

NATHÁLIA ROCHA DA SILVA

**A VULNERABILIDADE DA PESSOA ACOMETIDA COM DÉFICIT
INTELECTUAL E AS INOVAÇÕES DO ESTATUTO DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA**

CARATINGA
CURSO DE DIREITO
2016

NATHÁLIA ROCHA DA SILVA

**A VULNERABILIDADE DA PESSOA ACOMETIDA COM DÉFICIT
INTELECTUAL E AS INOVAÇÕES DO ESTATUTO DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Doctum, Unidade de Caratinga, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil e Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Msc. Daniel de Araújo Ribeiro.

CARATINGA
CURSO DE DIREITO

2016

A Deus, por guiar os meus passos
no caminho da bondade, da justiça
e da verdade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por possibilitar e iluminar minha caminhada, minhas escolhas e por sempre me cercar de pessoas maravilhosas.

À minha família, pela paciência, dedicação, apoio e amor incondicional.

Aos meus amigos Luciene e Sebastião, companheiros de trabalhos e irmãos na amizade que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida com certeza.

Aos meus amigos de sala e de trabalho, os quais, cada um a sua medida, contribuíram para o que sei hoje.

À todos os professores, pelos ensinamentos transmitidos no decorrer desses cinco anos. E ao professor Daniel de Araújo, pelas orientações e correções.

Falta ao ser humano semear a igualdade,
perceber as diferenças, mas harmonizar a
equação da vida com a dignidade.

(Eça de Queiroz)

RESUMO

O presente trabalho objetiva discutir, por meio de entendimentos doutrinários, as inovações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com deficiência que trouxe grandes mudanças estruturais e funcionais na antiga teoria das incapacidades, repercutindo diretamente na vida de milhares de pessoas, e também nos institutos do Direito de Família, como o casamento, a curatela e a interdição.

No caso em tela será abordado o confronto entre o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana com o texto insculpido no art. 6º da lei 13.146/2015, segundo o qual a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (...), revelando que aquele que possui uma deficiência intelectual mais rigorosa no ponto de necessitar de “representação de fato”, até para certos atos da vida civil estariam desprotegidos sendo que a vulnerabilidade do indivíduo jamais pode ser desconsiderada pelo ordenamento jurídico, sob pena de desproteger aqueles que merecem especial atenção do direito na singela alegação de avanço legislativo, mormente, quando tal avanço distancia da realidade social. Neste sentido, o tema se faz instigante e a dimensão da solução estará no estudo dos reflexos da nova lei, principalmente no que se referem a (in) capacidade das pessoas acometidas com déficit intelectual “Strictu Sensu” tudo sob uma perspectiva da dignidade da pessoa humana.

Palavras chave: Dignidade da pessoa humana; Teoria das Incapacidades; Princípio da Igualdade; Estatuto da Pessoa com Deficiência.

ABSTRACT

This paper aims to discuss, through doctrinal understandings, the innovations brought by the Person Statute with disabilities who brought great structural and functional changes in the old theory of disability, which directly affects the lives of thousands of people, and also in the Law of the institutes family like marriage, trusteeship and interdiction.

In the present case it will address the confrontation between the constitutional principle of human dignity with the inculpido text in art. 6 of Law 13.146 / 2015, according to which the disability does not affect the full civil capacity of the person (...), revealing that one that has a more rigorous intellectual disability at the point of need "fact of representation", even for certain acts of civil life would be unprotected and that the vulnerability of the individual can never be disregarded by the legal system, otherwise unsecure those who deserve special attention of law in simple claim legislative advance, especially when such a move away from the social reality. In this sense, the theme becomes exciting and the size of the solution will be the study of the new law reflexes, especially as they relate to (in) ability of people affected with intellectual deficit "Strictu Sensu" everything from a perspective of human dignity human.

Keywords: Human dignity; Theory of Impairments; Principle of equality; status of person with disabilities.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil.

EPcD- Estatuto da Pessoa com Deficiência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	12
1. CAPÍTULO I - PRINCÍPIOS NORTEADORES	16
1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	17
1.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	20
1.2.1 IGUALDADE FORMAL.....	21
1.2.2 IGUALDADE MATERIAL.....	21
2. CAPÍTULO II – EPCD	24
2.1 A CAPACIDADE DE FATO E DE DIREITO	25
2.2 O NOVO REGIME DAS INCAPACIDADES E O EPcD	26
2.2.1 O INSTITUTO DA CURATELA PELO EPcD	29
2.2.2 TOMADA DE DECISÃO APOIADA	31
2.2.3 O EPcD E A TUTELA DE PROTEÇÃO AOS DEFICIENTES.....	33
CAPÍTULO III - PROCEDIMENTO DO CASAMENTO E OUTROS DESDOBRAMENTOS PRÁTICOS.	36
3.1 DA CAPACIDADE PARA O CASAMENTO.....	37
3.2 DA INVALIDADE DO CASAMENTO	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS:	42

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “A vulnerabilidade da pessoa acometida com déficit intelectual e as inovações do estatuto da pessoa com deficiência”, tem por objetivo analisar e discutir por meios de entendimentos doutrinários a vulnerabilidade imposta às pessoas acometidas com déficit intelectual para praticar certos atos da vida civil, com a entrada da Lei nº 13.146/15, conhecida como “Estatuto da Pessoa com Deficiência”.

Sendo assim, levanta-se como problema a vulnerabilidade imposta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência a essas pessoas, buscando solucionar a lide a partir da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade insculpidos na Constituição.

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórica dogmática, haja vista a necessidade de explicação de cunho bibliográfico, abordando toda a dinâmica expositiva investigativa. No que tange aos setores de conhecimento, conclui-se que a pesquisa em tela possui uma visão transdisciplinar, uma vez que abarca diversos ramos do direito, como Direito Civil e Direito Constitucional.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, tem-se a decisão da 2ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Uberlândia-MG, classe: interdição, Requerente: Giselda Cruz Martins, Requerido: Lincoln Douglas Martins de Oliveira, processo de número: 0915399-50.2014.8.13.0702, sentença prolatada em: 30 de março de 2016. No qual a análise da Juíza MARIA ELISA GLIALEGNA, evidência, quanto às inovações trazidas pela lei em comento, que “quando a aferição da incapacidade levar à conclusão de que o curatelado é totalmente incapaz de praticar, por si só, qualquer ato da vida civil? Como pode o Estado permitir, por exemplo, que um indivíduo com entendimento comprometido possa casar e votar?”

Neste sentido, a presente monografia é dividida em três capítulos distintos. No primeiro deles, intitulado “Princípios Norteadores”, serão abordados os princípios constitucionais que devem ser levados em consideração quando da interpretação e aplicação da Lei nº. 13.146/ 2015.

Já no segundo capítulo, denominado “Estatuto da pessoa com Deficiência” será destinado a tecer considerações acerca da teoria das incapacidades, abordando as alterações feitas pelo no estatuto ao Código Civil.

