade. Aline Klayse dos Santos Fonseca e Pastora do Socorro Teixeira Leal focaram, em seu artigo, na ressignificação dos pressupostos tradicionais da Responsabilidade Civil para a consolidação de uma Responsabilidade por Danos comprometida com a prevenção. Já abordando mais uma vez o Estatuto da Pessoa com deficiência, Nilson Tadeu Reis Campos Silva fez uma análise das consequências do impasse legislativo criado pela edição do Estatuto da Pessoa com deficiência e do novo Código de Processo Civil.

Sobre a temática acerca do fim do casamento, Renata Barbosa de Almeida e Aline Santos Pedrosa Maia Barbosa analisam as providências de rateio patrimonial, sendo objeto de dúvida a comunicabilidade e partilha de quotas sociais. Luciano Zordan Piva e Gerson Luiz Carlos Branco pesquisaram acerca da insuficiência da legislação falimentar (Lei no. 11.101 de 2005) em incentivar o empresário a voltar ao mercado. Para tanto, em seu artigo, analisaram como o sistema falimentar norte-americano lida com semelhante temática. E, por último, Murilo Ramalho Procópio e Fernanda Teixeira Saches estudaram o instituto da indenização punitiva, a partir do referencial teórico do Direito como integridade, desenvolvido por Ronald Dworkin.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima

Prof. Dr. Cesar Augusto de Castro Fiuza

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior

A CURATELA DOS CAPAZES: A AUTONOMIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA CURATELADA SOB O VIÉS DA NOVEL SISTEMÁTICA DE CAPACIDADE CIVIL

TRUSTEESHIP OF THE LEGALLY CAPABLE: THE AUTONOMY OF THE PEOPLE WITH DISABILITIES UNDER CURATORSHIP IN THE NEW CIVIL CAPACITY'S SYSTEMATIC

Luana Adriano Araújo ¹
Beatriz Rego Xavier ²

Resumo

O presente estudo visa analisar a garantia de autonomia à Pessoa com Deficiência por meio do estabelecimento de institutos de otimização da integração destas no seio social, mormente em face da sistemática axiológica prevalente no Direito Civil Contemporâneo. Aborda o histórico de marginalização deste segmento, evidenciando a progressão do seu reconhecimento dignificante. Ressalta as alterações perpetradas no Direito Civil, especialmente no sistema de incapacidade civil, a partir da Lei Brasileira de Inclusão, acordante com o espírito da Convenção Internacional de Direito das Pessoas com Deficiência. Analisa as modificações efetivadas no instituto da curatela, com fins a fomentar a autodeterminação.

Palavras-chave: Curatela, Incapacidade, Autonomia, Lei brasileira de inclusão

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims at analyzing the guarantees of autonomy of the Persons with Disabilities, established through institutes of optimization for the integration of those in the social context, especially in regard of the axiological systematic prevalent in the Contemporary Civil Law. Analyses the historic of marginalization of this segment, focusing on their dignifying recognition. Highlights the modifications of the Civil Code, especially in the system of civil incapacity held from the Brazilian Law of Inclusion, according to the essence of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Analyses the alterations on the institute of curatorship related to self-determination.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Trusteeship, Incapacity, Autonomy, Brazilian law of inclusion

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará.

² Doutora em Direito pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Adjunto na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

INTRODUÇÃO

De acordo com o Relatório Mundial sobre a Deficiência, elaborado conjuntamente pela Organização Mundial de Saúde e pelo Banco Mundial, cujo modelo de análise restou fixado pela CIF (Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde), cerca de um bilhão de pessoas no mundo experimentam algum tipo de deficiência, o que corresponde a 15% da população mundial¹, um aumento percentual de 5% em comparação com os dados levantados durante a década de 70.

Conforme os dados fornecidos pelo World Health Survey, aproximadamente 785 milhões de pessoas com idade igual ou superior 15 anos têm alguma deficiência, enquanto os mesmos índices do relatório Global Burden of Disease estimam algo em torno de 975 milhões de pessoas. O primeiro estudo aponta, ainda, que 110 milhões de pessoas enfrentam dificuldades funcionais com relevância significativa, enquanto o segundo avalia que 190 milhões possuem alguma “deficiência grave”. Em nosso país, estima-se que existam aproximadamente 45.6 milhões de pessoas com deficiência, montante correspondente a 23.9% do total demográfico.

Nesse sentido, a regulação das relações privadas, face a relevância de mencionado segmento populacional, deve atender a estas peculiaridades, prezando pela manutenção da igualdade entre as Pessoas com Deficiência e os demais cidadãos. A obrigação de preservar a capacidade legal das Pessoas com Deficiência, bem como sua autonomia, apresenta-se como corolário dos compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil, por meio da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Ressalte-se que o espírito deste ajuste internacional sobreleva a volitividade da Pessoa com Deficiência, restringindo-se as medidas de apoio da expressão a *ultima ratio* de atuação, a partir dos postulados consagrados nos textos internacionais de direitos humanos, associados estes à tendência de constitucionalização do Direito Civil. Com vistas à restringir o âmbito de análise que respalda este estudo, enfocar-se-á- no instituto da curatela, buscando evidenciar ou refutar o alinhamento deste com as recentes modificações atinentes à legislação

¹ “De acordo com a World Health Survey, aproximadamente 785 milhões de pessoas (15,6%) com 15 anos ou mais vivem com alguma forma de deficiência, enquanto a Global Burden of Disease estima algo em torno de 975 milhões de pessoas (19,4%). Dessas, a World Health Survey estima que 110 milhões de pessoas (2,2%) possuem dificuldades funcionais muito significativas, enquanto a Global Burden of Disease estima que 190 milhões (3,8%) possuem uma “deficiência grave” – o equivalente às deficiências inferidas por condições tais como a tetraplegia, a depressão grave ou a cegueira. Somente a Global Burden of Disease mensura a infância com deficiência (0-14 anos), a qual está estimada em 95 milhões de crianças (5,1%), das quais 13 milhões (0,7%) possuem “deficiências graves” Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/70670/9/WHO_NMH_VIP_11.01_por.pdf>

civilística. Metodologicamente, a pesquisa Bibliográfica constitui a fonte de investigação basilar, destacando-se, a análise a partir de Teoria dos Direitos Fundamentais, Direito Civil-Constitucional, Direito das Pessoas com Deficiência e Direito Internacional.

