

JUSSANA OLIVEIRA SANTOS

O ABSOLUTAMENTE INCAPAZ E A LEI FEDERAL 13.146/2015

CARATINGA CURSO
DE DIREITO 2018

O ABSOLUTAMENTE INCAPAZ E A LEI FEDERAL 13.146/2015

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

Orientador: Ivan Barbosa Martins.

CARATINGA CURSO
DE DIREITO 2018

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado O absolutamente incapaz e a Lei Federal 13.146/2015, elaborado pelo Jussana Oliveira Santos foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

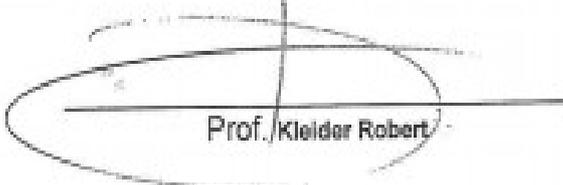
Caratinga 10 de DEZEMBRO 2018



Prof. Ivan Barbosa Martins



Prof. Neuber Teixeira dos Reis Junior



Prof. Kleider Robert

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho à minha querida irmã Jussara Oliveira Santos, uma mãe que luta incansavelmente pela inclusão social de seu filho Eduardo Bourguignon. Uma criança Down que, para a biologia possui um genótipo diferente, mas para quem o conhece, apenas possui um cromossomo a mais, o “cromossomo do amor!”

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pilar principal da minha vida, por ter me dado forças para chegar até aqui.

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

A todos os meus amigos, em especial a Amélia Gomes e Monalise Corrêa, pelo companheirismo, por não terem me permitido desistir do curso.

A todos os professores, pelos ensinamentos transmitidos no decorrer desses cinco anos. E ao professor Ivan Barbosa Martins, pelas orientações e correções.

“Tudo posso naquele que me fortalece!”

Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.
(Aristóteles).

RESUMO

A presente monografia aborda as previsões da Lei Federal nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), no que concerne a capacidade Civil, tendo em vista a proposta de inclusão social e cidadania trazida por esta legislação. Serão analisados os impactos causados pela inovação do conceito de capacidade Civil, em relação ao absolutamente incapaz, quando confrontada com o Princípio da Igualdade e Princípio da Dignidade Humana, bem como, será examinado o instituto da curatela e a tomada de decisão apoiada frente à possibilidade de lesão do interesse do deficiente com incapacidade de exprimir sua vontade.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa com Deficiência; Deficiente; Incapacidade; Princípio da Dignidade; Princípio da Igualdade.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF – Constituição da República Federativa do Brasil.

EPcD – Estatuto da Pessoa com Deficiência.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	12
CAPÍTULO 1: A LEI FEDERAL 13.146/2015.....	15
1.1 O Estatuto da Pessoa com Deficiência.....	15
1.2 Dos Direitos da Pessoa com Deficiência.....	16
1.2.1 Da Acessibilidade.....	17
1.3 Da Autonomia Concedida ao Deficiente.....	18
CAPÍTULO 2: CAPACIDADE JURÍDICA.....	20
2.1 Personalidade e Capacidade.....	20
2.2 Capacidade de Direito e de Fato.....	21
2.3 Incapacidade Absoluta e Relativa Antes do Estatuto.....	23
CAPÍTULO 3: DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INCAPAZ DE IMPRIMIR SUA VONTADE.....	26
3.1 A Curatela e a Tomada de Decisão Apoiada.....	26
3.2 Princípios Basilares.....	29
3.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	30
3.2.2 Princípio da Igualdade.....	32
3.2.2.1 <i>Igualdade Formal</i>	33
3.2.2.1 <i>Igualdade Material</i>	33
3.3 Possibilidade de Lesão do Interesse do Deficiente com Incapacidade de Expressar sua Vontade.....	34
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	38

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discutir previsões da Lei Federal nº 13.146/15, também conhecida como “Estatuto da Pessoa com Deficiência”. O objetivo deste estatuto é a inclusão do deficiente a um patamar de igualdade com as demais pessoas, considerando assim, todo deficiente capaz civilmente. Diante disso, é necessária uma análise da referida lei. Nota-se um embate do conceito de capacidade adotado pelo estatuto, com princípios constitucionais, uma vez que, o deficiente absolutamente incapaz deixa de existir no ordenamento jurídico brasileiro, o estatuto permite que pessoas sem discernimento algum exerçam atos civis, como casar-se, exercer direitos sexuais e reprodutivos, voto, etc.

Partindo desta pontuação, temos como problema a ser discutido, a necessidade de adequação do Estatuto quanto às questões que envolvem as deficiências mais severas que afetam a Capacidade Civil.

Como marco teórico desta pesquisa, tem-se as considerações do artigo publicado por Joyceane Bezerra de Menezes:

entre os absolutamente incapazes restaram apenas às pessoas menores de dezesseis anos. Nisso o EPD pecou – por excesso de cuidado. Deixou de considerar absolutamente incapaz aquela pessoa completamente faltosa de discernimento, sem qualquer capacidade de entendimento ou de manifestação de um querer. Transpôs para o rol dos relativamente incapazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não podem exprimir sua vontade (art. 4º, III). Nesse ponto, merece ser retificado, pois aquele que não tem condições de manifestar a sua vontade por estar em coma, por exemplo, não pode praticar quaisquer atos da vida civil. De igual modo, não terá vontade jurígena aquele que não dispõe de nenhum discernimento.¹

A presente monografia será dividida em três capítulos, sendo que no primeiro capítulo serão realizadas algumas considerações acerca da Lei 13.146/2015, sobre direitos do deficiente, a acessibilidade e a autonomia concebida ao cidadão deficiente. O segundo capítulo abordará a Capacidade Jurídica, serão feitas algumas ponderações acerca da incapacidade. Por fim, o terceiro capítulo tratará da pessoa deficiente incapaz de imprimir sua vontade e dos princípios constitucionais basilares

¹ MENEZES, Joyceane Bezerra. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 12, p. 146, abr./jun. 2017.

dispostos como vertentes a seguir, diante da possibilidade de lesão do interesse do deficiente com incapacidade de exprimir sua vontade.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Diante das alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência que provocaram mudanças no arcabouço jurídico em face do que prenunciava o Código Civil de 2002 sobre a capacidade civil, faz-se necessário à exposição de conceitos substanciais para entendimento da essência do presente trabalho.