Por derradeiro, o terceiro capítulo, a saber, “Realizações de certos atos da vida civil” tendo como exemplo o casamento pelo deficiente com déficit intelectual severo, fazendo uma pequena introdução acerca de seus desdobramentos e práticas.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Face a importância da temática acerca da vulnerabilidade da pessoa acometida com déficit intelectual e o recente estatuto da pessoa com deficiência, faz-se necessário a apresentação de alguns conceitos fundamentais à compreensão deste trabalho.

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem a concepção de “dignidade da pessoa humana”, “direito à igualdade”, a noção jurídica acerca do “Estatuto da pessoa com Deficiência” e “teoria das incapacidades” sob os quais se passa a explicar a partir de então.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Federal 13.146/2015) entrou em vigor e tem gerado grandes debates entre os civilistas uma vez que consagrou a inclusão civil de pessoas que eram tidas como absoluta ou relativamente incapazes no sistema anterior, alterando dessa forma a teoria das incapacidades, conforme é narrado seu artigo 2º:

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.¹

Referida lei em várias modificações apresentadas, trouxe *a priori*, a conceituação do que seja “pessoa com deficiência”, interferindo dessa forma na capacidade civil dos mesmos, e na análise de sua propensão para praticar os atos da vida civil.

Conforme estabelece o artigo 2º do Estatuto com a seguinte redação:

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

¹ Estatuto da Pessoa com Deficiência lei nº 13.146/2015.

participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.²

O Código Civil disciplina as relações jurídicas privadas que nascem da vida em sociedade e se formam entre pessoas, não entre pessoas e animais ou entre pessoas e coisas.³ São as relações sociais, de pessoa a pessoa, física ou jurídica, que produzem efeitos no âmbito do direito.

A teoria das incapacidades existe para a proteção do incapaz, este é o seu fundamento, proteger o indivíduo que não possui idade suficiente ou padece de alguma enfermidade que lhe impede de discernir bem sua conduta.

Conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira:

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. Esta é a ideia fundamental que o inspira, e acentuá-lo é de suma importância para a sua proteção na vida civil, seja na apreciação dos efeitos respectivos ou no aproveitamento e na ineficácia dos atos jurídicos praticados pelos incapazes. A lei não institui o regime das incapacidades com o propósito de prejudicar aquelas pessoas que delas padecem, mas ao contrário, com o intuito de lhes, oferecer proteção, atendendo a que uma falta de discernimento, de que sejam pacientes, aconselha tratamento especial, por cujo intermédio o ordenamento jurídico procura restabelecer um equilíbrio psíquico, rompido em consequência das condições peculiares dos mentalmente deficitários.⁴

No que diz a respeito à dignidade da pessoa humana Daniel Sarmento esclarece:

No campo hermenêutico, a dignidade da pessoa humana atua também como um importante critério para a ponderação entre interesses constitucionais conflitantes. Ela enseja a atribuição de um peso superior *prima facie* aos bens jurídicos mais importantes para a proteção e promoção da dignidade (...)⁵

Entende Daniel Sarmento que a dignidade da pessoa humana entrelaça e unifica o sistema pátrio dos direitos fundamentais, irradiando seus efeitos sobre todo.

² Idem, *ibidem*.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral — 10. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012. p.48.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. -ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.p.228.

⁵ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.81.

Segundo o autor:

(...) a dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante da nossa ordem jurídica, que lhe confere unidade de sentido e de valor, devendo por isso condicionar e inspirar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público ou privado. Além disso, o princípio em questão legitima a ordem jurídica, centrando-a na pessoa humana, que passa a ser concebida como valor-fonte fundamental do Direito.⁶

Vale ressaltar que, o direito civil-constitucional busca pela valorização da pessoa humana ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da CRFB/88 retirando o patrimônio como alicerce central do Direito Civil.

O princípio da igualdade representa um símbolo da democracia, pois indica um tratamento justo aos cidadãos. De acordo com a CRFB/88, o princípio da igualdade está previsto no artigo 5º, que diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”⁷, essa é a igualdade formal, buscando de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas, ou políticas, raça, classe social.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo informa que o “princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas”.⁸ A interpretação desse princípio deve considerar existência de desigualdades de um lado, e de outro, as injustiças causadas por tal situação, para, assim, promover-se uma igualização.

Ressalte-se que os homens são desiguais no que se refere às questões sociais, biológicas, culturais, etc., o que enfatiza a necessidade de buscar a efetividade do princípio da igualdade não só no sentido formal, mas também, sob a visão da igualdade material.

O fundamento jurídico da dignidade da pessoa humana manifesta-se em primeiro lugar no princípio da igualdade buscando a igualdade material a fim de tratar as pessoas quando desiguais, em conformidade com suas desigualdades passando a ser a formulação mais avançada da igualdade de direitos.

Dessa forma salienta Jose Afonso *in verbis*:

⁶ SARMENTO, 2006, p. 86.

⁷ CRFB/88 - 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: (...)”

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª edição. 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2000, p. 12.

“As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único.”⁹

Reconhece por desigualdade natural ou física aquela estabelecida por natureza, consistente na diferença de idade, saúde e qualidade de força.

Certas prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana, aos poucos foram reconhecidas pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, bem como protegidas pela jurisprudência. São direitos inalienáveis, que se encontram fora do comércio, e que merecem a proteção legal.¹⁰ Não obstante as alterações tenham intencionado a inclusão das pessoas com deficiência, o que é um justo motivo, nos chamam a atenção para situações concretas consideradas, no mínimo, delicadas. Dessa maneira, a vulnerabilidade do indivíduo deve ser levada em conta pelo ordenamento jurídico.

⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25°. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.213.

¹⁰ Idem, *ibidem*.

1. CAPÍTULO I - PRINCÍPIOS NORTEADORES

Vivemos em uma sociedade pluralista e multicultural, onde a Constituição Federal compromete-se com os mais diferentes setores da sociedade, abrigando interesses, inclusive, contrapontos. Dessa forma, é inevitável o choque de interesses e valores, e a maioria deles pressupõe soluções entre regras e princípios. Os princípios são proposições de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que buscam fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito. A palavra “princípio” vem do latim “principium”, que significa início, origem das coisas, começo.

Desse modo, podemos citar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello no qual diz:

[...] princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.¹¹

Nota-se que os princípios refletem os valores, em sede de ordenamento jurídico, explícitos ou implícitos buscam harmonia dentro do sistema, sendo resguardados pela sociedade, afirma Bonavides que “os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas.”¹²

Para a presente pesquisa, têm-se como princípios norteadores a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, sendo ambos de grande força valorativa para o direito, destacando-se a relação mútua existentes nos campos da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais abraçados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 53.

¹² BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: 15. Edição. Malheiros, 2004, p. 259.

1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um princípio positivado, sua origem é dada a Constituição de Weimar na Alemanha depois da segunda guerra mundial, surgiu na condição de meta-princípio, ou seja, um princípio que se coloca acima de todos os outros. Sendo de valor máximo, no topo do ordenamento jurídico e superior a qualquer norma jurídica.