A partir, portanto, do enfoque na Dignidade da Pessoa com Deficiência, valor que confere plena capacidade de autodeterminação, busca-se analisar de que forma as alterações legislativas perpetradas pela Lei Brasileira de Inclusão e pelo Novo Código de Processo Civil no sistema de incapacidade civil e no instituto da curatela efetivamente desembocam na visada preservação da autonomia.

1. DA MARGINALIZAÇÃO À AUTONOMIA: A QUALIFICAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA COMO SUJEITOS DE DIREITOS

A marginalização das pessoas cujos caracteres destoam dos padrões histórico-temporais de normalidade encontra, no transcorrer da história, sua legitimação na fixação de certas espécies de habilidades como ajustadas para o convívio social. Nada obstante, a alteração da percepção acerca das pessoas – ditas – com deficiência, no delongar dos últimos anos, qualifica um período de valorização das diferenças, face à estabilização de modelos de Direitos Humanos, ensejadores de políticas inclusivas. Nesse contexto, atualmente, a condição de “pessoa” qualifica o indivíduo, ainda que com caracteres de diversidade, para a titularidade de Direitos e Deveres no plano jurídico.

Destarte, análises acerca da afirmação de direitos de pessoas com deficiência, mormente no que diz respeito à expressão independente destas em um contexto de igualdade com os demais, demanda um enfoque nos conceitos legais voltados para a preponderância da autodeterminação de uma minoria. Neste panorama, a partir da explanação do avanço jurídico-social no reconhecimento de prerrogativas às pessoas com deficiência, demonstra-se a existência de um arcabouço garantidor da autonomia, permeado por instrumentos de facilitação da comunicação e da expressão.

Veja-se que, a partir da consideração da condição humana como axiologicamente relevante *per si*, especialmente após a 2ª Guerra Mundial, encetou-se um movimento generalizante de ajustes internacionais de direitos humanos². Neste contexto, a asseguuração de

² “The hugely increased normative ambitions of international society are nowhere more visible than in the field of human rights and democracy – in the idea that the relationship between ruler and ruled, state and citizen, should be a subject of legitimate international concern; that the ill treatment of citizens and the absence of democratic governance should trigger international action; and that the external legitimacy of a state should depend increasingly on how domestic societies are ordered politically.” HURRELL, Andrew. *Power, principles*

prerrogativas de minorias teve seu eixo deslocado para um paradigma supraestatal, tendente a universalização de direitos considerados inerentes ao próprio status de *ser humano*³. Neste sentir, a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência apresenta-se como o derradeiro tratado de Direitos Humanos advindo deste processo de reconhecimento.

O termo “deficiência” expõe, por si, uma controvérsia semântica que desembocou no estabelecimento de definições diversas para a palavra no passar do tempo. Conceitos congregadores ou não de perspectivas biológicas, antropológicas, sociológicas e médicas assentaram-se em diferentes contextos espaço-temporais, gerando uma imprecisão formal que dificultou a afirmação convencional tendente à universalização. Apesar deste quadro, sobressai a conservação do estigma, caracterizado pela discriminação negativa que o grupo de pessoas contempladas com a alcunha suporta a partir desta identidade⁴.

Destaque-se que a alteração destas perspectivas não restou consolidada de forma estanque ou demarcada por uma evolução conceitual explícita⁵. Em verdade, os modelos de aferição da qualidade de deficiência apresentam uma escala de transição com zonas de confluência⁶, evidenciando a inexistência da substituição total de um sistema por outro que o sucede em face permanência de um único fator incontroverso: a marginalização.

and prudence: protecting human rights in a deeply divided world. Human Rights in Global Politics. Cambridge: Cambridge University. 1999. p. 277.

³ Sobreleva-se o verificado por Buerghenthal, Dinah L e David P., relatando que o reconhecimento internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência é uma consequência do desenvolvimento de diversas doutrinas e institutos voltados para proteger diferentes segmentos populacionais marginalizados natural ou circunstancialmente, tais como minorias, população nativas, estrangeiros, vítimas de violação de Direitos, combatentes, etc. BUERGENTHAL, Thomas, DINAH L. Shelton, and DAVID P. Stewart. *International human rights in a nutshell*. 4. ed. 2009. p. 25. *Studies*. SSRN Cholarly Paper, nº ID 1822439. Rochester, NY: Social Science Research Network, 25 abr. 2011

⁴ Sobre os diferentes modos de “identidade” no contexto “deficiência”: “First, we can talk about identifying as an active verb, as much as to say uncovering disabled people or discovering disabled people. Second, we can use identity in a reflexive sense, in terms of identifying oneself, which is about staking a claim to membership of a collective or a wider group.” SHAKESPEARE, Tom. *Disability, identity and difference*. Exploring the divide. 1994. p. 94-113.

⁵ “Tales revoluciones, tales cambios, no son radicales ni suponen la anulación de lo anterior. En efecto, la historia de las deficiencias, como trataremos de ver a continuación, lejos de ser lineal y acumulativa, aparece en una progresión multiforme caracterizada por la polémica y el conflicto, de forma que la irrupción de ideas, concepciones, planteamientos y prácticas nuevos no conlleva la liquidación de los anteriores, sino que coexiste con ellos, las más de la veces en clara *confrontación y enfrentamiento*. E, incluso, hay épocas en que se superponen produciéndose el *pluralismo conceptual y técnico* y la *heterogeneidad de modelos* que caracterizan a las décadas recientes [...] Dicho de forma más directa: en el tratamiento dado a los deficientes hay variaciones históricas entre épocas y entre culturas, pero también hay ciertas líneas persistentes que, de forma muy sintetizada, giran en torno a una constante histórica, la marginación.” AGUADO DÍAZ, A. L. *Historia de las deficiencias*. Escuela Libre, Editorial Fundación Once, Madrid, 1995.

⁶ Várias teorias são utilizadas para explicar, cotejar e diferenciar as diferentes percepções acerca de “deficiência”. Cf. WOODHAMS, C.; DANIELI, A. Disability and diversity – a difference too far? *Personnel Review*, v. 29, n. 3, 15 p., 2000. GOSS, D; GOSS, F; ADAM-SMITH, D. Disability and employment: a comparative critique of UK legislation. *The International Journal of Human Resource Management*, 11:4, p.