Anteriormente, o deficiente se encaixava no rol dos absolutamente incapazes e relativamente incapazes, porém, a redação do citado estatuto, alterou esta previsão do Código Civil. O Estatuto da Pessoa com Deficiência assegura aos deficientes o direito de participarem pessoalmente dos atos civis de suas vidas, consagrando-os, plenamente capazes civilmente. No entanto, existem pessoas que são portadoras de deficiências mais graves, que comprometem de forma absoluta o seu discernimento, que são incapazes de avaliar consequências futuras em virtude da consumação de certos atos civis.

Neste sentido, conceitos relevantes precisam ser explorados, bem como é imprescindível uma explanação jurídica do estatuto da deficiência no tocante à capacidade civil.

No que concerne aos conceitos temos: “Deficiente, capacidade, dignidade da pessoa humana, princípio da dignidade humana”, os quais serão apresentados a seguir.

Nos termos do artigo 2º da referida lei tem-se a definição de deficiente:

considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. 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.²

A ponderação do estatuto sobre a deficiência altera o conceito de capacidade, pois permite que indivíduo acometido com deficiência pratique por si alguns atos da vida civil. Sob a ótica da capacidade adotada anteriormente pelo Código Civil, Marcos Bernardes de Mello descreve a capacidade de agir:

² Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015.

(..) aptidão que o ordenamento jurídico reconhece as pessoas para que, diretamente, e não por intermédio de representante legal ou com a participação de assistente exerçam os direitos e pratiquem, validamente, os atos da vida civil que lhe cabem.³

Analisando o conceito supracitado, é possível identificar a necessidade de adequação do EPcD, para que seja alcançada a tão almejada promoção da igualdade e, ao mesmo tempo, resguardar a dignidade do deficiente. Conforme salienta Flavio Tartuce:

percebemos pela leitura de textos publicados na internet em 2015, que duas correntes se formaram a respeito da norma. A primeira condena as modificações, pois a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada por meio de sua proteção como vulneráveis dignidade-vulnerabilidade. A segunda vertente aplaude a inovação, pela tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão.⁴

No que diz respeito à dignidade do deficiente, não há o que olvidar, a dignidade está ligada ao íntimo de cada pessoa, como afirma Kildare Gonçalves Carvalho:

a dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de 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 a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁵

Neste sentido, o entendimento de José Afonso da Silva assevera quanto ao princípio da igualdade:

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.⁶

³ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico – Plano de Eficácia**. 1ª Parte, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 102.

⁴ TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (estatuto da pessoa com deficiência). Repercussões para o direito de família e confrontações com o novo CPC - segunda parte**. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/224733330/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13146-2015-segunda-parte>, Acesso em: 25 setembro de 2018.

⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 583.

⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 214.

Contudo, o EPcD concede capacidade civil plena para aquele que está em condição de vulnerabilidade e carece de cuidados. Por este ângulo de visão, afirma Joyceane Bezerra de Menezes:

não é a deficiência, por si, que retira da pessoa o direito de praticar os atos da vida civil, mas a ausência do discernimento, da capacidade de querer e de entender os efeitos da sua escolha. Há pessoas com deficiência que têm o discernimento preservado; enquanto há outras que não possuem qualquer deficiência física, psíquica, intelectual ou sensorial e, mesmo assim, não têm discernimento.⁷

À vista disso, as normas trazidas pelo EPcD merecem uma contemplação à luz do intento em que foi criado, afim de proteger o deficiente, de forma a processar sua característica principal, promover amparo e inclusão social de modo digno, com benefícios e medidas que garantam igualdade.

Em face do exposto, neste trabalho serão abordados os impactos ocasionados pela inovação do conceito de capacidade Civil perante os direitos do deficiente e possibilidade de lesão destes direitos, diante desta alteração.

⁷ MENEZES, Joyceane Bezerra. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. vol. 12, abr/jun. Belo Horizonte, 2017, p. 145.

CAPÍTULO 1: A LEI FEDERAL 13.146/2015

Neste capítulo serão realizadas algumas considerações acerca da Lei 13.146/2015, sobre direitos do deficiente, da acessibilidade e a autonomia concebida ao cidadão deficiente, bem como, feita uma análise reflexiva em relação ao indivíduo absolutamente incapaz.

1.1 O Estatuto da Pessoa com Deficiência

A lei federal 13146/2015 foi sancionada em 06 de julho de 2015 pela presidente Dilma Rousseff, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, publicada em 07 de julho, com a *vacatio legis* de 180 dias, entrou em vigo no dia 04 de janeiro de 2016.