Até o início da modernidade, a dignidade manifestava-se nos discursos religiosos, em passagens bíblicas: o homem feito à imagem e semelhança de Deus.

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca inerente a qualquer ser humano, é característica que o define como tal, configurando-se como um valor próprio que identifica o ser humano como titular de direitos que devem ser respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.

O princípio da dignidade humana é hoje o pilar do ordenamento jurídico contemporâneo. Esse princípio passou a ser reconhecido internacionalmente, a partir da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão em 1948, a qual todos os países signatários da ONU passaram a incluí-lo em suas constituições sendo dessa maneira mencionado em inúmeros documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. Este princípio não nasceu pronto e acabado ele é o resultado interino e provisório de lutas políticas e sociais conforme narrado acima.

É na letra da lei, que a dignidade da pessoa humana se manifesta positivada, ou seja, o art. 1º, III, da CRFB/88, não diz o que a dignidade é, mas revela que ela é um dos princípios constitucionais, sendo uma das finalidades sempre a ser buscada ou preservada pelo Estado Democrático de Direito, sendo assim que as coisas têm preço, e as pessoas, dignidade.

Quando nos deparamos com a dignidade da pessoa humana, no primeiro parágrafo da CRFB/88, revela que estamos diante de um dos cinco princípios mais importantes de todo nosso ordenamento jurídico. Assim, como ensina José Afonso da Silva:

“Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí

sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda vida nacional.¹³

No mesmo sentido é a lição de Daniel Sarmento:

O princípio da dignidade da pessoa humana tem múltiplas funções na ordem jurídica brasileira, o que é natural, haja vista a sua importância capital, e o seu vastíssimo âmbito de incidência, é um importante fundamento da ordem jurídica e da comunidade política.¹⁴

A identificação da dignidade humana como um princípio jurídico produz consequências relevantes no que diz respeito à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional. Além de seu papel no sistema normativo, tal princípio se difere das normas, uma vez que irradia por todo direito.

Embora saibamos que o princípio da dignidade da pessoa humana nem sempre é respeitado na prática, ele tem o reconhecimento e aceitação perante a sociedade.

Frente ao contexto, Alexandre de Moraes informa que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁵

A dignidade é subjetiva, conseqüentemente é conteúdo axiológico, ou seja, cada um irá definir o que é digno. É, portanto um conceito relativo e não absoluto.

Não há como mensurar juridicamente a intensidade da dignidade, sendo assim é um conceito jurídico indeterminado. A dignidade da pessoa humana significa ser ela, diferentemente das coisas, um ser que deve ser tratado e considerado e considerado como um fim em si mesmo. Segundo Kildare Gonçalves Carvalho:

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, e constitui elemento que qualifica o ser

¹³ DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição, 6º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 38.

¹⁴ SARMENTO. Daniel. Dignidade da Pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum: 2016, p. 77.

¹⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 41.

humano como tal e dele não pode ser destacado. Ela existe, não apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, por se constituir dado prévio, preexistente anterior a toda experiência especulativa.¹⁶

Contudo, bem como oportunamente pondera Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaços para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.¹⁷

Sarlet relaciona, ainda, a dignidade com a própria condição humana da pessoa quando diz: “é qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano” [...] ¹⁸. Respeitá-la e protegê-la é dever de todos, inclusive dos poderes Estatais, é o mais universal de todos os princípios, sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mais incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente podem se elencar de antemão.

O princípio da dignidade possuiu um vasto campo de incidência dentro do ordenamento jurídico, não abrange só os direitos individuais, mas também os de ordem social, econômica e cultural, na ordem econômica quando garante a CF/88 que “a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” assegurando a todos a existência digna, e na ordem social a partir do momento que a Constituição fala sobre o primado do trabalho visando bem-estar da pessoa.

Feitas essas explanações acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, encontra-se substrato a proposta da pesquisa em abordar possível vulnerabilidade imposta pela legislação às pessoas acometida com déficit intelectual, conforme será trabalhado.

¹⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional-. 17ªed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 583.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 59.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.27.

1.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Para a construção do arcabouço teórico, buscando angariar proposições acerca do tema, revela-se indispensável que se discuta acerca do princípio da igualdade. A busca pelo princípio da igualdade já esteve embutida dentro das mais diversas acepções de justiça ao longo da história.

A CRFB/88 retrata tal princípio em seu artigo 5º, *caput*, destacando-o como um dos valores supremo da sociedade democrática, sendo mencionado inclusive no Preâmbulo da Constituição. É um princípio orientador, que busca um valor, uma virtude, sendo associado assim ao termo de Justiça.

Nesse propósito, na lição de José Afonso da Silva “a igualdade constitui o signo fundamental da democracia”.¹⁹ A CRFB/88 veda distinções com relação à origem, raça, cor, sexo, idade, estado civil e deficiência física, não sendo taxativas, mas sim exemplificativas, é norma supraconstitucional, dessa forma todas as normas devem obediência a tal princípio.

Dessa forma José Afonso da Silva retrata a história do princípio da igualdade em nossas constituições:

[...] Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos.²⁰

A Lei não deve ser fonte de privilégio, mas sim um instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. O sentimento da igualdade reflete na sociedade, uma vez que as pessoas buscam por um tratamento mais justo para aqueles que não conseguiram a viabilização dos seus direitos fundamentais perante o Estado.

Em seu livro, José Afonso da Silva, retrata que o princípio da igualdade não tem tido tantas discussões como o princípio da liberdade, uma vez que “por não admitir privilégios e distinções permitidos em um Estado liberal o princípio acaba destoando diretamente dos interesses da burguesia que visa o domínio de

¹⁹ SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição, 6º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.211.

²⁰ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª edição. 2004. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 214.

classes.”²¹ Reconhecendo dessa maneira o princípio sob ótica de seu aspecto formal.

1.2.1 IGUALDADE FORMAL

O princípio da igualdade se desdobrou ao longo dos anos, se dividindo em formal e material. A igualdade formal é que mais interessa os juristas, pois ela seria a pura identidade de direitos e deveres concedidos à sociedade através da CRFB/88, que consiste no conceito de que todos são iguais perante a lei, submetendo a todos ao acesso a lei, a fim de que, não sofra qualquer tipo de discriminação. A igualdade formal refere-se ao Estado visto sob sua natureza formal, no sentido de ser a igualdade perante a lei com tratamento igualitário sem aferições sobre qualidades ou atributos pessoais e explícitos dos destinatários da norma.

Sendo a igualização de todos em uma classe única, a todas as pessoas, atingindo através da generalização da lei, a exigência do princípio da igualdade.

Segundo José Afonso da Silva a igualdade formal se caracteriza em:

A igualdade perante a lei corresponde a obrigação de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na conformidade como o que eles estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal.²²

Neste contexto de igualdade prevalece a vontade geral, em substituição ao individualismo, passando como um fundamento moral, capaz de provocar a adesão da generalidade do cidadão.