Ressalte-se que o recente documento instituiu um novo paradigma de qualificação do caractere qualificador da minoria, em face do que a “deficiência” perfaz-se unicamente quando em cotejo com o meio, em um contexto de interatividade. Portanto, a condição de deficiência deriva de uma correlação entre o ambiente e o indivíduo, face à qual este queda tolhido em determinado aspecto por insuficiência de adaptações no externo que lhe garantam a expressão do interno.

É nesse sentido que a Convenção das ONU sobre Direito das Pessoas com Deficiência assinalou que o conceito de “deficiência” apresenta definição “em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

Em face do modelo social atualmente preconizado, sobreleva-se o protagonismo da Pessoa com Deficiência a partir da eliminação de barreiras construídas socialmente⁷, a despeito da marginalização do segmento na história⁸. Configura, portanto, como principal objetivo da Convenção Internacional a implantação de políticas afirmativas, cuja ação positiva evoque uma mudança atitudinal assentada sob a não discriminação do segmento enfocado⁹, composto por sujeitos autônomos, titulares de direitos irretorquíveis. Esta qualificação deriva da luta por este reconhecimento, que não restou automática e espontaneamente assentado, sendo, outrossim, conquistado.

807-821, Aug. 2000. Utilizar-se-á, a princípio, a sistematização dicotômica entre “modelo médico” e “modelo social”. Cf. DINIZ, Debora. O que é deficiência. São Paulo: Brasiliense, 2007 (Coleção Primeiros Passos).

⁷ “El modelo social atenua fuertemente los componentes médicos de la discapacidad, que serían unos más dentro de una serie, y resalta los sociales, los factores ambientales, que resultan determinantes. Así, al considerar que las causas que están en el origen de la discapacidad son sociales, pierde parte de sentido la intervención puramente médica. Las “soluciones” no deben tener cariz individual respecto de cada persona concreta “afectada”, sino que más bien deben dirigirse a la sociedad. A diferencia del modelo médico que se asienta sobre la rehabilitación de las personas con discapacidad, el modelo social pone el énfase en la rehabilitación de una sociedad, que ha de ser concebida y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas, gestionando las diferencias e integrando la diversidad”. PÉREZ BUENO, Luis Cayo y LORENZO GARCÍA, Rafael. Los difusos límites de la discapacidad en el futuro. Hacia un nuevo estatuto de la discapacidad. In Tratado sobre discapacidad. LOURENZO, Rafael de. y PÉREZ BUENO, Luiz Cayo (Diretores). Navarra: Editorial Aranzadi, SA, 2007, p.1.553

⁸ “A convenção surge como resposta da comunidade internacional à longa história de discriminação, exclusão e desumanização das pessoas com deficiência. É inovadora em muitos aspectos, tendo sido o tratado de direitos humanos mais rapidamente negociado e o primeiro do século XXI.” PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual dos direitos das pessoas com deficiência*. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 47.

⁹ Nesse sentido, destaque-se o artigo primeiro da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: “O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e prover o respeito pela sua dignidade inerente” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm> Acesso em: 01 mar. 2016.

Destarte, a superação dos empecilhos à efetiva integração das Pessoas com Deficiência, bem como sua integral expressão no contexto social, apresenta-se, sobretudo, como uma questão ideológica – e não puramente biológica – que exige a centralização na dignidade intrínseca a todo e qualquer ser humano. Por meio desta concepção, cada indivíduo, independente de seus caracteres peculiares, deve encontrar no meio social os fatores imprescindíveis à sua qualificação como membro integrante e significativo, ainda que lançando mão de artifícios voltados essencialmente para a otimização da correlação entre a sua vontade e os seus anseios.

Mencionadas inferências advêm do raciocínio segundo o qual, uma vez encetada, toda vida possui o mesmo valor objetivo, abstratamente considerado, incorporado à sua própria existência, quaisquer que sejam suas indissociabilidades inatas ou adquiridas¹⁰. Este valor relaciona-se à capacidade de autodeterminação da pessoa humana que, uma vez dotada de dignidade, apresenta-se como ser autônomo¹¹, capaz de determinar suas próprias escolhas, sem olvidar, ademais, a possibilidade de subsídio na manifestação de sua vontade – suporte que não se preste, contudo, a tolher-lhe a autonomia ou restringir-lhe a dignidade¹².

Nesse sentido, a Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência impõe aos países acordantes, em seu artigo 3º, alínea a, “o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas e a independência das pessoas”, delineando uma esfera de volitividade que não deve ser menosprezada pelo grupo social que a pessoa com deficiência compõe.

A República Federativa do Brasil figurou, em 30 de março de 2007, como parte signatária no tratado multilateral Convenção Internacional da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, incorporando, no mais, ao ordenamento jurídico interno em consonância com os ditames do art. 5º, §3º, da

¹⁰ “These two principles—that every human life is of intrinsic potential value and that everyone has a responsibility for realizing that value in his own life—together define the basis and conditions of human dignity, and I shall therefore refer to them as principles or dimensions of dignity.” DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

¹¹ Sarlet traça importante parecer sobre a “autonomia” como um fator a ser considerado em abstrato, consistente na capacidade potencial de autodeterminação de cada um, não dependendo diretamente da expressão fático-material desta capacidade. Desta forma, o absolutamente incapaz possui a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed., revista e ampliada. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 41.

¹² Analisando as recentes reformas no sistema de (in)capacidade, destinadas a melhor resguardar a autonomia: “capacity is the threshold requirement for participation in the legal system. [...] However, when an individual lacks capacity, he is not only excluded from participation, he may become the subject of certain legal proceedings, such as the appointment of a guardian and involuntary commitment. Reforms in the areas of guardianship law and involuntary commitment reflect a persuasive distrust of state interference with individual autonomy interests.” KNAUER, Nancy J. Defining capacity: the Competing Interests of Autonomy and Need. *Temple political & Civil Rights Law Review*, v. 12, p. 347, 2003. Acesso em: 28 mar. 2016.

Constituição Brasileira¹³. Destarte, o texto restou promulgado pelo Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, com *status* formal constitucional, figurando como o único documento convencional aprovado com força de emenda constitucional. Posteriormente, em 25 de agosto de 2009, pautado no previsto no art. 84, IV, da Constituição, o Presidente da República sancionou o mesmo documento por meio do Decreto Presidencial n. 6.949, com vistas a dar execução ao tratado a nível interno.

Ainda em face do texto acordado, em virtude da obrigação de “adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção”, conforme previsto no Artigo 4 do documento internacional, restou promulgada, em 07 de julho de 2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, alcunhada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, *vacatio legis* de 180 dias, interregno em virtude do qual sua vigência começou em 3 de janeiro de 2016. Mencionada legislação altera profundamente o modo de expressão individual das Pessoas com Deficiência, mormente no que diz respeito à sua autonomia e a aferição da capacidade civilística¹⁴.