Esta norma consolidou as premissas trazidas pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual prenuncia que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, desta forma inovou-se Instituto da Curatela, agora entendida como medida extraordinária, uma vez que, a lei 13146/2015 concede capacidade civil a todo portador de deficiência. A doutrinadora Joyceane Bezerra de Menezes defende este ponto de vista afirmando que:

direitos humanos, direitos fundamentais e direitos de personalidade se entrelaçaram para viabilizar uma tutela geral da pessoa nas relações públicas e privadas, considerando-se que nessas últimas também se verificam lesões à dignidade e aos direitos mais eminentes do sujeito. Exemplificativamente, as pessoas com deficiência psíquica e intelectual foram, por muito tempo, excluídas de uma maior participação na vida civil, tiveram a sua capacidade jurídica mitigada ou negada, a sua personalidade desrespeitada, seus bens espoliados, a sua vontade e sua autonomia desconsideradas. Ao cabo e ao fim, a capacidade civil serviu de critério para atribuir titularidade aos direitos fundamentais.⁸

8 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**. *Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan–jun/2015. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

Na mesma linha de raciocínio, Pablo Stolze afirma: “Em verdade, este importante Estatuto, pela amplitude do alcance de suas normas, traduz uma verdadeira conquista social” (Pablo Stolze, 2015).

Apesar do reconhecimento do avanço social atingido frente à inovação de capacidade civil, o jurista deve atentar ao fato e às consequências do exercício pleno da capacidade civil pelo cidadão que anteriormente se encaixava no rol dos absolutamente incapazes, pois, esta legislação não dispõe de nenhum preceito que garanta a proteção dos interesses de pessoas totalmente desprovidas de capacidade civil.

1.2 Dos Direitos da Pessoa com Deficiência

Os direitos da pessoa com deficiência estão abarcados na constituição federal, do preâmbulo ao ato das disposições constitucionais, observando tanto a sua condição humana como deficiente quanto a sua condição específica de acometimento, conforme se observa em seu preâmbulo:

nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.⁹

Percebe-se, também, que nos primeiros artigos da Constituição, são mencionadas a “cidadania” e a “dignidade da pessoa humana” como bases do Estado Democrático brasileiro, que servem como fundamento de proteção das pessoas com deficiência.

É o que se constata no artigo 5º da CF:

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(...).¹⁰

⁹ Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 12 de setembro de 2018.

¹⁰ Ibidem.

Tendo em conta que a CF profetiza a não distinção, sendo a igualdade inerente a todos, a proteção do deficiente feita através de lei específica, visa apenas complementar uma proteção existente. Dessa forma, foi efetivada uma série de direitos das pessoas com deficiência dentre eles o direito a saúde, prioridade de atendimento, trabalho, educação, educação profissional, isenção de tributos, transporte, benefício de prestação continuada, auxílio reabilitação psicossocial, uso de cão-guia entre outros.

Contudo, para que sejam assegurados todos os direitos da pessoa acometida por deficiência, investimentos públicos deverão ser feitos, afim de promover a acessibilidade, o conforto, e tratamento adequado como a lei prediz. Deve-se ainda, qualificar profissionais que, de alguma forma, vão relacionar com essas pessoas, seja na área da saúde, na área da educação, no trabalho, lazer ou em qualquer situação.

1.2.1 Da Acessibilidade

A acessibilidade é um direito de previsão constitucional que defende o íntegro desenvolvimento dos cidadãos, prenuncia a não discriminação e proporciona a eles as mesmas oportunidades dos demais cidadãos, afim de que possam desfrutar de boas condições de vida advindas do desenvolvimento econômico e social.

Segundo a cartilha do deficiente, acessibilidade é a possibilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida ter acesso, com segurança e autonomia, a prédios, espaços, edificações, transportes e meios de comunicação, bem assim ao uso dos equipamentos urbanos. Deste modo, tem-se a efetivação da acessibilidade quando ocorre, por exemplo, a supressão de barreiras e obstáculos nas vias e espaços públicos, quando da construção e reforma de edifícios de uso público, bem como nos meios de transporte e comunicação. Para a concretização destas políticas de acessibilidade, cada cidade deverá utilizar-se de planejamentos, bem como é necessário urbanizar vias públicas, parques e espaços de uso público adaptando-os para o acesso aos deficientes.

Não obstante, é dever do Poder Público assegurar às pessoas com deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos como educação, saúde, trabalho, lazer, previdência social, amparo à infância e à maternidade, assim como outras garantias que propiciem o bem-estar pessoal, social e econômico. Incontestavelmente, é notória

necessidade da intensificação de ajustes nos meios sociais de inclusão, para que todas as pessoas possam equitativamente desfrutar destes meios.

1.3 Da Autonomia Concedida ao Deficiente

A autonomia do portador de deficiência é um tema que merece destaque nesta pesquisa no tocante às propostas de inclusão trazidas pelo EpcD, afinal autonomia e o exercício da capacidade plena estão intimamente ligados.

A autonomia é um termo ao qual pode se interpretar em vários sentidos, principalmente se explorado à sombra do código civil brasileiro. Por esta razão destaca-se sua importância na aplicação das leis, principalmente no que se refere à aptidão para tomar decisões. Neste sentido, existem duas espécies de autonomia: a autonomia privada e a autonomia existencial, sendo a primeira a mais debatida por doutrinadores. Afirma Paulo Nalin que “não há consenso quanto ao conteúdo da autonomia privada. Embora trate do valor da vontade humana e do poder de autodeterminação do sujeito”.