1.2.2 IGUALDADE MATERIAL

A Igualdade material busca o tratamento equânime e uniformizado de todos os seres humanos, trata-se de maneiras efetivas de se alcançar a igualdade normatizada. Possui fortes vertentes socialistas, tem o intuito de reduzir as diferenças sociais, tratando os desiguais de formal desigual na medida de suas desigualdades, buscando dessa formal oferecer proteção jurídica às pessoas com vulnerabilidade. O operador do direito, ao aplicar o princípio da igualdade, deve se

²¹ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª edição. 2004. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 210.

²² SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª edição. 2004. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 214.

pautar também na igualdade material, que se baseia no tratamento uniforme, resultando em igualdade condizente com a realidade.

Segundo Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (...)²³

A desigualdade existe para que não ocorram, diferenciações injustas, levando em conta a igualdade material, sendo dessa maneira a desigualdade necessária, para obter um resultado mais justo, já que as diferenças existentes entre seres humanos não podem ser ignoradas.

Na mesma lógica preleciona Alexandre de Moraes:

Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.²⁴

Portanto, para assegurar um tratamento igual a todo ser humano, é necessária a aplicação da igualdade material, buscando a igualdade real e efetiva.

O direito deve combater as consequências negativas das desigualdades funcionais, a fim de conservar ou fazer voltar a dar a todo cidadão e à pessoa com déficit intelectual em especial, o seu lugar na cidade, o respeito dos seus direitos e das suas liberdades, observada sua condição particularmente vulnerável. Diante do exposto, com breve esclarecimento acerca do princípio da igualdade, aliado as

²³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2003, p. 50.

²⁴ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2003, p. 51.

proposições do princípio da dignidade da pessoa humana elencados, tem-se uma orientação basilar à confirmação da hipótese proposta pela pesquisa.

2. CAPÍTULO II – EPcD

O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi criado em 09 de outubro de 2000 com a denominação de Estatuto do Portador de Necessidades Especiais, sendo uma iniciativa do Deputado Federal Paulo Paim, com o intuito de regulamentar lei, decretos e portarias voltadas para o atendimento das pessoas com algum tipo de deficiência.

Em de fevereiro de 2003 o EPcD, foi totalmente alterado no Senado Federal passando a ter a denominação de Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência. Em outubro de 2003, o estatuto novamente foi alterado e recebeu a cooperação de professores, familiares, profissionais da área e pessoas com deficiência que, incluíram questões relevantes para o aprimoramento do referido estatuto, sendo chamado dessa maneira de Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Durante este período, foram realizados vários encontros com a participação de dezesseis assembleias legislativas estaduais á fim de aprimorar tal documento, pautando-se em pontos considerados essenciais para o benefício dessas pessoas portadoras de alguma deficiência.

Em 2008, com a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU, vários grupos alegaram que referido diploma não estava de acordo com as diretrizes estabelecidas pela Convenção. Logo após, em 2012, houve a reunião de juristas e especialistas com a missão de colocar o texto sob a perspectiva da Convenção.

Após 15 anos de tramitação, finalmente, no dia 6 de julho de 2015, referido diploma entrou em vigor, sendo sancionado pela presidente Dilma Rousseff. Com a entrada em vigor da lei Federal Nº 13.146/2015 encerrou apenas a trajetória de um projeto de lei, mas começou uma nova para milhares de pessoas portadoras de alguma deficiência.

Nos dizeres de Flávio Tartuce:

O Estatuto da Pessoa com Deficiência acaba por consolidar ideias constantes na Convenção de Nova York, tratado internacional de direitos humanos do qual o Brasil é signatário, e que gera efeitos como emenda constitucional (art. 5º, § 3º, da CF/1988 e Decreto 6.949/2009).²⁵

²⁵ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 6ªed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016. p. 83.

Segundo o Senador Paulo Paim:

O Estatuto é a nova forma de perceber o ser humano em sua força e fragilidade, nova forma de compreender que a diversidade é traço que não tem que separar as pessoas, mas uni-las, num sentimento de identidade e pertencimento. De ir e vir pelos caminhos e espaços [...].²⁶

Sendo um dos objetivos do EPcD suprimir a incapacidade absoluta do regramento jurídico da pessoa acometida com déficit intelectual.

2.1 A CAPACIDADE DE FATO E DE DIREITO

A capacidade civil é entendida em nosso ordenamento jurídico como a capacidade plena da pessoa reger sua vida, seus bens, e sua aptidão para os atos da vida civil. E nos dizeres de Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosendal:

O ordenamento civil elegeu os seres humanos, as pessoas naturais, como potenciais titulares das relações jurídicas (ao lado das pessoas jurídicas), dando-lhes aptidão genérica para a prática de atos da vida civil.²⁷

E no mesmo entendimento aduz:

A capacidade surge, nessa ambientação, como uma espécie de medida jurídica da personalidade, que é reconhecida a todas as pessoas naturais e jurídicas.²⁸

Na mesma linha de pensamento Maria Helena Diniz ensina:

Capacidade, por sua vez, é “a medida jurídica da personalidade” [...] assim, para ser “pessoa” basta que o homem exista, e para ser “capaz” o ser humano precisa preencher requisitos necessários para agir por si, como sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica.²⁹

Conseqüentemente o homem assume obrigações e adquire direitos se tornando passivo e ativo perante a sociedade.

²⁶ Estatuto da Pessoa com Deficiência lei nº 13.146/2015, p.8-9.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil.vol.1.10ªedição.Juspodvm.2012.p.314.

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil.vol.1.10ªedição.Juspodvm.2012.p.314.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. -26ªedição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 117.

Faz-se necessário algumas explanações acerca da capacidade de fato e de direito para entendermos melhor do que se trata a teoria das incapacidades. Segundo Cristiano Chaves de faria e Nelson Rosenvald elas se distinguem:

A capacidade de direito, é a própria aptidão genérica reconhecida universalmente, para alguém ser titular de direitos e obrigações. Confunde-se, pois, com a própria noção de personalidade: é a possibilidade de ser sujeito de direitos. Toda pessoa natural a tem, pela simples condição. Distintamente da capacidade de direito é capacidade de fato, que pertine à aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil. Admite, por conseguinte, variação e gradação. Comporta verdadeira diversidade de graus, motivo pela qual se pode ter pessoas plenamente capazes, e de outra banda, pessoas absolutamente incapazes e pessoas relativamente incapazes. É aqui que incidirá a teoria das incapacidades, eis que não é possível gradar a capacidade de direito, por ser absoluta, como a personalidade.³⁰

Ensina ainda os autores:

Conclusivamente, enquanto a capacidade de direito (que se confunde a própria personalidade) deflui do próprio nascimento com vida, a capacidade de fato resulta do preenchimento de condições biológicas e legais.³¹

Destarte, a capacidade jurídica da pessoa pode sofrer limitações, dado que uma pessoa pode ter o proveito de um direito, sem ter legitimidade para praticar por ser incapaz, logo, dessa maneira sendo seu representante legal apto para exercer em seu nome.