2. PERSONALIDADE E CAPACIDADE SOB A LUZ DA LEGISLAÇÃO CIVILÍSTICA

A percepção segundo a qual a pessoa com deficiência apresenta-se como objeto de imprescindível proteção, no tocante ao exercício de direitos e deveres, remonta os primórdios da história da legislação, encontrando sua mais antiga normatização na Lei das XII Tábuas¹⁵. Citada qualificação tradicionalmente reflete na instituição de arquétipos de resguardo que, por diversas vezes, sob a justificativa de garantir uma proteção, acentuam prejudicialmente uma discrepância.

¹³ Art 5. § 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 01 mar. 2016.

¹⁴ Cf. MENEZES, Joyceane Bezerra de. *O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Data de acesso. 01 mar. 2016.

¹⁵ “Tábua Quinta. DAS HERANÇAS E DAS TUTELAS. [...] 8. Se alguém toma-se louco ou pródigo e não tem tutor, que a pessoa e seus bens sejam confiados à curatela dos agnados e, se não há agnados, à dos gentis.” VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas. 13. ed. 2013. p. 37.

Desde o limiar da codificação brasileira, a qualificação como incapaz apresenta-se como traço marcante do tratamento destinado à pessoa com deficiência. A despeito de persistirem algumas diferenciações, o subjugo da autonomia dos componentes deste grupo sempre afigurou como a regra, desde as Ordenações Filipinas, passando pelo Código Civil de 1916, até o mais recente Código Civil de 2002.

O alcinhado Novo Código Civil de 2002 estatui, em seu primeiro artigo, a aptidão de todo e qualquer indivíduo para aquisição de direitos e contração de obrigações na ordem jurídica, qualificando-se esta capacidade como atributo básico de todo aquele que nasce com vida e, portanto, possui personalidade jurídica¹⁶. Mencionada idoneidade civil apresenta-se com uma definição genérica, considerando-se a vida em sociedade o único pressuposto para a sua qualificação.

Associada à conceituação de personalidade jurídica, a capacidade civil refere-se ao modo de exercer os direitos e submeter-se a obrigações que cada pessoa conjuga em face de sua condição peculiar. Nesse sentido, todos possuem capacidade, tendo em vista que sua inexistência configura a própria alienação da vida em uma sociedade pautada por um sistema jurídico-legal; contudo, visto caracteres peculiares, nem todos possuiriam capacidade integral. A capacidade apresenta-se doutrinariamente dividida entre “capacidade de direito”, relacionada à possibilidade de adquirir-se prerrogativas na vida civil, e “capacidade de fato”, conexas ao exercício direto, sem intermédios, destes direitos.¹⁷

Portanto, a despeito de o nascimento com vida restar como única condicionante para a existência da capacidade genérica, os dois tipos referenciados nem sempre são titularizados

¹⁶ Mesmo sob a égide do Código Civil de 1916, mencionado reconhecimento era ampliado a todo e qualquer indivíduo, mas nem sempre este sistema imperou, conforme explana Caio Mário da SilvaPereira: “Enquanto durou a instituição da escravidão, e onde ainda subsiste, na Idade Moderna, a situação jurídica do que a ela é submetido importa em permanente e inegável inferioridade, não obstante os esforços contrários dos espíritos bem formados. Em o direito brasileiro, a idéia da concessão de personalidade a todo ser humano vigorou mesmo ao tempo da escravidão negra, muito embora o regime jurídico do escravo não o equiparasse ao homem livre (cf. n4 44, infra). Hoje o direito reconhece os atributos da personalidade com um sentido de universalidade, e o Código Civil de 1916 o exprime, afirmando que todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil (art. 2º), empregada a palavra homem na acepção de todo ser humano, todo indivíduo pertencente à espécie humana, ao humanum genus, sem qualquer distinção de sexo, idade, condição social ou outra, conceito aconselhável no novo Código.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 143.

¹⁷ Sob a égide do anterior sistema de incapacidade cível, ressalte-se lição de Arnaldo Wald: “Se todos os homens são capazes de direito, podendo ter direitos subjetivos e contrair obrigações, nem todos são aptos a praticar pessoalmente os atos da vida civil. Distinguimos, pois, a capacidade de direito, ou seja, a possibilidade de adquirir direitos e contrair obrigações por si ou por terceiros, da capacidade de fato, também chamada capacidade de exercício ou de negócio, em virtude da qual um indivíduo pode praticar pessoalmente os atos da vida civil, sem necessitar de assistência ou de representação” WALD, Arnaldo. Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 137

conjuntamente, de sorte que sua existência concomitante desemboca na verificação do que se chama “capacidade civil plena”. Em face de situações consideradas diferenciadas, o Código Civil de 2002 estabeleceu, em sua redação original, um sistema de incapacidades, advindo da limitação da capacidade civil em casos específicos, que demandariam o estabelecimento de ressalvas no tocante à interação de determinadas pessoas na prática dos atos da vida civil.

Neste sentido, a célebre afirmação de que a capacidade consiste na medida da personalidade, repetida como mantra na pedagogia jurídico-civilística, parece relacionar o sistema de incapacidade civil anterior com a verificação da própria *persona*. A partir deste brocardo, questiona-se: sob o epíteto da legislação anterior, os relativa e absolutamente incapazes também gozariam de personalidade reduzida, relativa ou absolutamente?

2.1 SISTEMA DE INCAPACIDADE CIVIL: PROTEÇÃO OU INVISIBILIZAÇÃO?

Sob esta perspectiva da proteção de determinadas categorias sociais, a redação primeira do Código Civil de 2002, relativa à capacidade, restou assentada sob um arcabouço de ressalvas, qualificadas como limitantes da capacidade de exercício direta por toda e qualquer pessoa. Mencionada sistemática delineou-se em face da justificação de resguardo daqueles que não teriam discernimento adequado para a expressão de sua vontade de forma escoreita, de fato condizente com os anseios titularizados¹⁸.