Já o doutrinador Mauricio Requião entende que a autonomia privada pode ser definida como:

a definição do que é autonomia privada termina passando necessariamente pela análise do que seria autonomia da vontade, por conta de forte relação entre ambos na abordagem doutrinária. A maior parte dos autores, ressalte-se costuma apresentar a autonomia privada como sendo uma espécie de evolução da autonomia da vontade.¹¹

E ainda assevera sobre a autonomia existencial:

a autonomia existencial, portanto, se identifica com a liberdade do sujeito gerir sua vida, sua personalidade de forma digna. É nesse ponto que se encontram questões delicadas como o uso ativo dos direitos da personalidade.¹²

E conclui suas ponderações afirmando:

por fim saliente-se que salvo disposição em contrário ao se fazer o uso da palavra autonomia, desacompanhada de qualquer adjetivação, estará se

11 REQUIÃO, Mauricio. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição.** Coleção Eduardo Espinola, 2016, p. 28.

12 Ibidem, p.31.

referindo a ela de modo amplo envolvendo tanto a autonomia privada como a autonomia existencial.¹³

Nota-se um ponto enigmático no que se refere à autonomia existencial do deficiente, pelo fato de pessoas acometidas com uma deficiência intelectual mais severa serem dotadas de capacidade civil conforme estatuto criado para sua proteção, podendo escolher, exercer autonomia privada e existencial, quando não possuem sequer discernimento para decidir o que quer. Portanto, se a pessoa acometida pela deficiência não tem discernimento para entender o ato que pratica, necessariamente deve ela, ser protegida das possíveis consequências destes atos.

13 REQUIÃO, Mauricio. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição.** Coleção Eduardo Espínola, 2016, p. 44.

CAPÍTULO 2: CAPACIDADE JURÍDICA

Este capítulo tratará da Capacidade Jurídica, logo apresentará a definição de personalidade, capacidade de fato, e capacidade de direito, no tocante a acepção de Incapacidade dizimada pela lei 13146/2015, serão abordadas algumas ponderações acerca da incapacidade absoluta e relativa antes do Estatuto da Deficiência.

2.1 Personalidade e Capacidade

A capacidade jurídica está ligada aos direitos e deveres de ordem civil, efetivamente é o que garante às pessoas o exercício pessoalmente dos atos civis, assim a legislação constitui as pessoas naturais como titulares das relações jurídicas, concedendo a elas o privilégio de exercer todos os atos da vida civil.

Em contrapartida, a personalidade se adquire com o nascimento, conseqüentemente é qualidade de todo ser humano, sendo esta personalidade provida de direitos constitucionais. Neste segmento, ensina Maria Helena Diniz:

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.¹⁴

Partindo deste ponto de vista, denomina-se a personalidade como prerrogativa para o reconhecimento da aptidão em adquirir direitos e assumir obrigações, para desta forma exercer atos civis. Neste cenário, a capacidade jurídica passa a ser atributo fundamental à personalidade humana, estando diretamente interligadas, verifica-se personalidade em quem tem capacidade, da mesma maneira que não haveria serventia o direito se não tiver alguém para utilizá-lo. Como reitera Caio Mario da Silva Pereira:

personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele. Com este sentido genérico não há restrições à capacidade, porque todo direito se materializa na efetivação ou está apto a

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 117.

concretizar-se. Quem tem aptidão para adquirir direito deve ser hábil a gozá- los e exercê-los, por si ou por via de representação, não importando a inércia do sujeito em relação ao seu direito, pois deixar de utilizá-lo já é, muitas vezes, uma forma de fruição.¹⁵

No que concerne ao deficiente, Caio Mario da Silva Pereira doutrina que:

as deficiências podem ser mais ou menos profundas: alcançar a totalidade do discernimento; ou, ao revés, mais superficiais: aproximar o seu portador da plena normalidade psíquica. O direito observa estas diferenças e em razão delas gradua a extensão da incapacidade, considerando, de um lado, aqueles que se mostram inaptos para o exercício dos direitos, seja em consequência de um distúrbio da mente, seja em razão da total in experiência, seja em função da impossibilidade material de participação no comércio civil; de outro lado, os que são mais adequados à vida civil, portadores de um déficit psíquico menos pronunciado, ou já mais esclarecidos por uma experiência relativamente.¹⁶

No entanto, observa-se que nem todos têm a capacidade de fato, ainda que tenha personalidade, por conseguinte o EpcD patrocina aquele que não pode praticar por si só, os atos da vida civil, permitindo a estes, a capacidade de exercício. Observemos então os dois tipos de capacidade jurídica: a capacidade de direito e capacidade de fato.

2.2 Capacidade de Direito e de Fato

A capacidade advinda da personalidade para adquirir direitos da vida civil, intitula-se como capacidade de direito, também conhecida como capacidade de gozo, uma vez que, é considerada a possibilidade de contrair direitos e gozá-los, o que torna impossível vedar o indivíduo à obtenção deste direito, apenas existem limites em relação a seu exercício.

Para Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, a capacidade de direito pode ser definida como:

(...) 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.¹⁷

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. 1. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 263.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. vol.1.10. ed. 2012.

Entretanto, ao tratarmos do exercício da capacidade de direito, podemos relacioná-la à capacidade de fato, que conforme os doutrinadores acima citados, por mais que se relacionem, estas se distinguem por:

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.¹⁸

Salienta, ainda, Maria Helena Diniz:

logo, a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão de exercer por si só os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial.¹⁹

Diante da distinção dos tipos de capacidade, ainda que estejam conectadas, é notório que para concretização da ideia de capacidade de fato, é necessário ter legitimidade para exercer direitos civis, especialmente por existir limitação. Ter capacidade de fato significa dizer que existe uma condição à sombra do que profetiza o código civil, e no que refere ao fundamento desta pesquisa, esta limitação deixou de existir para o deficiente, pois este, definitivamente, deixou de fazer parte do rol dos relativamente e absolutamente incapazes, como será abordado a seguir.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. vol.1.10. ed. 2012.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. vol. 1 – Teoria Geral do Direito Civil. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

2.3 Incapacidade Absoluta e Relativa Antes do Estatuto

A incapacidade se caracteriza pela inaptidão para determinada atividade ou ato, no campo jurídico a incapacidade se caracteriza pela inaptidão para o exercício de atos civis que pode ser forma absoluta ou relativa.