2.2 O NOVO REGIME DAS INCAPACIDADES E O EPcD

A regulamentação da incapacidade no Direito Civil Brasileiro teve por muito tempo como principal documento de referência a regulamentação feita pelas Ordenações Filipinas de Portugal, sendo ela a primeira a tratar a questão da capacidade. Em 1916 com o advento do Código Civil o homem passou a ter direitos e obrigações no âmbito civil, tendo como regra a capacidade de agir.

³⁰FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil.vol.1.10ªedição.Juspodvm.2012.p.315 e 316.

³¹FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil.vol.1.10ªedição.Juspodvm.2012.p 316.

Em 2003, entrou em vigor o Código Civil baseado em projetos de 1973, que manteve os conceitos de incapacidade relativa e absoluta, porém com mudanças em seu conteúdo.

Segundo Maurício Requião:

As duas grandes codificações civis brasileiras, de 1916 e de 2002, ao contrário das legislações que foram aplicadas anteriormente em solo pátrio, trouxeram de modo sistematizado a questão da incapacidade. Pode até se afirmar que, entre elas, mantiveram suas características de modo muito aproximado.³²

Afirma ainda Requião:

Em ambas o fundamento para a limitação da incapacidade foi o da proteção do incapaz. [...] As consequências também foram às mesmas, qual seja a limitação para a prática dos atos da vida civil, no caso dos relativamente incapazes.³³

A incapacidade em seu argumento original existe pra proteger o incapaz, é justamente por ele não ter o discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil, de modo que praticá-los sem alguma interferência de terceiros lhe traria grandes chances de danos.

Acerca da incapacidade Maria Helena Diniz ressalta:

O instituto da incapacidade visa proteger os que são portadores de uma deficiência jurídica apreciável, graduando a forma de proteção que para os absolutamente incapazes assume a feição de representação, uma vez que estão completamente privados de agir juridicamente.³⁴

Contudo, salienta Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald:

Com isso, importa perceber que o incapaz reclama um tratamento diferenciado, na medida em que não possui um mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos cotidianos das pessoas plenamente capacitadas. É a simples aplicação da conhecida regra de que a igualdade se consubstancia tratando desigualmente quem está em posição desigual.³⁵

³² REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição. Salvador: Juspodivm.2016.p.65.

³³ REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição. Salvador: Juspodivm.2016.p.65.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral do direito civil. -26ªedição.São Paulo:Saraiva.2009.p.155.

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil.vol.1.10ªedição.Juspodvm.2012.p 317.

Até o advento do EPcD a regra era pela incapacidade da pessoa acometida com déficit intelectual, com a entrada em vigor do estatuto houve uma grande mudança ao retirar a pessoa acometida com déficit intelectual da condição de incapazes, revogando dessa maneira boa parte dos artigos 3º e 4º, do Código civil de 2002.

O seu artigo 114º do Estatuto da Pessoa com Deficiência altera os dispositivos, revogando todos os incisos do artigo 3º e alterando os incisos II e III do artigo 4º do código civil.

Passando os artigos acima mencionados a ter a seguinte redação:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Quanto ao regime das incapacidades, verifica-se que o art. 3º do Código Civil de 2002 atualmente apenas prevê a incapacidade absoluta do menor de 16 (dezesseis) anos para fins de incapacidade absoluta, dessa forma, o legislador apenas utiliza o critério cronológico; abole-se o critério psíquico, intelectual, biológico, o qual rotulava como absolutamente incapaz os indivíduos com algum déficit intelectual.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

E como se observa pelo artigo 4º do Código Civil também sofreu relevantes alterações. Alteraram-se os incisos II e III do aludido dispositivo, que dispunham a respeito da incapacidade relativa dos enfermos mentais.

Dessa forma a pessoa acometida de deficiência intelectual de qualquer natureza, não se enquadra automaticamente no rol dos incapazes, sendo uma grande mudança em todo sistema das incapacidades, que merece uma criteriosa análise.

As diversas mudanças não estão presentes apenas nas modificações realizadas no Código Civil de 2002, também na própria legislação, em seu artigo 6º

que determina que a deficiência não afeta a plena capacidade civil, enumerando os seguintes atos que poderão praticar sem qualquer restrição como: casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

O artigo 84 do EPcD enfatiza que a pessoa acometida com alguma deficiência tem assegurado direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Estas mudanças no regime das incapacidades provocadas pelo Estatuto terminam tendo reflexos em diversos pontos do Código Civil de 2002.

2.2.1 O INSTITUTO DA CURATELA PELO EPcD

A curatela é instituto voltado para o maior incapaz, pelo qual é nomeado um curador para zelar pelos interesses daquele acometido por alguma deficiência que impossibilite o curatelado de manifestar sua vontade.

Maurício Requião afirma:

A fixação da curatela é de grande relevância para a questão da autonomia do sujeito que a ela estará submetido. Acredita-se nisto por dois fatores: em primeiro lugar, pela óbvia questão que, como se verá, é a partir da fixação da curatela pelo processo de interdição que serão fixados os limites da autonomia do curatelado; em segundo, porque a determinação de quem será o curador é igualmente relevante, já que terá este sujeito grande participação na vida do curatelado.³⁶

Com o advento do Estatuto a curatela passa a ser medida de caráter excepcional, a ser adotada somente quando for necessária, sendo dessa maneira revogados pelo EPcD diversos dispositivos do artigo 1.767 do Código Civil, no qual afirmava que a pessoas acometidas por déficit intelectual estariam sujeitas à curatela.

³⁶ REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição. Salvador: Juspodivm.2016.p.165.

Inclusive, outro ponto crucial trazido pelo EPcD é dado pelo seu art. 85º o qual indica que a curatela “afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial”, inserindo logo após, que tal medida não se aplica às questões voltadas ao direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Referido artigo revela uma subordinação à linguagem do Ter em detrimento da linguagem do Ser, nos limites impostos à curatela:

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, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Alterando dessa maneira o artigo 1772 do Código Civil, que passou a dispor acerca dos limites da curatela, enfatizando apenas questões patrimoniais.³⁷

Caberá ao magistrado, analisar cada caso, fixar “os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente”, é o que dispõe o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), em seu art. 755, §3º. Tendo em curso um procedimento de interdição ou mesmo ele findo, deverão ser interpretados conforme o Estatuto.

Conforme ensina Pablo Stolze:

Vale dizer, não sendo o caso de se converter o procedimento de interdição em rito de tomada de decisão apoiada, a interdição em curso poderá seguir o seu caminho, observados os limites impostos pelo Estatuto, especialmente no que toca ao termo de curatela, que deverá expressamente consignar os limites de atuação do curador, o qual auxiliará a pessoa com deficiência apenas no que toca à prática de atos com conteúdo negocial ou econômico.³⁸

Na mesma linha de pensamento correlaciona:

Não sendo o caso de se intentar o levantamento da interdição ou se ingressar com novo pedido de tomada de decisão apoiada, os termos de curatela já lavrados e expedidos continuam válidos, embora a sua eficácia esteja limitada aos termos do Estatuto, ou seja, deverão ser interpretados em nova perspectiva, para justificar a legitimidade e autorizar o curador apenas quanto à prática de atos patrimoniais.³⁹

³⁷ Art. 1772. “O juiz determinará, segundo as potencialidades de cada pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1782, e indicará curador.” (Redação dada pela Lei nº 13.146 de 2015)

³⁸ STOLZE, Pablo. É o fim da interdição?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4605, 9 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409>>. Acesso em: 31 out. 2016.