Destarte, veja-se que os desígnios do legislador apresentaram-se, *a priori*, voltados para a afirmação de uma igualdade por meio do realce de uma desigualdade, a partir do qual algumas pessoas restariam submetidas a um sistema específico na realização de atos da vida civil. Em face disto, em seus artigos 3º e 4º, o Código Civil preceituava, em seu texto anterior, três hipóteses de incapacidade absoluta e quatro de incapacidade relativa, respectivamente, quais sejam:

- Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
 - I - os menores de dezesseis anos;
 - II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
 - III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade
- Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:
 - I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

¹⁸ “O instituto das incapacidades foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a proteção dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável, assinalando que o intuito da lei foi o de oferecer proteção às pessoas que padecem de incapacidade, considerando a diversidade de condições pessoais dos incapazes e a maior ou menor profundidade da redução no discernimento, graduando a forma de proteção”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Ob. cit. p. 170.

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
IV - os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, modificou-se completamente o artigo 3º e parcialmente o artigo 4º, ensejando profundas alterações na estrutura processualística de representação. A primeira alteração relevante diz respeito às situações que ensejam a incapacidade absoluta, decorrente da revogação efetivada pela novel legislação, que atinge os incisos I, II e III do artigo 3º.

Hodiernamente, a única hipótese qualificadora de mencionado enquadramento advém da condição do menor de dezesseis anos de idade, em face do que não mais são absolutamente incapazes os “que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática” dos atos da vida civil e os “que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. Ademais, veja-se que o *status* de relativamente incapaz resta, atualmente, delegado aos menores de dezesseis e maiores de dezoito anos, aos ébrios e aos viciados em tóxico, e aqueles que, por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade, em virtude do expresse alijamento dos incisivos I e IV do artigo 4º.

Destarte, infere-se que a identificação da deficiência, automaticamente qualificadora de absoluta incapacidade na sistemática anterior, não mais desemboca em citado *status* de forma imediata. Esta alteração apresenta consonância com o disposto no artigo 12¹⁹ da Convenção Internacional de Pessoas com Deficiência, cujo baluarte alberga o postulado *in dubio pro capacitas*, a partir do qual a aferição da correção da vontade perfaz-se em face do contexto particular a cada um, almejando-se a interferência mínima na esfera pessoal de volitividade. Neste azo, a condução incisiva da própria vida apresenta-

¹⁹ Decreto no. 6.949/2009, “Artigo 12 - Reconhecimento igual perante a lei :

1.Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.

2.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.

3.Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

4.Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência”

se pressuposta, persistindo a autonomia como referencial norteador do sistema de capacidades²⁰.

Deste modo, a alteração emerge da imprescindibilidade de se conferir às pessoas com deficiência o maior espectro de autonomia possível, ensejando a “tomada de rédeas” por estas de suas próprias vidas. Assim, a qualificação automática da incapacidade tolhia prematuramente todos os esforços envidados para se expressar a vontade da pessoa com deficiência. Esta vontade, ainda que expressada com subsídio de artifícios, deve resguardar a autonomia, pautada esta como atributo da pessoa digna. Nesta linha de raciocínio, almeja-se com o novel texto a concretização da autodeterminação dignificante, ao invés da invisibilização dos desígnios pessoais do componente do segmento protegido.

Relaciona-se, portanto, a este corolário, a premissa de que uma sociedade de pessoas diversas requer, dentro do espectro de diversidade²¹ que estas conjugam – e nunca externamente ou centripetamente buscando afastá-las de sua identidade -, olhares diferentes. Em uma sociedade dos diversos, perfaz-se necessário realçar os contrastes, na contramão de promover a invisibilidade, como forma de se garantir a paridade de dignidades. Neste sentido, o toldo assegurador de guarida ao direito à diversidade consiste na garantia do princípio da igualdade²², que, bifrontemente, fornece o alicerce para uma democracia livre, justa e solidária, tal qual prelecionado constitucionalmente.

²⁰ Destaca-se o conteúdo dos artigos 6º e 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, explicitando que a condição de deficiência não afeta automaticamente a capacidade civil:

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

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

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

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

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

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

²¹ De acordo com Gilmar Ferreira Mendes, “pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os aspectos. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças.” MENDES, Gilmar. *A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 mar. 2016.

²² “O direito à igualdade surge como regra de equilíbrio dos direitos das pessoas com deficiência. Toda e qualquer interpretação constitucional que se faça, deve passar, obrigatoriamente, pelo princípio da igualdade. Só é possível entendermos o tema da proteção excepcional das pessoas com deficiência se entendermos corretamente o princípio da igualdade.” ARAUJO, Luiz Alberto David. *Pessoa portadora de deficiência: proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Brasília: CORDE. 2001. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/dirhum/doutrina/id248.htm>

2.2 CURATELA: A FALTA DE CAUTELA DA ALCUNHADA “MORTE CIVIL”

Para além de prever implicar no reconhecimento da capacidade legal, a Convenção Internacional de Pessoas com Deficiência impõe aos Estados acordantes a instituição de dispositivos de resguardo civilístico que configurem pontes, traduções da vontade, não sua substituição. Citados mecanismos de apoio não restam expressamente apontados no texto convencional, em que acertou o ajuste, considerando-se que a realidade institucional de cada nação exige a adoção de instrumentos diversos, ainda que o objetivo de promoção da autonomia reproduza-se em cada internalização específica. Nada obstante, a despeito de não definir os instrumentos de apoio à expressão da vontade, a Convenção dispõe que estes deverão abster-se da aplicação detrimetosa, pautada na transposição dos limites volitivos de apoio para a realidade obliterante substitutiva.

Nesse sentido, cada país goza de liberdade para delinear os institutos mais convenientes à realidade nacional no tocante à efetivação dos direitos das pessoas com deficiência. Em nosso país, a curatela predominou como dispositivo de representação protetivo daqueles então considerados limitados em sua capacidade de exercício, redução esta que evidenciaria a necessidade de suprir-se a vulnerabilidade naturalmente existente em determinadas situações.