Entende-se por incapacidade relativa, aquela incapacidade que para a execução de alguns atos. O portador de incapacidade relativa necessita de assistência, dessa forma, atos praticados pelo indivíduo relativamente incapaz são considerados anuláveis, a incapacidade relativa torna-se um defeito que ocasiona a anulação. No caso do indivíduo absolutamente incapaz, esta se caracteriza pela falta de discernimento, os atos por ele praticados são considerados nulos, como se nunca tivessem praticado estes atos. Nesta lógica, Maria Helena Diniz faz a seguinte ressalva:

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.²⁰

Até a criação do EPcD, o rol dos incapazes e relativamente incapazes seguia o que prenunciava o código civil de 2002, que assim categorizava a capacidade absoluta em seu artigo 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 tiver- em o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.²¹

E sobre o relativamente incapaz no artigo e 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,

²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.155.

²¹ Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.²²

Assim, segundo o que profetizava o código civil, o deficiente se encaixava no rol de relativamente incapaz, quando não podia exprimir sua vontade e como absolutamente incapaz, pela falta de discernimento necessário. Apesar disso, a proteção promovida pelo mencionado código era direcionada para os atos civis, não contemplando, por exemplo, a esfera patrimonial. Nesta perspectiva, manifestou Luciano Alves de Albuquerque, antes da criação do EPcD:

pois então que seja declarado: a teoria das incapacidades certamente, não existe unicamente para atender o bem-estar do incapaz. Isto porque a noção de capacidade civil no atual código civil continua sendo direcionada para um cunho extremamente patrimonialista, dissociada, portanto, dos princípios constitucionais de promoção da dignidade da pessoa humana.²³

Nota-se, que, antes da criação do EPcD, havia questionamentos sobre a quem protegia o instituto da incapacidade. Contudo, o EPcD, alterou a previsão de incapacidade do código civil, excluindo a deficiência dos critérios incapacitantes elencados no artigo 3º e 4º, considerando-o capaz para o exercício de atos civis, manteve vedações de natureza patrimonial e negocial, trazendo, dessa forma, em seu artigo 6º, a inclusão civil do deficiente absolutamente e relativamente incapaz:

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; VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando.²⁴

Anteriormente, a incapacidade funcionava como ferramenta moderadora da prática dos atos civis pelo deficiente, não obstante o EPcD, trouxe a proposta de inclusão concedendo à pessoa deficiente a capacidade civil, inadmitindo qualquer vedação deste direito, mesmo que, seja de forma parcial ou moderada. O doutrinador

²² Ibidem.

²³ ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. **A capacidade da pessoa física no direito civil**. Revista de direito privado. vol.18, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.100.

²⁴ Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

Mauricio Requião se manifestou sobre a motivação da existência do instituto incapacidade arguindo que:

(...) a incapacidade existe para proteger o incapaz. É justamente por não ter discernimento necessário para pratica dos atos civis, de modo que praticá-los sem a interferência de terceiros lhe traria grandes chances de danos, que retira todo ou parcialmente a possibilidade de realizá-los.²⁵

Por fim, o EPcD, no intuito de realçar a proteção que assegura ao deficiente, certifica ainda, em seu artigo 86, que o exercício da capacidade legal do deficiente que deve ocorrer nas mesmas condições de igualdade com as demais pessoas, deixando claro a mudança na regulamentação da incapacidade em relação à pessoa acometida com alguma deficiência, o que afeta diretamente institutos do Direito Civil, que, ao contrário de proteger, causa a supressão direitos.

²⁵ REQUIÃO, Mauricio. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Coleção Eduardo Espínola, 2016, p. 76.

CAPÍTULO 3: DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INCAPAZ DE EXPRESSAR SUA VONTADE

Neste capítulo serão feitas ponderações sobre a pessoa deficiente incapaz de expressar sua vontade que consistirá numa análise do EPcD, à luz dos princípios constitucionais dispostos como vertentes a seguir, diante da possibilidade de lesão do interesse do deficiente incapaz.

3.1 A Curatela e a Tomada de Decisão Apoiada

Como já descrito, o objetivo principal do EPcD é o reconhecimento dos direitos do deficiente, apesar disso, o reconhecimento de tais direitos favorece ao surgimento de indagações em relação ao cidadão incapaz de expressar sua vontade, ainda que esta incapacidade seja temporária. Defende o EPcD, que indivíduo deficiente independente de seu desenvolvimento físico e psicológico pode exercer todos os atos civis e, quando necessário, poderá ter um auxílio interpretado como decisão apoiada. Neste caso, a pessoa deficiente poderá eleger duas pessoas de sua confiança, com as quais mantenha vínculo, para então apoiá-lo na tomada de decisão sobre os atos civis de sua vida, devendo esta pessoa eleita lhe oferecer informações necessárias para o exercício acertado da capacidade. Vejamos a previsão legal do artigo 84:

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

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.²⁶

²⁶ Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015.

Mauricio Requião se posiciona sobre este assunto:

como os portadores de transtorno mental não são mais incapazes, a curatela passa a ter modificada a sua condição de ser instituto voltado exclusivamente aos sujeitos que assim se classificam. Passa, portanto a ser vocacionada a promoção da autonomia dos sujeitos que sofram qualquer tipo de limitação.²⁷

Ao possibilitar que a pessoa acometida por deficiência tome decisões de forma apoiada, o EPcD exclui definitivamente o deficiente do rol dos absolutamente incapazes ou dos incapazes relativamente, pois inexistem critérios ou grau de deficiência que mensurem aptidão para condutas civis, ou seja, caso não consiga exercê-las sozinho, tomará decisões baseadas nas aceções de outra pessoa, sendo substituído o instituto da curatela, posto que a curatela será utilizada apenas diante da comprovação da necessidade, como previsto no artigo 85 da mencionada lei:

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 à pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.²⁸

Segundo esta previsão, não se trata de uma medida especial, mas sim de uma medida extraordinária, usada de forma excepcional, sendo utilizada na medida em que for necessária. Nesta mesma percepção, afirma Pablo Stolze: “E, se é uma medida extraordinária, é porque existe uma outra via assistencial de que pode se valer a pessoa com deficiência livre do estigma da incapacidade para que possa atuar na vida social: a tomada de decisão apoiada” (Pablo Stolze Gagliano, 2015).