³⁹ STOLZE, Pablo. É o fim da interdição?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4605, 9 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409>>. Acesso em: 31 out. 2016

Sendo assim, uma coisa é certo, não existe mais interdição total do curatelado, como era antigamente, mostrando que o EPcD modificou de maneira substancial todo ordenamento jurídico deixando claro que e o exercício da curatela implica na imposição de um verdadeiro cargo de cunho existencial.

2.2.2 TOMADA DE DECISÃO APOIADA

O artigo 116 do EPcD, insere também no Código Civil, através do art.1783-A, um novo modelo alternativo ao da curatela, que é o tomada de decisão apoiada. Neste por iniciativa da pessoa com deficiência, podendo ser requerida por qualquer pessoa classificada como deficiente de acordo com o EPcD, serão nomeadas duas pessoas idôneas a fim de prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, devendo tais apoiadores prestar contas nos mesmos moldes da curatela.

Segundo Nelson Rosenvald:

Na Tomada de Decisão Apoiada o beneficiário conservará a capacidade de fato. Mesmo nos específicos atos em que seja coadjuvado pelos apoiadores, a pessoa com deficiência não sofrerá restrição em seu estado de plena capacidade, apenas será privada de legitimidade para praticar episódicos atos da vida civil.⁴⁰

Sobre o referido instituto, leciona Nelson Rosenvald ainda:

Cuida-se de figura bem mais elástica do que a tutela e a curatela, pois estimula a capacidade de agir e a autodeterminação da pessoa beneficiária do apoio, sem que sofra o estigma social da curatela, medida nitidamente invasiva à liberdade da pessoa. Não se trata de um modelo limitador da capacidade de agir, mas de um remédio personalizado para as necessidades existenciais da pessoa, no qual as medidas de cunho patrimonial surgem em caráter acessório, prevalecendo o cuidado assistencial e vital ao ser humano. Enquanto a curatela e a incapacidade relativa parecem atender preferentemente à sociedade (isolando os incapazes) e à família (impedindo que dilapide o seu patrimônio), em detrimento do próprio interdito, a Tomada de Decisão Apoiada objetiva resguardar a liberdade e dignidade da pessoa com deficiência, sem amputar ou restringir indiscriminadamente seus desejos e anseios vitais⁴¹.

⁴⁰ROSENVALD. Nelson. A Tomada de Decisão Apoiada. Disponível em <http://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/07/16/A-Tomada-de-Decis%C3%A3o-Apoiada> Acesso em 31 de outubro de 2016.

⁴¹ROSENVALD. Nelson. A tomado da decisão apoiada. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-tomada-da-decisao-apoiada/15956>. Acesso em 31 de outubro de 2016.

Observa-se que a tomada de decisão apoiada é um regime semelhante ao da curatela, sendo constituído através também da via judicial. O juiz, antes de decidir deverá ouvir os apoiadores, o requerente o Ministério Público e equipe multidisciplinar conforme o art.1.783-A, §3º.

Caso venha ter alguma divergência entre os apoiadores e a pessoa deficiente, caberá ao juiz decidir, com tal medida não se objetiva a representação do deficiente, mas sim, o acompanhamento e o apoio em suas decisões sobre os atos da vida civil, como contratos ou negócios, questões de importância econômica e patrimonial.

A formalização desse pedido será através por via judicial conforme abordado, no qual será elaborado um termo de compromisso em que o deficiente e os apoiadores definirão os limites e o objeto de participação.

Destaca-se que a tomada de decisão apoiada poderá ser diferente para cada sujeito, já que o termo que for apresentado é que especificará os limites do apoio.⁴²

Dessa forma salienta Mauricio Requião:

É que se tratando de negócio realizado com base e nos limites do acordo da tomada de decisão apoiada, não haverá brecha para invalidação do mesmo por questões relativas à capacidade do sujeito apoiado (art.1.783-A, §4º). Em busca de maior segurança pode, inclusive, o terceiro com quem se negocia solicitar que os apoiadores contrato ou acordo, especificando a sua função em relação ao apoiado (art.1783-A, §5º).⁴³

Nos dizeres de Pablo Stolze a tomada de decisão apoiada é destinada:

Pessoas com deficiência e que sejam dotadas de grau de discernimento que permita a indicação dos seus apoiadores, até então sujeitas a uma inafastável interdição e curatela geral, poderão se valer de um instituto menos invasivo em sua esfera existencial.⁴⁴

⁴² REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição. Salvador: Juspodivm.2016.p.184.

⁴³ REQUIÃO, Maurício. Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição. Salvador: Juspodivm.2016.p.185.

⁴⁴ GAGLIANO. Pablo Stolze. É o fim da interdição? Artigo de Pablo Stolze Gagliano. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>. Acessado em: 31 de Outubro de 2016.

Ou seja, para que as pessoas com algum tipo de deficiência possam fazer jus ao regime da tomada de decisão apoiada precisam estar no pleno gozo das suas faculdades mentais.

E nos casos em que a deficiência se pauta naquelas pessoas acometidas com déficit intelectual, sem discernimento e juízo para tomar decisões, mas continua a ter personalidade jurídica, mas não têm capacidade de fato, pessoas que precisam de um representante legal, muitas das vezes sendo pais ou curadores, sendo figura distinta do apoiador.

2.2.3 O EPcD E A TUTELA DE PROTEÇÃO AOS DEFICIENTES

A compreensão de normas jurídicas que busquem tutelar as pessoas acometidas de déficit intelectual percorre pela análise da questão de igualdade de oportunidades que, por mais que, esteja consolidada no plano jurídico é excepcionalmente, controversa na concepção filosófica e ideológica.

A entrada em vigor da lei 13.146/2015, conhecida com Estatuto da Pessoa com Deficiência, modificou substancialmente a tratativa pelo nosso ordenamento jurídico da (in) capacidade das pessoas com deficiência de qualquer natureza, pois, estas, a partir de então, podem ser consideradas apenas relativamente incapazes, sendo a curatela, por sua vez, medida excepcional e extraordinária.

O EPcD trouxe muitas e importantes modificações no direito brasileiro, uma vez que traz grandes avanços no que diz a respeito à inclusão da pessoa com deficiência. De fato, representou um marco na abordagem social e jurídica das pessoas acometidas com algum tipo de deficiência, tanto física quanto mental.

Conforme demonstra a presente pesquisa, esse foco na liberdade dos deficientes, buscando a promoção da autonomia individual, liberdade e acessibilidade, alterou importantes dispositivos do Código Civil, em especial, no tocante a teoria das incapacidades, à curatela e criou ainda o instituto da tomada de decisão apoiada.