Sob as sistemáticas processualística e civilística antecedentes às atuais, o a curatela seguia os artigos 1.767 a 1.783 do Código Civil, 1.177 e seguintes do antigo CPC e as previsões da Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73). Neste contexto, já derogado, a interdição que reconhecia uma incapacidade absoluta de agir alijava a possibilidade de autogoverno da pessoa com deficiência, então relegada à figura de curatelado, dependente da representação do curador para a prática dos atos da vida civil.²³

²³ Mesmo neste panorama legal, a tendência doutrinária e jurídica já avizinhava-se da conferência de maior autonomia à Pessoa com Deficiência. Nesse sentido: “A tendência atual é dar maior liberdade ao curatelado, deixando-se praticar sozinho atos de natureza não patrimonial, cujos efeitos se limitam à esfera existencial, como o caso de reconhecimento de paternidade. A proteção deve ocorrer na exata medida da ausência de discernimento, para que não haja supressão da autonomia, dos espaços de liberdade. As restrições à incapacidade de agir não existem para alhear os incapazes, mas para integrá-los ao mundo estritamente negocial (...) A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma ‘morte civil’. Permitir que o curatelado possa decidir, sozinho, questões para as quais possui discernimento é uma forma de tutela da pessoa humana, pois a autonomia da vontade é essencial para o livre desenvolvimento da personalidade”. DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 687-688.

Alegando proteção, a legislação erigia um manto protetor plúmbeo, que não só blindava a pessoa com deficiência, como também impedia sua interação social, na medida que, por vezes, a vontade desta, sob a capa do curatelado, sequer era vista. Verificava-se a chamada “morte civil”, a partir da qual o curatelado, qualificado como completamente incapaz, perdia a competência sobre o gerenciamento da própria vida social.

A partir da orientação advinda do espírito do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a curatela resta expressamente restrita aos atos de essência patrimonial e negocial, considerando-se, *a priori*, sua concessão como medida excepcional, verificada unicamente quando necessária. Nesse sentido, o texto do artigo 85:

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

A qualificação como “extraordinária” advém da instituição de um novo mecanismo de apoio à expressão da vontade, qual seja a “tomada de decisão apoiada”, por meio do qual é possível a escolha de, pelo menos, duas pessoas idôneas, com o fito de prestação de suporte na efetivação de escolhas relativas à atos da vida civil. Neste sentido, os apoiadores, pessoas com as quais o apoiado possui liame de confiança, devem comprometer-se com a função dentro dos limites verificados em termo adequado, no qual deverá constar, ainda, o lapso temporal dentro do qual gozará o apoio de validade. O objetivo estampado na inovação consiste no ensejo ao menor grau de intervenção sobre a vida do apoiado, especialmente no que concerne ao manejo direto dos atos referentes à seara existencial.

Ressalte-se: o novo cenário não é de extirpação da curatela, esta, condicionada à verificação da extraordinariedade da situação, permanece como possibilidade, ainda que em sob um novo feitio²⁴. Neste sentir, a previsão da Lei Brasileira de Inclusão reflete o raciocínio

²⁴ Neste sentir, a lição de Rodrigo da Cunha: “Esta nova roupagem da curatela insere-se também no contexto e noção de cidadania, inclusão e evolução do pensamento psiquiátrico. Quando se interdita alguém, retira-lhe a capacidade civil e consequentemente expropria-se sua cidadania. O curatelado, ou interditado, é retirado do lugar de sujeito de desejo e sujeito social”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 Acrescenta Novo Conceito para Capacidade Civil. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>> Acesso: 28. mar. 2016.

segundo o qual, mesmo em face da verificação da curatela, não restará qualificada como incapaz absolutamente a pessoa com deficiência.

A curatela da pessoa capaz orbita em torno da busca pela autonomia da pessoa com deficiência, cuja voz deve ser ouvida, perscrutando-se a vontade visada em vez de abafá-la sob o pretexto de representá-la. Considerando que não há mais uma definição estrita das tarefas do curador, as especificidades de cada situação respaldarão a previsão de suas funções, que deixa de ser genericamente abrangente e torna-se particularmente estruturada. Diante disto, a curatela estará mais humanizada, porquanto voltada a atender as peculiaridades atinentes a cada caso, efetivamente cumprindo os desígnios primários de proteção da vontade do curatelado.

3. O ATROPELAMENTO LEGISLATIVO ENTRE AS NORMAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

O Novo Código de Processo Civil, no tocante à curatela, alterou profundamente a anterior hermeticidade do instituto de representação, buscando restringir a interferência na expressão da vontade no limite da necessidade de “tradução” desta. Pautada neste desiderato, a novel legislação revogou os artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil²⁵, em face da natureza processualística de citados dispositivos. O NCPC, publicado em, 16 de março de 2015, em face da *vacatio legis* instituída, teve seus efeitos em suspensão durante o prazo de um ano posteriormente à publicação. Ocorre que, durante a vigência sobrestada da legislação processualística, a Lei nº 13.146/2015 restou publicada em 07 de julho de 2015, reiterando os artigos a serem revogados já referenciados para conferir-lhes novo texto, especificamente no tocante aos art.1.768, inciso IV; art.1.769, incisos I e III; art.1.771 e art.1.772²⁶.

²⁵ Art. 1.072. Revogam-se: II - os arts. 227, caput, 229, 230, 456, 1.482, 1.483 e 1.768 a 1.773 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);

²⁶ Art. 114. A Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 1.768. O processo que define os termos da curatela deve ser promovido:

.....

IV - pela própria pessoa.

Art. 1.769. O Ministério Público somente promoverá o processo que define os termos da curatela:

I - nos casos de deficiência mental ou intelectual;

.....

III - se, existindo, forem menores ou incapazes as pessoas mencionadas no inciso II.

Art. 1.771. Antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando.

A Lei Brasileira de Inclusão, publicada posteriormente à data de publicação oficial do Novo Código de Processo Civil, reanimou dispositivos maculados por vindoura revogação. Tendo em vista as diversas datas para entrada em vigor de ambas legislações (3 de janeiro de 2016 pra a LBI e 17 de março para o NCPC), crê-se que, por incúria do legislador, ocorreu aparente repristinação tácita, segundo parte da doutrina²⁷, em face do que os dispositivos do Código Civil alterados pela Lei Brasileira de Inclusão, relativos à curatela, teriam sua validade verificável apenas no intervalo entre a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência e a entrada em vigor do Novo Código e Processo Civil.

Neste sentir, questiona-se que tipo de interpretação dar-se-á no tocante à aplicabilidade dos preceitos destoantes, mormente no que diz respeito à possibilidade de o próprio curatelado solicitar diretamente sua própria curatela. A teratologia da situação reside na possibilidade instituída pela Lei Brasileira de Inclusão no artigo 1.768, IV, extirpada do ordenamento em virtude da novel legislação processualística. A partir desta, a legitimidade para a promoção da curatela resta prevista no artigo 747 do CPC, qualificando-a nas figuras do cônjuge ou companheiro, dos parentes ou tutores, do representante da entidade em que se encontra abrigado o interditado e do Ministério Público.