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

²⁷ REQUIÃO, Mauricio. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Coleção Eduardo Espínola, 2016, p. 166.

²⁸ Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015.

Ressalta-se, também, que, no caso de discrepância entre os apoiadores e a pessoa deficiente, caberá ao juiz decidir, esclarecendo o objetivo da tomada de decisão apoiada. Não é a representação do deficiente, mas sim, assisti-lo e apoiá-lo em suas decisões sobre os atos da vida civil, como contratos ou negócios, questões de importância econômica e patrimonial, portanto, a tomada de decisão apoiada poderá ser diferente para cada pessoa, pois será elaborado um termo de compromisso especificando os limites do apoio.

A maior preocupação está relacionada à pessoa incapaz de exprimir sua vontade, tendo como exemplo, aquelas pessoas que sequer conseguem se alimentar sozinhas, mas que, segundo o EPcD possui plena capacidade civil. Alguns doutrinadores afirmam que a incapacidade existe apenas para alguns casos, mas não está voltada tão somente para o incapaz. Mauricio Requião verifica essa situação, por exemplo, nos contratos de compra e venda, na qual aduz:

pouco importa se um contrato de compra e venda celebrado por um sujeito absolutamente incapaz lhe foi extremamente vantajoso ou lhe trouxe enorme prejuízo. A consequência determinada pelo ordenamento jurídico será a mesma: nulidade. Começa assim a notar que a incapacidade não existe única e exclusivamente no interesse do incapaz.²⁹

Já Nelson Rosenvald possui outra perspectiva, e assim assevera:

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 vitais.³⁰

²⁹ REQUIÃO, Mauricio. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Coleção Eduardo Espínola, 2016, p. 77.

³⁰ ROSENVALD, Nelson. **A tomada da decisão apoiada**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-tomada-da-decisao-apoiada/15956>. Acesso em: 22 de outubro de 2018.

O mesmo doutrinador ainda afirma:

a tomada de decisão apoiada não surge em substituição à curatela, mas lateralmente a ela, em caráter concorrente, jamais cumulativo. Em razão dessa forçosa convivência, paulatinamente a doutrina terá que desenvolver critérios objetivos para apartar a sutil delimitação entre o âmbito de aplicação de cada uma dessas medidas.³¹

Dessa forma, o portador de deficiência, embora não possua discernimento algum para tomada de decisões poderá exercer todos os atos civis, o que contradiz o próprio instituto da decisão apoiada, uma vez que, é nítido que aquela pessoa que utiliza do regime da tomada de decisão apoiada, necessariamente precisa estar no pleno gozo das suas faculdades mentais para escolher seu apoiador.

Ao analisar estas questões sob a perspectiva constitucional, percebe-se que ao criar esta capacidade fictícia para aquele que realmente não a possui, a legislação defronta-se com os preceitos trazidos pelos princípios da dignidade da pessoa humana e pelo princípio da igualdade, já que estes princípios serão princípios basilares a serem utilizados como vertentes a seguir diante da possibilidade de lesão do interesse do deficiente.

3.2 Princípios Basilares

À frente das inovações que surgem nas relações jurídicas e pela necessidade de aplicação do direito de forma equitativa, hermeneutas juristas se orientam e se condicionam ao que profetiza os princípios constitucionais. Rotineiramente, princípios são utilizados como ajustes, regulando situações diferentes que vão surgindo no ordenamento jurídico, servindo como base para interpretação das normas jurídicas em geral. Desta forma, as normas jurídicas devem ser apreciadas à sombra destes princípios, de forma que sejam aplicadas coerentemente com as diretrizes fundamentais da Constituição Federal de 1988. Nas palavras de Miguel Reale:

os princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas

³¹ ROSENVALD, Nelson. **A tomada da decisão apoiada**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-tomada-da-decisao-apoiada/15956>. Acesso em: 22 de outubro de 2018.

também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.³²

Com base nesta aceção, nota-se que os princípios são verdades essenciais para interpretação das normas jurídicas, são atributos fundamentais da ordem jurídica na regulamentação das relações. Logo, destaca-se como princípios basilares desta pesquisa, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, princípios estes, de grande relevância na ordenação e orientação das relações jurídicas e neste caso o EPcD merece uma análise sob esta ótica.

3.2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988 ensina que um dos fundamentos do estado democrático de direito é a dignidade da pessoa humana, sendo esta fundamentação pautada em seu artigo 1º, inciso III, desta maneira a dignidade se caracteriza como qualidade inerente a cada individuo, considerando todos, dignos de respeito por parte do estado e da sociedade, preservando assim, a valorização do ser humano, é o que diz Sarlet:

assim, a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência.³³

Com a mesma percepção Kildare Gonçalves Carvalho aduz:

a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, e constitui elemento que qualifica o ser 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.³⁴

Este princípio atua como alicerce do ordenamento jurídico como reconhece Flavio Tartuce, afirmando que este princípio “está estampado no art. 1.º, III, do Texto

³² REALE, Miguel. **Exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil**. In: NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado. 2. ed. São Paulo, 2003.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

³⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 583.