Contudo, não obstante os avanços, a partir de um olhar sob a perspectiva constitucional da dignidade da pessoa humana e em observância ao princípio da igualdade, o referido estatuto generalizou todas as pessoas acometidas com déficit intelectual, não levando em conta que algumas dessas pessoas, na vida prática, ainda que legalmente capazes, podem não ter condições de exprimir suas vontades

ou levar a cargo suas ideias, nem mesmo exercer certos atos da vida civil, dessa forma o EPcD colocou essas pessoas dotadas de capacidade plena.

Desse modo, com a elaboração e vigência da lei 13.146/2015, buscou o legislador a inclusão das pessoas acometidas com déficit intelectual, acabando por negligenciar a efetiva proteção de cidadãos incapazes, colidindo com a Constituição Federal, na medida em que, desconsidera a realidade da existência de pessoa totalmente incapaz para o exercício de atos civis.

Conforme os ensinamentos de Pablo Stolze:

Não convence inserir as pessoas sujeitas a uma causa temporária ou permanente, impeditiva da manifestação da vontade (como aquela que esteja em estado de coma), no rol dos relativamente incapazes. Se não podem exprimir vontade alguma, a incapacidade não poderia ser considerada meramente relativa.⁴⁵

Nota-se que a incapacidade relativa, não advém da própria deficiência, mas sim, pelo simples fato da pessoa acometida com déficit intelectual estar impossibilitado de manifestar a sua vontade.

Em outras palavras, o EPcD, não se preocupou em classificar as deficiências, tampouco de excepcionar as normas para o fim de proteger aquele cidadão que é acometido de déficit intelectual que lhe tolhe absolutamente a capacidade de manifestação de vontade e de discernimento.

A pretensa inclusão conferida pelo EPcD, esbarra na realidade fática, uma vez que, a pessoa acometida com déficit intelectual tenha sido considerada como incapaz, agora, diante da norma passará a ser absolutamente capaz e, por não conseguirem expressar sua vontade ou de não terem discernimento das consequências de seus atos, ficarão assim destituídos de tutela jurídica.

A previsão constitucional de proteção aos direitos fundamentais (art.3º, 5º) da Constituição Federal, reconhece a democracia substancial em vigor no Estado Brasileiro, e edifica como valor decisivo para a compreensão e interpretação do arcabouço jurídico, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana, alicerce do ordenamento jurídico pátrio, não há como ser relativizado ou mitigado, sob pena de gerar a instabilidade de modo a atingir o ideal de igualdade previsto na democracia substancial do Estado.

⁴⁵ STOLZE, Pablo. [É o fim da interdição?](https://jus.com.br/artigos/46409). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 21, n. 4605, 9 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409>>. Acesso em: 31 out. 2016.

Nessa esfera, o indivíduo acometido por déficit intelectual, devem ser tratados de forma diferente no limite de suas desigualdades, sendo certo que isso não é só possível, como é a forma mais eficiente de se garantir a inclusão.

CAPÍTULO III - PROCEDIMENTO DO CASAMENTO E OUTROS DESDOBRAMENTOS PRÁTICOS.

No campo do Direito de Família, além dos impactos sobre a curatela, o EPcD trouxe também substancial mudança quanto ao casamento. O casamento para ordenamento jurídico implica em vários detalhes com os quais o direito se preocupa uma vez que não representa a simples união de corpos, mas afeta diretamente em deveres e direitos a ambas as partes.

Na acepção de Maria Dias Berenice, a conceituação de casamento é:

Casamento tanto significa o ato de celebração como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos.⁸ O ato do casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do estado de casados. A plena comunhão de vida é o efeito por excelência do casamento.⁴⁶

O casamento se dá pelo consentimento entre duas pessoas, mas com as diversas finalidades buscando a comunhão plena de vida, consistindo na procriação e educação da prole.⁴⁷

Efetivamente, salienta Maria Berenice Dias:

Com o casamento ocorre a alteração do estado civil cios consortes. Solteiros, viúvos ou divorciados adquirem a condição de casados. A identificação do estado civil serve para dar publicidade à condição pessoal e também à situação patrimonial, proporcionando segurança a terceiros.⁴⁸

Por fim Paulo Lôbo conceitua o casamento de tal forma:

O casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado⁴⁹.

Salienta ainda o referido autor:

O que peculiariza o casamento é o fato de depender sua constituição de ato jurídico complexo, ou seja, de manifestações e declarações de vontade sucessivas (consensus facit matrimonium), além da

⁴⁶ DIAS, Maria Berenice Manual de direito das famílias. -- 10. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.148.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. vol. VI: direito de família.6.ed.rev.eatual- São Paulo: Saraiva, 2009). p. 30.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice Manual de direito das famílias. -- 10. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.148.

⁴⁹ LÔBO. Paulo. Direito civil: famílias. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.p.99.

oficialidade de que é revestido, pois sua eficácia depende de atos estatais (habilitação, celebração, registro público).⁵⁰

Considerando dessa forma, o casamento como um contrato, ainda que se caracterize como um contrato de direito de família, onde a união de se dá através de um homem e de uma mulher, gerando direitos e deveres na ordem jurídica.

E nos dizeres de Roberto Gonçalves:

Não há, realmente, inconveniente de chamar o casamento de contrato especial, um contrato de direito de família, com características diversas disciplinados no direito das obrigações.⁵¹

A relação que venha satisfazer os interesses humanos dela decorrentes através da obtenção de diversos efeitos almejados e nos quais se encontram dentro da lei, coloca o casamento na categoria de negócio jurídico.

Segundo o doutrinador Antônio Junqueira de Azevedo, a natureza jurídica do casamento é caracterizada pelo:

Fato de ser ele uma declaração de vontade, isto é, uma manifestação de vontade qualificada por um modelo cultural que faz com que ela socialmente seja vista como juridicamente vinculante. Este fato basta para a caracterização do negócio [...]⁵²

O casamento se sujeita a uma limitação na autonomia da vontade, verificada pela predominância de normas que o regem.

3.1 DA CAPACIDADE PARA O CASAMENTO.

A capacidade civil é um conceito primordial do Direito Civil tendo repercussão em vários institutos jurídicos, inclusive nos atos do casamento.

É de grande interesse do Estado que as famílias se constituam regularmente.⁵³ Diante disso, nota-se que o casamento é um verdadeiro ritual, exigindo várias formalidades acerca do ato.

Nos dizeres do autor Carlos Roberto Gonçalves:

⁵⁰LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.p.100.

⁵¹GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. vol. VI: direito de família.6.ed.rev.eatual- São Paulo: Saraiva, 2009). p. 30.

⁵² Azevedo, Antônio Junqueira de. - Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual, de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). — São Paulo: Saraiva, 2002.

⁵³GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. vol. VI: direito de família.6.ed.rev.eatual- São Paulo: Saraiva, 2009). p. 32.