Veja-se, ainda, que a despeito de repetir a expressão “interdição”, mencionada nomenclatura não cabe mais no atual sistema de capacidade civil, já que aquele processo destinava-se unicamente aos incapazes. Nesse sentir, a redação que a Lei Brasileira de Inclusão havia dado ao procedimento consistia em “processo que define os termos da curatela”.

3.1 PROIBIÇÃO DO RETROCESSO: A MARGEM DE AUTONOMIA INDERROGÁVEL

Nada obstante a novel legislação processualística não confira ao próprio curatelado a legitimidade citada, considerando que a solicitação efetivada desta maneira garante o

Art. 1.772. O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador.

²⁷ Estranha-se que esse mesmo artigo (art.114) resgatou os artigos 1.768 a 1.773, revogados pelo novo Código de Processo Civil, ainda que alterando a sua redação original. Findou por atribuir efeito repristinatório²³ aos dispositivos, ainda que promovendo uma revogação parcial com a modificação empreendida nos respectivos conteúdos. MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Data de Acesso: 28 mar. 2016.

resguardo da autonomia da pessoa com deficiência, há de se enquadrar esta possibilidade como corroboradora da dignidade axiológica destes indivíduos. Ressalte-se, a este teor, que a Dignidade da Pessoa Humana reveste-se de substância por meio de outras regras e preceitos, constituindo, por fim, um valor que perpassa todo o ordenamento²⁸. A partir desta perspectiva, o arcabouço jurídico resta erigido como um sistema harmônico que derroga o isolacionismo dos âmbitos do direito.

Neste sentido, considerando que o ânimo da Lei Brasileira de Inclusão consiste na promoção da autonomia, especialmente no que diz respeito ao fomento da autodeterminação, a possibilidade de a própria Pessoa com Deficiência solicitar a instituição da curatela evidencia um ganho, um incremento no aparato de Direitos Fundamentais que fundamentam a integração Civil-Constitucional contemporânea.

Mencionada afirmação aliada ao brocardo da proibição do retrocesso²⁹ no campo dos Direitos Humanos impede que esta benesse seja alijada do sistema jurídico, uma vez que incorporada de forma a obstar a implementação de situações menos favoráveis. Destarte, a ausência desta alternativa representa uma perda, em relação ao cenário instaurado pela Lei Brasileira de Inclusão, que efetivou uma ampliação na esfera de autonomia da Pessoa com Deficiência.

Considerando a Convenção Internacional sobre Direito das Pessoas com Deficiência como documento de Direitos Humanos aprovado internamente com o status de emenda constitucional, infere-se que a normatização infraconstitucional advinda dos preceitos desta representa consectário da concretização, no plano jurídico-social, de postulados essencialmente de Direitos Humanos. No âmbito deste, as problemáticas orbitam em torno da consolidação de prerrogativas, as quais, empós reconhecidas, entravam o regresso à situação predecessora. Estatui-se, assim, que a legislação consubstanciadora da função de

²⁸ Nesse sentido, Sarlet: “Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.” SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 60-61.

²⁹ Nesse sentido, veja-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 impõe, em seu artigo 29, alínea b, que “nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 28 mar. 2016.

concretização de postulados atinentes à macrotemática dos direitos humanos não pode ser substituída por outra que atenda em menor monta aos objetivos visados.

Da ideia de que existe uma progressão no campo dos Direitos Humanos, destinados à construção de âmbitos de realização de direitos sempre mais aperfeiçoados em relação aos anteriores, evidencia-se que a garantia de um fator de autonomia, empós incorporada ao ordenamento, não mais pode ser extirpada. Cumpre destacar, todavia, que mencionado brocardo fornece guarida, tradicionalmente, a consolidação de prerrogativa à prestações positivas³⁰. Nada obstante, a garantia das alcunhadas liberdades clássicas, tais como igualdade, que refletem um dever de abstenção do Estado, dependem da asseguaração de uma sistemática de resguardo, em face do que ainda se faz presente uma prestação normativa estatal³¹.

Nesse sentido, a previsão da qualificação do próprio curatelado como legitimado para a solicitação da instituição da curatela advém deste papel orgânico-legislativo, de estruturação procedimental. Doutro giro, veja-se que a margem de discricionariedade do

³⁰ A este teor: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PORTADORES DE NECESSIDADE VISUAL. APLICAÇÃO DA NORMA COMPLEMENTAR Nº 01/2006 DO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES QUE ESTABELECEU O CRONOGRAMA DE APLICAÇÃO DO RECURSO DE AUDIODESCRIÇÃO NA PROGRAMAÇÃO DAS EXPLORADORAS DE SERVIÇO DE RÁDIODIFUSÃO DE SONS E IMAGEM. GARANTIA FUNDAMENTAL. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO COM A EDIÇÃO DA PORTARIA Nº 188/2010. NÃO OCORRÊNCIA. (...) Na ótica vigilante do Supremo Tribunal Federal "o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados." TRF-1 - AC: 200934000047648 DF 2009.34.00.004764-8, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Data de Julgamento: 02/10/2013, QUINTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.171 de 09/10/2013 Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24238547/apelacao-civel-ac-200934000047648-df-20093400004764-8-trf1>> Acesso em: 28 mar. 2016.

³¹ Nesse sentido, vale mencionar o escólio de Robert Alexy: "Direitos a competências de direito privado são direitos frente ao Estado para que este formule normas constitutivas para as ações de direito privado e, com isso, constitutivas para a fundamentação, a modificação e a eliminação de posições jurídicas de direito privado. Esses direitos podem relacionar-se tanto à exigência de que essas normas existam quanto à exigência de que tenham um determinado conteúdo. (...) Há direitos fundamentais a institutos jurídicos de direito privado, ou esses institutos são simplesmente protegidos por meio de uma garantia objetiva de institutos? (...) O principal argumento para a subjetivização é o fato de que existem inúmeros direitos fundamentais que pressupõem conceitualmente a existência de institutos jurídicos de direito privado. (...) Não há, antes, garantias institucionais objetivas que sirvam à asseguaração de direitos fundamentais por meio da garantia de um conjunto básico de normas para que, apenas depois, haja direitos fundamentais como direitos subjetivos a serem garantidos dessa forma; o que há, na verdade, é um direito subjetivo à existência das normas de direito privado que sejam necessárias para que aquilo que os direitos fundamentais garantem seja possível." ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 484-487.

legislador não resta, em suma, prejudicada, na medida em que este pode alterar o procedimento, nos limites do ganho de autonomia representado pela inovação legal.