Maior, sendo a valorização da pessoa, um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Trata-se do superprincípio ou princípio dos princípios como se afirma em sentido geral” (Tartuce, 2015, p.67).

O princípio da dignidade humana foi reconhecido internacionalmente a partir da Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão em 1948, onde todos os países signatários da ONU passaram a incluí-lo em suas constituições sendo consignado em vários documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. Deste modo, consoante a outros países, foi positivado na constituição brasileira, sendo considerado fundamental no ordenamento pátrio, expressando uma preocupação com o bem-estar pessoal do indivíduo, em seu sentido existencial.

Com base neste entendimento, Daniel Sarmento prega que:

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.³⁵

Assim sendo, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana deve ser interpretado como um princípio que desempenha uma função regulamentadora, que oferece consistência ao ordenamento jurídico brasileiro, atuando como base de todo o sistema dos direitos fundamentais, de modo que tais direitos vigorem como condição para a concretização da dignidade da pessoa humana.

No tocante ao portador de deficiente, assim como para todos os indivíduos, o estado também atua como peça principal na concretização dos direitos fundamentais propostos, conforme art. 23, inciso II e, XIV art. 24 da CF:

é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.³⁶

³⁵ SARMENTO. Daniel. **Dignidade da Pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 77.

³⁶ Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 24 de outubro de 2018.

Portanto, é dever do Estado não infringir direitos fundamentais, garantir o respeito, bem como não deve consentir que direitos sejam violados, deve acima de tudo assegurar condições básicas, para um exercício íntegro dos direitos fundamentais, assim certifica Carmem Lúcia Antunes Rocha “a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal” (Rocha, 1999 p. 25).

Destarte, faz-se necessário à efetivação desta política de garantias fundamentais, intentando que esta proteção chegue a todos de modo geral, preservando, dessa forma, não somente o que prediz o princípio da dignidade humana, mas também ao princípio da igualdade humana que será explanado a seguir.

3.2.2 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade também previsto na CF no artigo 5º é símbolo da democracia, pois significa que todos os indivíduos gozam de tratamento equânime, ou seja, todos devem ser tratados igualmente perante a lei, tal princípio deve ser reverenciado formal e materialmente, de modo que todos recebam um adequado tratamento pelo ordenamento jurídico brasileiro, vedando qualquer distinção em relação à origem, raça, cor, sexo, idade, estado civil e deficiência física.

A carta magna promove muito mais do que a simples igualdade perante a lei, promove uma igualdade substancial entre os indivíduos. Nos dizeres de José Afonso da Silva:

a igualdade perante a lei corresponde à 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.³⁷

Constata-se, então, que existe a liberdade formal entendida como igualdade perante a lei, e que a igualdade material também chamada de igualdade real ou substancial, tem por objetivo igualar os indivíduos, que particularmente são desiguais.

³⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 210.

3.2.2.1 Igualdade Formal

É a forma de igualdade que importa para a interpretação jurídica, trata-se se do tratamento igual que a lei concede aos indivíduos, desta forma, a lei subordina todos uniformemente à legislação, independentemente de raça, cor, sexo, credo ou etnia. Reitera Gabriel Dezen Junio que:

o princípio da igualdade formal, ou princípio da isonomia, segundo o qual “todos são iguais perante a lei”, trata da questão de que todas as pessoas terão o tratamento absolutamente igual pelas leis brasileiras, mas terão tratamento diferenciado na medida das suas diferenças, o que leva à conclusão de que o verdadeiro conteúdo do princípio é o direito da pessoa de não ser desiguada pela lei.³⁸

Como se percebe, para que exista um tratamento igualitário entre os cidadãos, este tratamento deve levar em consideração a diferença existente entre eles, todavia, a legislação deve ser uniforme para todas as pessoas. Por conseguinte, é fundamental a atuação do estado para garantia do exercício dos direitos pelos cidadãos, pois o tratamento equitativo tão almejado na CF, apenas ocorre quando no exercício dos direitos, afasta qualquer tipo de discriminação.

3.2.2.2 Igualdade Material

A igualdade formal, objetiva o tratamento justo e nivelado para todo indivíduo, sendo distinta da igualdade material, pois permite tratamento dessemelhante, haja vista que a garantia de igualdade dos direitos não é suficiente para garantir que todos tenham acessibilidade e oportunidades de forma igualitária, a simples proibição da discriminação não efetiva a igualdade. Em virtude disso, a igualdade formal observa as desigualdades existentes na coletividade, deve-se tratar de modo distinto situações dessemelhantes, à título de exemplo temos a necessidade de tratamento jurídico específico dado a variados grupos de pessoas que se encontram em condição de vulnerabilidade. Sob este panorama define Alexandre de Morais:

³⁸ DEZEN JUNIOR, Gabriel. Professor de Educação Básica – DF Área 2/Atividades – Nível Superior. Brasília: Vestcon, 2008. p. 45

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 desigualam, 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(...).³⁹

Contudo, ao apreciar estas considerações acerca do princípio da igualdade, tendo em consideração os preceitos prognosticados pelo EPcD, verifica-se que a legislação estabelece diretrizes de apoio ao deficiente, mas não atinge seu objetivo de proporcionalidade, pois não considera individualmente a desigualdade de cada deficiência.

3.3 Possibilidade de Lesão do Interesse do Deficiente com Incapacidade de Exprimir sua Vontade

A fim de evitar lesão de interesses, para proteção de determinadas pessoas, em algumas situações, é inevitável que haja um favorecimento, embora seja notório que este favorecimento visa resguardar o cidadão que se encontra em condição vulnerável, compete ao estado, através do sistema normativo, ministrar condições para desassemelhar pessoas e constatar se o indivíduo realmente se encontra em situação desigual.