A lei considera relevante que o consentimento dos nubentes obedeça a certas solenidades, não só para facilitar a prova do ato. As formalidades preliminares dizem respeito ao processo de habilitação, que se desenvolve perante o oficial do Registro Civil (CC, art. 1.526). Destina-se este a constatar a capacidade para o casamento, a inexistência de impedimentos matrimoniais e a dar publicidade a pretensão dos nubentes.⁵⁴

O Código Civil de 2002, antes das inovações trazidas pelo EPcD, tratou em capítulo próprio (arts.1517 a 1.520), *da capacidade* para o casamento, a qual deve ser demonstrada no processo de habilitação. Colocando as pessoas acometidas com déficit intelectual impedidas de casar, pois não possuem discernimento necessário para manifestar de forma livre a sua vontade.

Afirma o autor supracitado que:

A exigência de uma capacidade específica se prende à ideia de que o ato a ser praticado não constitui uma declaração de vontade qualquer, mas uma manifestação volitiva que permitirá o ingresso do agente no estado de casado, com a finalidade de estabelecer uma comunhão plena de vidas, e também, como em regra acontece, de procriação, manutenção, e educação da prole.⁵⁵

Porém, o panorama legal mudou com a entrada da recente lei 13.146, de julho de 2015, conforme mencionado nos capítulos anteriores, os incapazes para o casamento são apenas os menores de 16 anos, porque devido à idade não atingiram o discernimento necessário para poder distinguir o que lhe conveniente ou danoso. Como se nota, o EPcD, pretendeu igualar a pessoa acometida com déficit intelectual para os atos existenciais, não sendo mais consideradas como absolutamente incapazes no sistema civil brasileiro.

O EPcD em seu artigo 6º dispõem que a deficiência não afeta em nada sua capacidade civil plena, inclusive para constituir casamento ou união estável [...] enfatizando que as situações descritas no artigo são exemplificativas, há inúmeros outros casos em que a pessoa com déficit intelectual estará apta a realizar, conforme diretrizes do EPcD.

Nesse sentido, nota-se que há uma dissensão, pois o EPcD desconsiderou muitas situações concretas onde muitas pessoas acometidas com déficit intelectual não conseguem declarar sua vontade ou até mesmo dado ao seu desenvolvimento

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. vol. VI: direito de família.6.ed.rev.eatual- São Paulo: Saraiva, 2009). p. 32.

⁵⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. vol. VI: direito de família.6.ed.rev.eatual- São Paulo: Saraiva, 2009). p. 34.

intelectual podem ser facilmente influenciáveis por outrem, e o casamento não deixa de ser um negócio jurídico por isso tais pessoas estariam desprotegidas ao realizar esse ato da vida civil.

A ideia é de que como não tem a pessoa acometida por déficit intelectual, discernimento para entender o ato que pratica, deve ele ser protegido do efeito destes.

E ainda, os atos jurídicos realizados pelas pessoas acometidas de déficit intelectual terão os mesmos requisitos de validade dos negócios realizados pelas demais pessoas.

3.2 DA INVALIDADE DO CASAMENTO

A Lei n. 13. 146/2015 trouxe mudanças estruturais em todo ordenamento jurídico, o art. 1.548 do CC ressaltava as hipóteses de nulidade absoluta do casamento, com o EPcD a primeira hipótese foi revogada prevalecendo apenas a segunda no que diz a respeito a infringência de impedimento. Dessa maneira, o inciso I do artigo 3º do Código Civil, foi revogado pelo art. 114 do Estatuto, as pessoas antes descritas acima podem ser casar livremente.

Contudo, houve mudança também no artigo 1.557 inciso IV, conforme salienta Flávio Tartuce:

[...] da codificação material que mencionava a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, tornasse insuportável a vida comum. Eram exemplos aqui antes, referidos: a esquizofrenia, a psicopatia, a psicose, a paranoia, entre outros. Era apontada a desnecessidade de a pessoa estar interditada, no sistema anterior à revogação. Agora, reafirme-se, o casamento das pessoas citadas será válido, o que visa a sua plena inclusão social, especialmente para os atos existenciais familiares [...].⁵⁶

Portanto, com a revogação do inciso I, o portador de déficit intelectual, em idade núbil, mesmo sem o necessário discernimento poderá contrair casamento e constituir família, desde que expresse sua vontade.

⁵⁶TARTUCE. Flávio. Manual de Direito Civil: volume único.6ªed. rev.; atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 1236.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre meios, a todos os argumentos tratados neste trabalho de pesquisa acadêmico, pode-se afirmar que e a Lei n. 13.146/2015, ou seja, “Estatuto de Pessoa com Deficiência, foi uma grande conquista no que diz a respeito à abordagem social ao inaugurar um sistema normativo inclusivo às pessoas acometidas com algum tipo de deficiência, tanto física quanto mental.

Porém, referida Lei, equivocadamente, não se preocupou em classificar as deficiências, trazendo todos a um mesmo patamar de igualdade. Obviamente, a generalização da capacidade civil, dada pelo EPcD, não deixou parâmetros legais necessários para garantia dos interesses das pessoas acometidas de déficit intelectual, cuja incapacidade é evidente. O reconhecimento de alguém como incapaz, não serve pra excluir, mas é uma forma melhor de lidar com essas pessoas e poder incluí-las, existe outras maneiras de buscar essa igualdade e alterar dessa forma o regime das incapacidades a meu ver, não trouxe nenhuma igualdade nem tanto edificou o princípio da dignidade humana, pois dignidade não é sinônimo de capacidade.

A igualdade que se reclama aqui, não é a igualdade formal, mas substancial, com meios e instrumentos à disposição do operador do Direito e do Estado, para proteger de forma especial aquele cujo exercício dos atos da vida civil se mostra inviável integralmente, em razão de sua condição mental, física ou psíquica.

E nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet, de que o princípio da igualdade encontra-se diretamente ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toda e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material.⁵⁷

Por fim, entendo e compreendo que as teorias das incapacidades no Direito Civil servem para proteger as pessoas acometidas com déficit intelectual que por uma causa temporária ou permanente estão impedidas de manifestar sua vontade,

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 62.

pois a vulnerabilidade do indivíduo jamais pode ser desconsiderada pelo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: 15. ed. Malheiros, 2004.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acessado em 31 out. 2016.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**-. 17ªed. rev. atual. e ampl.- Belo Horizonte: Del Rey,2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. -- 10. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral do direito civil. - 26ªedição. São Paulo: Saraiva. 2009.

Estatuto da Pessoa com Deficiência lei nº 13.146/2015.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm Acesso em: 31 out. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. vol.1.10ªedição. Juspodvm. 2012.

GAGLIANO. Pablo Stolze. É o fim da interdição? Artigo de Pablo Stolze Gagliano. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>. Acessado em: 31 de Outubro de 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte geral — 10. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª edição. 8ª tiragem. São Paulo. Malheiros Editores. 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. -ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, Incapacidades e Interdição**. Salvador: Juspodivm. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**, 6º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª edição. 2004. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25º. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STOLZE, Pablo. É o fim da interdição?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, n. 4605, 9 fev. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46409>>. Acesso em: 31 out. 2016.

TARTUCE. Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 6ª ed. rev; atual. e ampl.-Rio de Janeiro: Forense; São Paulo:Método,2016.