Nessa linha de raciocínio, o Novo Código de Processo Civil ao extirpar integralmente o artigo 1.768 do Código Civil, representou uma diminuição na órbita de empoderamento sobre a condução da própria vida. Se, posteriormente ao marco de entrada em vigor da legislação inclusiva, qual seja 03 de janeiro de 2016, a capacidade de autodeterminação restou incrementada, por meio da possibilidade de a Pessoa com Deficiência opinar sobre a própria curatela, este âmbito aumentado não mais pode ser reduzido³².

A modificação legal representa, neste quesito, muito mais do que uma alteração textual ou reestruturação procedimental civilística. Evidencia, em verdade, uma subtração de reais expectativas de promoção da igualdade, em face do que se perfaz necessário considerar a aplicação do que mais consolide a capacidade de autodeterminação da pessoa com deficiência.

CONCLUSÃO

Destarte, em face do que se expôs, conclui-se que a modificação da percepção social acerca das pessoas com deficiência, mormente no que diz respeito à atribuição de um valor apriorístico à qualificação como pessoa. Nesse sentido, não se apresenta como uma afirmação draconiana a de que todos os esforços do avançar normativo acerca da matéria desembocam na busca pela afirmação da autonomia individual.

A partir deste panorama, merece realce as modificações legislativas encetadas em pós incorporação da Convenção Internacional sobre Direito das Pessoas com Deficiência, que impôs aos países acordantes a adoção de medidas visando à asseguaração da capacidade legal

³² Nesse sentido, explanando a construção das prerrogativas relativas aos direitos fundamentais como construção inderrogável, cumpre destacar a lição de Fábio Konder Comparato: “A consciência ética coletiva (...) amplia-se e aprofunda-se com o evoluir da História. A exigência de condições sociais aptas a propiciar a realização de todas as virtualidades do ser humano é, assim, intensificada no tempo, e traduz-se, necessariamente, pela formulação de novos direitos humanos. É esse movimento histórico de ampliação e aprofundamento que justifica o princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, isto é, do conjunto dos direitos fundamentais em vigor. Dado que eles se impõem, pela sua própria natureza, não só aos Poderes Públicos constituídos em cada Estado como a todos os Estados no plano internacional, e até mesmo ao próprio Poder Constituinte, à Organização das Nações Unidas e a todas as organizações regionais de Estados, é juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, por via de novas regras constitucionais ou convenções internacionais.” COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 112.

do segmento destacado. Em virtude da aprovação de mencionado tratado nos moldes do artigo art. 5º, §3º, da Constituição Brasileira, as medidas nele apontadas configuram um imperativo constitucional, derivando disto a necessidade de alterar-se a sistemática nacional de capacidades civis. Referenciada alteração parte da perspectiva Civil-Constitucional que extirpa da aplicação do Direito Privado Contemporâneo o isolacionismo característico da sistemática arcaica.

Como instrumento de apoio à tradução da vontade da pessoa com deficiência, a curatela perdeu, a partir das recentes mudanças, o aspecto de obliteração volitiva do curatelado, para adquirir uma conotação personalista acentuadamente mais humanizada. Neste sentido, a partir da remodelação da curatela e da instituição da tomada de decisão apoiada, denota-se o viés dignificante da novel legislação, consubstanciada na Lei Brasileira de Inclusão.

Nada obstante, cumpre observar que a promulgação do Novo Código de Processo Civil atingiu prematuramente determinados dispositivos da legislação inclusiva, de sorte a provocar uma possível repristinação tácita de conceitos já revogados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, estabelecendo ainda uma aplicação discrepante. Citado fenômeno deu-se no campo da curatela, no que diz respeito aos legitimados para solicitar a instituição da medida.

Conquanto haja retirado do mundo jurídico a possibilidade de a pessoa com deficiência solicitar a própria curatela, o Novo Código de Processo Civil inovou de forma detrimetosa à autonomia dos indivíduos citados, reduzindo o espectro de autodeterminação anteriormente estabelecido. Dessa forma, perfaz-se imprescindível, para uma aplicação escoreita das inovações, consentânea com os imperativos de promoção da igualdade, a interpretação da modificação segundo o postulado da proibição do retrocesso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUADO DÍAZ, A. L. *Historia de las deficiencias*. Escuela Libre, Editorial Fundación Once, Madrid, 1995.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *Pessoa portadora de deficiência: proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Brasília: CORDE. 2001. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/dirhum/doutrina/id248.htm>>

BUERGENTHAL, Thomas, DINAH L. Shelton, and DAVID P. Stewart. International human rights in a nutshell. 4. ed. 2009. p. 25. *Studies*. SSRN Cholarly Paper, nº ID 1822439. Rochester, NY: Social Science Research Network. 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

DINIZ, Debora. O que é deficiência. São Paulo: Brasiliense, 2007

DWORKIN, Ronald. Is democracy possible here?: principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.

GOSS, D; GOSS, F; ADAM-SMITH, D. Disability and employment: a comparative critique of UK legislation. *The International Journal of Human Resource Management*, 11:4, p. 807-821, Aug. 2000

HURRELL, Andrew. *Power, principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world. Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University. 1999.

KNAUER, Nancy J. Defining capacity: the Competing Interests of Autonomy and Need. *Temple political & Civil Rights Law Review*, v. 12, p. 347, 2003.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Lei 13.146 Acrescenta Novo Conceito para Capacidade Civil. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-10/processo-familiar-lei-13146-acrescenta-conceito-capacidade-civil>>

PÉREZ BUENO, Luis Cayo y LORENZO GARCÍA, Rafael. Los difusos limites de la discapacidad en el futuro. Hacia un nuevo estatuto de la discapacidad. In *Tratado sobre discapacidad*. LOURENZO, Rafael de. y PÉREZ BUENO, Luiz Cayo (Diretores). Navarra: Editorial Aranzadi, SA, 2007

pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do estatuto da pessoa com deficiência. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-jun./2015.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Coord.). *Manual dos direitos das pessoas com deficiência*. São Paulo: Saraiva. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004

SHAKESPEARE, Tom. *Disability, identity and difference*. Exploring the divide. 1994.

WALD, Arnaldo. Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WOODHAMS, C.; DANIELI, A. Disability and diversity – a difference too far? *Personnel Review*, v. 29, n. 3, 15 p., 2000.