No caso dos deficientes, mesmo com os avanços alcançados pelo EPcD, que preza pelas prerrogativas de igualdade do indivíduo acometido com deficiência, constata-se que, em relação ao deficiente incapaz de exprimir sua vontade, ainda assim existe a possibilidade de lesão de interesse, por mais que a lei federal 13.146 de 2015 seja marco na defesa e proteção da pessoa com deficiência, a desconsideração da incapacidade absoluta e da incapacidade relativa afasta o objetivo principal da norma, a pretendida garantia de inclusão.

Perante a hipótese de apreciação do EPcD, sob prisma constitucional, e ainda observando os ensinamentos do princípio da dignidade humana e do princípio da igualdade, nota-se que, ao conceder capacidade plena à pessoa que não tem discernimento algum, aquele que sequer consegue exprimir sua vontade, o legislador quebranta concepções defendidas por estes princípios, lesando direitos do cidadão

³⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 50.

incapaz, uma vez que, é impossível que uma pessoa portadora de uma deficiência que acometa seu discernimento e que não consiga escrever ou dizer o próprio nome por exemplo, consiga manifestar a sua vontade, ainda que seja assistido por seu apoiador. Mauricio Requião se manifesta sobre esta questão: “A ideia é de que como não tem o incapaz, ao menos em algum grau, discernimento para entender o ato que pratica, deve ele ser protegido dos efeitos deste” (Requião, 2016, p. 189). Diante disso, o Estado pelega com o desafio de balancear dois limites, se por um lado, deve proporcionar proteção aos desiguais, por outro, não pode cometer exageros a fim de favorecer ou conter os mais frágeis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em todos os argumentos, conceitos e ensinamentos abordados neste trabalho, não restam dúvidas que o EPcD representa um grande avanço jurídico no ordenamento brasileiro. Esta legislação sobreveio para fundar uma sistemática inclusiva, acentua-se ainda que, esta norma simboliza uma intenção generosa e humanitária, mesmo que se reconheça que seu objetivo principal não fora alcançado. Embora seja um bom propósito do EPcD, a integração social do portador de deficiência, observa-se que a qualquer tempo, atos praticados sobre o amparo desta norma jurídica causará impactos lamentáveis na seguridade jurídica. É necessário compreender que algumas pessoas são portadoras de deficiências mais graves e são destituídas de capacidade, conceder capacidade civil plena para quem não possui discernimento algum para manifestar sua vontade é lastimável.

Fica aqui reconhecido o quão esplêndido se faz o EPcD, ao propor equilíbrio dos direitos do deficiente na mesma proporção que os direitos dos demais cidadãos, porém, este equilíbrio será atingido somente quando o desigual for tratado de acordo com sua desigualdade. O deficiente realmente precisa de proteção, porém, não é abstraído o instituto das incapacidades é que de fato haverá proteção, pelo contrário, a supressão do regime das incapacidades poderá causar consequências prejudiciais ao indivíduo acometido com deficiência.

É evidente que a intenção da mencionada norma é assegurar ao deficiente uma vida digna e igualdades de direitos, nesta seara declara Ingo Wolfgang Sarlet:

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.⁴⁰

Não obstante, mudanças são necessárias, não se pode desprezar a existência do deficiente absolutamente incapaz, assim como o instituto da tomada de decisão

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 59

apoiada merece uma atenção especial, considerando que o indivíduo que não consegue declarar sua vontade é facilmente influenciável.

Importante ressaltar ainda, a magnitude da norma anunciada, o quanto relevante ela se faz perante a vulnerabilidade do cidadão deficiente, mas acima de tudo, faz-se indispensável o reconhecimento de que a capacidade civil concedida a quem verdadeiramente não a possui, poderá acarretar consequências que futuramente concernirá em elevado número demandas judiciais.

Por fim, é interessante salientar que não é simplesmente o EPcD que necessita de adequação, há muito que se conquistar ainda, investimentos públicos deverão ser feitos a fim de que direitos previstos como o de acessibilidade sejam de fato garantido a todos. É fundamental a conscientização da sociedade no que diz respeito às necessidades e ao acesso aos direitos da pessoa com deficiência, exigindo mais respeito pelo deficiente e pela lei que o defende, logo, dissipar os paradigmas do preconceito e discriminação é um passo fundamental para a tão ansiada inclusão social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. **A capacidade da pessoa física no direito civil**. Revista de direito privado. v.18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil – 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-6/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 22 de outubro de 2018.

Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei° 13.146/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 22 de outubro de 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. vol.1. 10. ed.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral**. v. 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. v. 12, Belo Horizonte, 2017.

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**. Civilística.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan–jun/2015. Disponível em: [http:// civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/](http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/). Acesso em 12 de setembro de 2018.

MELLO, Marcos Bernardes, **Teoria do Fato Jurídico Plano de Eficácia**. 1ª Parte - 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

NALIN, Paulo. **A autonomia privada na legalidade constitucional. Contrato e sociedade**. v. 2, reimpressão, Juruá, 2011.

Nelson. **A tomada da decisão apoiada**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-tomada-da-decisao-apoiada/15956>. Acesso em 22 de outubro de 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCHA, C. L. A. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Revista Interesse Público, nº4, 1999.

REQUIÃO, Mauricio. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Coleção Eduardo Espínola, 2016.

REALE, Miguel. **Exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil**. In: NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil anotado. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

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

TARTUCE Flavio. Manual de Direito Civil. v. único, 5. ed. Editora método, 2015.

TARTUCE, Flavio. **Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (estatuto da pessoa com deficiência). Repercussões para o direito de família e confrontações com o novo CPC**. Segunda parte. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/224733330/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13146-2015-segunda-parte>. Acesso em: 25 de setembro de 2018.